

## QUESTIONI APERTE

---

### Ordinamento penitenziario

#### La decisione

**Ordinamento penitenziario - Questione di legittimità costituzionale - Legalità sostanziale - Disposizioni intertemporali - Interpretazione norme processuali - Irretroattività della legge penale - Principio di affidamento - Uguaglianza - Ragionevolezza - Finalismo rieducativo (CEDU art. 7; Cost., artt. 3, 25, co. 2, 27, 117; Legge 26 luglio 1975, n. 354, artt. 4-bis, 58-ter, 318, 319, 319-quater, 321, 323-bis c.p.; Legge 9 gennaio 2019, n. 3, art. 1, co. 6, lett. b); Legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 23).**

*Il Tribunale di sorveglianza ritiene, pertanto, di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui, modificando l'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, si applica anche in relazione ai delitti di cui agli artt. 318, 319, 319-quater e 321 c.p., commessi anteriormente all'entrata in vigore della medesima legge, per contrasto con gli artt. 3, 25 co. 2, 27 co. 3, 117 Cost, art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.*

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI VENEZIA, (ord.), 8 aprile 2019 (ud. 2 aprile 2019) - FIORENTIN, *Relatore* - A. B, *imputato*.

#### Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione “sostanziale” delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. penit. e legge “spazza-corrotti”)

Con il presente contributo, l'autrice analizza l'ordinanza n. 1189/19 dd. 2 aprile 2019 (depositata l'8 aprile 2019), emessa dal Tribunale di sorveglianza di Venezia, con cui il Collegio ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6 lett. b) della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. “spazza-corrotti”), nella parte in cui non prevede un regime transitorio per le modifiche sfavorevoli apportate all'art. 4-bis O.P., che, pertanto, in ragione del principio *tempus regit actum*, trovano applicazione per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella legislativa. La decisione del Tribunale di sorveglianza di Venezia si unisce ad una serie di recentissime pronunce, che, sulla base di varie soluzioni applicative, hanno denunciato il contrasto della riforma ai principi costituzionali (e convenzionali) in materia penitenziaria.

*Doubts of constitutionality as to whether the rules penitentiaries (about art. 4-bis ord. penit. and “sweepa-corrupt”)*

*With this paper, the author analyzes the ordinance n. 1189/19 (dated 2-8 April 2019), pronounced by the Venice Surveillance Court. The Court notes that the article 1, subparagraph 6, point b) is unlawful and contrary to the Constitution, because the reform not provides a transitional rules for facts committed before of the entry into force of Act 3/2019 (31 January 2019). The decision of the Venice Surveillance Court is one of the various judgment that recently have denounced the contrast of Act 3/2019 with constitutional (and conventional) principles in penitentiary matters.*

**SOMMARIO:** 1. Premessa: 4-bis O.P. e legge n. 3/2019 (c.d. “spazza-corrotti”). - 2. Le problematiche intertemporali. - 2.1. (*Segue*) Prime soluzioni applicative. - 3. La posizione del TDS Venezia:

l'ordinanza n. 1188/19. - 3.1. (Segue) Sintesi delle questioni sollevate. - 3.2. (Segue) 4-bis e irretroattività della legge penale. - 3.3. (Segue) 4-bis e principio di affidamento. - 3.4. (Segue) 4-bis e principio di uguaglianza nella rieducazione. - 4. Ulteriori margini di incostituzionalità per fatti commessi successivamente? - 5. Prime conclusioni: osservazioni di metodo per un volto "sostanziale dell'esecuzione penale.

### 1. Premessa: 4-bis O.P. e Legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazza-corrotti").

Seguendo i lavori del DDL n. 1189-B, nelle more della approvazione definitiva e della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (con il timore dell'intervento della c.d. "manina" *in limine*), si era rilevato da subito il contenuto fortemente repressivo e punitivo, attribuito al testo di riforma<sup>1</sup>.

Un disegno complessivo di politica criminale, annunciato in fase di propaganda elettorale, preannunciato con enfasi ad inizio legislatura, che delinea sostanzialmente l'intera disciplina dei reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, dalle norme incriminatrici, agli istituti processuali, all'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari, alla fase (*post*) esecuzione della pena<sup>2</sup>.

Come si era evidenziato<sup>3</sup>, tuttavia, le modifiche più incisive riguardano le interpolazioni apportate all'ordinamento penitenziario e, in particolare, all'art. 4-bis O.P., con l'inserimento dei delitti dei pubblici ufficiali nel co. 1 dell'art. 4-bis O.P., come reati "assolutamente ostativi": rispetto a tali delitti sarà, quindi, precluso l'accesso alle misure alternative e/o benefici penitenziari, se non per il tramite dell'avvenuta collaborazione (utile ed effettiva) con la giustizia, ai sensi dell'art. 323-bis c.p. (ovverosia solo nel caso in cui in sede di cognizione, il giudice riconosca all'imputato la diminuzione di pena a titolo della circostanza attenuante speciale della collaborazione con la giustizia ovvero laddove la stessa venga prestata successivamente *in executivis*).

Con l'art. 6 della legge n. 3/2019 (v., l'art. 5, co. 1 lett. b) del DDL n. 1189-B), si inserisce, infatti, tra i reati c.d. "ostativi" di cui al co. 1 dell'art. 4-bis O.P. alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione,

---

<sup>1</sup> Si era formulato un primissimo commento al testo di riforma per *Il Penalista web*, dal titolo *Anticorruzione gli interventi in materia penitenziaria*.

<sup>2</sup> Sul punto, cfr. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni di riforma*, in questa *Rivista*, 2018, 1 ss.; MANNA, *Il fumo della pipa (il cd. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in questa *Rivista*, 2/2018, 1 ss.; CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, *ivi*, 3, 2018, 1 ss.; R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 10; PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.; GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1.5. Da ultimo, 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.

<sup>3</sup> Cfr. MANCA, *Anticorruzione gli interventi in materia penitenziaria*, *cit.*

come quelli di cui agli artt. 314, co. 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, co. 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p. L’inserimento nel primo comma dell’art. 4-*bis* O.P. di tali delitti comporta, come ricorda il *Dossier* illustrativo del Senato (rispetto alla precedente formulazione del DDL), la preclusione dell’accesso ai benefici penitenziari (assegnazione al lavoro all’esterno, permessi premio e misure alternative alla detenzione). Ulteriore interpolazione, apportata con la lett. a) del medesimo articolo del testo della Camera prevede, appunto, la previsione della collaborazione *ex art. 322-bis* c.p., ovvero sia - come si illustra - nei casi in cui “tali detenuti si siano efficacemente adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati per l’individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro o altre utilità trasferite”.

Con tali modifiche, il legislatore, nel 2019, a distanza di 28 anni dall’introduzione dell’art. 4-*bis* O.P. (v., DL. n. 152/1991, con. in legge n. 203/1991), torna nuovamente ad applicare lo schema presuntivo della collaborazione, peraltro, di tipologia diversa rispetto a quella di cui all’art. 58-*ter* O.P., come chiave di volta per l’accesso alla rieducazione (per fattispecie penali tendenzialmente monosoggettive, che hanno disvalore e natura strutturalmente diverse dalle ipotesi delittuose inerenti la criminalità organizzata)<sup>4</sup>.

## 2. Le problematiche intertemporali.

La prima criticità segnalata dalla dottrina concerne - con tutta evidenza - l’applicabilità della riforma a fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, dato che - secondo un’interpretazione consolidata della giurisprudenza di legittimità<sup>5</sup> - le norme penitenziarie sono da ritenersi processuali e soggette al principio del *tempus regit actum*, estranee, quindi, dall’alveo di tutela dei principi sostanzialistici di cui all’art. 25, co. 2 Cost.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Tale criticità viene opportunamente segnalata da MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 112-113.

<sup>5</sup> Tale è l’orientamento giurisprudenziale espresso dalle Sezioni unite, 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, in *Cass. pen.* 2006, 3963, che poi ha trovato conferma in arresti successivi, come, ad es.: *ex multis*, Cass., Sez. I, 5 febbraio 2013, Schirato, in *Mass. Ull.*, n. 255310. Si consenta un breve rinvio bibliografico a MANCA, *Il diritto di permanenza all’aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, in *questa Rivista*, 2, 2017, 3.

<sup>6</sup> Sulla genesi del dibattito in dottrina: A. PAGLIARO, voce *Legge penale*; c) *Legge penale nel tempo*, 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 delle pene detentive: «[...] l’espressione “punito in forza di una legge” indica che il testo costituzionale si riferisce solo alle leggi la cui “forza” consiste nel creare reati e comminare sanzioni penali: perciò non anche alle leggi che statuiscono le modalità del procedimento penale». In tal senso, anche, CHIAVARIO, voce *Norma processuale penale*,

La questione diviene di tutta preminenza, nel momento in cui il legislatore omette di indicare un regime di diritto transitorio<sup>7</sup>. La legge n. 3/2019, infatti, non contiene una norma in tal senso, a differenza di precedenti modifiche, come quella intervenuta *ab origine* all'art. 4-*bis* O.P., con la legge di conversione n. 203/1991 che circoscriveva l'applicabilità per delitti commessi dopo l'entrata in vigore del DL n. 152/1991<sup>8</sup>. O, ancora, con riguardo alle modifiche intervenute per effetto della legge n. 272/2009, in cui, ai sensi dell'art. 4 della novella, il legislatore aveva previsto una limitazione dell'applicabilità delle nuove disposizioni solo *pro futuro*<sup>9</sup>.

Al di là della casistica specifica, il legislatore, con le previsioni in esame, aveva espresso la necessità di limitare gli effetti preclusivi della norma per tutti i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore delle modifiche peggiorative (quasi che avesse “implicitamente riconosciuto la valenza del principio di irretroattività della norma penale meno favorevole anche con riferimento al regime della pena, indicando che il divieto di retroattività vale ogni qualvolta si voglia introdurre un nuovo e più sfavorevole regime”)<sup>10</sup>.

---

in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1978, 467. Per la dottrina minoritaria, a favore di una qualificazione “sostanziale” delle norme penitenziarie, cfr. BRICOLA, *Commento all'art. 25 comma 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 24-26)*, a cura di Branca, Bologna, 1981, 298-300. Nello stesso senso, cfr. ESPOSITO, *Brevi osservazioni in ordine alla legittimità costituzionale della nuova disciplina delle misure alternative alla detenzione*, in questa *Rivista*, 1993, 139-140; PICOTTI, *La legge penale*, in *Codice penale. Parte generale*, (diretto da) Bricola-Zagrebelsky, vol. I, II ed., 1995, 91 ss., secondo cui le norme sull'esecuzione penale rappresentano “la massima realizzazione dell'impegno costituzionale al trattamento, al recupero del reo, alla sua rieducazione (art. 27, 3° co. Cost.)” e sono, pertanto, “da assoggettare interamente alle garanzie della giurisdizionalità e, prima ancora, della riserva di legge, della tassatività e, quindi, anche dell'irretroattività delle disposizioni sfavorevoli”. Con diverse puntualizzazioni, in relazione al principio dell'affidamento, invece, più di recente, cfr. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche “peggiorative” e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 402; MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss.; GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont./Riv. Trim.*, 2014, 326 ss.

<sup>7</sup> Cfr., sul punto, GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, cit., 4.2.

<sup>8</sup> L'art. 4 del DL n. 152/1991, infatti, recitava che: “Le disposizioni di cui all'articolo 1, co. 1, 2, 3 lettera c), e 4, dell'art. 2, co. 2, nonché le disposizioni di cui all'articolo 58-*quater*, comma 4, della legge 26 luglio 1975, n. 354 si applicano esclusivamente nei confronti dei condannati per delitti commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto”.

<sup>9</sup> L'art. 4 della legge n. 279/2002 così disponeva: “Le disposizioni di cui all'art. 1 non si applicano nei confronti delle persone detenute o internate per i delitti di cui agli articoli 600, 601, 602 del codice penale ovvero per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico che fruiscono, alla data in vigore della presente legge, delle misure alternative alla detenzione o di permesso premio, o siano assegnati al lavoro all'esterno, ovvero che alla medesima data abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, salvo che sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata”.

<sup>10</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B.

A fronte dell'assenza di una norma di diritto transitorio e in ragione degli effetti squisitamente negativi, la dottrina si è interrogata sull'agire sia dell'organo promotore dell'azione penale in sede esecutiva sia dell'organo giurisdizionale (con ciò, intendendo sia il giudice del titolo esecutivo, sia il giudice dalla "rieducazione", sia il giudice di cognizione, anche di ultima istanza)<sup>11</sup>. In altri termini, gli organi competenti a decidere in materia esecutiva devono applicare la norma di sfavore, in ossequio al principio del *tempus regit actum*, oppure ci sono margini di disapplicazione della norma per fatti commessi antecedentemente al 31 gennaio 2019 (data di entrata in vigore della legge n. 3/2019)? E, in caso positivo, la Procura competente può rifiutarsi di emettere l'ordine di carcerazione e revocare quelli già emessi o deve agire in conformità al proprio mandato istituzionale di organo promotore dell'azione penale in sede esecutiva? E, in caso, di disapplicazione della normativa peggiorativa, come può agire il giudice dell'esecuzione e la magistratura di sorveglianza?

Di fronte a tali possibilità più "coraggiose" (costituzionalmente/convenzionalmente orientate)<sup>12</sup>, non vi è un'adesione pacifica, tanto che nella prassi si sono già registrate soluzioni molto difformi (con conseguenze non sempre positive, dato che a seconda del distretto vi sono soluzioni applicative di disapplicazione diretta e/o declaratoria di inefficacia dell'ordine di esecuzione già emesso, o, in altri casi, di promozione della questione di legittimità costituzionale).

Unanime è invece la posizione della dottrina<sup>13</sup> circa la segnalazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6 lett. b) della legge n. 3, 2019 (in relazione al co. 1 dell'art. 4-bis O.P.), nella parte in cui non prevede un regime transitorio di applicabilità delle modifiche introdotte (che di fatto vanno a ridisegnare qualitativamente in termini peggiorativi il *quomodo* della pena).

I profili sono plurimi, dalla violazione del principio di irretroattività della legge penale (nella misura in cui si parte dal presupposto che tali interpolazioni

<sup>11</sup> Cfr. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 113-116.

<sup>12</sup> Fatte proprie dalla dottrina, cfr. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 121-122, e da alcuni giudici dell'esecuzione, come, ad es.: GIP Como, (ord.) 8 marzo 2019; Corte d'Appello di Reggio Calabria, (ord.) 13 aprile 2019, entrambe in *Giurisprudenza penale web*. Tali interrogativi e relative proposte di soluzione erano stati avanzati dalla dottrina, con riguardo alle modifiche *in peius* apportate all'art. 656, co. 5 c.p.p., in relazione agli artt. 572 e 612-bis, co. 3 c.p., introdotti dal DL n. 78/2013: cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 35 ss.

<sup>13</sup> Si veda, *supra*, nota n. 2. Si veda, altresì, PULITANO, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, 235-243.

incidono sulla qualità essenziale della pena e, quindi, sono disposizioni di natura sostanziale, o meglio, norme processuali “ad effetti sostanziali”), alla lesione del principio di affidamento (inteso in termini di “prevedibilità della sanzione penale”, come corollario del principio di legalità di matrice sostanziale, *ex art. 25, co. 2 Cost.* e, in termini di principio di divieto di regressione del trattamento, *ex artt. 3, 27, co. 3 Cost.*), al principio di uguaglianza e finalismo rieducativo (in relazione, in particolare, al principio della progressività trattamentale, individualizzazione e flessibilità della pena), al diritto di difesa, *ex art. 3, 27, co. 3 e 24 Cost.*<sup>14</sup>.

Prendendo le mosse, dalla riqualificazione in termini sostanziali delle norme penitenziarie<sup>15</sup>, risulta inevitabile (e, scontata) la rilevanza della questione di-

<sup>14</sup> Sintesi dei molteplici profili di incostituzionalità magistralmente esposti da MANES, *L'estensione dell'art. 41-bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 108-122.

<sup>15</sup> Sulla complessità della questione, anche se in relazione alla qualificazione in termini “sostanziali” di pena (anziché di misura di prevenzione), sintomo di una “truffa delle etichette”, di cui è artefice il legislatore, del regime del “carcere duro” di cui all'art. 41-bis O.P., cfr., per tutti, DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 320. Sulla questione, altresì, cfr. FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito*, 2009, 1353; PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. pen. crim.*, 2010, 1, 71 ss.; ID., *Applicabilità del nuovo regime restrittivo dei colloqui al detenuto erroneamente ammesso al trattamento ordinario*, in *Cass. pen.*, 2011, 1538-1539. Si consenta anche il rinvio a MANCA, *Il paradigma costituzionale dell'esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41-bis O.P.*, (a cura di) G. Dodaro, E. Mancuso, *Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo*, Ed. Dip. Lab. Modena, 2019, 147, in cui si delineano le correlazioni tra il principio di legalità della pena ed il finalismo rieducativo, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, partendo dall'analisi del principio di proporzionalità: “Il principio di proporzionalità va letto in combinato disposto con il finalismo rieducativo e l'umanità della pena. Il principio «umanitario» della pena, contenuto nella prima parte del co. 3 dell'art. 27 Cost., per molti anni non ha ricevuto attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, dedite, invece, alla valorizzazione del finalismo rieducativo, quasi che il primo fosse dato per scontato e che non vi potesse essere una pena rieducativa se non in un quadro di «non disumanità» (v., sul punto, Corte cost. n. 279 del 2013). Solo con la sentenza pilota *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo, *il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità* ha assunto una portata assiologica autonoma rispetto alla finalità rieducativa: fattori determinanti della sua valorizzazione sono stati rappresentati dal fenomeno crescente (e patologico) del sovraffollamento carcerario e dalla decrescita della capacità di protezione sociale del sistema del *welfare*, incapace ormai di garantire a tutti l'esercizio dei propri diritti sociali”; “Il medesimo finalismo rieducativo, inoltre, ha acquisito progressivamente una rilevanza centrale sia nelle dinamiche esecutive, sia in sede di commisurazione della pena giudiziale ed, infine, in chiave normativa, in sede di riforma dell'assetto sanzionatorio e di rimodulazione della disciplina delle misure alternative e dei benefici penitenziari. Principio che potrebbe subire un'ulteriore trasformazione, laddove si riconoscesse una connessione con il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost.: in tale prospettiva, si colloca *il principio della progressività di trattamento* a favore del detenuto (in un'ottica di affidamento preventivo dello stesso all'applicabilità della norma di favore rispetto alla disciplina peggiorativa sopravvenuta). Secondo tale orientamento, il combinato disposto degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost. dovrebbe condurre ad un generale ripensamento della collocazione normativa delle norme processuali e penitenziarie che incidono direttamente (o ri-

nanzi al giudice dell'esecuzione e alla giurisdizione della "rieducazione", quali organi deputati costituzionalmente al controllo della legittimità del titolo esecutivo e dell'esecuzione della pena detentiva<sup>16</sup>. Meno ovvia, la possibilità che tale azione venga esercitata dalla Procura. Secondo autorevole dottrina, negare tale possibilità rappresenterebbe una "zona franca" di negazione dei diritti fondamentali della persona libera (ma in procinto di accedere al carcere, "a sorpresa", sulla base dell'asso calato dal legislatore in corso di esecuzione, a condanna definitiva): se è vero che la Corte costituzionale è granitica sul punto (negando poteri decisori in capo al pubblico ministero), è giusto segnalare come «quando è stata posta al cospetto di un "vuoto di tutela" dei diritti in gioco, e di compromissione irrimediabile degli stessi»<sup>17</sup>, la stessa Consulta "ha aperto ad evoluzioni della propria giurisprudenza"<sup>18</sup>.

Ancora. Discutibile, l'opportunità che la questione di incostituzionalità venga sollevata in sede di giudizio di legittimità, quale ultima sede di cognizione per denunciare gli effetti preclusivi che la riforma sarà destinata ad avere in sede esecutiva (lo "sguardo" del processo verso l'esecuzione, per tali reati, sarà inevitabile, dato che, comunque, o in sede processuale vi sarà il riconoscimento della circostanza attenuante speciale dell'art. 323-bis c.p. dell'avvenuta collaborazione con la giustizia, o, in sede esecutiva l'accesso ai benefici penitenziari sarà "assolutamente precluso", se non per il tramite della collaborazione in esecuzione o per l'accertamento incidentale (e pregiudiziale) dell'impossibilità e/o inesigibilità dell'utile collaborazione di competenza del Tribunale di sorveglianza, ai sensi del co. 1-bis dell'art. 4-bis O.P., con l'inevitabile "scotto" del carcere, per un notevole lasso di tempo). Smentita - solo apparente - è giunta dalla Corte di Cassazione, con la recentissima pronuncia n. 12541/2019, nella misura in cui non è stata ritenuta rilevante la questione di legittimità in relazione al ricorso proposto, dato che il motivo di doglianza

---

petto al *quantum* o al *quomodo*) sulla pena e, quindi, sulla libertà personale del detenuto in una prospettiva sostanziale e coperta dai principi cardini del diritto penale sostanziale. Interpretazione che trova una conferma nella casistica giurisprudenziale della Corte di Strasburgo: i *leading case* in questione sono *Scoppola (n. 2) c. Italia* (interpretazione in termini sostanziali dell'art. 442, co. 2 c.p.p.), *Del Rio Prada c. Spagna* (qualificazione sostanziale, ex art. 7 Cedu, del beneficio penitenziario della *redención de penas por trabajo*) e *M. c. Germania* (divieto di irretroattività sfavorevole della misura di sicurezza della custodia cautelare, *Sicherungsverwahrung*). Più in generale a livello di sistema, anche MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 277 ss.

<sup>16</sup> Così, infatti, per GIP Napoli, (ord.) 2 aprile 2019; Corte d'Appello di Lecce, (ord.) 4 aprile 2019, e da ultimo Trib. sorv. Venezia, (ord.) n. 1189/2019.

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost. nn. 40, 41 e 42 del 1963, citate in MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 119.

<sup>18</sup> Cfr. MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 119-120.

sollevato afferiva alla sentenza di patteggiamento e non all'esecuzione della pena applicata con la stessa ("dunque, ad uno snodo processuale diverso nonché logicamente e temporalmente successivo, di talché ai fini della decisione di questa Corte non rileva, potendo se del caso essere riproposta in sede di incidente di esecuzione")<sup>19</sup>.

Non pertinente nel caso specifico, ma rilevante di per sé, perché è evidente che l'assenza di una "disciplina transitoria circa l'applicabilità della disposizione (come novellata) possa suscitare fondati dubbi di incostituzionalità in relazione ai riverberi processuali sull'ordine di esecuzione, in quanto non più suscettibile di sospensione in forza della previsione dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen."<sup>20</sup>.

### 2.1. (Segue) Prime soluzioni applicative.

Difformemente dalla tesi proposta dalla dottrina, e più in linea con la giurisprudenza costituzionale in materia<sup>21</sup>, le Procure - chiamate a dare attuazione al titolo esecutivo (v., principio dell'obbligatorietà dell'azione penale anche in sede esecutiva)<sup>22</sup> - hanno provveduto all'emanazione dell'ordine di carcerazione, ai sensi dell'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p. per tutte le sentenze di condanna divenute definitive prima della legge n. 3/2019 (e, in particolar modo, prima del 31 gennaio 2019). A fronte di tale quadro, la giurisprudenza di merito ha inteso rispondere in diversi modi. La prima decisione - meritevole di annotazione - è del Tribunale di Napoli, Sezione VII, del 28 febbraio 2019, in qualità del Giudice dell'Esecuzione, chiamato a decidere in merito all'efficacia del provvedimento di revoca dell'ordine di carcerazione sospeso<sup>23</sup>: pur aderendo alla tesi fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, per cui le disposizioni penitenziarie non possono essere annoverate come norme sostanziali ("non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena ma soltanto le modalità esecutive della stessa")<sup>24</sup>, e valendo, nel caso *de quo*, il principio del *tempus regit actum*, non sarebbe consentita comunque la revoca di un provvedimento sospensivo già emesso, avendo esso - con l'emanazione

<sup>19</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, Ferraresi, con nota di G.L. GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2019.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, Ferraresi.

<sup>21</sup> Cfr., *supra*, nota n. 17.

<sup>22</sup> Cfr. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 113.

<sup>23</sup> Cfr. Tribunale Napoli, Sez. VII, (ord.) 28 febbraio 2019, con nota di L. 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](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>24</sup> Cfr. Tribunale Napoli, Sez. VII, (ord.) 28 febbraio 2019.

- già esaurito tutti i suoi effetti (spettando, invece, al Tribunale di sorveglianza la valutazione circa le modalità di esecuzione della pena)<sup>25</sup>. Con tale ordinanza, il Tribunale di Napoli, pur prendendo posizione e revocando il provvedimento della Procura, non solo non risolve la questione (verosimile l'impugnazione del Pubblico Ministero), ma sposta in là il problema, delegando di fatto, l'intera vicenda al Tribunale di sorveglianza (che, quindi, si troverà a doversi pronunciare nuovamente sull'applicabilità o meno della norma di sfavore). In termini analoghi anche la Corte d'Appello di Catania (decisione, peraltro, già impugnata dalla Procura), per cui si ritiene di procedere alla revoca del provvedimento di carcerazione, individuando nel lasso temporale intercorrente tra il passaggio di giudicato e l'ordine di esecuzione un limite all'applicabilità di modifiche normative di sfavore, come mitigazione al principio del *tempus regit actum*<sup>26</sup>.

Medesimo risultato, motivazioni difformi per il GIP di Como (ordinanza di data 8 marzo 2019): il Giudice dell'Esecuzione, in questo caso, giunge alla declaratoria della temporanea efficacia del provvedimento di revoca della sospensione dell'ordine di esecuzione alla luce di un'interpretazione convenzionalmente orientata (c.d. sindacato diffuso di convenzionalità) dell'art. 656, co. 9 lett. a) c.p.p., in relazione all'art. 4-*bis* O.P., così come modificato dalla legge n. 3 del 2019, in assenza di un regime transitorio, che limiti gli effetti applicativi retroattivamente. Non si discute tanto della legittimità (e/o convenzionalità) del co. 1-*bis* dell'art. 4-*bis* O.P. e delle relative preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari, quanto del diverso e più gravoso regime dell'ordine di esecuzione a cui è chiamato il Pubblico Ministero (l'effetto è drammatico: dalla libertà alla carcerazione diretta)<sup>27</sup>. Anche in questo caso, quindi, in sostanza, il GIP di Como demanda l'intera questione alla giurisdizione della "rieducazione", preservando nel mentre lo *status* di libero al soggetto condannato<sup>28</sup>.

Scelta diametralmente opposta quella adottata sia dalla Corte d'Appello di Lecce sia dal GIP di Napoli, entrambi in qualità del Giudice dell'Esecuzione, che hanno rimesso la questione alla Corte costituzionale, evidenziando come

<sup>25</sup> Cfr. Tribunale Napoli, Sez. VII, (ord.) 28 febbraio 2019.

<sup>26</sup> Cfr. Corte d'Appello Catania, (ord.) 22 marzo 2019.

<sup>27</sup> Cfr. GIP Como, (ord.) 8 marzo 2019, con nota 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*, cit. Soluzione seguita, da ultimo, anche da Corte d'Appello Reggio Calabria, (ord.) 2 aprile 2019, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it).

<sup>28</sup> Cfr. GIP Como, (ord.) 8 marzo 2019, con nota 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*, cit.

tale scelta fosse obbligata alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale che tende alla qualificazione “processuale” delle norme esecutive e/o penitenziarie: proprio per non delegare la decisione al Tribunale di sorveglianza, creando nelle more, con tale rimando, pesanti difformità applicative, i giudici dell’esecuzione denunciano come illegittima la scelta del legislatore di non prevedere disposizioni di diritto transitorio sia sotto il profilo dell’art. 3 Cost., per l’ingiustificata disparità di trattamento (“che pone sullo stesso piano, sotto il profilo dell’esecuzione della pena, chi ha commesso il reato potendo contare su un impianto normativo che gli avrebbe consentito di non scontare in carcere una pena, eventualmente residua, inferiore a 4 anni, e chi ha commesso o commette il reato dopo l’entrata in vigore della legge 9 gennaio 2019, n. 3”), sia sotto il profilo della “prevedibilità della sanzione penale” di cui al co. 2 dell’art. 25 Cost., letto in combinato disposto con gli artt. 117 Cost. in relazione all’art. 7 Cedu (a cui si aggiungono, per il GIP di Napoli i parametri costituzionali di cui agli artt. 24, 111 Cost., per il diritto di difesa per un *fair* procedimento esecutivo e l’art. 27 Cost., per il principio di affidamento)<sup>29</sup>.

### 3. La posizione del TDS Venezia: l’ordinanza n. 1188 del 2019.

Ad uno stadio più avanzato e nella sede più congeniale alla valutazione degli effetti preclusivi del co. 1 dell’art. 4-*bis* O.P., anche il Tribunale di sorveglianza di Venezia, con ordinanza del 2 aprile 2019, ha sollevato questione di legittimità costituzionale<sup>30</sup>.

Si ritiene come la medesima questione sia stata opportunamente denunciata da entrambe le giurisdizioni esecutive, dal giudice dell’esecuzione, che presiede la legittimità/validità del titolo esecutivo e dal giudice della “rieducazione”, che governa il mutamento qualitativo della pena detentiva in esecuzione penale esterna: va da sé, che, nel primo caso, il *focus* concerne più propriamente l’art. 656, co. 9 lett. a), in relazione all’art. 4-*bis* O.P., per gli effetti preclusivi (al regime della sospensione); nel secondo caso, l’applicabilità del co. 1-*bis* dell’art. 4-*bis* O.P., e del criterio della collaborazione con la giustizia (quale meccanismo “assolutamente ostativo” all’accesso alle misure alternative e/o benefici penitenziari). Con entrambe le questioni di legittimità costituzionali, complementari e parallele, si mette in luce la complessità dell’*iter* esecutivo e della vicenda penitenziaria, che non si esaurisce, appunto, con il giudi-

<sup>29</sup> Cfr. GIP Napoli, (ord.) 2 aprile 2019 e Corte d’Appello Lecce, (ord.) 4 aprile 2019, entrambe con nota di GATTA, *Estensione del regime ex art. 4-bis ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questioni di legittimità costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>30</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, A.B., in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it).

cato, ma che si alimenta e prosegue lungo un percorso procedimentale articolato, secondo precise scansioni temporali e cronologiche, con l'intervento "amministrativo" del Pubblico Ministero e la presa in carico "giurisdizionale" da parte della Magistratura di sorveglianza, dalla trasmissione degli atti al Tribunale di sorveglianza, con la decisione e l'amministrazione dell'andamento del percorso extramurario, fino all'esaurimento degli effetti della pena detentiva per espiazione della pena (alcuni effetti della condanna, peraltro, permangono nella fase *post* esecutiva).

### 3.1. (*Segue*) Sintesi delle questioni sollevate.

L'ordinanza trae origine dall'istanza di affidamento in prova al servizio sociale di un soggetto condannato dallo stato di libertà (c.d. "libero sospeso"), il quale, nelle more delle scadenze previste *ex lege*, raggiunto dall'ordine di carcerazione con contestuale decreto di sospensione dello stesso, aveva avanzato istanza di misura alternativa al Tribunale di sorveglianza (presentata il 10 maggio 2018). L'istante risulta condannato per i delitti di cui agli artt. 110, 81, co. 2, 318, 319, 319-*quater* e 321 c.p. (per fatti commessi tra il 2002 e il 2011, nel comune di Venezia). La situazione è, quindi, molto chiara: l'istante è stato condannato per fatti commessi in una fase piuttosto risalente nel tempo, ha usufruito della sospensione dell'esecuzione e ha regolarmente presentato un'istanza di misura alternativa al competente Tribunale di sorveglianza; gli atti sono stati trasmessi e si è instaurata correttamente la fase giurisdizionale: il tutto in data precedente all'entrata in vigore della norma di sfavore. Con udienza fissata, però, il 2 aprile 2019, in piena vigenza della legge n. 3/2019 (entrata in vigore il 31 gennaio 2019).

Ad una lettura complessiva della vicenda, il Tribunale di sorveglianza rileva - come agli atti - non vi sarebbero i presupposti per superare l'ostatività del regime preclusivo di cui al co. 1 dell'art. 4-*bis* O.P., dato che, in sede processuale, l'istante non era stato riconosciuto meritevole della circostanza attenuante speciale di cui all'art. 323-*bis* O.P. (espressamente esclusa, peraltro, dalla Corte d'Appello di Venezia). Secondo il Collegio, inoltre, risultano inoperanti, nel caso di specie, anche i meccanismi "salvagente" di cui al co. 1-*bis* dell'art. 4-*bis* O.P., non essendo i fatti di causa risultati "integralmente accertati" e residuando, quindi, anche *in executivis* - in linea con quanto richiesto dall'art. 58-*ter* O.P. - margini per la collaborazione con la giustizia. Il risultato di una seppur preliminare - ma esaustiva - indagine del caso comporterebbe la declaratoria di inammissibilità dell'istanza, attesa l'assenza dei presupposti: la peggiore delle sanzioni (inammissibilità) di un'istanza di misura alternativa, anche a fronte di una situazione personale (familiare, sociale e lavorativo) ap-

prezzabile ai fini dell'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale. A fronte di tale quadro, è immediata la rilevanza della questione per il caso di specie: “[...] le già acquisite risultanze istruttorie offrono elementi che consentirebbero, nel merito, di addivenire ad una pronuncia favorevole all’interessato (eventualmente anche nei termini di una misura diversa da quella espressamente richiesta), considerando la regolare condotta tenuta dalla persona nel regime cautelare, il principio di risarcimento effettuato, la positiva situazione personale sotto il profilo sociofamiliare e lavorativo, le prospettive che una messa alla prova possa favorire la risocializzazione della persona più efficacemente di una eventuale carcerazione dell’interessato”<sup>31</sup>.

Rilevanza della questione, che, secondo il Collegio, non può essere risolta a livello di interpretazione costituzionalmente/convenzionalmente orientata, secondo il modello di sindacato diffuso, attestato che, ad oggi, l’interpretazione prevalente della giurisprudenza di legittimità intende le norme esecutive, in senso lato intese, soggette al principio processuale del *tempus regit actum*: data, inoltre, la centralità della questione, anche per le sue pesanti ricadute pratiche (e, per scongiurare un sindacato diffuso difformemente, in violazione del principio di uguaglianza) si ritiene dirimente la via della Corte costituzionale<sup>32</sup>.

### 3.1. (Segue) 4-bis e irretroattività della legge penale.

Chiarita la rilevanza della questione, il Tribunale di sorveglianza, secondo un’argomentazione assai articolata, dichiara la non manifesta infondatezza e ne enuncia i motivi. In primo luogo, parte dal presupposto del necessario ripensamento della classificazione “bizantina”, rigida e formale, delle norme penitenziarie, aderendo all’approccio sostanzialistico adottato anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, in relazione all’art. 7 Cedu (v., *leading case Scoppola (n. 2) c. Italia, Del Rio Prada c. Spagna, M. c. Germania*). Il dialogo tra le Corti ha, infatti, contribuito a ridare nuova linfa al dibattito sulla pena, tanto da comportare un *revirement* della giurisprudenza di legittimità e costituzionale che hanno visto, negli ultimi anni, la pena nel suo momento *in divenire*, la massima protagonista, con la cedevolezza progressiva del mito del giudicato in favore dell’affermazione dei diritti fondamentali della persona reclusa<sup>33</sup>.

L’estensione degli effetti retroattivi della *lex mitior* oltre il giudicato (con con-

<sup>31</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 11.

<sup>32</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 12.

<sup>33</sup> Sul tema, da ultimo, cfr. NARDI, *Retroattività in mitius e limite del giudicato: stato dell’arte e prospettive di riforma alla luce del quadro nazionale ed europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, 31-60.

seguenti notevoli in termini di rideterminazione della pena *in executivis*) ha portato gradualmente dottrina e giurisprudenza a convergere nel ritenere anche il momento dinamico dell'esecuzione, parte integrante della pena (il giudicato sull'accertamento della responsabilità rimane intangibile, a parte limitate e tassative eccezioni processuali; il giudicato sulla pena è ontologicamente mutabile e mutevole perché "guarda" per tensione costituzionale alla rieducazione e, quindi, al *divenire qualitativamente altro e diverso dalla pena detentiva*)<sup>34</sup>.

Come ricorda, infatti, anche il Tribunale di sorveglianza: «[...] proprio lo sviluppo della fase esecutiva sotto il governo della "giurisdizione rieducativa" amministrata da un giudice specializzato ha comportato il venire meno della stessa concezione del giudicato penale quale dato immutabile e cristallizzato al momento della definitività della condanna, per lasciare spazio ad un modello che, in vista dell'obiettivo della risocializzazione della persona condannata, ammette ed anzi impone la duttile flessibilità della pena stessa nelle tipologie più idonee al perseguimento del fine costituzionalmente assegnato alla stessa»<sup>35</sup>.

Un'interpretazione evolutiva del combinato disposto degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost. (un *quid pluris* rispetto al solo art. 7 Cedu, che non tiene in sé la tensione finalistica della rieducazione) dovrebbe imporre un mutamento della giurisprudenza di legittimità che fa capo alle ormai lontane Sezioni Unite n. 24561/2006 (orientamento, in parte, confermato anche da pronunce più recenti, come nel caso delle modifiche introdotte alla disciplina dell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato - ad ogni modo istituto di natura "amministrativa" - con la sentenza della Prima Sezione, la n. 52578/2014)<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), relativamente all'espressione sul giudicato "aperto" sulla pena; G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2015. Espressione già nota alla dottrina, che proponeva una distinzione tra giudicato sull'accertamento e giudicato sulla pena: cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, 18 ss.; ID., *L'esecuzione penale*, in *Dig. Pen.*, IV, Torino, 1990, 290 ss. In relazione alla sorveglianza: "Con il nuovo meccanismo, sembra essersi introdotta, nel sistema, un'ipotesi di formazione progressiva del giudicato, in quanto la irrevocabilità della sentenza di condanna non comporta in quei casi, la sua esecutività che è attribuito essenziale del giudicato, ex art. 650 c.p.p. In quei casi, infatti, la sentenza diventa eseguibile, in punto pena, solo dopo la decisione del tribunale di sorveglianza. Il giudicato sulla pena si forma - nei casi di sospensione dell'esecuzione da parte del p.m., ex art. 656 c.p.p., e dopo la domanda di una misura alternativa da parte del condannato - quando il tribunale di sorveglianza ha deciso il tipo di pena che il soggetto deve scontare. Soltanto da questo momento, la sentenza è eseguibile in ogni sua parte". Cfr. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 9, 1161 ss.

<sup>35</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 6.

<sup>36</sup> Eppure una breccia in direzione "sostanziale" era stata segnata dalla stessa Corte di Cassazione a Se-

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale (v., non da ultimo, Corte cost. n. 149/2018) dovrebbe inoltre segnare il passo di tale diversa e, più garantistica, impostazione: del resto, già con la pronuncia n. 188/1990, la Corte costituzionale aveva segnalato la natura "sostanziale" delle misure alternative alla detenzione che, "nell'estinguere lo *status* di detenuto, costituiscono altro status diverso e specifico rispetto a quello di semplice condannato"<sup>37</sup>, tale da "sospendere o interrompere il rapporto giuridico di esecuzione della pena detentiva, pur costituendo pur sempre sanzioni (negative) penali (anche se concedono spazi di libertà), ma sostituendo al rapporto esecutivo della pena carcerario altro, diverso rapporto esecutivo attinente, appunto, alla particolare misura alternativa applicata"<sup>38</sup>.

Non è quindi ammissibile - in un quadro costituzionalmente orientato - sostenere l'applicabilità di misure di natura sostanziale che indicano sulla qualità e quantità della pena ("quali quelle che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere (c.d. misure extramurali), e che perciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto"<sup>39</sup>), al di fuori del principio di legalità e di riserva della giurisdizione ai sensi degli artt. 25, co. 2 e 13 Cost.<sup>40</sup>. Con la pronuncia n. 394/1993, inoltre, la Corte costituzionale, nel distinguo tra benefici penitenziari (ad es., permesso-premio) e misure alternative, asseriva già come quest'ultime "incidono sostanzialmente sull'esecuzione della pena e, quindi, sul grado di libertà personale del detenuto"<sup>41</sup>. Ancora. Con la sentenza n. 306/1993, la Consulta evidenziava già la centralità della questione: "Circa il presupposto da cui i giudici

---

zioni Unite in materia cautelare. Con sent. del 31 marzo 2011, n. 27919, le Sezioni Unite Ambrogio avevano affermato che, in assenza di una disposizione transitoria, "la misura cautelare in corso di esecuzione disposta prima della novella codicistica [...] non può subire modifiche per effetto della nuova, più sfavorevole normativa". Se, nella sentenza Ambrogio, si introduce anche se surrettiziamente il principio della irretroattività della sopravvenienza normativa sfavorevole alla misura cautelare in corso di esecuzione, con la sent. del 8 ottobre 2013, n. 48462, la Corte di Cassazione si pronuncia anche sul principio di retroattività della sopravvenienza normativa più favorevole rispetto alla misura cautelare in corso: "[...] pur in assenza di una specifica disciplina transitoria, deve ritenersi che la modifica normativa in esame sia senz'altro applicabile ai procedimenti cautelari in corso al momento dell'entrata in vigore della su citata l. n. 94/2013". Non vi sarebbe, quindi, un contrasto tra le due pronunce, occupandosi, anzi, di principi opposti e complementari tra loro: secondo la Corte, l'applicazione delle modifiche *in bonam partem* alle misure cautelari in corso di esecuzione è imposta dal principio di legalità, che, per le misure cautelari, trova espressione nell'art. 13 Cost. e 272 c.p.p.: «Mantenere la custodia in carcere per un reato non è più riconducibile nelle condizioni "costitutive" poste dall'art. 280, co. 2 c.p.p. significherebbe privare un soggetto della propria libertà personale al di fuori dei casi previsti dalla legge».

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost., n. 188 del 1990.

<sup>38</sup> Cfr. Corte cost., n. 188 del 1990.

<sup>39</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 13.

<sup>40</sup> Cfr. Corte cost., n. 394 del 1993.

<sup>41</sup> Cfr. Corte cost., n. 306 del 1993.

a *quibus* muovono, e cioè che detto principio [il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, n.d.r.] sia dettato, oltre che per la pena, anche per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione, può astrattamente ipotizzarsi – *nel caso che tale assunto, che potrebbe meritare una seria riflessione, fosse riconosciuto valido* – che il divieto di introdurre siffatte innovazioni sia fatto risalire, alternativamente: o al momento dell'inizio dell'esecuzione; o, ancora, al momento della maturazione dei presupposti ovvero a quello della concessione della misura alternativa<sup>42</sup>.

Un'ulteriore breccia all'orientamento contrario si è avuto con una serie di pronunce della Corte costituzionale, che sono intervenute, anche in relazione alla rimodulazione dell'art. 4-*bis* O.P.<sup>43</sup>, nel porre una limitazione all'applicabilità retroattiva di modifiche di sfavore, in ragione del principio del divieto di regressione trattamentale “in assenza di motivi di demerito del condannato”<sup>44</sup>. In altri termini, «nell'ipotesi di una normativa sopravvenuta che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per goderne, rappresenta, rispetto all'*iter* rieducativo “una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato”<sup>45</sup>». Risulta evidente, infatti, che tale interruzione ponga nel nulla le positive esperienze già maturate ed ostacoli il raggiungimento pieno della finalità rieducativa: “Il punto di arrivo di tale percorso è rappresentato dall'affermazione secondo cui non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell'art. 27, con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure”<sup>46</sup>. In tempi più recenti, la Consulta ha ribadito l'illegittimità delle norme restrittive sopravvenute nella parte in cui non prevedono che i benefici possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, ai condannati che “abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai be-

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost., n. 306 del 1993.

<sup>43</sup> Cfr. Corte cost., nn. 504/1995, 445/1997, 450/1998, 137/1999, 79/2004, 257/2006, 79/2007. Sul punto, cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., 327.

<sup>44</sup> Cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., 327-328.

<sup>45</sup> Cfr. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., 328.

<sup>46</sup> Cfr. Corte cost., n. 137 del 1999, citata in GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., 328.

nefici penitenziari”<sup>17</sup>.

Del resto, la centralità del finalismo rieducativo e della flessibilità della pena calibrata sul singolo percorso individuale è stata rimarcata con fermezza nella pronuncia n. 149/2018, proprio in relazione alle preclusioni dell’accesso ai benefici penitenziari del soggetto condannato, alla pena dell’ergastolo, a titolo di sequestro di persona a scopo di estorsione (con morte del sequestrato), ai sensi dell’art. 630, co. 3 c.p. (reato inserito nel co. 1 dell’art. 4-*bis* O.P., come reato “assolutamente ostativo”)<sup>18</sup>.

A bene vedere, quindi, il “diritto vivente” è orientato proprio verso l’inclusione delle norme (vuoi processuali, vuoi esecutive, vuoi penitenziarie) che incidono sulla qualità essenziale della pena in un alveo di tutela strettamente costituzionale: se, infatti, a livello astratto di mera classificazione, ancora la giurisprudenza di legittimità, così come parte della dottrina, rimane ancorata ad un’impostazione formale, per cui l’interpretazione evolutiva dell’art. 25, co. 2 Cost. per il tramite dell’art. 117 Cost., in relazione all’art. 7 Cedu, non viene condiviso all’unanimità, è anche vero che la rilettura del principio di legalità della pena in aderenza al finalismo rieducativo dovrebbe condurre comunque al risultato medesimo. In assenza, quindi, di una norma specifica equivalente all’art. 27, co. 3 Cost., secondo la Consulta, anche il sistema convenzionale riconosce “la necessaria inerenza alla dignità della persona, alla cui tutela l’intero sistema dei diritti convenzionali è orientato, della prospettiva della risocializzazione del condannato come componente necessaria dell’esecuzione della pena dell’ergastolo [...]”<sup>19</sup>.

Non solo, quindi, sarebbe possibile addivenire ad una soluzione costituzionalmente orientata per il tramite dell’analisi meramente oggettiva del principio di legalità della pena, arricchito del disposto convenzionale di cui all’art. 7 Cedu, ma anche per una rilettura evolutiva e individualistica del combinato disposto degli artt. 25, co. 2, 27, co. 3 Cost., orientata all’affermazione della preminenza del finalismo rieducativo (e, della dignità della persona, di origine

---

<sup>17</sup> La peculiarità di tale regime penitenziario sta nell’aver individuato una sorta di “terzo binario”: a norma, infatti, dell’art. 58-*quater* O.P., quando la condanna sia stata pronunciata per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione seguiti dalla morte della vittima l’accesso ai benefici penitenziari è precluso fino all’espiazione di almeno 26 anni di pena, a prescindere dall’avvenuta collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* O.P. (o della sua impossibilità e/o inesigibilità ai sensi del co. 1-*bis* dell’art. 4-*bis* O.P.). Sul punto, da ultimo, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018.

<sup>18</sup> Cfr. Corte cost., n. 149 del 2018, con nota di DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2018, 145 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., n. 149 del 2018, con nota di DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, cit.

convenzionale, di cui all'art. 1 Cedu), anche in chiave soggettiva, di principio primo in materia di sanzione penale e del suo divenire in esecuzione, come parte integrante del principio di legalità.

### 3.2. (Segue) 4-bis e principio di affidamento.

Strettamente connesso al principio di legalità, l'affidamento che il cittadino ripone nella prevedibilità della sanzione penale e, in particolare, il condannato, nella sanzione concreta ad esso comminata e il suo *iter* esecutivo, rappresenta un elemento fondamentale di valutazione dell'incostituzionalità dell'applicabilità retroattiva della norma di sfavore. Secondo il Collegio, alla luce del quadro costituzionale e convenzionale (e, in particolar modo, in virtù della giurisprudenza della Corte Edu in materia di benefici penitenziari e misure di sicurezza, come i *leading case M. c. Germania* e *Del Rio Prada c. Spagna*) le modifiche apportate dalla legge n. 3/2019 si configurano come un mutamento imprevedibile ed indipendente dalla sfera di controllo del condannato, "tale da modificare in senso sostanziale il quadro giuridico-normativo che il soggetto aveva di fronte a sé nel momento in cui si è determinato nella sua scelta delinquenziale, con piena consapevolezza delle relative conseguenze, così da poterne adeguatamente ponderare i benefici e gli svantaggi"<sup>50</sup>. In altri termini, l'affidamento del consociato alla "prevedibilità della sanzione penale", per il condannato risulta quanto mai fondamentale, dato che "ai suoi occhi l'eventuale condanna per il fatto-reato commesso non avrebbe comportato necessariamente una pena carceraria, poiché la pena sarebbe stata sospesa (come in effetti è avvenuto) e il giudice di sorveglianza avrebbe potuto in assenza della normativa più sfavorevole introdotta *ex abrupto* nel quadro giuridico-normativo vigente al momento della commissione dei delitti e del passaggio in giudicato della relativa vigenza delle disposizioni di cui all'art. 6, lett. b) della legge n. 2/2019"<sup>51</sup>. Del resto, tale ragionamento era già stato esteso dal diritto penale sostanziale in senso stretto alla materia amministrativa, con le pronunce della Corte costituzionale n. 196/2010<sup>52</sup> e da ultimo, la n. 223/2018<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 17.

<sup>51</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 17.

<sup>52</sup> Cfr. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, con nota di MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, 2011, 534 ss.

<sup>53</sup> Cfr. Corte cost., n. 223 del 2018, con nota di GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione": la Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitiva" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Si veda anche la recentissima Corte cost., n. 63 del 2019, con nota di SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta finalmente della Corte*

Si ritiene, inoltre, che il principio di affidamento, inteso come corollario del principio di legalità, debba necessariamente correlarsi anche ai due canoni fondamentali dell'esecuzione della pena detentiva, come il divieto di regressione del trattamento e, il complementare e speculare, principio di progressione trattamentale, poiché solo una lettura proiettata sulle ricadute e sugli effetti per l'individuo possono motivare l'irragionevolezza e l'illegittimità di una interpretazione contraria. Anche in questo caso, quindi, una lettura evolutiva del combinato disposto degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost. (alla luce dell'art. 1 e 7 Cedu) riescono a motivare la complessità della valenza costituzionale/convenzionale del principio di legalità della pena.

### **3.3. (Segue) 4-bis e principio di uguaglianza nella rieducazione.**

Motivo principale della promozione dell'incidente di costituzionalità, la violazione del principio di uguaglianza nella rieducazione si atteggia a snodo fondamentale con riguardo alla disparità di trattamento per tutti coloro che sono stati giudicati e inseriti nel circuito dell'esecuzione penale esterna per i medesimi fatti prima dell'entrata in vigore della legge n. 3/2019 rispetto a coloro – che per ragioni esterne, dovute alla collocazione territoriale, carico di lavoro del giudice dell'esecuzione – si vedano raggiunti dall'ordine di esecuzione e/o valutati in sede di sorveglianza ai fini dell'accesso alle misure alternative, in data prossima o successiva alla vigenza della nuova normativa. Si ritiene, inoltre, come il passaggio per la Corte costituzionale, specie per la sorveglianza, rappresenti una tappa fondamentale ed inevitabile, dato che per paradosso dovrebbe applicare una norma di sfavore, insensibile ed indifferente – se non tramite margini assai stretti – al quadro personale del condannato e al suo grado di adesione all'offerta trattamentale: «Invero come ha affermato in più occasioni il Giudice delle leggi, anche le misure alternative alla detenzione, in quanto variante tipologica delle “pene” cui si riferisce l'art. 27 della Carta fondamentale, cui l'esecuzione deve essere improntata (Corte cost., sentenze n. 50 del 1980 e n. 203 del 1991), nel senso che eguaglianza di fronte alla pena significa proporzione della medesima alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono (Corte cost., sentenze n. 299 del 1992 e n. 306 del 1993)»<sup>54</sup>.

Chiare ed esemplificative, le parole espresse dal Tribunale di sorveglianza, per cui: “Ne consegue, anche sotto tale profilo, il contrasto della disposizione dell'art. 1, comma 6, lett. b) della l. 3/2019 con gli evocati parametri costitu-

---

*costituzionale*, 2 aprile 2019.

<sup>54</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 19.

zionali nella parte in cui, ammettendo una applicazione retroattiva delle neointrodotte preclusioni in materia di misure alternative alla detenzione relative ai delitti in materia di corruzione anteriormente commessi, incide in modo irragionevole sul percorso rieducativo, senza che tale *vulnus* sia ricollegabile a comportamento colpevole del condannato e senza che, per tale ragione, sia consentita al giudice specializzato una valutazione individualizzata atta a verificare, nel caso concreto, la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure a più alta valenza risocializzante<sup>55</sup>.

#### 4. Ulteriori margini di incostituzionalità per i fatti commessi successivamente?

Al di là delle evidenti ragioni di contrasto con la Costituzione, sin qui esposte, si ritiene di non sottovalutare eventuali riproposizioni di incostituzionalità per l'irragionevolezza "intrinseca" dell'art. 4-*bis*, co. 1 O.P., così come modificato nel contenuto dalla legge n. 3/2019. Come, infatti, è stato sottolineato già dalla dottrina<sup>56</sup>, l'inserimento dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione all'interno del co.1 dell'art. 4-*bis* O.P., tra i reati c.d. di "prima fascia" e, quindi, "assolutamente ostativi" all'accesso ai benefici penitenziari, presenterebbe dei profili di incostituzionalità, nella misura in cui si è preteso di estendere ai delitti dei pubblici ufficiali la presunzione assoluta di pericolosità sociale (con prevalenza pressoché totale sull'istanza rieducativa) senza un fondato supporto razionale ed empirico che qualifichi come adeguata tale scelta di politica criminale: «Ed è proprio tale adeguatezza – a nostro avviso – a far difetto nel caso dei delitti contro la PA attratti ora nell'orbita dell'art. 4-*bis* ord. pen.: nessun particolare indicatore segnala la necessità – in simili ipotesi – di abbandonare "l'obiettivo di risparmiare il carcere al condannato", segnalato come prioritario dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 569 del 1989 e perseguito "al massimo grado" dal legislatore sin dalla legge n. 165 del 1998, consentendo a chi si trovava in stato di libertà la possibilità di accedere all'affidamento in prova, ossia una misura "specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere"<sup>57</sup>. Irragionevolezza "intrinseca" anche sotto il profilo del finalismo rieducativo, in misura strettamente correlata all'introduzione del meccanismo collaborativo, ex art. 323-*bis* c.p. (o, ex co. 1-*bis* dell'art. 4-*bis* O.P.), quale *condicio sine qua* non per la valutazione dell'ammissibilità delle istanze di accesso a misure

<sup>55</sup> Cfr. Trib. sorv. Venezia, 2 aprile 2019, n. 1189, A.B., 19.

<sup>56</sup> Cfr. MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 108-113.

<sup>57</sup> Cfr. MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. pen. Ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 110.

alternative e/o benefici penitenziari<sup>58</sup>.

Del resto, l'art. 4-*bis* O.P. è da sempre una norma in bianco "simbolo", in cui il legislatore ridisegna il sistema sanzionatorio nel suo complesso, recuperando *in extremis* la certezza (immutabilità) della pena, tanto "sacrificata" - in tale ottica - in sede processuale a favore delle scelte processuali dell'imputato e della discrezionalità del giudice in fase di commisurazione della pena: con tale strumento, infatti, istanze general-preventive ed esigenze di neutralizzazione (special-prevenzione negativa) raggiungono la massima espansione, a prescindere da presunzioni di pericolosità sociale o della gravità del reato, ma in ragione di logiche di politica criminale improntate alla punizione "esemplare" del colpevole e della certezza della pena<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Tale profilo, del resto, è già oggetto di valutazione da parte della Corte costituzionale, grazie all'ordinanza di rimessione della prima Sezione della Corte di cassazione del 20 novembre 2018 (ord. n. 57913), con nota di UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>59</sup> Nel corso dei decenni, infatti, il ricorso allo schema preclusivo del co. 1 dell'art. 4-*bis* O.P. è stato assai frequente, con risultati quasi mai congeniali: si pensi, infatti, alla previsione, inserita per effetto della novella n. 189/2002 di cui al co. 3-*sexies* dell'art. 12 T.U. Imm. (v., D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), con cui si includeva nel novero dei reati di c.d. "seconda fascia" (svincolati, quindi, dal meccanismo della collaborazione con la giustizia, ma ancorati esclusivamente alla prova negativa della sussistenza dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, ex co. 1-*ter* dell'art. 4-*bis* O.P.) i reati di favoreggiamento dello sfruttamento dell'immigrazione clandestina, solo nelle forme apicali ed aggravate di cui co. 1 e 3, 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 12 T.U. Imm., e, unicamente come reato fine dell'associazione a delinquere di cui all'art. 416 c.p. In assenza di un puntuale coordinamento, con la novella n. 7 del 2015, il legislatore, pur mantenendo inalterato il co. 1-*ter* dell'art. 4-*bis* O.P., ha previsto l'inserimento dei reati di cui all'art. 12 T.U. Imm. anche nel co.1, rendendo, quindi, tali ipotesi "assolutamente ostative". L'irragionevolezza "intrinseca" della attuale formulazione sta nel fatto che, in base al co. 1, ipotesi anche non aggravate e di natura monosoggettiva (la condotta del "disperato" che per le più disparate motivazioni, dalla solidarietà, alla costrizione, dietro minaccia o modiche somme di denaro, si presti ad effettuare il transito di clandestini da uno Stato all'altro), sono ritenute preclusive all'accesso ai benefici penitenziari, se non per il tramite della collaborazione, a differenza delle ipotesi associative (notevolmente più pericolose), per le quali è sufficiente l'insussistenza dell'attualità della collaborazione. Per non parlare poi dell'articolata disciplina esecutiva dei c.d. *sex offenders* e, nello specifico, all'evidente sovrapposizione creatasi per la stratificazione di modifiche intorno all'art. 609-*octies* c.p.: in ragione infatti del DL n. 11/2009 (conv. in legge n. 38/2009) e della novella di poco successiva legge n. 94/2009, l'autore di tale reato può aspirare all'accesso ai benefici penitenziari, solo per il tramite del carcere, dopo almeno un anno di osservazione scientifica da parte dell'*equipe* trattamentale, integrata dagli esperti ex art. 80, co. 4 O.P., sempre che non vi siano collegamenti con la criminalità organizzata e previa collaborazione con la giustizia (data la previsione della stessa norma sia nel co. 1 sia nel co. 1-*quater* dell'art. 4-*bis* O.P.). Tutte fattispecie che non hanno nulla a che fare con l'impostazione originaria a cui era stata destinata la norma e per cui le presunzioni assolute di pericolosità sociale possono giocare un ruolo determinante nella lotta alla criminalità organizzata, per quanto - si ritiene - che non sia il diritto penitenziario e, i regimi c.d. differenziati (come il regime di cui all'art. 41-*bis* O.P.), ad assurgere a sede più naturale per la repressione del fenomeno della criminalità organizzata, anche di stampo mafioso. In tal senso, in relazione alla pena dell'ergastolo "ostativo", DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, cit., 36-

Nel complesso, quindi, plurimi sono i profili di irragionevolezza “intrinseca” che l’art. 4-*bis* O.P. porta con sé, sin dalla sua prima formulazione, e, sul punto, rappresenta davvero un’occasione persa l’opportunità di modifica dello stesso che era stata suggerita (sulla base di due attente proposte, anche in ragione del vincolo imposto dalla legge delega n. 103/2017) dalla Commissione ministeriale, presieduta dal Prof. Glauco Giostra<sup>60</sup>.

### 5. Prime conclusioni: osservazioni di metodo per un volto “sostanziale” dell’esecuzione penale.

La necessità di imporre un mutamento concettuale (e, prima ancora culturale) del tempo della pena, nel suo momento statico (e, astratto) e nel suo divenire concreto lungo lo snodo del processo penale e del procedimento esecutivo, prende le mosse da un ripensamento del metodo di analisi del fenomeno della punibilità<sup>61</sup>.

Prendendo spunto da una proposta della dottrina in relazione all’istituto del

37.

<sup>60</sup> Per un commento approfondito in relazione alla questione dell’ergastolo “ostativo” e del relativo meccanismo preclusivo della collaborazione con la giustizia, al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo, sulla base di uno dei ricorsi pendenti *Viola c. Italia* (ric. 77633/16), cfr. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa di muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 6-11.

<sup>61</sup> In tal senso, in dottrina, cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 15 ss.; CAVALIERE, *L’obbligatorietà dell’azione penale nella prospettiva di un sistema penale integrato*, in *Diritti dell’uomo e sistema penale*, II, a cura di Moccia, Napoli, 2002, 327 ss.; CONSOLO, *Al “cuore” dell’esperienza processuale che guarda alla pena: la critica e la ragione*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 2004, 1535 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 281; ID., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 37; E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 848; ESPOSITO, *Il diritto penale “flessibile”. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008; FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Milano, 2007; GAROFOLI, *Il servo muto e il socio tiranno: evoluzione ed involuzione nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1457; MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, in *Crit. dir.*, 1998, 285; MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione. Uno schizzo*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1997, 464; MARZADURI, *Il mutamento delle scienze processualistiche. L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, a cura di Garofoli, Milano, 2005, 83 ss.; NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di F. Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss.; PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi?* ivi, 2003, 108; ID., *Quale scienza del diritto penale?* ivi, 1993, 1209; STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, 104 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; ID., *Formule sostanziali e fruibilità processuale: i concetti penalistici come “programmi di azione”*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1149-1157; VARRASO, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, 468 ss.

c.d. patteggiamento e della “giustizia negoziata”<sup>62</sup>, si era tentato – in altra sede – di proporre un’idea di metodo trasversale e univoco applicato al giudicato penale, quale angolo visuale privilegiato per lo studio del diritto processual-penalistico<sup>63</sup>. Tale metodo, mutuato dal lessico filosofico e dalla grammatica concettuale scientifica, prende il nome di *trans-azionale*: secondo le riflessioni filosofiche<sup>64</sup>, la ricerca scientifica e lo studio del sapere dovrebbero privilegiare un metodo di analisi dinamico, orientato all’individuazione delle relazioni e reciproche interconnessioni tra principi e assunti al fine di individuare categorie ulteriori, ovvero porre in discussioni le precedenti, o, ancora, evidenziare i punti comuni, le differenze, le antinomie, ecc., atteso che “in qualunque genere di ricerca dobbiamo tener presente che le realtà che studiamo sono strettamente interdipendenti ed interconnesse, non solo fra loro ma anche con altri aspetti del reale, lasciati necessariamente ai margini dell’indagine in atto”<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., 15 ss.

<sup>63</sup> Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., 4 ss. Secondo l’autore è possibile applicare il metodo *trans-azionale* alla scienza penalistica, prendendo le mosse dalla riflessione dei filosofi Dewey e Bentley, i quali teorizzarono in origine tale tipo di approccio di ricerca per il pensiero filosofico e per l’indagine della conoscenza, in generale: essi individuarono tre tipologie di metodo, ognuno dei quali afferenti a un modello di scienza. Il primo, definito anche auto-azionale (*self action*), esprime la visione della realtà tipica del pensiero Aristotelico, in cui i singoli principi vengono trattati come assiomi statici, immutabili ed assoluti; il secondo modello viene definito inter-azionale (*interaction*) e si riferisce al metodo scientifico elaborato progressivamente dagli studi di Newton e Galileo, i quali iniziarono a mettere in discussione la realtà così come concepita dai propri predecessori. Solamente, però, il terzo approccio di ricerca, riferito al lavoro dello scienziato Einstein, è in grado di rivedere radicalmente l’impostazione tradizionale della scienza, concependo la realtà in una dimensione dinamica, in continuo sviluppo ed evoluzione. Per i riferimenti bibliografici, cfr. VISALBERGHI, *Il concetto di transazione*, in *Il pensiero americano contemporaneo*, Milano, 1958, 271 ss.

<sup>64</sup> Cfr., sul punto, NOBILI, *La procedura penale tra “dommatica” e sociologia, significato politico di una vecchia polemica*, in *Qcrim.*, 1977, 80 ss., nonché T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 2016, 81 ss., in cui l’autore evidenzia come il tema del rapporto tra diritto e procedura penale sia pressochè inesauribile, perché «destinato a riproporsi – come i temi per così dire ‘classici’ – in ogni epoca, sotto angoli visuali diversi che rimettono in gioco questioni apparentemente sedimentate, ma in realtà solo sopite. Oggi la ripresa del tema assume il carattere di una rivisitazione della crisi in cui versa il nostro sistema punitivo; crisi che si esprime anche nel difetto di dialogo e nel latente conflitto che contrappongono diritto sostanziale e processo. A colpo d’occhio, si tratta di due metà di una sola mela, in cui però una metà – il diritto penale – è affetta dalla presunzione – magari non dichiarata, ma implicita – di rappresentare l’intera mela [...]; mentre l’altra metà, ma addirittura, un altro frutto (il processo nutre una vocazione, insana ma sostenuta dalla dilatazione insopportabile dei tempi che esso impegna, a costituirsi come “autonomo” sistema di controllo sociale coercitivo, in chiave sia preventiva che repressiva, nel quale il diritto penale è semplicemente uno strumento operativo)». Per un approfondimento bibliografico, si permetta il rinvio a MANCA, *Il giudicato e l’esecuzione penale in prospettiva de iure condendo*, in *eprints-phd.biblio.unimi.it*.

<sup>65</sup> Cfr. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., 15 ss., nonché FORTI, *L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 287, per cui “attraverso la me-

Applicando l'approccio *trans-azionale* alla scienza penalistica e, in particolar modo, al fenomeno della punibilità, è possibile apprezzare come solo un sapere unico e fluido sia in grado di valorizzare la complessità dell'*iter* esecutivo, dal giudicato, all'ordine di esecuzione (e, relativa sospensione), ai momenti di controllo della legalità/validità del titolo esecutivo, alla sua esecutività/esequibilità in concreto, al suo mutamento qualitativo (una trasformazione della "tipologia" della pena) per effetto della decisione del tribunale di sorveglianza, al controllo del suo andamento da parte della magistratura di sorveglianza (anche in termini di revoca e ripristino della pena "originaria"), all'ordinaria gestione da parte dell'amministrazione penitenziaria, fino alle dimissioni per fine pena e/o conclusione della misura alternativa, ecc. In tale procedimento, varie discipline si intersecano e si uniscono, in una disciplina unitaria (dalla procedura, al diritto penale sostanziale/pubblico, al diritto penitenziario e all'amministrativo, con la Costituzione come ombrello di copertura) che, da una parte, nel suo complesso, deve garantire l'attuazione in concreto del comando punitivo dello Stato (che si esercita nella sua massima potenza proprio dal giudicato in poi), e, dall'altra, deve tutelare il cittadino (*rectius*: il condannato) dall'esercizio arbitrario della forza, dato che dal giudicato in poi e, nella specie, con l'ingresso in carcere, il condannato viene materialmente affidato allo Stato, garante primario della legalità dell'esecuzione della pena detentiva. Tale metodo - idoneo al superamento tradizionale del "bizantinismo" formale<sup>66</sup> - si rivela quanto mai necessario nella misura in cui il giurista oggi si deve confrontare con concetti, principi e categorie, solo in parte sovrapponibili a quelli tipici interni, ma per la gran parte, ibridi e nuovi, che si sono innestati - grazie alla giurisprudenza evolutiva della Corte Edu - nel tessuto costituzionale e che costituiscono parametri di valutazione della conformità delle norme alla Costituzione e alle fonti sovranazionali<sup>67</sup>. La questione sottoposta all'esame della Corte costituzionale è di fondamentale importanza per l'intero sistema di "giustizia penale", sia perché consente nuovamente (sulla base di un rilanciato dialogo tra le Corti in materia di diritto penitenziario) di riflettere circa il metodo di studio e di analisi del fenomeno della punibilità, e sullo statuto delle norme penitenziarie/processuali (di

---

tafora euristica della 'molecola criminale', si imposta lo studio del crimine e del reato in maniera autenticamente transnazionale, indagando le reciproche interdipendenze tra gli 'atomi' del crimine, nell'ottica di una criminologia autenticamente umana".

<sup>66</sup> Cfr. G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, cit., 327-328.

<sup>67</sup> Cfr., sul punto, a livello di metodo, *ex multis*, A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 54, a cui si rimanda per i più ampi riferimenti bibliografici.

tutte quelle disposizioni, ovunque esse siano collocate, che incidono sull'essenza della pena), sia di meditare più approfonditamente sulle competenze, obblighi e ruoli del giudice del merito, rispetto alla questione del c.d. sindacato diffuso di conformità alla Cedu e alla diversa via del controllo “centralizzato” della Corte costituzionale.

**VERONICA MANCA**