

STEFANO FIORE

Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le «cose che accadono al di sopra delle parole»¹

L'estensione agli autori dei reati contro la pubblica amministrazione del regime di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario ha riproposto a dottrina e giurisprudenza il problema della disciplina intertemporale delle modifiche *in peius* delle norme sulla esecuzione penale. L'applicazione della regola processuale del *tempus regit actum*, fino ad oggi incontestata nella giurisprudenza, è stata invero messa in dubbio e rifiutata in diverse pronunce giurisprudenziali, che hanno ritenuto, in base ad una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, di applicare il principio di irretroattività o comunque di sottoporre la questione al giudizio della Corte costituzionale. Il presente contributo analizza l'origine del contrasto e i suoi possibili esiti, inserendo l'analisi nel quadro politico criminale e normativo che caratterizza la recente legislazione penale nel nostro paese.

Rules of the penitentiary system and the principle of non-retroactivity. The (unmasked) hypocrisy of the defining formalisms and the «things that happen above words»

The extension to the perpetrators of offences against the public administration of the regulation pursuant to art. 4 bis of the penitentiary system has re-proposed in doctrine and jurisprudence the discussion about the problem of the transitional rules in case of change in peius of the rules on penal execution. The application of the procedural rule *tempus regit actum* has been questioned and rejected in various jurisprudential judgments, which have instead considered, according to a constitutionally and conventionally compliant interpretation, to apply the principle of non-retroactivity or to submit the question to the judgment of the Constitutional Court. The present paper analyzes the origin of the contrast and its possible outcomes, inserting the analysis in the criminal policy and normative framework that characterizes the recent Italian penal legislation.

SOMMARIO: 1. Spazzare via i corrotti insieme a tutto il resto, garanzie comprese. 2. Prima il carcere. 3. Il vero significato del principio *tempus regit actum* e del divieto di applicazione retroattiva. 4. Norme dell'ordinamento penitenziario e legalità. Le posizioni della giurisprudenza (ovvero il formalismo come negazione). 4.1 *The times they are a-changin*.

1. Spazzare via i corrotti insieme a tutto il resto, garanzie comprese. L'approvazione della L. 9 gennaio 2019, n. 3 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), prodotto perfettamente rappresentativo della degenerazione populista delle politiche penali recenti, è stata prima accompagnata e poi seguita dal diffuso dissenso

¹ Prendo in prestito, chiedendo perdono per la 'profanazione', dal testo della canzone di FABRIZIO DE ANDRÈ, *Smisurata preghiera* (album *Anime salve*, 1996 BMG Ricordi).

dei suoi commentatori². Al di là del giudizio generalmente negativo sull'appropriatezza e l'efficacia delle singole misure, quel che ai più è apparso, oltre che censurabile, avvilente è la riproposizione del connubio - ormai uno sperimentato "classico" - tra il velleitarismo politico criminale che contraddistingue l'intervento nel suo complesso e la deriva repressiva che esso esprime in maniera esplicita.

Essendo ormai prossimi all'esaurimento - anche se purtroppo, a quanto pare, non esauriti - gli spazi di offerta dalla smisurata crescita delle cornici edittali e dall'affollarsi delle circostanze, la tendenza attuale, in aggiunta alle altre strategie repressive e in sinergia con esse, è quella di percorrere con decisione la strada dell'irrigidimento dei regimi esecutivi, conseguenti comunque a condanne più severe, con progressione geometrica del grado di afflizione.

L'attuazione pervicace di queste consolidate linee di azione, avviene senza particolari scrupoli e nessun riguardo verso i principi costituzionali, che ormai sembrano spostare il momento della loro rilevanza alla verifica *ex post*, in occasione dei pressoché certi - e infatti immediatamente preconizzati e rapidamente concretizzatesi per la legge n. 3 del 2019 - giudizi di legittimità davanti alla Consulta. Sembra invece persa o comunque molto attenuata la capacità di quei principi di orientare e vincolare le scelte del legislatore ed è inutile sottolineare che guardare all'atteso intervento correttivo o catartico della Consulta come ad una sorta di tempo supplementare del percorso legislativo, rappresenta una pericolosa distorsione degli equilibri istituzionali o di quel che ne resta.

La ulteriore e decisa sterzata impressa alla nostra legislazione penale dalla L. 3/2019 verso scelte repressive, molto sensibili alle sirene mediatiche ma sorde alle remore di tipo costituzionale o anche solo all'appello del buon senso, non sorprende certo in un momento nel quale si brandiscono ramazze (penali e non) per "spazzare via i corrotti" e si erigono sull'acqua muri sanzionatori per impedire lo sbarco di naufraghi soccorsi in mare.

La scarsa propensione - per così dire - del legislatore a porsi il problema della cogenza dei vincoli costituzionali, ha comunque aumentato la pressione, anche quantitativa, della legislazione ordinaria sulla tenuta dei principi, che pe-

² Cfr. tra gli altri PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Questa rivista (web)*, 2018, fasc. 3, 9; PISANI, *Il disegno di legge 'spazzacorrotti': solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 11, 3589 ss.; MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.* 2/2019, 105 ss.; GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 1, 44; DE CARO, *La legge c.d. spazza corrotti: si dilata ulteriormente la frattura tra l'attuale politica criminale, i principi costituzionali e le regole del giusto processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2019, 281 ss.

raltro già vivono una crisi d'identità dovuta alla laboriosa rimodulazione che i mutati contesti ordinamentali impongono rispetto alla loro tradizionale portata. Tuttavia, paradossalmente, proprio l'evidenza conseguente alla crescente distanza che ormai separa le politiche penali e gli strumenti della loro attuazione dai principi che dovrebbero guidare le prime e vincolare i secondi, ha riportato sul terreno della discussione tematiche che forse venivano date per scontate e che sono tornate ad affacciarsi con caratteri nuovi e implicazioni (fino a qualche tempo fa) forse non prevedibili.

Chi segue il dibattito penalistico dentro e fuori i confini italiani, non accoglie certo con sorpresa il fatto che con la legislazione penale recente, sempre più spesso, a essere in gioco sia la portata e il significato del principio di legalità e dei suoi corollari.

In questo caso il riferimento è in particolare al principio di irretroattività, vale a dire la più semplice e ovvia implicazione della legalità, che una volta accolto stabilmente nel proprio ambito garantistico il principio "accessorio" della retroattività della *lex mitior*, non appariva, come principio, suscettibile di produrre ulteriori sviluppi. Al più si trattava di stabilire se anche sul piano applicativo il principio avesse già toccato il suo punto di massima espansione.

D'altronde, a differenza di altri corollari della legalità, strutturalmente più esposti al mutamento dei contesti ordinamentali (basti pensare alla riserva di legge, ma anche, con qualche inquietudine in più, alla determinatezza), il principio di irretroattività non ha in sé particolari margini evolutivi, per il carattere rigido del suo statuto applicativo, vincolato ad un meccanismo temporale non negoziabile. Le sole questioni che si possono in realtà porre e che in effetti, anche in questo caso, si pongono sono dunque quelle relative alla sua latitudine applicativa.

Se, da un lato, era già da tempo emersa la questione della estensione delle garanzie convenzionali, compreso dunque il divieto di applicare retroattivamente disposizioni peggiorative, all'intero ambito della "materia penale"³; dall'altro, a seguito del manifestarsi nel diritto interno, di politiche legislative orientate ad inasprire il regimi penitenziari, si è riproposto con forza il tema della riconducibilità a quel divieto anche di norme formalmente estrane al diritto penale sostanziale, in particolare proprio quelle appartenenti all'area della esecuzione penale.

³ Dopo la sentenza della Corte Costituzionale, 21 marzo 2019, n. 63, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della "materia penale" - ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della *lex mitior*, è da ritenersi esteso anche alle sanzioni amministrative che abbiano «natura e finalità 'punitiva'».

Nell'ultimo decennio le acquisizioni sulle quali ha riposato (e il termine non è scelto a caso) buona parte della riflessione penalistica sul fronte della legalità sono state sottoposte a pressioni molteplici e si è innescata una brusca accelerazione del processo di rimodulazione dei principi di garanzia sulla cui base è stato scritto l'atto fondativo del diritto penale negli stati democratici.

Le cause sono note e non è certo questa la sede per esaminarle, ma in ogni caso, come confermato dalla deflagrazione della questione relativa all'applicazione retroattiva delle norme sulla esecuzione penale, quel processo appare ancora lontano da un assestamento che consenta di riconoscere il nuovo equilibrio determinato nel mutato contesto dei moderni ordinamenti multilivello.

Bisogna però cercare di comprendere perché la questione del regime intertemporale delle norme sulla esecuzione penale (in particolare) diventa oggi un momento non rinunciabile nella ricerca di nuovi e più adeguati assetti della legalità penale. Non è solo, invero, una questione di maggiore o minore sensibilità al principio. La riflessione deve infatti saper guardare oltre la rilevazione della contingenza storica che in questi mesi ha ridestato un diffuso interesse della dottrina penalistica sul tema.

2. *Prima il carcere.* Come si è accennato e come d'altra parte assai noto, l'occasione per una riconsiderazione della rigida distinzione tra norme penali sostanziali e norme processuali rispetto alla portata del divieto di applicazione retroattiva delle modifiche *in peius* è stata offerta dall'approvazione con L. 3/2019 (art. 1, co. 6 lett. b) di modifiche peggiorative del regime esecutivo conseguente alla condanna per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Tra gli scopi della legge, battezzata dai suoi promotori con l'esecrabile denominazione di "legge spazzacorrotti", c'è evidentemente quello di conferire, senza alcuna differenziazione, alla discarica sociale del carcere quanto raccolto operando "di ramazza" e non secondo razionalità e le modifiche alle norme dell'ordinamento penitenziario appaiono direttamente funzionali a questa finalità. In buona sostanza, si tratta di dispensare ad uso propagandistico e per finalità vendicativo-satisfattorie, quanto meno, un assaggio di carcere¹, in verità non solo ai "corrotti" ma a tutti i pubblici agenti autori di un qualsiasi reato contro la pubblica amministrazione.

¹ MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, 231 ss.

Le scelte operate dal legislatore in occasione di questo ultimo intervento di riforma sono invero da questo punto di vista particolarmente illuminanti, non solo perché certificano le tendenze regressive della politica penale più recente rispetto ai principi costituzionali, ma anche perché fanno definitivamente cadere il velo posticcio apposto dal formalismo interpretativo su certe norme per mascherare la loro reale natura, inibendo così una piena espansione delle garanzie.

La riflessione condotta in questa sede non ha ad oggetto direttamente le norme introdotte o modificate con la L. n. 3 del 2019, bensì un loro specifico riflesso, per così dire, quello cioè che chiama in gioco la reale portata e il significato del principio di irretroattività, posto a confronto con meccanismi e contenuti punitivi reali, che si attivano e si determinano attraverso la necessaria sinergia, si potrebbe anzi dire il “concorso necessario”, tra regole sostanziali e processuali e che dunque solo in base a criteri di tipo formale, è possibile assegnare - in maniera non solo e non tanto semplicistica, quanto invece palesemente mistificatoria - in via esclusiva ad una delle due dimensioni.

Vale tuttavia la pena ricordare brevemente che cosa ha fatto il legislatore, anche per evidenziare le ragioni che inducono a ritenere non rinviabile un radicale cambiamento del tradizionale modo di intendere il ruolo delle norme processuali se riguardate, appunto, non da un punto di vista formale, ma dalla prospettiva che impone di considerare le norme che appartengono al sistema penale, innanzitutto, in funzione del tipo di effetti che producono sul concreto esercizio dei diritti o sulla loro limitazione.

Nell’ottica, perseguita in maniera coerente e tetragona, di una esecuzione penitenziaria rigida e poco sensibile - se così si può dire - all’esigenza della individualizzazione del trattamento, i delitti di cui agli artt. 314, primo co., 317, 318, 319, 319-*bis*, 319 *ter*, 319 *quater*, primo co., 320, 321, 322, 322 *bis* c.p. sono stati infatti inclusi tra quelli considerati ostativi alla concessione dei benefici di cui all’articolo 4 *bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario), salvo che si tratti di detenuti o internati che collaborino con la giustizia, anche ai sensi dell’art. 323-*bis*, co. secondo c.p. (ipotesi aggiunta dalla nuova legge). Di conseguenza, anche per le condanne relative ai suddetti reati il pubblico ministero non dovrà più disporre la sospensione dell’esecuzione ai sensi dell’art. 656, co. 5, c.p.p. (nella versione risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 41/18), ope-

rando infatti la deroga prevista dall'art. 656 co. 9 c.p.p. proprio per i reati di cui all'art. 4-*bis*.⁵

Non si può invero fare a meno di rilevare in primo luogo l'evidente disomogeneità ed anzi l'eccentricità di questo ulteriore inserimento rispetto all'elenco di gravi reati già previsti come ostativi (tra gli altri, è opportuno ricordarlo, i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico, mediante il compimento di atti di violenza; i delitti di cui agli articoli 416 *bis* e 416 *ter* del codice penale, delitti di violenza sessuale; i delitti in materia di stupefacenti), che rende, già solo per questo, manifesta la irragionevolezza della scelta di escludere o comunque condizionare pesantemente per i soggetti condannati per avere commesso uno qualsiasi dei delitti contro la pubblica amministrazione l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative (in particolare l'affidamento in prova).

Benché la questione qui affrontata, vale a dire la sottoposizione o meno di questi interventi peggiorativi della condizione detentiva e dei regimi esecutivi alla garanzia della irretroattività, prescindendo dalla capacità della modifica normativa a resistere ad un vaglio di ragionevolezza, il radicale e palese contrasto della citata novella con tale fondamentale canone di legittimità⁶, vale a rendere ancor più evidente l'ampiezza del solco che separa queste norme dal nucleo di garanzie riconducibili alla legalità penale.

In quest'ultima novella legislativa avente ad oggetto i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, come accennato in premessa, risulta dunque, tra gli altri, particolarmente riconoscibile e per certi versi estremizzato uno dei tratti caratteristici della recente legislazione penale, vale a dire l'utilizzo della leva dell'esecuzione penale per ottenere l'effetto di elevare il tasso di severità complessiva del sistema penale⁷.

⁵ Con una modifica di portata generale, volta ad integrare la formulazione del comma 12 dell'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, si è anche previsto che l'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, il quale estingue la pena detentiva e ogni altro effetto penale della condanna, non si estenda alle pene accessorie perpetue.

⁶ La Prima Sezione della Corte di cassazione il 18 giugno 2019, Pres. Santalucia, Rel. Magi, ha sollevato d'ufficio (conclusioni difformi del Procuratore generale) una questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3 e 27 della Costituzione, dell'art. 1 co. 6 lett. b) della l. n. 3 del 9 gennaio 2019, nella parte in cui inserisce all'art. 4-*bis* co. 1 l. n. 354 del 1975 il riferimento al delitto di peculato di cui all'art. 314 cod. pen., dubitando che «risulti *legittima la emissione di ordine di esecuzione della pena - contenuta nel limite di anni quattro di reclusione - relativa a condanna per delitto di peculato commesso in data antecedente a quella entrata in vigore della l. n. 3 del 2019 (31 gennaio 2019) ed in caso di decisione divenuta irrevocabile in data successiva a quella di vigenza della medesima legge*».

⁷ La questione e le implicazioni che ne derivano con riguardo alla estensione delle garanzie è stata ben evidenziata, tra gli altri da MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 277 ss., anche con specifico riferimento « [...] all'utilizzo del regime penitenziario differenziato non tanto per neutralizzare una certa

Le modifiche volte a ridurre la platea dei possibili destinatari dei benefici penitenziari, a renderne più difficile l'accesso, a ridurre la loro portata costellano infatti con crescente frequenza il disordinato sviluppo degli interventi di riforma del sistema penale. Pur continuando a mancare di sistematicità, l'opera riformatrice da qualche tempo sembra comunque avere scelto di muoversi verso alcune precise direzioni, peraltro opposte a quelle verso le quali, in tempi ancora recenti, si erano indirizzate le politiche di deflazione carceraria.

La costante integrazione della dimensione esecutiva nel disegno di politica criminale che il legislatore propone e che oramai supera la dimensione settoriale nella quale di volta in volta essa si manifesta, per acquisire carattere sistemico, conferma - sia pure per le ragioni sbagliate, se così si può dire - che le scelte di politica criminale attraversano il sistema in tutte le sue componenti e ciascuna di esse contribuisce, integrandosi con le altre, a definirne il volto, tanto quello *ideale* che quello *reale*.

Questa, più che una premessa, è una ovvietà e non vale dunque la pena impegnarsi, non dico a dimostrarne la evidenza, ma anche solo a descriverne l'immanenza. La presa di coscienza dell'avvenuto radicamento nel sistema di un modello di intervento che torna a guardare (ammesso che si sia mai davvero cessato di farlo) alla indefettibilità e immutabilità della esecuzione carceraria come ad un obiettivo da perseguire⁸ e non come ad una prospettiva allo stesso tempo estrema e residuale, richiede, allora, tra le altre cose, anche una nuova riflessione sul significato e la portata delle tradizionali garanzie, nelle vesti oggi loro assegnate dalle declinazioni sovranazionali che ne stanno ridisegnando il volto e ridefinendo le ruole.

L'enfasi carcerocentrica, anche e forse soprattutto sul versante esecutivo, è invero diventata protagonista della scena, tanto che ad essa viene sempre più spesso affidato il compito di veicolare, in funzione generalpreventiva, il messaggio di intransigenza che la politica penale dei nostri giorni intende far passare⁹.

pericolosità che i vertici delle associazioni mafiose mantengono anche nel periodo intramurario, quanto per rendere il c.d. "carcere duro" una pena "qualificata" prospettata in chiave general-preventiva agli associati in libertà. A parte il problema della legittimità tout court di tali torsioni finalistiche, è evidente che esse rendono imperativa l'estensione del divieto di retroattività nella sua dimensione più ampia».

⁸ Sul mutamento di significato indotto dall'«uso retorico del *topos* della certezza», rispetto all'ovvia riaffermazione di una esigenza di effettività, PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir.pen.cont.* 3, 2019, 235 ss., che sottolinea la «metamorfofi linguistica del principio penalistico di legalità in canone costituzionale di certezza».

⁹ Si pensi al recente, impetuoso riemergere della richiesta del carcere per gli evasori fiscali. C'è da domandarsi se i reati tributari siano i prossimi candidati per allungare la lista del 4-*bis* o.p.

Questo deprecabile indirizzo politico criminale segna una chiara inversione di tendenza rispetto agli anni passati e per di più - con una contraddizione che non sembra minimamente preoccupare il legislatore - le scelte che vi danno attuazione scorrono parallele alla implementazione normativa di strumenti di deflazione carceraria e più in generale ispirati all'idea della progressività del trattamento e della flessibilità della pena. Tra ritardi, molte incertezze e, più di recente, qualche brusco stop¹⁰, questi interventi continuano infatti a punteggiare la legislazione, nel tentativo, sempre più simile ad una fatica di Sisifo, di contrastare i guasti di un sistema ipertrofico, anche per l'effetto di anabolizzanti autoritari che gonfiano i muscoli sanzionatori da esibire in pubblico.

Il tipo di politica penale messa in atto con i recenti provvedimenti non si presta tuttavia ad equivoci di senso e d'altra parte la filosofia che la ispira è del tutto esplicita nelle prese di posizione dei suoi fautori.

Sperare in tempi migliori e, nell'attesa, in una opera di smontaggio affidata alla Corte costituzionale (non sarebbe certo la prima volta e temo neppure l'ultima) è una possibile strategia di sopravvivenza, ma fare invece da subito i conti con la realtà può consentire, nell'immediato, di adottare adeguate e necessarie contro misure sul piano delle garanzie per arginare l'indirizzo regressivo impresso dal legislatore al sistema penale e soprattutto limitare i suoi effetti concreti. La decisa e, appunto, immediata adozione di una linea interpretativa e applicativa non supina rispetto a quelle scelte, potrebbe anche rivelarsi utile per accelerare la riprogettazione degli argini garantistici contro contingenti involuzioni *del* sistema, in modo da impedire tracimazioni repressive *nel* sistema.

La inversione di tendenza che sembra essere in atto, con lo spostamento del *focus* politico criminale sulla esecuzione penale, induce, con ancor maggiore decisione, ad assumere una prospettiva che consenta di guardare agli strumenti che operano nel sistema penale dal punto di vista degli *effetti* che la loro applicazione produce sui destinatari in termini di concreta afflizione. Per fare ciò bisogna abbandonare approcci formali, che si limitano a rilevare i connotati esteriori del fenomeno normativo osservato. Una sorta di "ritorno alle origini" - se si vuole - per le garanzie, la cui genesi ed elaborazione è rinvenibile proprio nella necessità di arginare concretamente gli effetti di un

¹⁰ Il riferimento è chiaramente all'attuazione molto parziale e alla sostanziale 'messa in quiescenza' della delega contenuta nella c.d. legge Orlando (l. 23 giugno 2017, n.103) relativa alla riforma dell'ordinamento penitenziario, da parte delle maggioranze politiche che si sono succedute al Governo. Su questa vicenda DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, www.penalecontemporaneo.it; ID, *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l'antidoto offerto dalla Carta Costituzionale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1/2019, 519 ss.

esercizio incondizionato del potere punitivo, in qualsiasi forma esso si manifestasse.

Le garanzie oggi sembrano invero arretrare dai territori nei quali tradizionalmente eravamo abituati a collocarle, vale a dire soprattutto quelli che si trovano all'inizio del percorso di criminalizzazione, imponendo alla legge penale i rigorosi vincoli imposti dal principio di legalità e dai suoi corollari, che oggi appaiono invece cedevoli, quanto meno nel senso che mostrano una certa disponibilità ad adattarsi alle mutate condizioni e all'emergere di nuove pressanti esigenze.

Questo è avvenuto forse anche perché si è ritenuto che una parte della loro funzione storica si fosse esaurita con il raggiungimento, evidentemente considerato (a torto) non reversibile, di determinati standard democratici, ma proprio alcuni recenti sviluppi dovrebbero indurre una maggiore cautela.

Di fronte ad alcune delle scelte compiute più di recente nel campo della legislazione penale, una espansione delle tradizionali garanzie discendenti dal principio di legalità anche nei lontani territori della esecuzione non è forse da sola sufficiente a determinare un riequilibrio, ma almeno contribuirebbe ad allentare l'effetto di schiacciamento autoritario del sistema, che opera sui due fronti estremi: la *legge penale* da un lato, la *esecuzione penale* dall'altro. In attesa magari che la tendenza torni ad invertirsi o che l'equilibrio sia finalmente trovato e non solo mediante continui strappi e parziali ricomposizioni.

La verifica empirica sugli "effetti" è (sempre stato) il solo modo corretto di misurare la tenuta dei principi, non essendo possibile prescindere dalla considerazione di quel che accade alle persone reali sulle quali ricadono le scelte legislative quando infine approdano alla dimensione esecutiva. Di nuovo, proprio come all'origine di certe riflessioni, è il "corpo del condannato" ad offrire il metro per misurare la violenza del sistema e la capacità dei principii di limitarla.

Il sistema punitivo dunque mostra una inquietante tendenza a regredire nel suo consueto modo di manifestarsi, irrigidendo la dimensione esecutiva, dopo che per lungo tempo si era invece teso alla ricerca di una maggiore flessibilità in ottica individualizzante.

Se così stanno le cose, dovranno allora essere le garanzie a fare (di nuovo) qualche passo in avanti per evitare che nella continua opera di ridefinizione dell'equilibrio tra istanze punitive e diritti di libertà, il peso delle prime diventi tale da alterare i caratteri stessi del sistema che le utilizza come strumenti di controllo sociale.

E in effetti per affrontare (e risolvere) il problema appare necessario abbandonare approcci formalistici che, abbandonati quasi ovunque, in alcuni ambiti tra i quali quello qui considerato, mostrano invece “sacche di resistenza” la cui incongruenza è resa evidente dalla pochezza e dalla povertà degli argomenti di solito utilizzati per difendere retrive impostazioni di stampo conservativo.

In tale prospettiva, l’approccio antiformalistico che la giurisprudenza sovranazionale ha contribuito ad affermare, anzitutto attraverso la progressiva emulazione dei criteri di individuazione della *matière penal* come oggetto esteso delle garanzie convenzionali, favorisce oggi l’adozione di un punto di vista che, penetrato pressoché senza riserve negli atteggiamenti della dottrina, fatica in alcuni casi a farsi strada nella giurisprudenza interna.

Uno di questi casi è appunto quello relativo alla pretesa contrapposizione tra principio di irretroattività e regola del *tempus regit actum*, con rigida separazione dei rispettivi ambiti applicativi, rispettivamente, sostanziale e processuale, individuati su base eminentemente formale.

In questo caso non si tratta però di definire l’appartenenza delle norme considerate alla “materia penale”, perché la contrapposizione tra un approccio formalistico e uno antiformalistico si svolge in questo caso al suo interno¹¹. L’obiettivo è quello di emancipare gli orientamenti interpretativi e dunque gli esiti applicativi dal predominio del dato formale inteso come elemento condizionante l’accesso alle garanzie, ricollegando invece l’operatività di queste ultime alla *ratio* che le fonda e agli effetti che derivano dall’applicazione delle norme e non alle qualificazioni formali che ne definiscono l’appartenenza ad una sotto-area sistematica.

3. Il vero significato del principio tempus regit actum e del divieto di applicazione retroattiva. La discussione relativa alla dicotomia irretroattività/*tempus regit actum* come riflesso della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali appare spesso viziata da un duplice errore prospettico, il cui radicamento impedisce di inquadrare correttamente la vera questione in gioco.

Così come una rigida ripartizione (sostanziale/processuale) delle norme appartenenti al sistema penale operata su basi formali risulta metodologicamente scorretta, appare in un certo senso improprio anche contrapporre il criterio regolativo del *tempus regit actum* riferito alle norme processuali e il principio di irretroattività come corollario della legalità penale sostanziale, perché le

¹¹ Sul punto *infra* § 4.1

loro traiettorie applicative e funzionali non sono in realtà destinate a incontrarsi e dunque a contrapporsi.

Il senso e la logica del principio *tempus regit actum* appaiono invero chiari anche nelle enunciazioni dello stesso rinvenibili nella giurisprudenza che brandisce quel principio contro la possibilità che il divieto di applicazione retroattiva impedisca il prodursi di effetti peggiorativi della condizione del condannato a seguito della modifica di norme sulla esecuzione penale.

Come opportunamente viene ricordato, infatti, «il “*tempus regit actum*”, nel suo significato più immediato, implica pur sempre il mantenimento, in via di principio, dell’esistenza e dell’efficacia dell’ “atto” così come posto in essere secondo la vecchia legge¹²». Se così non fosse d’altronde - e salvo ovviamente che il legislatore disponga diversamente - ogni modifica legislativa in campo processuale (sappiamo quanto frequenti) rischierebbe di travolgere in tutto o in parte l’attività processuale in corso.

Non si può dunque non convenire con quanto si legge in una nota sentenza delle Sezioni unite¹³, quando si ricorda che «L’indicato canone corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità, logicità che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica. Esso, proprio per tale sua connotazione, è particolarmente congeniale alla disciplina del processo penale. L’idea stessa di processo implica l’incedere attraverso il susseguirsi atomistico, puntiforme, di molti atti che compongono, infine, la costruzione. Tale edificazione rischierebbe di crollare dalle radici come un castello di carte se la cornice normativa che ha regolato un atto potesse essere messa in discussione successivamente al suo compimento, per effetto di una nuova norma. Per questo, il principio *tempus regit actum* significa in primo luogo che, di regola, la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente, irrevocabilmente, le condizioni di legittimità, ne costituisce lo statuto regolativo: un atto, una norma. Il brocardo costituisce una guida logica, semplice e certa per il compimento dell’atto e consente di risolvere spesso senza incertezze i problemi di diritto intertemporale che insorgono, o possono insorgere, quando una determinata materia sia regolata da norme di diverso contenuto che si susseguono nel tempo».

¹² CHIAVARIO, *Norme Processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in www.lalegislazionepenale.eu.

¹³ Cass., Sez. un., 31 marzo 2011, n. 250196, in *Cass. pen.*, 2011, 4159 con nota di SPAGNOLO, *Inapplicabilità del nuovo regime cautelare alle misure in corso di esecuzione*. E successivamente, *ivi*, 2012 fasc. 5, Sez. 4, 1783, con nota di CHERCHI, *Le Sezioni unite rivisitano il regime intertemporale della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare*.

Nulla da eccepire, tanto più che nella stessa sentenza si coglie, correttamente, una convergenza tra il divieto di applicazione retroattiva e la regola *tempus regit actum*, in quanto «L'antica regola costituisce la traduzione condensata dell'art. 11 delle preleggi. Essa enuncia che la nuova norma disciplina il processo dal momento della sua entrata in vigore; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, quindi, non ha effetto retroattivo».

Tuttavia la linearità di questa impostazione rischia di entrare in crisi quando, come appunto nel caso affrontato dai giudici del Supremo Collegio, ad essere interessate dalla modifica sono norme processuali destinate a non esaurire i loro effetti in maniera istantanea (ad esempio norme sulla competenza, sulle impugnazioni, sulla disciplina delle prove, sulle misure cautelari), vale a dire «quando il compimento dell'atto, o lo spatium deliberandi o ancora gli effetti si protraggono, si estendono nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta». In questi casi è la stessa Corte a riconoscere che «alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche [...]. In breve, si pongono problemi diversi l'uno dall'altro, ben presenti nell'esperienza giuridica, rispetto ai quali la logica atomistica (un atto, una norma) può in alcuni casi risultare di difficile applicazione o apparire insufficiente, inappagante. I problemi in questione, sebbene rinvercano una comune, vaga matrice nel susseguirsi di norme differenti entro un medesimo campo d'azione, presentano solitamente tratti distintivi irriducibili in relazione ai diversi istituti. Dunque, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, conviene considerare che il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dall'individuazione del concreto, reale ruolo che la nuova norma è chiamata a svolgere alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale».

Sintetizzando il ragionamento sviluppato in motivazione dalle Sezioni Unite, se l'atto si compie e si esaurisce istantaneamente vale necessariamente la regola generale *tempus regit actum* (salvo che il legislatore decida di disciplinare diversamente il regime intertemporale), mentre quando la proiezione temporale è estesa e dunque la logica sottesa a quel principio potrebbe risultare incongrua o inappagante e bisogna evitare soluzioni generalizzanti, cercando caso per caso, la soluzione all'interno della complessiva disciplina nella quale è inserita e chiamata ad operare la norma oggetto di modifica (così come effettivamente è avvenuto nel caso di specie, relativo alla materia cautelare, sot-

toposto al vaglio delle Sezioni unite¹⁴), attraverso una interpretazione agganciata a criteri di ragionevolezza.

Secondo il punto di vista espresso, che pure si mostra consapevole della inadeguatezza di un approccio “tecnico formale”, la qualificazione formale della norma come appartenente all’ambito processuale e non sostanziale impedisce in ogni caso di ritenere utilizzabile il divieto di applicazione retroattiva della norma sfavorevole e la soluzione alle eventuali incongruenze (leggi ingiustizie), al più, va cercata sul piano strettamente interpretativo, rivenendo un principio regolativo “interno”, per così dire, al sottosistema di disciplina al quale appartiene la norma.

L’argomentazione svolta dai giudici del Supremo Collegio non appare in verità molto coerente e se pure la specifica questione sottoposta all’attenzione delle Sezioni unite è stata poi risolta in modo da evitare che gli effetti peggiorativi della modifica si estendessero a misure cautelari in corso di esecuzione¹⁵, questo risultato è stato perseguito in modo da non mettere in discussione ed anzi riaffermare l’estraneità della materia processuale al vincolo della irretroattività *in peius*.

Resta infatti indiscusso secondo i giudici del Supremo Collegio che «*In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, nemmeno nell'ambito delle misure cautelari, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale*».

L’attitudine deformante dell’approccio formalistico si coglie però in maniera ancor più evidente e raggiunge forse il suo culmine (almeno per quello che

¹⁴ Questa è ad esempio la linea seguita da giudici della Corte di Appello di Napoli, Sez. II, ord. 3 aprile 2019, Pres. Grassi, Rel. Grasso, nell’ordinanza oggetto di commento da parte di CATANEO, *L’assenza di disciplina intertemporale della legge spazzacorrotti al vaglio della giurisprudenza di merito*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 giugno 2019. I giudici partenopei infatti, pur negando la *natura sostanziale* delle norme interessate dalle modifiche, hanno ritenuto che alla luce di una interpretazione del principio *tempus regit actum* orientata a canoni di ragionevolezza e assenza di arbitrarietà, sarebbe risultato irragionevole applicare retroattivamente la nuova normativa, essendo la sentenza di condanna già passata in giudicato.

¹⁵ « [...] *in assenza di una disposizione transitoria, la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica che ha ampliato il catalogo dei reati per i quali vale la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia in carcere non può subire modifiche solo per effetto della nuova, più sfavorevole normativa.* »

mi stato possibile rilevare) in un'altra sentenza della Corte di cassazione (Sez. I, Sentenza n. 18496, 31 gennaio 2018, in *Mass. Uff.*, n. 273070), chiamata a occuparsi degli effetti derivanti da una normativa che innovava indiscutibilmente il diritto penale sostanziale, consistendo nella introduzione di una nuova circostanza aggravante. Nella sentenza viene infatti avallata una lettura tesa a consentire l'applicazione retroattiva della nuova disciplina *in peius* relativamente al regime esecutivo collegato alla ricorrenza della introdotta circostanza.

Vale la pena di riportare in forma estesa alcuni passaggi della peraltro breve motivazione con la quale la Cassazione ha rigettato il ricorso del difensore dell'imputato, che poneva appunto la questione del divieto di applicazione retroattiva. In particolare, nel ricorso veniva contestata *«un'erronea applicazione dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. in relazione all'ordine di carcerazione della Procura di Genova, essendo il reato in esecuzione una rapina aggravata dall'art. 61 n. 5 cod. pen., reato non previsto come ostativo alla sospensione dell'esecuzione ai sensi del suddetto disposto normativo»*. Il ricorrente rilevava infatti che *«l'aggravante speciale di cui all'art. 628, comma 3 n. 3 quinquies è entrata in vigore dopo la consumazione - avvenuta il 10.8.13 - del reato commesso dal [...]. E che pertanto non doveva essere considerata ai fini dell'esecuzione, non potendo trovare applicazione, ai sensi degli artt. 25 Cost., 1 e 2 cod. pen. e 7 Cedu, il principio del tempus regit actum, essendo mutata non una norma processuale ma una norma sostanziale ed in pejus. L'esecuzione doveva, invece, riguardare una rapina aggravata dalla minorata difesa e non da un'aggravante speciale non prevista dall'ordinamento al tempo della commissione del fatto»*.

Di tutt'altro avviso la Corte di cassazione, che ha ritenuto immune da censure il provvedimento impugnato in quanto, *«l'aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 628, comma 3, 3 quinquies, seppure entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto, impedisce, ai sensi del combinato disposto degli artt. 4 bis ord. pen. e 656, comma 9 cod. proc. pen. e quindi di una disciplina di natura processuale, la sospensione dell'esecuzione della pena per il fatto come accertato, quale rapina ai danni di una persona offesa di età superiore ai sessantacinque anni. Il nuovo inquadramento normativo della circostanza dell'età della persona offesa, prima rilevante ai fini dell'aggravante della minorata difesa, non preclusiva della sospensione dell'esecuzione della pena, se non può valere ai fini sostanziali, per il principio dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole, rileva ai suddetti fini processuali, riconducendo la condotta delittuosa accertata nell'ambito di quelle per le quali non opera, ai*

sensi dell'art. 656, comma 9 cod. proc. pen., il regime di sospensione dell'esecuzione della pena. Invero, al pari della recidiva, le circostanze aggravanti come quella in esame hanno natura mista e non producono solo effetti sostanziali, per i quali vige il principio di irretroattività, ma anche effetti processuali, come l'ostatività ai benefici penitenziari ed alla sospensione dell'esecuzione, tutelati costituzionalmente dal principio di razionalità e dal principio di difesa (si veda con riguardo all'istituto della recidiva Sez. 1, n. 42403 del 16/11/2006 - dep. 28/12/2006, P.M. in proc. Marziano, in Mass. Uff. 235583, che evidenzia come sia necessario che la recidiva sia stata effettivamente valutata)».

L'affermazione attorno alla quale ruota la decisione (prima del giudice della sentenza impugnata e poi) della Cassazione appare invero singolare. Premesso che non è chiaro quali siano gli «effetti sostanziali» che nella sentenza vengono contrapposti a quelli processuali, quel che appare ancor meno comprensibile è l'attribuzione alle circostanze di una pretesa «natura mista», in quanto esse produrrebbero *anche* effetti processuali.

Le norme sostanziali invero non hanno la possibilità di produrre alcun effetto se non attraverso il processo e gli effetti che conseguono dalla loro applicazione, se si producono, attengono (in positivo o in negativo) esclusivamente al piano dell'*an*, del *quantum* e del *quomodo* della limitazione dei diritti di libertà, come appunto accade relativamente al regime esecutivo o alla esecuzione stessa della pena inflitta. In particolare, da questo punto di vista non ha dunque alcun senso distinguere, perché ad essere in questione è comunque il modo o la misura in cui il soggetto viene o non viene punito, in ragione della ricorrenza o meno dei presupposti, innanzitutto sostanziali, normativamente previsti, per prodursi di certe conseguenze.

Il principio di irretroattività ha invero proprio la funzione di impedire che una disposizione la cui applicazione determina l'insorgere di questi effetti (di quali altri se no?) oppure il loro aggravamento, sia riferibile a fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Quella prospettata nella sentenza è una distinzione a mio avviso priva di senso e in realtà denuncia l'attribuzione pregiudiziale e apodittica di tutto quel che si colloca formalmente nel settore della esecuzione penale o che ad esso si ricollega sul piano della disciplina alla categoria (formale) del "processuale", proprio al fine di escludere la vigenza del principio di irretroattività.

4. Norme dell'ordinamento penitenziario e legalità. Le posizioni della giurisprudenza (ovvero il formalismo come negazione). La eliminazione di ogni

schermo formale consente invece di riconoscere che il vero punto, l'unico davvero in questione, attiene alla sussistenza o meno delle ragioni che sul piano delle garanzie costituzionali richiedono l'attivazione dei limiti che la legalità penale, pone a tutela dei diritti di libertà. Impedire che dall'applicazione retroattiva di una (qualsiasi) norma derivino concrete e, per così dire, misurabili restrizioni o maggiori restrizioni all'esercizio effettivo dei diritti di libertà, rispetto a quelle che deriverebbero dall'applicazione della norma vigente al momento della commissione del fatto, corrisponde al profilo della legalità oggi spesso declinato anche attraverso il riferimento all'esigenza di assicurare la "ragionevole prevedibilità" o, se si preferisce, la «calcolabilità anticipata»¹⁶ delle conseguenze sanzionatorie (di tipo penale) derivanti dalla realizzazione di un fatto illecito.

Per le norme processuali, intese come quelle che definiscono "il modo in cui si procede" all'interno delle varie fasi nelle quali si articola il procedimento penale (compresa dunque la fase esecutiva), l'applicazione del principio *tempus regit actum* risponde ad un criterio di razionalità, in quanto coerente, non con la pretesa "natura" delle norme processuali, ma con la loro "funzione". Se si assume un punto vista strettamente "procedimentale", guardando cioè sia a quel che è già accaduto (gli atti già compiuti), che a quel che ancora deve accadere nel processo (gli atti ancora da compiere), la regola *tempus regit actum* assolve alla essenziale funzione di garantire la validità degli atti (compiuti o da compiersi), per consentire, appunto, che il procedimento istaurato possa progredire, quale che sia la disciplina vigente nei diversi momenti del suo svolgimento, salvaguardando, tra gli altri, anche l'interesse costituzionalmente garantito della ragionevole durata del processo.

Intese in un senso molto lato tutte le regole processuali hanno invero a che vedere con la dimensione punitiva, che d'altra parte si colloca sullo sfondo dell'intero sistema penale, ma è tuttavia chiaro che se il punto di vista è quello delle garanzie bisogna distinguere e per quel che attiene alle norme sulla esecuzione penale, in particolare quelle che disciplinano il trattamento penitenziario (e le sue alternative) la differenza con le altre norme processuali è troppo evidente per essere ignorata.

Fino a quando le modifiche dell'ordinamento penitenziario sono state migliorative, perseguendo, sia pure in modo non sempre lineare, obiettivi di umanizzazione e riduzione del rischio (e del danno) detentivo, la regola *tempus*

¹⁶ Così DONINI, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, vol. V, 1998, colonna 324.

regit actum ovviamente non creava certo problemi. Ma quando la tendenza si è invertita sono emerse le distorsioni che derivano dal considerare *tout court* le norme sul “trattamento penitenziario” norme processuali in senso stretto e come tali non soggette al principio di irretroattività.

Le norme che regolano l’accesso ai benefici penitenziari, non possono infatti essere considerate alla stessa stregua di quelle che disciplinano le modalità del lavoro all’interno del carcere o il controllo sulla corrispondenza. Dall’applicazione delle prime - e non anche delle seconde - dipendono invero contenuti sanzionatori, che non sono riducibili a mere questioni di organizzazione penitenziaria.

Il macigno giurisprudenziale che ha sbarrato sino ad ora la strada al cammino della irretroattività verso i territori della esecuzione penale è molto ben rappresentata dalla posizione assunta dalle Sezioni unite relativamente alla disciplina delle misure alternative alla detenzione. In una nota e citatissima sentenza le SU fissano infatti il principio secondo il quale *«le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l’ascertamento del reato e l’irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi - in assenza di specifiche norme transitorie - soggiacciono al principio tempus regit actum e non alla disciplina dell’art. 2 c.p. e dell’art. 25 Cost.»*¹⁷.

A dire il vero è quasi sorprendente che non venga colto quel che a molti appare invece evidente e cioè che le misure alternative sono molto chiaramente «istituti relativi a modalità del punire, non del procedere»¹⁸. La modifica della disciplina relativa ai loro presupposti applicativi determina invero effetti sostanziali molto concreti e tangibili, considerato che per i destinatari a cambiare è la natura stessa della pena in ragione della essenziale differenza dei contenuti sanzionatori (di tipo detentivo o alternativo).

Le posizioni assunte fino ad oggi dalla giurisprudenza si inseriscono dunque nel solco di un inflessibile formalismo scavato e poi percorso dalla Cassazione e sono rimaste - sempre fino a oggi - arroccate attorno alla difesa intransigente e sorda della natura strettamente processuale delle norme sulla esecuzione penale, traendo da ciò meccanicamente la inesorabile conseguenza

¹⁷ Cass., Sez. un., 17 luglio 2006, n. 24561, in *Mass. Uff.*, n. 233975. Conformemente, *ex plurimis*, Id., Sez. I, 18 dicembre 2014, *ivi*, n. 262199; Id., Sez. I, 22 febbraio 2012, *ivi*, n. 252071; Id., Sez. I, 15 luglio 2008, *ivi*, n. 240473; Id., Sez. I, 11 ottobre 2006, *ivi*, n. 235189.

¹⁸ Così PULITANÒ, *Tempeste sul penale*, cit., 241.

dell'applicabilità della regola *tempus regit actum*. La lettura delle sentenze che si sono occupate della questione lascia invero emergere una preoccupante propensione della giurisprudenza ad assecondare quello che è stato con ragione bollato come un «bizantinismo classificatorio»¹⁹.

In questo quadro, l'unica (apparente) concessione alle ragioni della irretroattività era rappresentata dal ristretto ambito segnato dalle ipotesi in cui ad esecuzione in corso l'intervento di una modifica peggiorativa avrebbe determinato, in caso di applicazione della nuova disciplina, la interruzione o comunque il regresso del trattamento iniziato. Rispetto a queste ipotesi è infatti principio acquisito quello che le modifiche normative non possono in nessun caso produrre una "regressione del trattamento", per l'evidente contrasto che altrimenti si determinerebbe con la finalità rieducativa²⁰.

Ma le cose non stanno in realtà tanto diversamente nell'ipotesi in cui la modifica peggiorativa del trattamento (ad esempio relativa alla condizione di accesso, a seguito di un ampliamento del novero dei reati ostativi) sia intervenuta tra la commissione del fatto e l'inizio della esecuzione. Se infatti è vero che in questo caso l'esecuzione (e dunque il trattamento) non ha ancora avuto inizio, tuttavia la compromissione del principio di legalità con riguardo agli aspetti relativi alla esecuzione della pena, quanto meno quelli che ne definiscono i contenuti concreti e la prevedibilità di questi ultimi al momento della commissione del fatto, non può che ripercuotersi anche sulla funzione rieducativa e sulla sua efficacia.

La volontà di scardinare, con riferimento alle norme dell'ordinamento penitenziario, la granitica contrarietà all'ingresso del divieto di applicazione retroattiva che ha contraddistinto finora le posizioni della giurisprudenza, si è però finalmente manifestata, - a volte con decisione, altre volte in maniera più cauta - in alcuni recenti provvedimenti giudiziari. Il cuneo di questi provvedimenti ha incrinato la moniliticità finora mostrata dall'orientamento contrario in ogni caso all'ingresso del principio di irretroattività nei territori processuali e apre a qualche ragionevole speranza.

¹⁹ L'espressione, ripresa per la sua efficacia da molti commentatori, è di GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostativa alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont.* - Riv. trim., 2014, 326.

²⁰ Il principio della *progressività trattamentale* è stato più volte ribadito dalla Corte costituzionale e da esso è stata fatta discendere la incostituzionalità di norme che, sopravvenendo rispetto al momento in cui il trattamento in corso ha già raggiunto risultati che consentirebbero al reo in base alla disciplina previgente di ottenere il beneficio, se applicate ne impedirebbero (o ne sospenderebbero) la concessione, pena la violazione del principio rieducativo. Cfr. sentenze n. 306 del 1993, n. 504 del 1995, n. 445 del 1997, n. 450 del 1998, n. 137 del 1999, n. 79 del 2004, n. 257 del 2006, n. 79 del 2007.

La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della legge 3/2019, ha assunto invero, posizioni diversificate, ma in alcuni casi molto innovative e di netta rottura con il passato rispetto al problema dell'applicazione retroattiva delle modifiche dell'art. 4 *bis* o.p.

Il quadro che si è delineato nella giurisprudenza di merito all'indomani dell'entrata in vigore della L. 3/2019 è stato variamente analizzato ed è sufficientemente noto da consentire di introdurlo mediante una schematizzazione. Se infatti una parte della giurisprudenza²¹ si è comunque mantenuta all'interno del tradizionale approccio che chiude ogni questione trincerandosi dietro la pretesa natura processuale delle norme concernenti le misure alternative, al pari di ogni altra che non riguardi «*l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena*», approcci dichiaratamente critici e anzi esplicitamente contrari, come accennato, hanno fatto irruzione sulla scena giudiziaria e della discussione scientifica.

Secondo un primo indirizzo, l'adozione di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, che utilizza come parametri interposti le norme C.E.D.U. - così come elaborate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e secondo indirizzi ormai stabilizzati - renderebbe sin da subito possibile attivare il divieto di applicazione retroattiva anche alle norme della legge 3/2019 che hanno irrigidito i criteri di accesso alle misure alternative per determinate categorie di autori²².

In altri casi, invece, i giudici hanno ritenuto che dovesse essere la Corte costituzionale a pronunciarsi sul punto e hanno dunque sollevato questioni di legittimità costituzionale²³, basate peraltro su argomentazioni che ricalcano in larga misura quelle poste a fondamento del primo e più radicale indirizzo.

Non sono infine mancate pronunce nelle quali, pur senza mettere in discussione la valenza del principio *tempus regit actum* con riguardo alle norme in questione, la irragionevolezza di alcune scelte ha indotto i giudici a ritagliare

²¹ Trib. Napoli, Sez. VII, 1° marzo 2019. Il provvedimento, insieme a quello citato nella nota successiva, è reperibile in allegato al commento di MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in www.penalecontemporaneo.it.

²² Questo indirizzo è ben rappresentato dalla ordinanza del GIP Como, 8 marzo 2019 (v. nota precedente). Vd. anche, Corte App. Reggio Calabria, 10 aprile 2019; Trib. Pordenone, 15 aprile 2019.

²³ Corte d'Appello di Lecce, ord. 4 aprile 2019, Pres. Scardia, Est. Errico; Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, Giud. Vertuccio in www.penalecontemporaneo.it, 8 aprile 2019, con nota di GATTA, *Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*; nonché, Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordinanza n. 1188/19, relatore Fiorentin; Cfr. anche MARTIN, *La legge 9 gennaio 2019, n. 3: la cd. "spazzacorrotti" sotto la scure della Corte Costituzionale?*, in www.giurisprudenzapenale.com.

all'interno della disciplina questioni di legittimità costituzionale riguardo a specifici profili comunque diversi da quello qui esaminato²⁴.

4.1 *The times they are a-changin'*²⁵. I primi due indirizzi, pur nel diverso grado della loro contrapposizione al diritto (finora) vivente, rappresentano senza dubbio una chiara rottura del fronte arroccato su posizioni formalistiche e questo ha garantito ai provvedimenti che ne sono espressione, insieme ad una prevedibile e giusta risonanza, un'attenzione analitica da parte della dottrina²⁶. La possibilità di giovare del rinvio ai molteplici ed estremamente puntuali commenti che sono stati dedicati a quelle pronunce esime in questa sede dalla necessità di ripercorre in maniera dettagliata le argomentazioni - come accennato abbastanza omogenee - utilizzate dai giudici e tanto meno appare utile riproporre, peraltro adesivamente, le accurate ricostruzioni e le pertinenti osservazioni dei commentatori.

Queste note intervengono d'altronde in un momento nel quale, da un lato, il posizionamento delle opinioni - se così si può dire - appare sostanzialmente stabilizzato e aggregato attorno ai poli appena richiamati (oggetto, come accennato, di ampia analisi), mentre dall'altro, si attendono, oltre ad eventuali prese di posizione della Cassazione²⁷, i pronunciamenti della Corte costituzionale.

²⁴ Vd. in particolare la questione di legittimità citata sopra in nota 6

²⁵ A venire in soccorso per il titolo è questa volta il premio Nobel per la letteratura, BOB DYLAN, *The times they are a-changin'*, CBS Records, 1964.

²⁶ MASERA, *Le prime decisioni di merito*, cit.; BARON, *'Spazzacorrotti'*, art. 4 bis e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme, in *Dir.pen cont.* 5/2019, 153 ss.; MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge "spazza-corrotti")*, in *Questa rivista (web)*, fasc. 2/2019; ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto intertemporale*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2/2019; FELICIONI, *Reati contro la P. A. e accesso ai benefici penitenziari: i fermenti "riformatori" della giurisprudenza*, in *Dir. pen. e proc.* 7/2019, 910 ss.

²⁷ Il primo e non debole segnale di un possibile mutamento di rotta da parte della giurisprudenza di legittimità è possibile coglierlo nella sentenza Cass. Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541 con nota di GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.*, cit, alla quale si sono richiamati anche molti dei provvedimenti di merito già citati, dove con esplicito riferimento anche alla giurisprudenza CEDU, si riconosce che « non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione difensiva 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 C.E.D.U. 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 combinato disposto degli artt. 656, comma 9 lett. a), cod. proc. pen. e 4-bis ord. penit. ».

Inoltre, poiché la questione che qui interessa attiene in ogni caso ad una dimensione di tipo intertemporale, è ovvio che la sua rilevanza se riferita ai singoli provvedimenti normativi è necessariamente *ad esaurimento*, più o meno rapido. Rimane invece ferma - insieme ad assai consistenti rilievi sulla (ir)ragionevolezza delle singole scelte e sui limiti di compatibilità dei modelli ostativi con diversi principi costituzionali - la questione di fondo del rapporto tra le norme che disciplinano la esecuzione penale e il divieto di applicazione retroattiva, che richiede, per essere affrontato, di un vero e proprio mutamento di paradigma nella costruzione dei principi garantistici e del loro funzionamento.

Se dunque non è ancora il momento di “tirare le somme” e non è certamente il caso di fare una ulteriore rassegna dell’esistente, si può forse provare, proprio in considerazione di una situazione al momento statica, a guardare le cose con quel minimo di distanza che le rende più nitide e, forse, più comprensibili.

Il dato che accomuna le prese di posizione giurisprudenziali orientate a far valere, immediatamente o attraverso la sollecitazione rivolta alla Corte Costituzionale, il divieto di applicazione retroattiva anche con riferimento alle disposizioni che ampliano la platea dei destinatari dei regimi restrittivi previsti dall’art. 4 *bis* o.p., è indubbiamente rappresentato, come rilevato da tutti i commentatori, dal reiterato richiamo, ritenuto decisivo, ai consolidati criteri di identificazione della *materia penale* elaborati dalla Corte EDU e oramai largamente accreditati anche presso le Corti interne, al fine di definire l’area interessata dall’applicazione delle garanzie convenzionali assicurate dagli art. 6 e 7 C.E.D.U.

A tale proposito occorre tuttavia fare qualche precisazione. È arcinoto infatti che i c.d. *Engel criteria* sono stati elaborati con prevalente riferimento al problema della natura da riconoscere ad una determinata disciplina sanzionatoria in funzione dell’applicazione o meno del divieto di *bis in idem*, nel caso in cui sugli stessi fatti oltre a sanzioni anche *formalmente* penali convergessero altre tipologie di sanzioni. È evidente però che la prospettiva dalla quale osserviamo il funzionamento dei principi di garanzia è in questo caso diversa, non fosse altro perché siamo già certi di trovarci a maneggiare *materia penale*. Il problema della ricostruzione dello statuto garantistico/costituzionale applicabile alla disciplina dettata dall’art. 4 *bis* o.p. e dalle altre norme che intervengono sui contenuti esecutivi concreti modificandone la “qualità”, si colloca tutto all’interno di quest’area e non in aree confinanti o limitrofe. Esso attiene infatti al riconoscimento o meno della natura sostanziale di quelle nor-

me o, *rectius*, della riconducibilità dei loro effetti alle ragioni che richiedono l'attivazione dei presidi garantistici posti a tutela dei diritti costituzionalmente e convenzionalmente rilevanti.

Come è stato opportunamente ricordato, «rispetto a tale problema, i criteri *Engel* non sono decisivi, perché delimitano l'area della materia penale, non le sue partizioni interne²⁸ » e lo stesso richiamo, certamente pertinente e non a caso presente in tutti i provvedimenti giudiziari citati, alla sentenza Del Rio/Spagna (Corte EDU, sent. 21 ottobre 2013, ric. n. 42750/09), che pure ha ad oggetto norme sulla esecuzione penale, non appare di per sé risolutivo. Se è vero che, da un lato e fino ad oggi, sulla distinzione tra norme sostanziali e processuali la giurisprudenza interna non è arrivata a maturare un adeguato distacco dagli approcci formali che ancora permeano il diritto vivente, d'altro canto, la giurisprudenza della Corte EDU non ha mai affrontato il tema nei termini che invece risultano usuali nel dibattito italiano. E ciò per la buona ragione che, come si cercherà di chiarire più avanti non aveva e non ha ragione di farlo.

Il merito più rilevante che si può riconoscere alla giurisprudenza europea sviluppata attorno al nucleo concettuale della *materia penale* appare invero essere quello di avere contribuito in maniera fondamentale alla riscrittura del paradigma garantistico attraverso la rimozione (non ancora definitiva lontano da Strasburgo, evidentemente) di modelli ricostruttivi e partizioni sistematiche basati su rigidi schemi formali, per dare accesso a prospettive di tipo funzionale orientate alla considerazione della "ragione" per la quale serve stabilire la natura di una norma.

Da questo punto di vista quel che appare particolarmente significativo - e ancor più dallo specifico punto di vista che qui interessa - è che nella già citata e peraltro notissima sentenza Del Rio Prada c. Spagna i giudici abbiano ritenuto che nell'ambito del divieto di retroattività delle sanzioni sancito dall'articolo 7 § 1 debbano rientrare indifferentemente « *le misure adottate dal legislatore, dalle autorità amministrative o dai tribunali dopo l'imposizione di una sentenza definitiva o durante la sua esecuzione quando possano portare a una ridefinizione o modifica della portata della sentenza* ».

Si tratta invero proprio del punto di vista assunto da parte dei giudici italiani in alcuni dei citati provvedimenti, nei quali si coglie correttamente come la questione non riguardi, appunto, pretese ontologie classificatorie a base formale, ma la qualità delle conseguenze che derivano dall'applicazione delle

²⁸ Così, MASERA, op. cit.

norme, a prescindere da ripartizioni che appaiono artificiose non appena si abbandonano i tradizionali punti di osservazione.

La necessità di osservare le questioni che attengono alla legalità collocandosi innanzitutto nella corretta prospettiva ordinamentale è stata spiegata in maniera molto convincente da chi²⁹, riferendosi all'annoso problema della riserva di legge, ha opportunamente evidenziato come sia necessario adottare chiavi di lettura distinte della "legalità" a seconda che si assuma il punto di vista del diritto interno o quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Anche in questo caso la limpidezza dell'originale sconsiglia il ricorso alla parafrasi: «[...] nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha rilievo la prospettiva "genetica" delle norme astratte, cioè non conta come le norme nell'ordinamento siano (debbono essere) approvate, né conseguentemente interessano primariamente le questioni di legittimazione della fonte dal punto di vista dell'ordinamento interno. Ciò che conta è che l'atto normativo produca un effetto sul diritto previsto dalla Convenzione: la legalità convenzionale è parametro di controllo sugli effetti prodotti dalla scelta nazionale sui diritti tutelati dalla stessa Convenzione. Dal punto di vista dell'art. 7 C.E.D.U., pertanto, adottare una prospettiva non già genetica ma "effettuale" è necessario, e non potrebbe essere altrimenti. Sono gli effetti di pregiudizio che contano, e precisamente per questo la Corte non si può accontentare di considerare le forme, ma deve sindacare la sostanza dell'attività ordinamentale. A proposito della legalità convenzionale sembra dunque pertinente parlare, ancor più che di legalità materiale o sostanziale, di legalità effettuale»³⁰.

Il discorso, per quanto svolto con riferimento specifico alle implicazioni che riguardano la riserva di legge, appare senz'altro riferibile a tutti i corollari della legalità, nella misura in cui chiarisce la diversità di approccio imposto dalla diversità della prospettiva assunta.

E invero se, come nel nostro caso, ad essere in gioco è (l'estensione del)la copertura che le garanzie assicurano ai diritti di libertà, la prospettiva non può che essere - per usare la stessa terminologia - di tipo *effettuale* e non certo "classificatoria". Come si è più volte segnalato, quando si tratta di stabilire se dall'applicazione di una norma deriva o meno come effetto non previsto e non prevedibile al momento della commissione del fatto (ma neppure al momento, altrettanto rilevante, nel quale si definiscono le strategie difensive,

²⁹ DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia* 2014, 91 ss.; cfr. anche AMARELLI, *Legalità costituzionale, legalità convenzionale e diritto giurisprudenziale*, in www.criminaljusticenetwork.eu.

³⁰ DI MARTINO, op. cit., 117.

cioè il “come difendersi”) il punto non può essere quello che si preoccupa di stabilire se la norma è classificabile come processuale o meno, bensì quello che si preoccupa di verificare quali effetti derivano dall’applicazione della norma, per stabilire se essi ricadono o meno nell’area funzionale interessata dalle garanzie, richiedendone quindi l’attivazione.

Una volta che la questione è (ri)emersa a livello applicativo, mostrando impietosamente l’inconsistenza degli argomenti a base formale su cui si fondano le vecchie convinzioni usurate dal tempo e dall’uso improprio che ne viene fatto, ci si è ovviamente domandati se a questo punto sia preferibile un intervento chiarificatore della Corte costituzionale oppure anche in assenza di (o comunque a prescindere da) una pronuncia delle Corte bisogna auspicare che, come già avvenuto in alcuni dei citati casi, siano i giudici ad assumersi la responsabilità (e forse il dovere) di modificare un diritto vivente che finora ha ostacolato la piena espansione dell’essenziale presidio garantistico rappresentato dal principio di irretroattività.

Nei provvedimenti giurisdizionali sopra citati, nei commenti che li hanno accompagnati e in quelli, assai critici sulla legge 3/2019, che li hanno preceduti e forse in parte ispirati, c’è invero materiale più che sufficiente per costruire solidi interventi di censura costituzionale e la Corte non ha certo bisogno che le vengano suggeriti percorsi argomentativi. Ma, a dirla tutta, ci sono anche abbastanza ragioni utili a fornire alla giurisprudenza la spinta necessaria per superare l’ostacolo rappresentato dai precedenti e ritenere che quello che oggi viene ancora invocato come diritto vivente, appare tale solo per essere tenuto in vita artificialmente da esili argomenti formali.

Sono stati ben evidenziati - e d’altra parte sono intuibili - limiti e rischi, vantaggi e svantaggi dei due possibili scenari³¹: quello cioè in cui è la Corte costituzionale a fare da “levatrice” a un neonato diritto vivente e quello che invece lo ritiene già in grado di camminare sulle sue gambe, esorcizzando al contempo la possibilità che una pronuncia contraria o anche solo cauta della Corte soffochi nella culla il diritto nascente.

Può darsi sia anche per questa ragione che tra le soluzioni è affiorata anche quella, non sconosciuta alla legislazione di settore, della previsione di un regime intertemporale, volto a escludere l’applicazione di norme peggiorative per i fatti commessi prima della entrata in vigore della legge che introduce modifiche che incidono sui contenuti esecutivi della sanzione.

³¹ Sul punto si rinvia alle osservazioni di MANES, op. cit., 118 ss. e all’accurata analisi dei diversi, possibili scenari fatta da BARON, op.cit., 171 ss.

D'altra parte, nelle citate ordinanze di remissione alla Corte costituzionale, l'assenza di una disciplina transitoria è stata costantemente indicata come ulteriore profilo fondante i dubbi di legittimità costituzionale della nuova disciplina, anche sulla base del rilievo che in altri casi nei quali si era ampliato l'ambito applicativo dell'art. 4 *bis* o.p. una disciplina transitoria era stata effettivamente prevista. Il rilievo è sicuramente pertinente, ma allo stesso tempo rischia di essere fuorviante ed anzi in un certo senso indebolisce la tenuta complessiva dell'argomentazione che assume come presupposto l'appartenenza delle norme relative alle misure alternativa all'area sulla quale insistono le garanzie.

Affidare, di volta in volta, al legislatore storico il compito di prevedere espressamente che una nuova e meno favorevole disciplina in materia di ordinamento penitenziario non si applica alle condanne per fatti commessi prima della sua entrata in vigore, rappresenterebbe infatti un passo indietro e in ogni caso uno stop sul cammino che invece sembra essere stato finalmente intrapreso. Benché la predisposizione di una disciplina intertemporale offre una possibile via d'uscita pratica, invocare questa soluzione significa negare che una regola con valore cogente in realtà già esiste ed è appunto quella che impone il divieto di applicazione retroattiva di qualsiasi norma idonea a incidere in senso peggiorativo sul "concreto contenuto" delle conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento ricollega alla realizzazione di determinati fatti e che non sia prevedibile al momento della loro commissione.

Speriamo che i tempi siano davvero cambiati.

