

SCHEDA 06 Febbraio 2020

LEGGE "SPAZZACORROTTI" E REGIME OSTATIVO ALL'ACCESSO ALLE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE PER I DELITTI CONTRO LA P.A. (ART. 4 BIS O.P.) QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE RELATIVE AL REGIME INTERTEMPORALE

Beatrice Fragasso

Tra tempus regit actum e irretroattività sfavorevole, in attesa della Consulta (11-12 febbraio)

1. L'11 e il 12 febbraio 2020 la Consulta sarà chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 1, comma 6, lett. b), della l. n. 3/2019 (c.d. spazzacorrotti) con il quale si è introdotta l'irretroattività *in malam partem*.

Attraverso tale disposizione, il legislatore ha **modificato l'art. 4-bis o** ha **esteso** il regime ostativo ivi previsto ai delitti di cui agli artt. **318, 319, 319-bis, 320, 321 c.p.**, ma **omettendo di disporre un regime transitorio, idoneo a regolare i procedimenti in corso** – in fase di cognizione o di esecuzione – al momento del

vigore della legge.

Di qui la questione: **la persona che ha commesso un fatto di corruzione prima del gennaio 2019** (data di entrata in vigore della l. 3/2019) **è soggetta alle misure alternative derivanti dall'applicazione dell'art. 4-bis o può usufruire dei benefici per le misure alternative, in virtù del principio di irretroattività della legge sfavorevole?**

Per **consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità** (vd. para. 10) le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione **hanno carattere procedurale, non sostanziale**, in quanto **non incidono sull'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, bensì le modalità esecutive della pena stessa**. Pertanto, **nel caso in cui manchi una disciplina intertemporale, sottratta alle regole dettate in materia di successione di norme penali dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost.**, ma sono invece **immediatamente applicabili dall'art. 11 disp. prel.**, anche ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della l. 3/2019. Secondo quello che è considerato “diritto vivente”, dunque, anche al soggetto che ha commesso il reato prima dell'entrata in vigore della l. 3/2019 sarà precluso l'accesso alle misure alternative alla detenzione, a meno che (ove possibile e rilevante) non ci sia stata un'adesione dell'Autorità Giudiziaria ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. o dell'art. 323-bis, co. 2, lett. a).

Ma non solo. **Per effetto del richiamo che l'art. 656, co. 9, lett. b) fa all'art. 58-ter ord. penit.**, i condannati per i reati di cui agli artt. 318, 319, 319-quater e 320 **potranno più beneficiare della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva** che non avrebbero consentito al condannato di chiedere una misura alternativa alla detenzione prima dover passare dal carcere.

Diverse corti territoriali hanno adito la Corte Costituzionale, chiedendo di accertare l'incostituzionalità dell'art. 4-bis, comma 6, lett. b), della l. n. 3/2019 nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, in assenza di una disciplina transitoria, consente l'accesso ai benefici penitenziari anche per coloro che hanno commesso i reati contro la pubblica amministrazione prima dell'entrata in vigore della legge, in violazione del principio di irretroattività della legge *in parte*.

2. Una parte della dottrina ha sempre criticato l'approccio rigidamente adottato dalla giurisprudenza di legittimità, ritenendo che – al di là dell'assegnazione delle misure alternative dal legislatore – **le disposizioni riguardanti le misure alternative alla detenzione e i benefici penitenziari avessero natura penale, incidendo direttamente sul tipo e sulla qualità della pena irrogata**. In base a tale orientamento, la p

scontare la pena – o parte di essa – in regime extramurario **non costituisce “modalità esecutiva”**, ma rappresenta piuttosto un **elemento caratterizzante** stessa, **su cui un soggetto potrebbe legittimamente fare affidamento nel momento in cui decide di commettere un reato**. Le misure alternative, modellando il sistema delle sanzioni penali, **dovrebbero dunque essere assimilate alle pene e associare il principio di irretroattività della legge penale successiva sfavorevole**.

Obiettivo del principio di irretroattività *in mala partem* è infatti quello di dare un segnale di disapprovazione al cittadino contro gli abusi del potere legislativo, permettendogli di **previdere preventivamente le conseguenze delle sue azioni, e dunque l’an, il quod, il quomodo della pena**: si tratta di un’esigenza perfettamente rinvenibile nel principio di riferimento all’applicabilità o meno di una misura alternativa che comporti l’ingresso in regime extramurario.

La Corte di Cassazione si è tuttavia dimostrata **inamovibile** e, a partire dalla sentenza delle **Sezioni Unite 30/05/2006, n. 24561, Aloisio**, nel corso degli anni ha **costantemente ribadito**, pronunciandosi con riferimento alla gran parte degli istituti di esecuzione penale, **l’applicabilità del principio del *tempus regit actum***: con riguardo all’introduzione del **divieto di sospensione dell’ordine di esecuzione** di cui alla lett. c) dell’art. 656 c.p.p. per effetto della l. 251/2005; in materia di modifiche alla disciplina della **condanna domiciliare, dell’affidamento in prova ai servizi sociali, della semilibertà, del premio ex art. 30-ter ord. penit.**, in materia di **ampliamento dell’elenco dei reati** dall’art. 4-bis. Le stesse **corti territoriali hanno sostanzialmente aderito** all’orientamento espresso in sede di legittimità.

Una prima crepa nella rigorosa posizione formalistica della suprema **è stata concretizzata in materia di modifiche normative delle misure cautelari**. In due sentenze della Corte di Cassazione hanno lasciato intendere un **cambio di rotta** della giurisprudenza di legittimità: le **Sezioni Unite, con sent. 31 marzo 2011, n. 11111, Ambrogio**, hanno stabilito che **le modifiche normative alle misure cautelari in esecuzione sono soggette al principio di irretroattività *in malam partem***; con sentenza del 19 ottobre 2013, n. 48462 ne ha stabilito il corollario, ossia che **le sopravvenienze favorevoli all’indagato sono sempre applicabili retroattivamente**.

Si trattava, evidentemente, di un primo **tentativo di attenuare la rigida dicotomia tra norme sostanziali e norme procedurali**, abbracciando un criterio più teleologico e meno formalistico, volto cioè a valorizzare il carattere intrinsecamente afflittivo del processo e dell’esecuzione penale, indipendentemente dalla qualificazione assunta dal legislatore.

3. Con l'approvazione della l. 3/2019, il coro di autorevoli voci favore **definitivo cambio di rotta da parte della Cassazione si è infittito**, comp **l'influenza della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo**, ch **riconoscimento delle garanzie convenzionali attribuisce alla nozione di connotazione sostanzialistica**, privilegiando alla qualificazione formale dall'ordinamento una valutazione in ordine al tipo, alla durata e alle r **esecuzione della sanzione o della misura applicata**.

Significativa, in tale senso, è la pronuncia resa nell'ambito del caso (21 ott nella quale la **Grande Camera** arriva a ravvisare una **violazione dell'art. 7** **nell'applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale *contra*** riferimento ad un istituto assimilabile alla nostra **liberazione anticipata**. L'a **del cittadino circa la prevedibilità della sanzione penale**, garantito dal **irretroattività *in malam partem***, deve potersi esplicitare **non soltanto rispetto irrogata, ma anche alla sua esecuzione** (*«per rendere effettiva la protezi dall'articolo 7, la Corte deve rimanere libera di andare oltre le apparenze e sola se una particolare misura equivale in sostanza a una pena, ai sens disposizione»*; vd. anche , 9 febbraio 1995).

Che i tempi possano essere maturi per un **revirement giurisprudenziale** l'attivismo che, in questa materia, **le corti territoriali** hanno dimostrato precedenti, promuovendo le questioni di legittimità costituzionale dell'art. l lett. b), della l. n. 3/2019 che saranno affrontate dalla Consulta l'11 e il 12 febb

Si segnalano, inoltre, **le soluzioni adottate dal GIP di Como (), e dalla Corte d Reggio Calabria ()** che hanno ritenuto non necessario adire il Giudice de adottando **un'interpretazione convenzionalmente conforme**, hanno ritenuto l **sospensione dell'ordine di carcerazione per condannati che avevano comme illecito prima dell'entrata in vigore della l. 3/2019**.

In particolare, secondo il giudice lariano, **«quelle che vengono consider meramente processuali, perché attinenti alle modalità di esecuzione della in realtà norme che incidono sostanzialmente sulla natura afflittiva dell** pertanto, una loro eventuale applicazione retroattiva comporterebbe una **«[del]l'art. 117 Cost., integrato dall'art. 7 CEDU nonché [de]gli art. 25 c. [del]l'art. 2 c.p., norme il cui raggio di operatività non può non estenders. disposizioni che, a prescindere dalle etichette, abbiano, come nel caso di contenuto afflittivo o intrinsecamente punitivo»**.

La stessa **Corte di Cassazione**, nel decidere i ricorsi sull'applicazione intertemporale. Spazzacorrotti, si è attestata su **posizioni più morbide**, giungendo a **conclusioni pur non rinunciando al perdurante binomio *esecuzione penitenziaria – te actum***. In particolare, la Suprema Corte, in diverse sentenze, ha stabilito che dell'art. 4-bis **non interessa i procedimenti per i quali, al momento dell'entrata in vigore della legge, era già stato emesso l'ordine di carcerazione e il relativo provvedimento di sospensione**. Nello specifico, in base al principio *tempus regit actum* considerata **illegittima la revoca del decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena** che era stata legittimamente disposta dal pubblico ministero dell'approvazione della l. n. 3/2019.

Ma una vera e propria breccia nell'orientamento formalistico della giurisprudenza sulla legittimità sembra essersi aperto con la sent. Cass., Sez. VI, 14/03/2019, n. 10000, Ferraresi, nella quale la Corte ha affermato che «***non parrebbe manifestamente illegittimo il passaggio dalla pena di ergastolo alla pena di reclusione a vita, in base al principio di irretroattività della legge, e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si tratta di una sanzione che non ha natura punitiva, ma preventiva, e che, dunque, dovessero sorgere dubbi sulla sua legittimità, non potrebbe essere considerata illegittima la revoca del decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena che era stata legittimamente disposta dal pubblico ministero dell'approvazione della l. n. 3/2019.***».

4. La Corte Costituzionale si è già dimostrata sensibile all'indirizzo "sostanzialista" espresso dalla Corte di Strasburgo, **estendendo la garanzia di irretroattività dall'art. 25, comma 2, Cost. ad alcune disposizioni aventi carattere "intrinsecamente punitivo"**: è il caso della **confisca obbligatoria prevista dall'art. 186, comma 2, del D.Lgs. n. 159/2013**, (vd. sentenza) e della **confisca per equivalente prevista dall'art. 187 del D.Lgs. n. 159/2013** (vd. sentenza). In entrambi i casi il Giudice delle leggi ha ritenuto che tale disposizione di confisca, al di là delle qualificazioni formali usate dal legislatore, riveste funzione **non preventiva, ma punitivo-afflittiva**, e che, dunque, dovessero sorgere dubbi sulla sua legittimità, non potrebbe essere considerata illegittima la revoca del decreto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena che era stata legittimamente disposta dal pubblico ministero dell'approvazione della l. n. 3/2019.

Si attendono, dunque, le determinazioni della Consulta, nella speranza di aggiungere un ulteriore tassello alla complessiva opera di adeguamento del diritto penale alla concezione sostanzialistica adottata dalla Corte EDU.

In forza della sua diffusione, tale viene ritenuto da diversi autori; vd. V. Manes, ,

cont., 2/2019, p. 113; L. Baron, , in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 156; S. Fiore, , in fasc. 3, 2019, p. 22.

Ordinanze di rimessione alla Corte Cost. dell'art. 1, co. 6, lett. B) legge 3/2019 dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia (, 8 aprile 2019), dalla Corte di Appello di Venezia (, 4 aprile 2019), dal Tribunale di Cagliari (, 10 giugno 2019), dal Tribunale di Bari (, 10 aprile 2019) dal Tribunale di Sorveglianza di Taranto (, 7 giugno 2019), dal Tribunale di Brindisi (e , entrambe del 30 aprile 2019), dal GIP di Caltanissetta (e , entrambi del 1° luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Potenza (, 31 luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Salerno (, 12 giugno 2019).

Alcune ordinanze lamentano anche la violazione dell'art. 3 Cost., adducendo il comma 6, lett. b), della l. n. 3/2019 «*determina una irragionevole disparità di trattamento tra soggetti che, giudicati colpevoli per gli stessi delitti, per mera casualità, subiscono un diverso carico di lavoro dei tribunali di sorveglianza sul territorio nazionale, alla luce della decisa la propria istanza di misura alternativa prima della data in vigore della legge 3/2019 o successivamente a tale data*» (ord. Trib. Sorv. Salerno; vd. anche ord. Trib. Sorv. Venezia; ord. Trib. Sorv. Potenza; ord. Corte di Appello di Lecce, ord. Trib. Di Caltanissetta, ord. Trib. Taranto). Viene altresì sollevata la questione di compatibilità con l'art. 3 Cost. commi 2 e 3, nella parte in cui la legge non prevede che i benefici penitenziari debbano essere concessi nei confronti dei condannati che abbiano raggiunto, sulla base della normativa previgente, un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti (ordinanze Trib. Sorv. Venezia; ord. Trib. Sorv. Potenza e ord. Trib. Sorv. Salerno)

Vd. F. Bricola, *Il 2° e il 3° comma dell'art. 25*, in G. Brancaccio (a cura di), *Commentario alla Costituzione - vol. Rapporti civili*, Bologna - Roma, Zanichelli – Il foro italiano, 299, che affermava che era necessario «*riportare al tempo della commissione del reato il quadro di riferimento normativo dell'esecuzione*»; G. Esposito, *Brevi osservazioni sulla legittimità della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione, penale*, 1993, p. 139; *contra* A. Pagliaro, voce *Legge penale*, c) *Legge penale nazionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 1067-1068, secondo cui il principio del *tempus regit actum* regolerebbe tutta l'esecuzione penale e, in particolare, l'esecuzione detentiva: «*[...] l'espressione "punito in forza di una legge" indica che la costituzione si riferisce solo alle leggi la cui "forza" consiste nel creare o abolire, o comminare sanzioni penali: perciò non anche alle leggi che statuiscono le norme procedurali del procedimento penale*»; M. Chiavario, voce *Norma processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1978, p. 467.

In quel caso la Corte affermava che, a causa del sopravvenuto inserimento di violenza sessuale nel catalogo dei reati previsti dall'art. 4-bis ord. penit., dell'art. 15 l. 38/2006, il condannato per tale delitto non poteva beneficiare della sospensione dell'esecuzione, benché avesse commesso il reato prima dell'entrata in vigore della legge.

Cass., sez. I, 19/09/2006, n. 33062; Cass., sez. I, 11/07/2006, n. 25113; Cass., sez. I, 14/07/2006, n. 29508; Cass., sez. I, 16/11/2006, n. 42403; anche la modifica dell'art. 67 operata dalla l. 24 luglio 2008, n. 125 era stata ritenuta immediatamente applicabile dalla Cass., sez. I, 29/09/2010, n. 37083, Cipriano.

Cass., sez. I, 09/05/2006, n. 20035; Cass., sez. I, 22/06/2006, n. 31430

Cass., sez. I, 06/06/2006, n. 30792;

Cass., sez. I, 05/07/2006, n. 24767.

Cass., sez. I, 18/09/2009, n. 41567; Cass., sez. I, 03/02/2016, n. 37578.

Cass., sez. I, 11/11/2009, n. 46649

Sezione Sorveglianza Milano, 21/09/2009, in materia di istanza volta ad ottenere la dichiarazione di estinzione della pena pecuniaria ex art. 47 comma 12 ord. penit. Torino, 11/04/2006 - in materia di divieto di sospensione dell'esecuzione (656 c.p.).

Il paragone tra misure alternative alla detenzione e misure cautelari è prospettato da Manca, , in *Arch. Pen.*, 2019, n. 1.

Una parte della dottrina ha successivamente tentato di applicare tali principi all'esecuzione penitenziaria, in particolar modo, in relazione alle modifiche normative introdotte dal d.l. n. 78/2013, conv. con modif. in l. n. 94/2014 all'art. 656 c.p.; vd. A. Giampichelli, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza Cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 20 ss.

G.L. Gatta, , , in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2019; V. Manes, *op. cit.*, p. 117; L. Barile, D. Pulitanò, , in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2019; L. Masera, – nota a Trib. Napoli, febbraio 2019 (dep. 1 marzo 2019); GIP Como, 8 marzo 2019, in *Dir. Pen. Cont.*, 2019; O. Mazza, , in *Arch. pen. web*, maggio-agosto 2019, n. 2, p. 4.; V. Giampichelli, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2, p. 4; G. Trinti, , in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 27.; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il caso delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 1/2019, doc. 1.5; C. Cataneo, – commentando la Corte App. Napoli, Sez. II, ord. 3 aprile 2019, Pres. Grassi, Rel. Grasso, in *Dir. Pen.*, giugno 2019.

Non sono mancate comunque pronunce di adesione alla posizione formalisti dalla Corte di Cassazione, vd. , su *Giur. Pen. Web* («*priva di rilevanza è, per questione di legittimità che muova dal presupposto che non può trovare a retroattiva una legge che modifichi in senso sfavorevole al reo la disciplina di is vario modo incida- no sul trattamento penale, tra i quali le misure alte detenzione, ciò in aperto contrasto con il consolidato orientamento della Cassazione che esclude la riconducibilità di dette misure all'art. 25, secondo co e all'art. 2, primo comma, c.p., argomentando in base alla natura proces disciplina di dette misure, che le sottrarrebbe al divieto di irretroattività*»); , di *De Jure*.

Vd. commento L. Masera, *op cit*.

Cass., Sez. I, 3 maggio 2019, n. 25212, Pullo; Cass, Sez. I, 19 luglio 2019, n. 39 sez. I, 20 settembre 2019, n. 48499; per un commento a quest'ultima si consen a B. Fragasso, , in *Sistema Penale*, 16 gennaio 2020.

La questione tuttavia era stata dichiarata irrilevante per il giudizio oggetto poiché afferente «*all'esecuzione della pena applicata con la stessa sentenza, uno snodo processuale diverso nonché logicamente e temporalmente successivi ai fini della decisione di questa Corte non rileva, potendo se del caso essere r sede di incidente di esecuzione*». Vd. nota di G.L. Gatta, *op. cit*.