

QUESITI

PATRIZIA MORELLO

La presunzione di pericolosità “accentuata” nei reati contro la pubblica amministrazione e l’applicazione nel tempo delle misure alternative alla detenzione

La presunzione di accentuata pericolosità per titolo di reato e per *ogni* imputato impone di rinvenire una massima di esperienza che la giustifichi, pena l’irragionevolezza delle scelte legislative, censurabile in sede di giudizio di legittimità costituzionale. Se una massima di esperienza al riguardo sussiste in materia di delitti di criminalità organizzata o di terrorismo, analogamente non può dirsi per il delitto di peculato. È questa è la posizione assunta dalla Corte di cassazione, Sez. I, n. 31853/2019, nel sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-bis ord. pen. (L. 354/’75), esteso di recente, dall’art. 1 comma 6 lett. b) L. c.d. “spazzacorrotti” (L. n. 3/2019) a taluni delitti contro la pubblica amministrazione. In aggiunta alla soluzione tracciata dalla Corte di cassazione se ne sarebbe potuta, tuttavia, segnalare un’altra, sul versante del principio di irretroattività sfavorevole di cui all’art. 25, co. 2, Cost.

The presumption of danger "accentuated" in crimes against the public administration and the application over time of alternative measures to detention

The presumption of accentuated danger by title of crime and for each accused imposes to find a maximum of experience that justifies it, under penalty of the unreasonableness of the legislative choices, censurable in the judgment of constitutional legitimacy.

If a maximum of experience in this regard subsists in matters of organized crime or terrorism, similarly it cannot be said for the pecu-side crime. This is the position taken by the Court of Cassation, Section I, n. 31853/2019, in raising the question of constitutional legitimacy of the art. 4-bis ord. pen. (L. 354/’75), recently extended, by art. 1 paragraph 6 lett. b) L. c.d. "spazzacorrotti" (Law n. 3/2019) to certain crimes against the public administration. In addition to the solution drawn up by the Court of Cassation, it would have been possible, however, to point out another, on the side of the principle of unfavorable non-retroactivity pursuant to art. 25, co. 2, Const.

SOMMARIO: 1. Il conflittuale dialogo tra le Corti quanto alla qualificazione delle misure alternative come norme sostanziali ovvero processuali. - 2. La posizione assunta dalla Corte di cassazione con riferimento alla costituzionalità dell’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario come modificato dalla cd. legge “spazzacorrotti”. - 3. La natura sostanziale delle misure alternative alla detenzione. Le conseguenze di tale qualificazione sul giudizio di costituzionalità.

1. *Il conflittuale dialogo tra le Corti quanto alla qualificazione delle misure alternative come norme sostanziali ovvero processuali.* Le indicazioni della Corte di Strasburgo nel senso della qualificazione della materia dell’esecuzione penale entro la cd. *matière pénale*, con conseguente estensione delle commesse garanzie convenzionali¹, possono oggi dirsi non revocabili

¹ Si allude a Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, in *Cass. pen.*, 2014, 2, 683, che ha ritenuto rilevante, in termini di violazione dell’art. 7 C.E.D.U., il mutamento giurisprudenziale in merito ad un istituto che è possibile riportare alla liberazione anticipata prevista dal nostro ordinamento, in quanto suscettibile di comportare effetti peggiorativi, riguardando il rispetto del

in dubbio. L’approdo “antiformalista” della Corte Edu che privilegia, quanto ai concetti di “illecito penale” e “pena”, la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti e alle modalità di esecuzione della misura imposta, risulta infatti esteso anche alle misure alternative alla detenzione, in quanto istituti che non si limitano a prevedere mere modalità di esecuzione della pena, bensì contribuiscono a definire il sistema delle risposte statuali al reato. Eppure, la giurisprudenza di legittimità, con l’avallo delle Sezioni Unite², è rimasta a lungo ancorata al paradigma formalistico. Escludendo la qualificazione di tali disposizioni come norme penali sostanziali – perché reputate estranee all’accertamento del reato e alla irrogazione di una pena – se ne è derivato che in assenza di una specifica disciplina transitoria esse soggiacciono al principio del *tempus regit actum* e non, invece, alle regole dettate ex art. 2 c.p. e 25 Cost. Sicché una modifica normativa che introduca una disciplina più severa è considerata immediatamente applicabile anche a tutti i rapporti esecutivi non ancora esauriti.

È in questo panorama giurisprudenziale che si inserisce il tema della operatività temporale del regime di cui all’art. 4-*bis* ord. pen. (L. 354/’75), esteso di recente, per il tramite dell’art. 1 comma 6 lett. b) cd. legge “spazzacorrotti” (L. n. 3/2019) a taluni delitti contro la pubblica amministrazione. In mancanza di una disciplina transitoria che ne limiti solo per il futuro l’applicabilità e a fronte del descritto orientamento giurisprudenziale consolidato, si è già concretizzato il rischio che la nuova norma, in spregio ad ogni istanza di matrice “sostanzialista”, sia applicata anche ai procedimenti in corso in relazione a fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Con tutte le conseguenti criticità in termini di violazione della esigenza di garantire la prevedibilità della risposta sanzionatoria statale.

Se infatti una parte della giurisprudenza di merito³ e la VI sezione della Corte di cassazione⁴ si sono discostate dall’orientamento formalista, la I sezione⁵ vi si

principio dell’affidamento del consociato sulla prevedibilità della sanzione penale, non solo dal punto di vista della pena irrogata, ma anche della sua esecuzione vista della pena irrogata, ma anche della sua esecuzione.

² Il riferimento è a Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Aloï, in *Cass. pen.*, 2006, 12, 3963.

³ Rare sono le eccezioni nella giurisprudenza di merito, come il Trib. Napoli, Sez. VII, 28.02.2019, in *www.dejure.it*, che nel pronunciarsi sulla revoca di un ordine di esecuzione precedentemente emesso al momento dell’entrata in vigore della normativa in oggetto, ha ritenuto che le norme relative all’esecuzione delle pene detentive e le misure alternative non hanno carattere sostanziale, ma processuale, così escludendo l’applicazione dell’art. 2 c.p. e affermandone la soggezione al principio del *tempus regit actum*, con la conseguenza di escludere la revoca di un provvedimento di sospensione dell’esecuzione emesso prima dell’entrata in vigore della legge n. 3/2019.

⁴ Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, Ferraresi, in *Foro it.*, 2019, 5, II. Sul punto, cfr. GATTA, *Estensione del*

è invece allineata, concretizzandosi con ciò un contrasto giurisprudenziale, reso più interessante dall'intervenuta proposizione di plurime questioni di legittimità costituzionale, per ragioni non del tutto tra loro sovrapponibili.

La VI sezione tratteggia la teorica possibilità di ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità prospettata dal ricorrente, “là dove si traduce, per il condannato, nel passaggio – ‘a sorpresa’ e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata ‘senza assaggio di pena’ ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusto il già rilevato operare del combinato disposto dell'art. 656 c.p.p., comma 9, lett. a), e art. 4-bis ord. pen.”.⁶ Sebbene si arresti qui il percorso argomentativo della Corte, perché la questione afferisce a uno snodo processuale reputato non rilevante ai fini del decidere, ne viene comunque indicata con chiarezza la riproponibilità in sede di incidente di esecuzione.

La questione di legittimità viene invece sollevata dalla giurisprudenza di merito che si connota per plurime ordinanze di rimessione⁷ tra le quali spicca, per completezza di argomenti, quella del Tribunale di Sorveglianza di Venezia. L'ordinanza invoca una lettura costituzionalmente e convenzionalmente ispirata – nonché avallata dalla poc'anzi citata pronuncia della Sezione VI della Corte di legittimità⁸, in quel momento già intervenuta –, affermando che le misure alternative alla detenzione rientrano nella “materia penale”, con conseguente necessità di fare appello al principio di irretroattività sfavorevole,

regime ostativo ex art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento favorevole all'applicazione retroattiva, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁵ Cass., Sez. I, ord. 18 giugno 2019, n. 31853, in *Dir. & Giust.*, 2019.

⁶ La Corte, a conferma del proprio assunto, richiama anche un precedente legislativo, ossia l'adozione di disposizioni transitorie finalizzate a temperare il principio di immediata applicazione delle modifiche all'art. 4-bis ord. pen., contenute nel d.l. 13 maggio 1991, n. 152, art. 4, e nella L. 23 dicembre 2002, n. 279, art. 4, comma 1, (che inseriva i reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. nell'art. 4-bis *cit.*), limitandone l'applicabilità ai soli reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge.

La sez. VI ha ricevuto fin qui le critiche di chi evidenzia la non percorribilità della impostazione prescelta a causa dell'esistenza di un opposto “diritto vivente” che, reso forte dall'avallo delle Sezioni unite, dovrebbe impedire il ricorso ad opposte vie interpretative. Evidenziata però a monte la dimensione controversa della nozione di “diritto vivente” – dai confini non ancora ad oggi realmente ben definiti nemmeno dalla dottrina di matrice costituzionalistica – si replica che quand'anche si ritenga che un diritto vivente in argomento si sia formato, nondimeno consterebbe che esso è stato scardinato dal rapidissimo consolidarsi dell'orientamento “sostanzialista”, a sua volta da considerare come il nuovo “diritto vivente”. Cfr. al riguardo BARON, *‘Spazzacorrotti’, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁷ Cfr. Trib. Napoli, Uff. G.i.p., ord. 2 aprile 2019, Pizza, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; App. Lecce, ord. 4 aprile 2019, Losavio, in www.dirittopenalecontemporaneo.it e Trib. sorv. Venezia, 8 aprile 2019, in *questa Rivista*, 1188, emesse peraltro tutte nella stessa settimana.

⁸ Cass., Sez. VI, 14 marzo 2019, Ferraresi, *cit.*

pena il *vulnus* degli artt. 25, co. 2, Cost. e 7 Cedu, che risulterebbero violati anche se riguardati dal punto di vista del principio di affidamento e, quindi, di accessibilità e prevedibilità. La violazione lamentata concerne poi anche il principio di ragionevolezza e quello della finalità tendenzialmente rieducativa della pena, dunque gli artt. 3 e 27 comma 3 Cost.⁹

Si allinea invece all'orientamento formalista la sezione I della Corte di cassazione, 18 giugno 2019, ord. n. 31853 che, pur sollevando questione di legittimità costituzionale, lo fa per ragioni diverse da quelle inerenti alla natura giuridica della norma in oggetto.

Retrostante a tale ordinanza, la decisione del Tribunale di Como¹⁰ assume la natura sostanziale della disposizione, evidenziando - quale "effetto concreto" prodotto dalla novella - il carattere immediatamente peggiorativo della condizione del condannato,¹¹ stante l'evidente incisione sulla *portata afflittiva* della pena. Il ricorso a un criterio interpretativo costituzionalmente e convenzionalmente orientato conduce il Tribunale a ritenere preclusa l'applicabilità della novella ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore.¹²

La Cassazione - adita dal Pubblico Ministero che all'opposto, stigmatizzando la ritenuta sovrapposizione dei concetti di "sanzione" e di sua "esecuzione", reputa rilevante la sola predeterminazione legale della sanzione in sé, e non anche delle forme e modalità della sua esecuzione - resta allineata all'orientamento tradizionalista.

Sostiene dunque la natura processuale delle norme relative alle modifiche al trattamento esecutivo, così sottoponendole al principio del *tempus regit actum*¹³, ancorché indicato con riferimento al momento della domanda da parte

⁹ Come vedremo più avanti, la questione sollevata dalla Corte di cassazione, Sez. I, riguarda invece soltanto questi ultimi due parametri costituzionali.

¹⁰ Cfr. Trib. Como, Uff. G.i.p., ord. 08 marzo 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

¹¹ Il riferimento è al divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione di cui al comma 9 dell'art. 656 c.p.p., che comporta infatti la necessità di presentare dal carcere, anziché in condizioni di libertà, la domanda di misura alternativa anche per fatti commessi prima del 31 gennaio.

¹² Su queste basi, il giudice dell'esecuzione dispone la sospensione dell'ordine di carcerazione, pur non ritenendo possibile, per ragioni procedurali (si reputa non competente in materia di applicazione dei benefici penitenziari), la proposizione di un giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

¹³ Il principio del *tempus regit actum*, sebbene costantemente richiamato quale "principio cardine" delle logiche temporali processuali, sconta in realtà la conclamata assenza nel codice di procedura penale di un riferimento testuale che ne sancisca espressamente l'applicazione. Né è possibile desumere tale principio intertemporale dall'art. 258 comma 1 disp. att. c.p.p., norma ispirata non già ad una *ratio* suscettibile di essere generalizzata all'intero codice di procedura penale, bensì esclusivamente al fine di coordinare l'entrata in vigore, nel 1988, del nuovo codice di procedura penale. Cfr. per queste chiarissime ed efficaci considerazioni MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UMBERTIS E VOENA, Milano, 1999, 138, che stigmatizza l'irragionevole compressione del principio di uguaglianza e più in generale la distanza di tale principio dalle istanze di tutela

del condannato, anziché a quello del giudizio. Trattamento esecutivo che, anche se peggiorativo delle condizioni di accesso alle misure alternative per taluni soggetti, non avrebbe però determinato per costoro né una “cancellazione” di tali misure, né una variazione della tipologia di sanzione penale, né infine una protrazione della durata della pena. Conseguentemente la Corte esclude il paventato contrasto con gli artt. 25 Cost. e 7 Cedu, non ritenendo che la predeterminazione legale delle concrete opportunità di flessibilizzazione della pena detentiva sia un fattore di orientamento della condotta, a differenza della predeterminazione delle fasce edittali della sanzione.

Reputa però che la novella, soggiacendo a un controllo di diversa natura, ossia di ragionevolezza della presunzione legale, sia comunque di dubbia costituzionalità per violazione degli artt. 3 e 27 comma 2 Cost., avuto riguardo alla parte in cui inserisce all’art. 4-*bis*, comma 1 ord. pen. il riferimento al delitto di peculato.

2. La posizione assunta dalla Corte di cassazione con riferimento alla costituzionalità dell’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario come modificato dalla cd. legge “spazzacorrotti”. Punto cruciale della ordinanza in disamina è costituito dalla considerazione che una presunzione di pericolosità non può ergersi a ragione giustificativa della variazione della tipologia di sanzione penale.

Se esatta è la valutazione in termini di non irragionevolezza della presunzione legale compiuta dalla Corte costituzionale con riguardo alla iniziale versione dell’art. 4-*bis* ord. pen. – che, comprendendo solo fattispecie di reato estremamente pervasive¹⁴, si caratterizzava per la loro connotazione di particolare disvalore¹⁵, così giustificandosi la prevalenza degli scopi general-preventivi e di

e garanzia dell’imputato cui il sistema processuale, per altri versi, anela.

¹⁴ Come già si osservava nella sentenza Corte cost., 11 giugno 1993, n.306, in *Foro it.*, 1996, I, 481, il regime speciale originario era collegato alla commissione di delitti – come i reati associativi di stampo mafioso, terroristico, o i reati comunque espressivi di una contiguità evidente a tali realtà – che si potessero ritenere manifestazione tipica di una criminalità connotata da livelli di pericolosità particolarmente elevati, la cui realizzazione presuppone, per la comune esperienza criminologica, una struttura e una organizzazione criminale tali da comportare vincoli di omertà e di segretezza particolarmente forti.

¹⁵ La presunzione in oggetto, che sorregge la scelta di precludere al condannato le forme alternative e risocializzanti di esecuzione della pena che lo pongano in interazione con l’esterno, esclude ogni discrezionalità della magistratura di sorveglianza e trova, come noto, un temperamento solo in presenza di collaborazione con la giustizia, o di riconoscimento dell’inesigibilità o impossibilità di tale collaborazione, secondo la duplice *ratio* (ben evidenziata da Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *www.dejure.it*, e ricavabile anche dai lavori preparatori) di un meccanismo che in prima battuta poggia sulla presunzione legislativa di pericolosità sociale scaturente dal collegamento con la criminalità organizzata e, in un secondo momento, sullo scardinamento di tale presunzione solo in presenza di una scelta, quella di collaborare, ritenuta gravida di valenza “rescissoria” di tale legame.

difesa sociale – non altrettanto può dirsi in riferimento al catalogo vigente. In altre parole, tra il finalismo tendenzialmente rieducativo della pena, che impone la flessibilizzazione, e le esigenze di difesa sociale, non vi è una relazione gerarchica predeterminata e la scelta è rimessa di volta in volta al legislatore, senza che si possa dire violato l'art. 27 comma 2 Cost. Resta però sempre ferma l'esigenza di rispetto del criterio di ragionevolezza *ex art.* 3 Cost.¹⁶, non potendo la prevalenza degli scopi di difesa sociale essere sospinta fino ad autorizzare *tout court* un pregiudizio della finalità rieducativa. È proprio questo ciò che avviene se la tipizzazione è operata – come è accaduto con l'accrescimento del catalogo di reati di cui all'art. 4-*bis* – semplicisticamente per titoli di reato non più connessi alla speciale aggressività dei richiamati contesti associativi, bensì, di fatto, alla sola pericolosità d'autore.¹⁷ Ciò è reso palese proprio dal vaglio riferito al delitto di peculato, che conduce la Corte ad escludere l'esistenza, quale fondamento della presunzione legale di accentuata e generalizzata pericolosità sociale dell'autore, di una retrostante base logico-empirica.¹⁸ Presunzione che non appare sorretta dai connotati del-

¹⁶ In questo solco si inserisce infatti il coerente richiamo alla legge delega n. 103 del 23 giugno 2017 – rimasta tuttavia sul punto inattuata – che indicava una serie di criteri tendenti alla riconsiderazione complessiva delle presunzioni legali di pericolosità in sede di accesso alle misure alternative. La legge delega era volta a ridurre il margine operativo delle presunzioni tramite una revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, con riferimento sia ai presupposti soggettivi che ai limiti di pena.

¹⁷ Anche Corte cost., 27 gennaio 2016, n. 32, in *www.ilpenalista.it 2016, 25* (richiamata infatti anche dalla ordinanza qui in commento), ha qualificato il catalogo dei delitti previsti dall'art. 4-*bis* L. n. 354 del 1975 (sia pure occupandosene solo incidentalmente) quale «complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati». Ma è forse ancor più significativo che già Corte cost., 11 giugno 1993, n.306, *cit.*, sin da subito abbia registrato con preoccupazione «la tendenza alla configurazione normativa di tipi di autore», individuati sulla base del titolo astratto del reato commesso, «per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

¹⁸ La eventuale irragionevolezza di ogni scelta legislativa, invero, in quanto scelta sostanzialmente politica, deve essere valutata sulla base di dati generalizzati di comune esperienza. I principi ai quali qui si appella la ordinanza riecheggiano le parole della sentenza Corte costituzionale di appena qualche giorno precedente, ossia Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141, in *www.giurcost.org* che, nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, n. 4), prima parte, e n. 8), L. 20 febbraio 1958, n. 75, nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, esprime il fondamentale principio per il quale, per costante giurisprudenza costituzionale, l'individuazione dei fatti punibili, così come la determinazione della pena per ciascuno di essi, costituisce materia affidata alla discrezionalità del legislatore. Con la conseguenza che gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, quanto all'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono, per loro natura, *tipicamente politici*, sicché le scelte legislative in materia sono censurabili in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio (molte sono le pronunce, richiamate dalla stessa Corte costituzionale, a supporto di tali principi, tra cui Corte cost., 18/04/2019, n.95, in *Dir. & Giust.*, 2019; Corte cost., 22/07/2010, n.273, in

la condotta di approfittamento che, non contemplando l'uso di violenza o minaccia verso terzi, è difficilmente inquadrabile in contesti di criminalità organizzata o evocativi di condizionamenti omertosi. Un sistema che poi, non consentendo alcuna valutazione al Tribunale di sorveglianza, preclude la doverosa individualizzazione della pena. Così che, rendendo del tutto prevalente la finalità general-preventiva, contrasta con l'ineliminabile finalismo rieducativo.

La connotazione di elevata pericolosità di "ogni" autore di un delitto di peculato - che ben potrebbe invece risolversi in un'occasione del tutto isolata di consumazione - è dunque priva di giustificazione in termini di ragionevolezza e rende evidente che siamo dinanzi a un mero automatismo legale, stante la evidente impossibilità di formulare alcuna ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione. Un automatismo che quindi, incompatibile con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena, è, al pari di ogni presunzione assoluta, giocoforza illegittimo.¹⁹

Si fa qui evidentissimo l'esatto parallelo operato dall'ordinanza tra il tema della pericolosità presunta dischiuso con riferimento all'art. 4-bis ord. pen., e quello delle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere di

Cass. pen., 2011, 6, 2182; Corte cost., 12/02/2010, n.47, in *Foro it.*, 2011, 1, I, 51; Corte cost., 23/11/2006, n.394, in *Foro it.*, 2007, 2, I, 354; Corte cost., ord. 03/07/2007, n.249, in *Giur. cost.*, 2007, 4; Corte cost., ord. 09/03/2007, n.71, *Giur. cost.*, 2007, 2; nonché, con particolare riguardo al trattamento sanzionatorio, Corte cost., 13/07/2017, n.179, in *Giur. cost.*, 2017, 4, 1666; Corte cost., 10/11/2016, n.236, in *Dir. & Giust.*, 2016, 11; Corte cost., 16/06/2016, n.148, in *Foro it.*, 2016, 9, I, 2644).

¹⁹ In questo stesso solco si inserisce la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 4-bis, comma 1 ord. pen., nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, e il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo. Con la conseguenza che il giudice di sorveglianza dovrà sempre valutare la sussistenza della pericolosità sociale del detenuto, anche in caso si tratti di condannato all'ergastolo, non essendo più ostativo il fatto che costui non abbia collaborato con la giustizia. Cfr. comunicato del 23 ottobre 2019 Ufficio Stampa della Corte costituzionale, in www.cortecostituzionale.it, in relazione a Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221 (in attesa del deposito della motivazione). Come noto appena due settimane prima, in data 8 ottobre 2019, la Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, in www.dejure.it, aveva rigettato la richiesta del Governo italiano di rinvio alla Grande Camera del caso, già deciso con sentenza di legittimità che aveva affermato l'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con l'art. 3 C.E.D.U., in quanto assimilabile a trattamento inumano o degradante e in contrasto col divieto di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il reinserimento della medesima. Per un commento a tale pronuncia, cfr. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia all'attesa della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2019, 2. Del resto, già lo scorso anno, Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149 in *Giur. cost.*, 2018, 4, 1632, si era espressa nel senso dell'illegittimità di disposizioni che precludano in modo assoluto, per un arco temporale molto esteso, l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati.

cui all'art. 275 comma 3 c.p.p.²⁰ Il binario interpretativo lungo il quale si muove la prima sezione è in effetti identico a quello su cui si è formata la giurisprudenza costituzionale in tema di art. 275 comma 3 c.p.p.

Considerazione, questa, che giustifica qui, da un lato la affermazione per cui è ragionevole prevedere sul tema in esame un allineamento, sul piano del controllo di costituzionalità che dovrà essere operato dalla Corte costituzionale, ai principi già cristallizzati in punto di presunzioni assolute in materia di misure cautelari. Con la ulteriore conseguenza che un percorso argomentativo identico potrà essere, in tutto o forse in parte, riprodotto anche con riferimento agli altri reati contro la pubblica amministrazione che hanno parimenti accresciuto il catalogo di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.²¹

E, dall'altro lato, la presa d'atto dell'insipienza di un legislatore che ha formulato una previsione normativa in modo palesemente noncurante di precedenti giurisprudenziali dalla indiscutibile pertinenza, oltre che chiarezza e notorietà.

3. La natura sostanziale delle misure alternative alla detenzione. Le conseguenze di tale qualificazione sul giudizio di costituzionalità. Una banale, ma certamente appropriata considerazione di base nel trattare la questione, dovrebbe essere costituita dalla scontata affermazione secondo la quale la punibilità appartiene al diritto penale. Punibilità, ovviamente, da intendersi senza alcuna mutilazione delle sue diverse forme di manifestazione.

²⁰ È noto a tutti che la riformulazione intervenuta nel 2015, con legge n. 47, dell'art. 275 comma 3 c.p.p. costituisce l'adeguamento del testo della norma alla reinterpretazione gradualmente imposta da uno stratificarsi di pronunce della Corte costituzionale che con le sentenze Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 692; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 691; Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2012, 3, 1619; Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57, in *Giur. cost.*, 2013, 2, 863; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 2970; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 3458 e Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 390, ha progressivamente demolito quasi tutte le ipotesi precedentemente esistenti di presunzione assoluta di idoneità della sola custodia cautelare in carcere. Sicché attualmente la presunzione assoluta di adeguatezza della misura custodiale in carcere opera solo per i delitti di associazione sovversiva ex art. 270 c.p., di associazione terroristica - anche internazionale - ex art. 270-*bis* c.p. e di associazione mafiosa ex art. 416-*bis* c.p. Ad innescare tale mutamento era però stata in realtà la retrostante sentenza Corte cost., 14 aprile 2010, n. 139, in *www.giuricost.org*, che, pur pronunciandosi in tutt'altro settore, aveva cristallizzato un cruciale principio generale. Quello per cui le presunzioni assolute, specie nel caso limitino un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*.

²¹ La plausibilità di un tale auspicio è del resto confermata dal fatto che l'ordinanza osserva ancora che manca dal punto di vista del "metodo", nei lavori preparatori della legge n. 3 del 2019, una esposizione chiara dei criteri di osservazione empirica che possano giustificare la scelta legislativa in oggetto. Mancanza, questa, che riteniamo infatti riverberi giocolforza i suoi effetti anche sulle fattispecie diverse dal peculato.

Per altro verso concorre a delineare il tema anche un'ulteriore considerazione, anch'essa ampiamente scontata, ma dimostrativa dei danni che alla comprensione dei fenomeni giuridici penalistici sono derivati dalla separazione del diritto processuale penale dal diritto penale. Danni dei quali la complessiva vicenda che stiamo esaminando costituisce una chiara esemplificazione. A tale riguardo una dottrina in assoluto tra le più autorevoli dell'intero novecento italiano, collegando sul punto anche altri prestigiosi contributi²², ha insegnato che se si immagina la norma giuridica come giudizio ipotetico – nel senso che se “A” (fattispecie condizionante, ossia fatto di reato), deve essere “B” (fattispecie condizionata, ossia pena) – di questa stessa si fornisce una interpretazione condivisibile, ma incompleta. Infatti costituisce una vera e propria finzione ipotizzare una relazione diretta tra fatto e pena, dal momento che tra il fatto – o per meglio dire tra l'accertamento del fatto – e la pena, si inserisce il giudizio. Affermazione, questa, che valorizza il giudizio stesso ponendolo in una posizione intermedia tra fatto e pena, e non già relegandolo ad una appendice separata del reato, spinta in uno spazio asfittico al quale la disciplina del reato stesso sarebbe del tutto inapplicabile. Intuizione, questa, che oltretutto presenta il pregio di ricostruire le categorie del diritto seguendo la realtà delle cose e non già simulando percorsi astratti e immaginari.

Non a caso, altra dottrina italiana di spiccatissimo livello intellettuale²³, in assoluta convergenza con quanto sopra abbiamo richiamato, afferma che il momento intorno al quale deve ruotare il trattamento punitivo – globalmente inteso – è il momento del fatto. E ciò in quanto il cittadino assume le proprie scelte e di conseguenza orienta il proprio comportamento sulla base del complessivo trattamento penalistico del quale è destinatario al momento del fatto, o per meglio dire al momento in cui assume una decisione inosservante rispetto al comando o al divieto penalisticamente sanzionato. Pertanto gli deve essere applicata l'intera disciplina vigente al momento della condotta, ovunque essa sia collocata.²⁴

Riflessione, questa, dalla quale deriva semmai una inversione nel rapporto di soggezione. Nel senso che è il diritto processuale che dovrebbe soggiacere

²² Cfr. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1965, 9, che, nel dimostrare le ragioni per cui predilige, alla concezione imperativistica, la teoria della norma come giudizio ipotetico, coniuga il pensiero antimperativistico di Kelsen (nonché quello di Zitelmann) e il contributo di Mezger.

²³ BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 13 e ss. (testo della relazione presentata all' XI Convegno Enrico de Nicola, Lecce, 3-5 dicembre 1976, sul tema *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*).

²⁴ Il momento del fatto, in altre parole, è il solo momento intorno al quale deve e può ruotare l'intero trattamento dell'imputato, compreso pertanto il modo in cui costui è giudicato.

all'intera disciplina penalistica ed ovviamente anche all'art. 2 c.p. e all'art. 25 comma 2 Cost., e non il contrario.

La introduzione che precede di per sé basta a giustificare la affermazione secondo la quale la misura alternativa non carceraria dell'affidamento in prova al servizio sociale è una vera e propria pena. È come se il legislatore ampliasse il trattamento sanzionatorio preveduto dal codice penale attraverso l'inevitabile collegamento della fattispecie di reato destinata al trattamento sanzionatorio, all'art. 656 c.p.p. e all'art. 47 ord. pen. In realtà è come se si dicesse, con riferimento ad ognuna delle norme penali incriminatrici compatibili sul piano sanzionatorio con le disposizioni già richiamate di cui agli artt. 656 c.p.p. e 47 ord. pen. che, se la condanna in concreto applicata non è superiore a quattro anni di reclusione, questa stessa condanna, a richiesta dell'imputato, può tramutarsi nella misura alternativa non carceraria dell'affidamento in prova al servizio sociale.²⁵ In altri termini le due disposizioni richiamate funzionano da moltiplicatore del segmento sanzionatorio della norma sostanziale, estendendone la previsione sino a consentirle di includere al suo interno la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale.²⁶

²⁵ Quanto ai rapporti tra affidamento in prova e sospensione dell'esecuzione della pena principale, è peraltro quanto mai opportuno qui il richiamo alla sentenza della Corte cost., 02 marzo 2018, n. 41, in *questa Rivista* (per un commento cfr. MALAVASI, *Illegittimo l'art. 656, co. 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni, anziché a quattro anni*, in *questa Rivista*, 2018, 1). La Corte costituzionale ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, co. 5, c.p.p., nella parte in cui prevede che il Pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni. La decisione riconosce un principio di parallelismo tra il limite di pena di cui all'art. 656 c.p.p., ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione, e il corrispondente limite previsto ai diversi fini dell'accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova. La sospensione dell'ordine di esecuzione deve essere, in sostanza, connessa alla possibilità per il condannato di sottoporsi a un percorso risocializzante che non includa il trattamento carcerario. Laddove il legislatore, introdotto con L. n.10/2014 l'affidamento in prova c.d. allargato per il condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di reclusione (*ex art. 47, co. 3-bis, o.p.*), non aveva provveduto ad adeguare il limite di tre anni previsto dall'art. 656, co. 5, c.p.p. al fine di sospendere le pene comprese tra tre anni e un giorno e quattro anni di detenzione, in vista dell'accesso all'affidamento in prova allargato. In assenza, peraltro, di esecuzione della delega legislativa conferita con la cd. riforma Orlando (art. 1, co. 85, lett. c), L. 23 giugno 2017, n. 103) che richiede di fissare in ogni caso a quattro anni il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione, la Corte rileva l'esistenza di una incoerenza normativa che configge con l'art. 3 Cost. in quanto il principio del parallelismo sopra richiamato viene derogato senza valida giustificazione di supporto, mediante un trattamento differenziato per situazioni che, sotto il profilo delle finalità che perseguono, devono dirsi uguali.

²⁶ Il meccanismo è analogo a quello che caratterizza, nel sistema del codice penale, norme estensive della punibilità quali gli artt. 56 e 110 c.p. le quali, applicate in combinato disposto con le singole norme incriminatrici di parte speciale, ne determinano un ampliamento dello spettro punitivo. Analogamente, nel caso qui in esame, l'accesso alla pena alternativa prevista dall'ordinamento penitenziario è

In aggiunta occorre osservare che il confine tra pene principali e pene alternative non è certamente un confine di tipo rigido, ossia giustificato da una diversa struttura o natura delle due categorie poste a confronto. Si tratta in realtà di un confine del tutto mobile e segnato da un gracilissimo spartiacque, che certo non può giustificare alcuna affermazione tendente a differenziare l'affidamento in prova dalle pene principali, ossia dalla circostanza che in un caso la pena è applicata direttamente dal giudice della cognizione ordinaria ed è pertanto definita pena principale. Laddove nel secondo caso la pena alternativa è frutto dell'intervento del giudice dell'esecuzione, a seguito tuttavia di una scelta soltanto legislativa (oltretutto opinabile) che confina la pena alternativa alla fase della esecuzione, ma che non incide sulla sua stessa natura giuridica. Senza che, dunque, sussista alcuna ragione che imponga una simile scelta, risultando evidente che il compito di applicare pene alternative non carcerarie (che a questo punto diventerebbero pene intese in senso principale), lo si sarebbe potuto assegnare al giudice della cognizione ordinaria, trasferendo queste misure al giudizio e non all'esecuzione.²⁷ Né tantomeno l'estraneità delle misure alternative al diritto penale può reggersi sulla variante terminologica costituita dall'uso del sostantivo "misura" in luogo del sostantivo "pena". E nemmeno, ancora, il formalismo può spingersi fino al punto di ritenere che la fase di applicazione di una pena, ossia la esecuzione e quindi la sua processualizzazione, ne determini una sorta di mutamento genetico, all'evidenza restando la misura alternativa dell'affidamento in prova niente altro che una

intermediato dalla norma processualpenalistica di cui all'art. 656 c.p.p., al pari di quanto avviene anche con riferimento ad altri istituti del sistema punitivo che appare, di fatto, disseminato in diverse parti del sistema penale per il tramite di norme che, in quanto "complesse", nascono dalla propria integrazione con altre disposizioni normative.

²⁷ Ciò è quanto si proponeva, ad esempio, come reazione alla povertà del vigente sistema sanzionatorio, nell'ambito del progetto di riforma del codice penale presieduto da Carlo Nordio, così come in quello presieduto da Giuliano Pisapia. Il progetto Nordio - che si connotava per una profonda riforma del sistema sanzionatorio - era invero imperniato, oltre che sulla quasi totale eliminazione delle pene pecuniarie e dell'arresto, su di un sistema in cui la reclusione diveniva da un lato centrale (come unità di misura della gravità del reato) e, dall'altro, parametro per la conversione in altra pena (detentiva, interdittiva, ablativa o prescrittiva) spettante però direttamente al giudice di cognizione. L'obiettivo dichiarato era quello di rendere realmente la detenzione una *extrema ratio*, realizzando un sistema di sanzioni meno afflittive, ma effettive e garantendo il principio costituzionale del fine tendenzialmente rieducativo della pena. Analogamente, anche nel progetto Pisapia si prevedeva di consentire già al giudice della cognizione, in luogo del Tribunale di sorveglianza, di disporre le misure alternative alla detenzione. Nello stesso solco si inserisce anche l'approvazione della legge delega n. 67 del 28 aprile 2014 (Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili) che all'art.1 prevede l'introduzione direttamente tra le pene principali anche della cd. "reclusione domiciliare" e del cd. "arresto domiciliare". Legge delega rimasta tuttavia, allo stato, ancora inattuata.

pena salvata, sul versante del principio di legalità, proprio dal richiamato collegamento che si pone tra la norma penale incriminatrice di volta in volta interessata e gli altrettanto richiamati artt. 656 c.p.p. e 47 ord. pen.

D'altronde, ancora, se il discrimine fosse la fase processuale di applicazione, ossia quella della esecuzione, non si comprenderebbe, anche sul piano costituzionale concernente la ragionevolezza della distinzione, la differenza con la fase della cognizione. Ciò in quanto la pena, anche in quest'ultimo caso, è irrogata mediante un processo, sia pure di cognizione ma certamente tale da non giustificare una pena diversa per denominazione, ma applicata nel corso dell'esecuzione. Insomma, se ciò che decide le questioni giuridiche è la realtà delle cose, non si può negare che l'affidamento in prova sia una vera e propria pena, già preveduta quale possibile conseguenza del fatto di reato al momento della sua realizzazione.²⁸

Né può negarsi che la "processualizzazione" degli istituti di diritto penale ha costituito una comoda e frequentemente praticata soluzione volta a sottrarli al principio di irretroattività sfavorevole.²⁹ Laddove, nel momento in cui l'art. 25 comma 2 Cost. dispone che nessuno può essere *punito* se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, utilizza un'espressione che sottintende invece, in modo nemmeno troppo implicito, una sua estensione all'intero diritto punitivo.

Risultando evidente che, se si dovesse scrivere un testo comprendente i prin-

²⁸ BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, *cit.*, già più di quarant'anni fa osservava che le misure alternative alla detenzione fossero state sostanzialmente "snaturate", perché funzionalmente orientate verso fini eterogenei, anziché verso la finalità rieducativa della pena, come sarebbe stato esatto e doveroso, in coerenza con il contesto costituzionale di riferimento, proprio perché le misure alternative riguardano la pena.

²⁹ Stessa considerazione vale, del resto, con riferimento al principio di retroattività favorevole. Al riguardo, è d'obbligo il riferimento alla pronuncia della Corte cost. 19 luglio 2011, n.236, in *Giur. cost.*, 2011, 4, 3021, che ha tra le altre cose ritenuto che la Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scopola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, 2, 832, nel riconoscere che il principio di retroattività della *lex mitior* è un corollario di quello di legalità consacrato dall'art. 7 della C.E.D.U., ha fissato però dei limiti al suo ambito di applicazione, desumendoli dalla stessa norma convenzionale, ossia affermando che il principio in questione, come in generale "le norme in materia di retroattività contenute nell'art. 7 della Convenzione", concerne le sole disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono. Da ciò la Corte trae il corollario che tale principio non coincide con quello che, nel nostro ordinamento, è regolato dall'art. 2, comma 4, c.p., il quale riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo. La diversa - più ristretta - portata del principio convenzionale implica che il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte EDU riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.

cipi comuni a tutto il diritto punitivo, certamente il livello minimo comune di tale settore dovrebbe essere costituito dal divieto di irretroattività sfavorevole.³⁰ Ciò anche perché si tratta di un divieto che costituisce l'innegabile presupposto della pretesa punitiva dello Stato. Essendo incontestabile che la possibilità di scelta da parte del cittadino presuppone la esistenza e conoscibilità del precepto ancorata al momento del fatto.³¹

In altri termini, l'anteriorità dell'obbligo o del divieto rispetto al fatto costituisce il livello minimo di garanzia che sul piano politico, prima ancora che giuridico, giustifica ogni intervento punitivo. Ovviamente ciò vale anche con riferimento alla applicabilità alternativa di una pena detentiva o di una misura di controllo e di reinserimento. Proprio in questa alternatività alla pena principale, del resto, si coglie un elemento di conferma del fatto che la natura giuridica della misura alternativa è quella di "pena", essendo alternativa solo la modalità di esecuzione. Circostanza, questa, che certamente non elimina la natura afflittiva del provvedimento.

L'ordinanza della I sezione, dunque, merita certamente approvazione, sebbene non si condivida qui la scelta di negare che l'assetto peggiorativo delle condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione per determinati soggetti, abbia prodotto per costoro quantomeno una protrazione della durata della pena, e prima ancora una modifica della "sanzione" penale, con le conseguenze già sopra tratteggiate in punto di diritto intertemporale.

Da questo punto di vista l'ordinanza, del tutto condivisibile nel resto, perché esatta in diritto ed estremamente pragmatica in quanto modellata su precedenti e sovrapponibili sentenze della Corte costituzionale in materia di presunzioni e automatismi, ci appare avere effettuato una scelta incompleta.³² Rimettendo un solo livello della questione alla Corte costituzionale, la Sezione I assume una posizione di chiusura dinanzi alla seconda possibile via consistente nel proporre la questione di legittimità costituzionale anche sul versante del principio di irretroattività sfavorevole di cui all'art. 25 comma 2 Cost. Così facendo omette questioni che non esitiamo a definire qui come culturalmente qualificanti, costituzionalmente e convenzionalmente orientate, come tali in grado di spingere il diritto penale verso una trasformazione migliorativa. Per dire in maniera ancor più incisiva, capaci di considerare il reato

³⁰ Del resto, la L. 24 novembre 1981, n. 689 lo ha già fatto.

³¹ Il tema riecheggia in tutta evidenza le storiche e cruciali argomentazioni delle due notissime pronunce della Corte costituzionale, Corte cost., 24/03/1988, n.364, in www.giurcost.org e Corte Cost., 13 dicembre 1988, n.1085, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 289.

³² Incompletezza evidente, del resto, anche solo ove si paragoni la scelta della Cassazione con quella, più ampia, compiuta dal Tribunale di Venezia.

e il complessivo trattamento punitivo ad esso collegato come un fatto realmente umano, quindi rigorosamente connesso alla intera disciplina vigente al momento del fatto. Ossia all'unico momento che fa di quella condotta illecita un comportamento realmente riferibile a quel soggetto.