

SCHEDA 16 Gennaio 2020

ART. 4-BIS ORD. PENIT., REATI CONTRO LA P.A. PER LA CASSAZIONE LA SOSPENSIONE DELL' NON È TRAVOLTA DALL'ENTRATA IN VIGORE I

Beatrice Fragasso

Cass., sez. I, ud. 20 settembre 2019, dep. 28 novembre 2019, n. 48499, Pres. Rocch

1. Secondo la sentenza in commento, l'estensione del regime ostativo di cui all'art. 4-3/2019, non interessa i procedimenti per i quali, al momento dell'entrata in vigore del relativo decreto di sospensione.

Nello specifico, la Prima Sezione della Cassazione afferma che, in base al principio *tempus regit actum*, la **sospensione dell'ordine di esecuzione della pena** che era stata legittimamente disposta **3/2019**.

Com'è noto, **la l. n. 3/2019 (c.d. legge spazza-corrotti) ha inserito nel catalogo dei reati contro la pubblica amministrazione**, precludendo dunque l'accesso ai benefici penitenziari (e, in particolare, alla sospensione della pena) per i condannati che non collaborino con l'Autorità Giudiziaria ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. o che **l'art. 656, co. 9, lett. b) fa all'art. 4-bis ord. penit, il pubblico ministero, in relazione alla pena detentiva, che avrebbe consentito al condannato di chiedere una misura alternativa**

La modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit., tuttavia, **non è stata accompagnata da un'appositi procedimenti in corso** – in fase di cognizione o di esecuzione – al momento dell'entrata in vigore, ai principi generali in materia di successione delle norme nel tempo e, in particolare, successione delle norme processuali penali.

Infatti, **nonostante il tentativo della dottrina** (vd. *infra* par. 4) **di accreditare la tesi del carattere di esecuzione della pena e, dunque, di assoggettarle al principio di irretroattività in materia di esecuzione (art. 2 Cost.), la giurisprudenza maggioritaria è ancora restia ad abbandonare, in questa materia, tali disposizioni abbiano natura penale processuale «siccome non riguardanti l'accertamento della pena».**

2. La pronuncia in commento, pur **non mettendo in discussione l'applicabilità immediata della disciplina penale**, giunge comunque ad affermare **l'efficacia ultrattiva** della disciplina precedente.

Il caso riguarda un imputato condannato alla pena di quattro anni di reclusione per il quale la competente procura emetteva ordine di esecuzione della carcerazione e contestuale decreto di sospensione, entro trenta giorni, istanza di applicazione di misure alternative alla detenzione. Il condannato, c.p.p.

Una volta **entrata in vigore la l. n. 3/2019, nonostante il condannato avesse già presentato il decreto di sospensione**, ritenendo che non vi fossero più le condizioni per la sua validità, il giudice dell'esecuzione, annullava il provvedimento di revoca del decreto di sospensione 3/2019 entrasse in vigore e nel rispetto della normativa all'epoca vigente.

Avverso l'ordinanza il Procuratore della Repubblica promuoveva ricorso per Cassazione, de

2.1. La Corte premette innanzitutto di **aderire all'impostazione maggioritaria che vede l'efficacia ultrattiva delle norme processuali** e, come tali, immediatamente efficaci ai sensi dell'art. 11 disp. prel.

Le argomentazioni della Prima Sezione si sviluppano attorno alle categorie – tra loro connesse – di **efficacia ultrattiva** e di **efficacia retroattiva**.

Quanto al primo aspetto, **il decreto di sospensione** – oggetto di ricorso – **non è un atto complesso**, che si compone, in sequenza, dell'ordine di carcerazione e della contestuale decisione di misura alternativa e della decisione su di essa del Tribunale di Sorveglianza.

Si tratta di attività funzionalmente collegate, in una **sequenza processuale «necessaria e facoltativa nella sfera dell'esecuzione che non possono essere unilateralmente modificate»** *forza di quadri normativi sopravvenuti, ma privi di regole transitorie*. Le suddette facoltà

misure alternative – **una volta acquisite, non sarebbero più ritrattabili, in ossequio al pr 6 CEDU.**

Nell’ambito di ciascun segmento processuale omogeneo, l’interessato ha dunque u **legittimanti acquisite**: in questo caso, il diritto coincide con l’interesse ad ottenere *al* carceraria.

In punto di ultrattività, la Corte stabilisce in seguito che **l’inizio della pendenza del r** dall’ordine di carcerazione e dal decreto di sospensione – indica **lo statuto normativo ap fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza**), indipendentemente dalle modifiche no

La legge sopravvenuta potrà dunque disciplinare soltanto gli effetti non esauriti di u applicarsi ai rapporti esecutivi pendenti. Nel caso specifico, la Corte di Cassazione rit applicabile, la ritualità formale dell’istanza di ammissione alle misure alternative sia da vigente al momento della sospensione dell’esecuzione (principio già espresso in Cass., Sez

La Corte respinge dunque il ricorso, avvallando le posizioni espresse dal Tribunale e affe della pena, legittimamente emesso ai sensi dell’art. 656 co. 5 c.p.p., non può essere rev catalogo dei reati ostativi alla sospensione di cui all’art. 4-bis l. 354/1975, qualora il con alternative alla detenzione.

* * *

3. Le considerazioni svolte dalla Prima Sezione della Suprema Corte – **riprendendo qua Pullo, e Cass, Sez. I, 19 luglio 2019, n. 39609** – esprimono uno **spiccato favor rei, pur giurisprudenziale** che attribuisce alle norme che regolano l’esecuzione penale natura pro

La teoria di riferimento è quella degli **atti con “effetti non esauriti”**, in base alla quale già prodottasi, né può impedire o regolare diversamente gli effetti futuri: **se ciò fosse p generatore, in aperta contraddizione con il principio dell’efficacia immediata[3].**

D’altra parte, attraverso il concetto di fattispecie complessa, la Corte non si è limitata ad *regit actum*, ossia che l’efficacia immediata della legge processuale-penale esclude che momento della sua adozione possa essere revocato in base ad una legge successiva, ma s **parte di un medesimo sub-procedimento – debbano essere valutati in base alla legg particolare, il riferimento è alla decisione del Tribunale di Sorveglianza).**

Nel caso specifico, l'affermazione della sussistenza di un sub-procedimento è fondata su fondamento razionale della sospensione, che ha come scopo proprio quello di consentire misure alternative.

3.1. La sentenza in commento, pur affrontando soltanto una delle ipotesi problematizzate dall'approvazione della l. 3/2019 – ossia quella dei procedimenti per i quali l'ordine di esecuzione di ammissione alle misure alternative sia pendente di fronte al Tribunale di Sorveglianza – possono venire in rilievo nell'applicazione della legge 3/2019 ai processi in corso.

Se da una parte è **evidente che – applicando il *tempus regit actum* – il nuovo comma 5 del primo periodo dell'art. 41-bis del D.Lgs. n. 3/2019, erano ancora in fase di cognizione, più che erano già conclusi con sentenza irrevocabile.** Ci si riferisce in particolare a:

- a) Procedimenti definiti, ma per i quali l'ordine di esecuzione non sia ancora stato emesso;
- b) Procedimenti per i quali l'ordine di esecuzione sia stato emesso e contestualmente sospeso di ammissione alle misure alternative;
- c) Condannato la cui istanza è stata accolta, sottoposto a misura alternativa.

Consideriamo le diverse ipotesi, alla luce dei principi espressi dalla sentenza in commento.

a) Con riferimento ai procedimenti definiti, ma per i quali l'ordine di esecuzione non si è ancora da risolvere.

Apparentemente, potrebbe ritenersi che l'ordine di esecuzione non ancora emesso debba avere l'immediata efficacia delle leggi processuali sopravvenute; con l'ordine si apre formalmente l'iter esecutivo. La stessa sentenza in commento identifica l'inizio del sub-procedimento processuale complesso nell'emissione dell'ordine di carcerazione e del relativo decreto di esecuzione. I tempi della sentenza irrevocabile non dovrebbe avere efficacia ultrattiva.

Tuttavia, **la fotografia della prassi è impietosa e rivela che è tutt'altro che infrequente che l'ordine di esecuzione passi mesi, se non anni. Ancorare ad un regime restrittivo significherebbe dare rilevanza ad un atto di impulso delle procure che “cancelliere regit actum” [4].**

S'impongono, oltretutto, **considerazioni di equità.** Si pensi a due sentenze definitive pronunciate a giorni o mesi di distanza: sarebbe irragionevole che il condannato venisse sottoposto a misure restrittive per un periodo di tempo superiore a quello trascorso in carcere. Le Procure nell'emettere l'ordine [5].

b) Veniamo poi al caso in cui la nuova legge entri in vigore dopo l'ordine di esecuzione condannato abbia presentato istanza.

Si ritiene che anche in questo caso la legge applicabile sia quella precedente, dal momento citata sentenza 39609/2019 – «*una volta adottato il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena, la presentazione della domanda di benefici penitenziari – l'opzione ermeneutica, che fa scaturire una normativa restrittiva dall'accidentale concatenazione temporale degli eventi alla sospensione della pena del condannato di usufruire, nella sua interezza, del termine a lui concesso*».

c) Quanto, infine, ai condannati che stiano già espiando la pena in regime di misura alternativa, si ritiene che non si debba ritenere vigente il **principio di non regressione (o progressione) trattamentale**, in base al quale i benefici penitenziari non sono applicabili a chi – nel vigore della precedente normativa – abbia già (per la semilibertà) di **partecipare proficuamente al percorso rieducativo e di risocializzazione**.

Il principio – corollario della **finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.) e del principio di proporzionalità** – è stato affermato per la prima volta dalla Corte Costituzionale con la **sentenza 306/1993**, che ha stabilito che non si applica l'ordine di esecuzione al momento dell'entrata in vigore dell'art. 4 ord. penit., in assenza di condotte che ne smentiscano la pericolosità stessa.

La presunzione assoluta di pericolosità prevista dall'art. 4-bis ord. penit. non sarebbe di fatto smentita da condotte che ne smentiscono la pericolosità stessa.

D'altra parte, anche considerazioni di applicabilità della legge processuale penale nel tempo tendono a propendere per questa soluzione: **il principio del *tempus regit actum* esclude il retrocesso alla luce di nuovi criteri[9]**.

In definitiva, se si ritenesse di applicare il principio del *tempus regit actum*, l'interpretazione costituzionale sarebbe, a parere di chi scrive, quella che individuasse **il *tempus rilevante* – cui è stata emessa la sentenza irrevocabile, in quanto unico parametro oggettivo al quale**

4. Le riflessioni svolte fino ad ora riguardano tuttavia soltanto una parte dei procedimenti penali dei soggetti che, al momento dell'entrata in vigore della l. n. 3/2019, erano ancora imputati. **Il principio dell'applicazione del *tempus regit actum*. Il termine *actus*, infatti, è stato identificato con l'intero procedimento e nemmeno con una fase o grado di esso; al contrario, è regolato dalle norme vigenti nel momento della sua instaurazione, in palese contraddizione con il principio di proporzionalità.**

È proprio quest'impossibilità di applicare il principio del *tempus regit actum* in un'ottica circa **l'opportunità di considerare sostanziali le norme di esecuzione penitenziaria, e principio di irretroattività *in malam partem*.**

Il problema si è configurato ogniqualvolta l'art. 4-bis ord. penit. è stato ampliato con dibattito è stato particolarmente acceso.

La *ratio* del principio di irretroattività *in malam partem* della legge penale è quella di **proprie azioni: non solo se dal suo comportamento possa derivare una responsabilità** principio è condizione necessaria per garantire la libera autodeterminazione individuale, e penali della condotta e di *prevedibilità* della pena[13] – sono dunque soggette al divieto al *genus* della pena prevista per una determinata fattispecie penale.

Che dire, allora, di un soggetto che al momento della commissione del reato poteva ragionare in modo alternativo e che, una volta condannato (o, addirittura, dopo aver patteggiato[14]), successivamente? Non si pone anche in quest'ipotesi un problema di prevedibilità della pena **invece che in libertà (pur in presenza di prescrizioni) costituisce una trasformazione in modalità esecutive.**

Al di là delle etichette, **le misure alternative, modellando e attenuando il sistema del secondo autorevole dottrina[15], devono essere soggette al principio di irretroattività** orientamento è d'altronde conforme alla nozione sostanziale di materia penale adottata dalla Grande Camera nella sentenza *Rio Prada c. Spagna* (21 ottobre 2013) ha affermato che occorre far riferimento non solo alla pena irrogata ma anche alle sue modalità di esecuzione **nell'applicazione retroattiva di una modifica peggiorativa a un istituto assimilabile a un mutamento peggiorativo riguardava la durata della pena, si dovrebbe ritenere che il principio intervenuta nelle more del processo penale dipenda l'esecuzione della pena in carcere più**

La giurisprudenza si è finora assestata su posizioni coraggiose, sfidando il dogma formalista *penale*", sia attraverso il meccanismo dell'**interpretazione costituzionalmente e** sollevando **questione di legittimità costituzionale** in relazione all'art. 1, co. 6, lett. b) transitoria che escluda l'operatività della novella per fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

La stessa Corte di Cassazione[18] ha manifestato un'apertura in questo senso, gettando che «*non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo la quale la riforma è stata introdotta sulla tavola' senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità*

traduce, per il [ricorrente], nel passaggio – ‘a sorpresa’ e dunque non prevedibile – da sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto ord. penit.».».

5. La parola passa ora alla **Corte Costituzionale**, che a febbraio esaminerà le questioni di merito **[19]**. In particolare, l'11 e il 12 febbraio sarà affrontato il tema del **regime di essere l'occasione per chiarire una volta per tutte se alle norme in materia di irretroattività in malam partem.**

Il 25 e il 26 febbraio la Corte si pronuncerà invece sulla compatibilità dell'inserimento *bis* della l. 354/1975 con il principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.

[1] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref1](#)) Vd. Cass., principio già consolidato nella giurisprudenza dalla Suprema Corte, vd. Cass., Sez. I, 20 s. 6297. Successivamente, vd. anche, *ex multis*, Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578; Cass. 2009, n. 46924; Cass., Sez. I, 5 luglio 2006, n. 24767; Cass., Sez. I, 6 giugno 2006, n. 30792

[2] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref2](#)) La medesima Corte di Appello di Napoli, Sez. II, con l'ordinanza 3 aprile 2019, Pres. Grassi, Rel. Grasso, vd. nota ***legge spazzacorrotti al vaglio della giurisprudenza di merito*** – commento a Corte App. in *Dir. Pen. Cont.*, 21 giugno 2019; nello stesso senso si esprimeva la ***Direttiva della P*** *applicazione ai condannati per delitti contro la p.a. dell'art. 4-bis o.p., come modificato da*

[3] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref3](#)) O. Mazza, *Procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G. P. Voena, I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 129

[4] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref4](#)) V. Manes, ***p.a.: profili di illegittimità costituzionale***, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 117.

[5] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref5](#)) Per considerazioni ***contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, OP: questioni di diritto in tema di*** Manes, *op. cit.*, p. 117.

[6] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref6](#)) V. Albert *penitenziarie*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, n. 3, p. 320; V. Manes, *op. cit.*, p. 117.

- [7] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref7](#)) Cass., sez. n.37276; Cass., sez. I, ud. 08 maggio 2018, dep. 19 giugno 2018, n. 28390.
- [8] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref8](#)) La Cort approfonditone le implicazioni – con le sentenze 504/1995, 445/1997, 137/1999, 25 penitenziari e introduzione nell'art. 4-bis di nuove fattispecie di reato.
- [9] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref9](#)) O. Mazza, *diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, in *Arch. pen. web*, maggio processuale nel tempo, in V. Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innov*
- [10] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref10](#)) Nello ste
- [11] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref11](#)) G. Trinti, *incidenza sulle garanzie dell'imputato*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 9/2017, p. 27; O. Mazza *diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, cit., p. 120.
- [12] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref12](#)) In mater Picozzi, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e* 1/2010, p. 59
- [13] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref13](#)) Vd. Cort Cost., 8 novembre 2006, n. 394; Corte Cost., 23 marzo 1988, n. 364.
- [14] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref14](#)) Vd. su u 12541, Ferraresi, con nota di G.L. Gatta, *Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis c breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in *Dir. p*
- [15] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref15](#)) G.L. Gatt *4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019; D. Pulitanò, *Tempe:* marzo 2019; L. Masera, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertempo* *pena contenute nella cd. legge Spazzacorrotti*– nota a Trib. Napoli, VII sez., 28 febbraio *Pen. Cont.*, 14 marzo 2019; O. Mazza, *La carcerazione immediata dei corrotti: una for* *legislatore*, cit.; V. Alberta, *op. cit.*; G. Trinti, *op. cit.*; M. Gambardella, *Il grande assent* *fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 1/2019, doc. 1.5; C. Cataneo, *op. cit.*
- [16] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref16](#)) Vd. orc disponibile su *Dir. pen. cont.*, con nota di L. Masera, *op. cit.*

[17] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref17](#)) Vd. ordin. legge 3/2019, sollevate dal G.I.P. del Tribunale di Como, dal Tribunale di Napoli (ord. 2 Appello di Lecce (ord. 4 aprile 2019, disponibile su ***Dir. Pen. Cont.***), dalla Corte di Appello **Pen. Web**), dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia (ord. 8 aprile 2019, disponibile su ***Di*** disponibile su **Giur. Pen. Web**) e, più recentemente, dalla Corte di Cassazione (Cass., sez. I,

[18] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref18](#)) Vd. Cass. cont. con nota di G. L. Gatta, ***Estensione del regime ostativo ex art. 4 bis ord. penit. nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva***, cit.

[19] ([applewebdata://4CCE5341-E132-48A3-9857-CBA3C8A1BA94#_ftnref19](#)) Vd. ord. 157/2019, ord. 160/2019, ord. 161/2019, ord. 193/2019, ord. 194/2019, ord. 210/2019, or