N. 146/2019 R.cam.

CORTE DI APPELLO DI PALERMO

La Corte di appello di Palermo sez. I penale composta dai signori:

1) Dott. Adriana Piras — Presidente rel. est.
2) Dott. Mario Conte — Consigliere
3) Dott. Luisa Anna Cattina — Consigliere

riunita in camera di consiglio, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 23 maggio 2019, sentite le parti, ha emesso la seguente

ORDINANZA

di rimessione alla Corte Costituzionale e di contestuale sospensione del procedimento.

Con richiesta, pervenuta in data 9 aprile 2019, il difensore di nato a Campobello di Mazara il 09.01.1961, in atto detenuto presso la Casa Circondariale di Trapani, in forza di ordine di esecuzione emesso dalla Procura Generale presso la Corte di Appello di Palermo in data 26.03.2019, chiede dichiararsi la temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione della pena per la durata di giorni trenta al fine di formulare richiesta di misura alternativa alla detenzione e, in subordine, chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* legge n. 354/75, come modificato dall'art. 1 comma 6 L. 3/2019, entrato in vigore il 31 gennaio 2019;

letti gli atti;

premesso che, con sentenza resa da questa Corte territoriale il 24.04.2018, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Marsala in data 9.02.2015, irrevocabile per il il 13.03.2019, il predetto imputato è stato condannato alla pena di anni tre, mesi quattro di reclusione per il reato di cui all'art. 319 *quater,* comma I c.p.;

ritenuto, preliminarmente, che l'istanza di sospensione dell'esecuzione così come proposta risulta ammissibile. Invero, a mente dell'art. 656 codice procedura penale, come modificato dalla legge n. 165/98, il Pubblico Ministero, fermo il dovere di emettere l'ordine di carcerazione per le pene detentive brevi, deve, contestualmente, sospenderne l'esecuzione con separato provvedimento, assegnando al condannato un termine di 30 giorni per formulare richiesta di misure alternative. Ne consegue che, ove non sia adottato il provvedimento di sospensione, non essendo prevista la facoltà di proporre al P.M. istanza di annullamento o di revoca dell'ordine di carcerazione legittimamente emesso, deve però essere consentito al condannato di rivolgere al Giudice dell'esecuzione un'istanza di declaratoria di inefficacia temporanea del provvedimento che dispone la carcerazione, e ciò in applicazione analogica dell'art. 670 Codice procedura penale (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 25538 del 10/04/2018 Cc. - dep. 06/06/2018 - Rv. 273105: *"Il giudice dell'esecuzione non può annullare l'ordine di esecuzione emesso dal pubblico ministero senza il contestuale provvedimento di sospensione per pene detentive brevi, ma deve esclusivamente dichiararlo temporaneamente inefficace per consentire al condannato di presentare, nel termine di trenta giorni, la richiesta di concessione di una misura alternativa alla detenzione";* Cass. sez. I, sent. n.

2430 del 17 giugno 1999 - ud. del 23 marzo 1999, Kola; rv 213875);

tanto premesso, in punto di fatto, risulta che nei confronti del [redacted] è stato emesso dalla Procura Generale di Palermo ordine di carcerazione n. 222/2019 SIEP in data 26 marzo 2019 in relazione alla pena di anni tre, mesi sei di reclusione inflitta al predetto per il reato di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, c.p., commesso il 9 giugno 2010, con sentenza emessa dalla Corte di Appello di Palermo il 24.04.2018, irrevocabile il 13.03.2019;

tanto precisato, l'ordine di esecuzione di cui si invoca la sospensione afferisce a pena detentiva infraquadriennale inflitta per reato previsto attualmente dall'art. 4-*bis* legge n. 354/75 come ostativo alla applicazione di misure alternative alla detenzione a seguito della modifica introdotta dall'art. 1 comma 6 L. 3/2019, entrato in vigore il 31 gennaio 2019;

al momento dell'emissione del suddetto ordine di carcerazione il [redacted] si trovava in stato di libertà;

la Difesa invoca l'adozione di un provvedimento di sospensione alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata del precetto di cui all'art. 1 comma 6 della legge 3/2019 sotto il profilo della sua possibile interpretazione quale norma sostanziale più sfavorevole, inapplicabile retroattivamente a fatti - come nel caso di specie - commessi prima della sua entrata in vigore;

in subordine, in difetto delle condizioni per simile operazione ermeneutica, denuncia l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 6 lett. b) della legge 9 gennaio 2019, n. 3, là dove ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione tra quelli "ostativi" ai sensi dell'art. 4-bis legge 26 luglio 1975, n. 354, senza prevedere un regime intertemporale e, in ogni caso, laddove, ha inserito alcuni

reati contro la pubblica amministrazione, tra i quali quello di cui all'art. 319 *quater* c.p., tra quelli ostativi ai benefici di cui all'art. 4 bis Legge 354/1975 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, comma secondo, 27, comma 3, 117 della Costituzione e 7 CEDU evidenziando che:

- avendo riguardo al combinato disposto degli artt. 656, comma 9, lett. a), cod. proc. pen. e 4-*bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, in relazione al delitto di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, cod. pen. (ormai irrevocabilmente ascritto al), inserito nel novero dei reati di cui allo stesso art. 4-*bis* in virtù della novella del 9 gennaio 2019, n. 3, non sia più possibile sospendere l'ordine di esecuzione ai fini della richiesta di misure alternative alla detenzione in stato di libertà. In assenza di una disposizione transitoria regolativa dei limiti temporali di applicazione della nuova disciplina, l'emissione dell'ordine di carcerazione è pertanto "obbligata", con una modifica peggiorativa del trattamento penitenziario. Modifica peggiorativa "a sorpresa" atteso che, al momento in cui è stato commesso il reato, il poteva ragionevolmente confidare che la sanzione sarebbe rimasta nei limiti di operatività delle misure alternative. Evidenzia, pertanto, come tale modifica in itinere delle "regole del gioco", in quanto del tutto imponderabile all'atto della commissione del reato, si ponga in evidente contrasto con l'art. 7 CEDU, come interpretato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in situazioni analoghe - rilevante ai fini dell'art. 117 Cost. -, là dove viola il principio dell'affidamento quanto alla prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie (v. per tutte Grande Camera 21 dicembre 2013, Del Rio Prada c. Spagna);

- sotto diverso aspetto, pone in luce come la novella normativa, nel modificare le modalità di esecuzione della pena - tradizionalmente ritenute avere valenza meramente processuale - abbia nondimeno inciso direttamente sul contenuto afflittivo della pena e quindi sulla stessa "natura della sanzione", di fatto tramutata da "alternativa" in "detentiva". Tenuta presente l'impostazione "sostanzialistica" ed "antiformalista" ormai affermatasi nella giurisprudenza della Corte EDU in relazione ad istituti che presentano marcati tratti di analogia con il peculiare regime esecutivo imposto per i reati di cui al citato art. 4-*bis* (richiamata nuovamente la decisione della Grande Camera del 21 dicembre 2013, Del Rio Prada c. Spagna), i mutamenti con effetti concretamente peggiorativi sul regime della sanzione inflitta, devono ritenersi avere natura, non processuale, ma sostanziale, con conseguente inapplicabilità retroattiva;
- infine, la difesa censura la costituzionalità dello stesso inserimento nel novero dei reati soggetti allo speciale regime di cui al citato art. 4-*bis* dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (in particolare, di quello di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, cod. pen. che viene in rilievo nella specie), in quanto in chiaro contrasto con la funzione rieducativa della pena.

  Ritiene la Corte di non potere accedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata del combinato disposto di cui agli artt. 656, comma 9, lett. a), cod. proc. pen. e 4-*bis* legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall'art. 1 comma 6 legge 9 gennaio 2019, n. 3.

  Invero, avuto riguardo al "diritto vivente", quale si connota alla luce del diritto positivo e della lettura giurisprudenziale fino ad

ora consolidata a seguito della decisione delle Sezioni Unite del 2006, le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, sono da considerarsi norme penali processuali e non sostanziali.

Pertanto sono soggette - in assenza di una specifica disciplina transitoria - al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 cod. pen. e dall'art. 25 Cost (Sez. U n. 24S61 del 30/05/2006, P.M. in proc. A., Rv. 233976.; Sez. 1, n. 46649 del 11/11/2009, Nazar, Rv. 245511; Sez. 1, n. 11580 del 05/02/2013, Schifato, Rv. 2SS310. Da ultimo; VI Sez. Pen.. n.535 de! 143.2019).

Tale principio trova conferma in una decisione della Corte Costituzionale, intervenuta con riferimento alle misure alternative in corso al momento dell'entrata in vigore del D.L. n. 152 del 1991, la quale, pur osservando che la tesi che afferma che il principio di irretroattività è dettato, oltre che per la pena, anche per le disposizioni che ne regolano l'esecuzione *"potrebbe meritare una seria riflessione"*, tuttavia ha chiarito che *"anche in materie non soggette al principio di irretroattività della legge, (...) la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza"*, con ciò assumendo che la norma valutata – proprio l'inserimento della ostatività – non sia soggetta al principio di irretroattività (cfr. Corte Cost. 306/93; anche Corte Cost. 376/97 ha affermato il medesimo principio rispetto all'applicazione del regime di cui

all'art. 41 bis OP ai reati commessi prima della sua entrata in vigore espressamente precisando che: "*...il principio di irretroattività non si può estendere a provvedimenti che non incidono sulla qualità e quantità della pena, ma solo sulle modalità di esecuzione della pena o della misura detentiva, nell'ambito delle regole e degli istituti che appartengono alla competenza dell'amministrazione penitenziaria*").

Il principio va ribadito in questa sede, pur non revocandosi in dubbio che, nella più recente giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, ai fini del riconoscimento delle garanzie convenzionali, i concetti di illecito penale e di "pena" abbiano assunto una connotazione *"antiformalista"* e *"sostanzialista"*, privilegiandosi alla qualificazione formale data dall'ordinamento, la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta (caso Del Rio Prada contro Spagna del 21 ottobre 2013).

Ciò posto, ritiene la Corte che vada, in linea principale, esaminata la questione, rivestente carattere assorbente, della dedotta illegittimità costituzionale dell'inclusione del delitto di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, c.p. tra quelli ostativi ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 656 comma 9 c.p.p, 4 *bis* L. 354/1975 e 1 comma 6 lett. b) legge 3/2019.

Va precisato che occorre distinguere i due piani (quello delle modifiche delle condizioni per l'accesso alle misure alternative e quello della sospensione dell'ordine di esecuzione per consentire la richiesta delle misure alternative stando fuori dal carcere), piani distinti che non devono essere confusi, in quanto, in questa sede, non possono essere fatte valere richieste o

questioni di incostituzionalità dell'art. 4-*bis* ord pen poiché il giudice dell'esecuzione non è competente in materia di applicazione dei benefici penitenziari [vedi per tutte Cass. Sez. 1, Sentenza n. 24106 del 26/05/2009: *".... la competenza all'applicazione delle misure alternative alla detenzione, in ipotesi di soggetto che fruisca della sospensione della pena, appartiene al Tribunale di Sorveglianza del luogo ove ha sede l'ufficio del P.M. preposto all'esecuzione, in forza della regola posta dall'art. 656, comma sesto, cod. proc. pen., la quale deve ritenersi speciale rispetto al principio generale di cui all'art. 677 stesso codice..."*), ma possono, di contro, essere proposte richieste o essere sollevate questioni di incostituzionalità dell'art. 656, comma 9, c.p.p., essendo pacificamente competenza del giudice di esecuzione decidere se l'ordine di esecuzione possa essere dichiarato temporaneamente inefficace per consentire il deposito dell'istanza di misura alternativa (vedi per tutte Cass. Sez I del 13.10.2008 n. 41592 ma anche Cass. Sez I 852/ 1998: *"...ove, pur essendovi tenuto il P.M. non provveda a sospendere o a far cessare l'esecuzione dell'ordine di carcerazione a seguito dell'istanza di affidamento in prova terapeutico, il richiedente può far valere eventuali doglianze mediante incidente di esecuzione, trattandosi di questione che investe il titolo esecutivo... e il G.E. resta investito di un controllo limitato alla verifica del corretto esercizio del potere attribuito al P.M."*).

Tanto puntualizzato, escluso che possa procedersi ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, non sostenibile alla luce del granitico orientamento innanzi richiamato - e che pure questa Corte fa proprio - sulla natura

processuale della norma in questione, risulta rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656, comma 9 lett. a), c.p.p. come integrato dall'art. 4 *bis* L. 26.7.1975 n. 354, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9.1.2019 n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, ed in particolare il reato di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, c.p., tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari e, nella specie, dalla possibilità di richiedere - per una pena contenuta nei quattro anni - le misure alternative alla detenzione ai sensi dell'art. 4-*bis* legge 26.7.1975 n. 354, per contrasto con gli art. 3 e 27 comma 3 Cost..

Va premesso che si ritiene sussistere in capo a questa Corte territoriale la legittimazione a proporre l'incidente di costituzionalità, essendo chiamata ad esercitare una effettiva ed attuale *potestas decidendi* proprio in relazione alla norma sospettata di incostituzionalità, emettendo all'esito un giudizio potenzialmente definitivo del procedimento.

Invero, tenuto conto della natura processuale della norma, con riferimento al reato ascritto al , la cui condanna è divenuta irrevocabile il 13 marzo 2019, ossia dopo l'entrata in vigore della novella 3/2019, è stato emesso ordine di esecuzione della pena detentiva e non è possibile disporre la sospensione dell'esecuzione ai sensi del combinato disposto dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. in base all'art. 4-*bis* ord. penit. (come novellato nel gennaio 2019).

Ne consegue che, se la denunciata norma venisse dichiarata incostituzionale, il potrebbe ottenere l'invocato

provvedimento di sospensione dell'ordine di carcerazione. Diversamente, non sarebbe ammesso a fruire di tale beneficio.
Esiste, dunque, un chiaro collegamento giuridico fra norma della cui costituzionalità si dubita e *regiudicanda* all'esame di questo Giudice, tale che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale, che avrebbe ricadute immediate e dirette sulla decisione.
Parimenti, deve ritenersi sussistere la non manifesta infondatezza della questione proposta.
Si evidenziano, invero, profili di contrasto con il principio di ragionevolezza/eguaglianza (art. 3 Cost.), in quanto la scelta legislativa di inserire il menzionato reato contro la pubblica amministrazione nel regime di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. implica l'estensione al delitto di cui all'art. 319 *quater* comma 1, c.p., di una peculiare *"presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo"*, che, tuttavia, pare prevalere *"irragionevolmente"* sull'istanza rieducativa (art. 27/3 Cost.) che l'accesso a misura extramuraria senza osservazione in carcere si impegna appunto a preservare.
In particolare, la novella, inserendo, tra gli altri, il delitto di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, c.p., come ostativo alla possibilità di accesso da liberi alle misure alternative alla detenzione, dà luogo ad un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato, senza che sussistano adeguati indicatori che possano giustificare l'eccezione.

Inoltre, tale ostatività sembra contrastare con il principio costituzionale di cui all'art. 27 comma III Cost., ossia con la finalità rieducativa della pena nella precipua prospettiva di una indebita compressione di tale principio e del principio del *"minimo sacrificio necessario"* che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale, in quanto priva di alcuna indicazione specifica che avvalori la necessità di un forzoso *"assaggio di pena"* e di una previa osservazione in carcere.

Così esposta la questione, giova ricordare che, di recente, con ordinanza del 20 novembre 2018 n. 57913, la Suprema Corte di Cassazione, accanto ad una serie di profili inerenti la stessa natura dell'art. 4 *bis* OP e le peculiarità del permesso premio (beneficio richiesto nel caso specifico), richiamando una parte della giurisprudenza costituzionale che ha falcidiato le presunzioni assolute di cui all'art. 275 co. 3 c.p.p., con particolare riferimento ai reati di concorso esterno e finalisticamente mafiosi, ha sostanzialmente evidenziato come tale decisione, insieme a quelle di segno analogo per altre tipologie di reato, ha portato alla riformulazione della norma ad opera della L. n. 47 del 2015. Gli interventi citati hanno un filo conduttore comune: l'affermazione secondo cui le presunzioni assolute devono essere giustificate – per essere conformi al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. – da peculiari profili di pericolosità (*"le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit"*: cfr. Corte Cost. 139/2010).

La Corte Costituzionale ha esplicitamente rimarcato che ciò che *"vulnera i parametri costituzionali richiamati non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che implica una indiscriminata e totale negazione di rilevanza al principio del «minore sacrificio necessario». La previsione, invece, di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria – atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio, suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso"* (vds. sentenze n. 110 del 2012, n. 331, n. 231 e n. 164 del 2011 e n. 265 del 2010).

Dunque, i Giudici delle leggi sono pervenuti a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen., come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, *"nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis cod. pen. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al*

caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Nell'apprezzamento di queste ultime risultanze, il giudice dovrà valutare gli elementi specifici del caso concreto, tra i quali l'appartenenza dell'agente ad associazioni di tipo mafioso ovvero la sua estraneità ad esse".

Indubbiamente, sussiste un ampio margine rimesso alla discrezionalità legislativa nell'identificare peculiari situazioni che suggeriscano di imporre un periodo di carcerazione in attesa che l'organo competente decida sulla misura alternativa, in ragione – appunto – della particolare pericolosità sottesa a taluni reati e posta a fondamento della ragione ostativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione.

La questione, dunque, è se tale presunzione di pericolosità sia, per l'ipotesi oggetto del presente incidente di esecuzione, irragionevole (cfr. Corte Cost. 265/2010).

In tal senso è stato reiteratamente affermato che la mera gravità astratta del reato o il particolare rango del bene giuridico – così come ragioni di particolare allarme sociale ovvero intenti general-preventivi – non possono essere di per sé indici di pericolosità valevoli a fondare la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, come a più riprese evidenziato dalla Corte costituzionale né - per quanto sopra detto circa la comunanza del presupposto - possono fondare la medesima presunzione in sede esecutiva.

Invero, la medesima *ratio* aveva ispirato il legislatore delegato della riforma dell'ordinamento penitenziario, proprio nella riformulazione (in senso riduttivo e dunque diametralmente opposto all'attuale tendenza) dell'art. 4 bis O.P..

In proposito, nella relazione illustrativa dell'elaborato della Commissione Orlando, si evidenziava come solo eliminando gli *"automatismi"* e le *"preclusioni impeditive o ritardanti l'avvio di un percorso trattamentale individualizzante in ragione del titolo di reato e delle caratteristiche personali del condannato, possono evitarsi profili di illegittimità costituzionale"*, giustificandosi eventuali deroghe solo per *"i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque (per) le condanne per i delitti di mafia e terrorismo, ai quali possono essere assimilati - quali espressioni degli altri "casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati" - anche le altre fattispecie già inserite nel primo comma, limitando gli spazi applicativi delle preclusioni, però, alle sole ipotesi associative e ai soggetti che rivestano un ruolo apicale in seno al sodalizio, fatta eccezione per alcuni delitti già annoverati nell'elencazione del comma 1, che, per loro struttura, implicano l'esistenza di profili organizzativi. Il riferimento ultimo è ai delitti di cui all'articolo 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 600 bis, comma 1, (Prostituzione minorile), 601 (Tratta di persone), 609 octies (Violenza sessuale di gruppo) del codice penale, tutti connotati, al di là dell'aspetto formale di tipo monosoggettivo, di una sostanziale conformazione plurisoggettiva, ora per il riferimento a modalità organizzative che evocano la compartecipazione di più soggetti, ora per l'apprezzamento casistico della corrispondente fenomenologia criminale"*.

La soluzione legislativa non è irragionevole solo se amplia l'orbita applicativa dell'articolo 4-*bis*, comma 1, O.P. secondo parametri di selezione oggettivi, tratti dalla disciplina esistente -

ossia da scelte di politica criminale già compiute dal legislatore - e da ragioni di ordine logico-sistematico, che puntano a riportare il meccanismo ostativo alla sua ispirazione originaria.

Invero, il rigido divieto di accesso ai benefici extramurari è stato introdotto, da un lato, per impedire che il potenziale fruitore venga riassorbito nelle organizzazioni criminali di appartenenza in caso di concessione di spazi di libertà; dall'altro, per incentivare la collaborazione con la giustizia, elemento considerato indispensabile per debellare consorterie altrimenti impenetrabili. Presupposto giustificante la netta preclusione disciplinata al comma I risiede in una presunzione di stabilità del legame criminoso, accompagnata dal forte rischio di riallacciamento dei contatti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, richiamato a più riprese dall'articolo 4-*bis* O.P. come cardine del regime derogatorio. Nelle ipotesi "di prima fascia" questo rischio deve essere di intensità tale da giustificare una presunzione superabile solo mediante una proficua collaborazione, unico indice in grado, per legge, di sancire il distacco definitivo dal sodalizio di appartenenza.

Dunque, la *ratio* del meccanismo preclusivo di cui all'art. 4-*bis* ha assolto, fin dalla sua introduzione, alla funzione di individuare puntualmente una serie di fattispecie delittuose considerate di particolare allarme sociale, per riconnettervi una disciplina del trattamento penitenziario derogatoria rispetto a quella ordinaria, sulla base dell'assunto che la lotta ad alcune gravi forme di criminalità sia efficacemente conducibile (anche) sul piano esecutivo della pena.

Se così è, solo laddove la scelta legislativa sia conforme a tale spirito la disposizione novellata può essere immune da censure di irragionevolezza.

A tal proposito va ricordato che, nel tempo, la giurisprudenza costituzionale, elaborata in sede cautelare, ha imposto al legislatore di non creare doppi binari fondati sul mero allarme sociale, bensì su *"ragioni giustificanti chiaramente riconoscibili"*.

Per contro, con l'art. 1, comma 6, lett. b) della L. 9 gennaio 2019, n. 3 – evocativamente definita "legge spazzacorrotti" – il legislatore ha sancito l'ingresso del delitto di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, c.p., e di altri delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A nel novero dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* co. 1 l. 354/1975, integrante l'art. 656 c.p.p. per effetto del quale gli autori dei delitti ivi contemplati sono esclusi dall'accesso alla quasi totalità dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione, a meno che non abbiano collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. o, in virtù delle innovazioni apportate dalla legge in commento, *"a norma dell'art. 323-bis, secondo comma, del codice penale"*.

Si tratta di una scelta che evidenzia una tendenza legislativa all'ampliamento degli automatismi preclusivi fondati su presunzioni assolute di pericolosità sociale, tendenza che, per quanto concerne la materia penitenziaria, trova il suo terreno di elezione e punto di emersione principale proprio nel regime di cui all'art. 4-*bis* O.P..

Nella Relazione introduttiva al d.d.l. n. 1189, presentato alla Camera dei deputati il 24 settembre 2018, in Atti parl. – Camera dei deputati, pp. 1-2, la scelta legislativa trova questa testuale spiegazione: *"il livello di corruzione percepita nel*

settore pubblico è molto alto [...]. Recenti studi e pubblicazioni, indagini e procedimenti penali per fatti di corruzione gravissimi e sistematici (alcuni dei quali hanno avuto anche vasta eco mediatica) mostrano come la corruzione e gli altri reati contro la pubblica amministrazione siano delitti seriali e pervasivi, che si traducono in un fenomeno endemico, il quale alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici, sia sociali. Non va sottovalutato, infatti, che la distorsione delle funzioni amministrative altera i meccanismi della competizione fra imprese e fra individui, favorendone alcune o alcuni a danno di altri, a prescindere dalle effettive qualità imprenditoriali o professionali dei soggetti coinvolti. Ne risultano danneggiate complessivamente l'economia, la crescita culturale e sociale del Paese, l'immagine della pubblica amministrazione e la fiducia stessa dei cittadini nell'azione amministrativa".

Ebbene, tale scelta legislativa con i suoi accennati caratteri estensivi del regime preclusivo previsto nell'art. 4 *bis* O.P. richiamato, per quel che rileva in questa sede, dall'art. 656 c.pp., sembra muoversi in direzione contraria rispetto ai recenti orientamenti manifestati sul punto dalla Corte costituzionale, la quale ha gradatamente eroso la severità delle preclusioni direttamente imposte dall'art. 4-*bis* o a questo indirettamente connesse.

Le censure di illegittimità costituzionale della norma hanno avuto quale principio base di riferimento la violazione del principio rieducativo della pena *ex* art. 27 co. 3 Cost.

In proposito, con la sentenza n. 306 del 1993, la Corte, pur salvando la disciplina dettata dall'art. 4-*bis* in base alla c.d.

teoria della polifunzionalità della pena, ha tuttavia sottolineato - limitatamente alla possibilità di revoca delle misure alternative concesse prima dell'entrata in vigore della regolamentazione restrittiva - l'irragionevolezza del requisito della collaborazione, definito pacificamente quale *«uno strumento di politica criminale e non [...] un indice di colpevolezza o criterio di individualizzazione del trattamento»*.

Anche nelle pronunce 504/1995 e 137/1999 in tema di permessi premio, nonché 445/1997 in materia di semilibertà, i giudici costituzionali hanno valorizzato il principio rieducativo, sul versante della progressività del trattamento, affermando che il diniego di un beneficio non può essere motivato sulla base dell'assenza di collaborazione, a fronte di un percorso rieducativo già in essere al momento di entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 4-*bis*.

Il meccanismo preclusivo previsto dall'art. 4-*bis* co. 1 è stato avallato, invece, dalla sent. 9-24 aprile 2003, n. 135 dalla Corte Costituzionale sulla base dell'asserita assenza di qualsiasi automatismo: ad avviso della Corte, infatti, *«la preclusione prevista dall'art. 4-bis comma 1 [...] dell'ordinamento penitenziario non [sarebbe] conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriv[erebbe] dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni per farlo: tale disciplina non preclude[rebbe] pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta»* (cfr. Corte Cost., sent. 9-24 aprile 2003, n. 135).

Ed ancora, con la sentenza 239/2014, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* co. 1, nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari ivi previsto la detenzione domiciliare speciale di cui all'art. 47-*quinquies*, nonché, per identità di ratio, la detenzione domiciliare contemplata all'art. 47-*ter* co. 1 lett. a e b; in maniera speculare, la sentenza 76/2017 ha censurato l'art. 47-*quinquies* co. 1-*bis*, laddove preclude alle *«madri condannate per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis»* la possibilità di espiare la frazione di pena prevista dal comma 1 presso un istituto a custodia attenuata o altro luogo di privata dimora, al fine di provvedere alla cura e assistenza dei figli minori degli anni dieci.

In entrambe le occasioni i giudici costituzionali hanno ritenuto prevalente l'interesse del minore, protetto dagli artt. 29, 30 e 31 Cost., sulla necessità di difesa sociale cui è invece preposta la disciplina preclusiva. Ciò – si badi bene – non in virtù di un'apodittica asserzione di superiorità dell'uno sull'altra, bensì proprio a causa dell'irragionevolezza della presunzione assoluta e del conseguente automatismo preclusivo, che escluderebbero a priori qualsiasi bilanciamento tra valori contrapposti.

L'orientamento così delineato è stato, poi, riconfermato nelle ultime pronunce nn. 149 e 174 del 2018, aventi a oggetto rispettivamente i meccanismi preclusivi di cui agli artt. 58-*quater* co. 4 e 21-*bis* ord. penit., entrambi connessi all'art. 4-*bis*: la Corte è pervenuta, con queste ultime sentenze, a dichiarare nuovamente l'illegittimità di due automatismi fondati sulla assoluta presunzione di pericolosità sociale di cui all'art. 4-*bis*, in quanto contrastanti con alcuni – a questo punto

preminenti – principi costituzionali. Di cruciale importanza sono, in particolare, alcuni passaggi argomentativi della sentenza 149/2018, in cui la Corte ha censurato la norma di cui all'art. 58-*quater* per violazione dell'art. 27 co. 3 Cost, mettendo in luce il ruolo cardine svolto dai benefici contemplati dall'art. 4-*bis* co. 1 nell'ottica del *«progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa»*, della quale, peraltro, *«il principio della progressività trattamentale e flessibilità della pena costituiscono diretta attuazione»*.

Ad avviso dei giudici costituzionali, la preclusione di cui all'art. 58-*quater* co. 4, in base alla quale i condannati per sequestro di persona a scopo di terrorismo, di eversione o di estorsione (artt. 289-bis e 630 cod. pen.) che abbiano cagionato la morte del sequestrato *«non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni»*, impedisce l'individualizzazione del trattamento e oblitera, di conseguenza, *«il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»*.

Dunque, deve concludersi che l'orientamento più recente esprime un'evidente tendenza della Corte a restringere le preclusioni legate ai reati ostativi.

Anche la Suprema Corte di Cassazione si è mossa nel medesimo senso.

Si intende fare riferimento alle ordinanze con le quali i Giudici del Supremo Collegio hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, rispettivamente: dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit.,

per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi di prima fascia il sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p., qualora il fatto sia stato riconosciuto di lieve entità, attesa l'irragionevolezza della presunzione di elevata pericolosità sociale in questo specifico caso; dell'art. 4-*bis* co. 1, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, che non abbia collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit., possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio; infine, dell'art. 47-*ter* co. 1-*bis* ord. penit., per contrasto con gli artt. 3 co. 1 e 27 co. 1 e 3 Cost., nella parte in cui prevede che tale disposizione non si applica ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis*.

Dunque, se la finalità rieducativa della pena assume carattere precipuo nella fase di esecuzione, indubbiamente le scelte ampliative del regime di rigore di cui all'art. 4-*bis* che il legislatore ha da ultimo compiuto con la L. 3/2019 suscitano seri dubbi di legittimità costituzionale.

In particolare, gli argomenti impiegati nella sent. 149/2018 manifestano una netta presa di posizione nel senso della prevalenza della finalità rieducativa rispetto alle altre funzioni della pena. Ne discende la censurabilità di qualsiasi meccanismo legislativo che, attraverso preclusioni assolute sostitutive di qualsiasi valutazione individualizzata della personalità e della pericolosità sociale, sacrifichi eccessivamente il principio rieducativo al fine di soddisfare esigenze punitive ulteriori che,

per quanto legittime, sono in ogni caso recessive a fronte della garanzia di cui all'art. 27 Cost..

Proprio queste argomentazioni, hanno trovato, peraltro, riscontro nella più recente giurisprudenza costituzionale, ove si è rimarcato che *"l'esito dello scrutinio di legittimità"* sulle ipotesi di disallineamenti tra la sospensione dell'ordine di esecuzione e la possibilità di fruire dell'affidamento in prova *"dipende [...] dall'adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all'esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa"* (cfr. Corte Cost., sentenza n. 41 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., riscontrando non *"un mero difetto di coordinamento"* bensì un difetto di ragionevolezza – e dunque una violazione dell'art. 3 Cost. – nel mancato adeguamento legislativo – del termine previsto per sospendere l'ordine di esecuzione della pena detentiva, in modo da renderlo corrispondente al termine di concessione dell'affidamento in prova allargato (quattro anni); mancato adeguamento operato *"senza alcuna ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato"*.

Così la citata sentenza n. 41 del 2018, sottolineando ancora – appunto con riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale – che *"[l]a natura servente dell'istituto [...] lo espone a profili di incoerenza normativa ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine di esecuzione alla*

possibilità riconosciuta al condannato di sottoporsi ad un percorso risocializzante che non includa il trattamento carcerario".

Alla stregua di tali argomenti, ritiene questa Corte che possa giungersi a rilevare un difetto di ragionevolezza nell'inclusione, rilevante – in questa sede – ai fini della non sospendibilità dell'ordine di esecuzione emesso nei confronti del Di Natale, del delitto di cui all'art. 319 *quater*, comma I, c.p., attratto ora nell'orbita dell'art. 4 *bis* ord. pen..

Nessun particolare indicatore segnala la necessità – anche nell'ipotesi qui rilevante dell'induttore di cui al comma I dell'art 319 *quater* c.p. 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".*

Di qui la possibile violazione dell'art. 3 Cost., anche nella precipua prospettiva di una indebita compressione del principio rieducativo (art. 27/3 Cost.), e del principio del *"minimo sacrificio necessario"* che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale.

La deroga ad una simile scelta, dunque, è deroga al principio rieducativo, e come tale – per essere ammissibile – deve trovare fondamento in una valutazione capace di giustificare l'eccezione alla luce della necessaria tutela di valori di pari rilievo costituzionale, appunto *"nei limiti della ragionevolezza"*.

Ora, nella scelta di ricomprendere tra i reati "ostativi" i menzionati reati contro la PA, ed in particolare l'art 319 *quater*, comma 1, c.p., non pare possibile rintracciare – tra gli interessi perseguiti dal legislatore e contrapposti all'istanza rieducativa – altre valutazioni che non siano di schietto ordine generalpreventivo e di mera "deterrenza", nulla avendo a che fare la misura – e il periodo di "osservazione" intramuraria – con peculiarità trattamentali imposte dalle connotazioni strutturali del reato in rilievo (e/o delle relative tipologie di autore), alla stregua di quanto sopra esposto.

Giova ricordare, a supportare tale argomentare, che la Corte Costituzionale, in una recente pronuncia in tema di ergastolo, ha espressamente affermato il *"principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena"*, prima fra tutte la funzione general-preventiva, posto che tale *"pur legittima"* finalità non può *"nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società"* (così la sentenza n. 149 del 2018, punto 7, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, della L. n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude dai benefici indicati dall'art. 4-*bis*, comma 1, L. cit., i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 c.p. – e per il delitto di cui all'art. 289-*bis* c.p. – che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ove non abbiano raggiunto la soglia dei ventisei anni di pena concretamente espiata; decisione che

dunque riconosce "l'inderogabilità" dell'unica finalità della pena enunciata nella Costituzione).

Ed in questa prospettiva è dunque apprezzabile il contrasto con l'art. 27/3 Cost., nel prisma della valutazione di ragionevolezza che, appunto, fonda e limita la legittimità delle relative deroghe.

La prospettata questione è rilevante nel presente giudizio, potendo il in caso di dichiarata incostituzionalità, ottenere l'immediata sospensione dell'ordine di esecuzione, aprendosi per lui il termine di trenta giorni per proporre richiesta, da libero, di misure alternative alla detenzione per l'esecuzione della pena.

Alla stregua di quanto sopra argomentato va sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 comma 9, lett. a) c.p.p., come integrato dall'art. 4 *bis* L. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6 lett. b), Legge 9 gennaio 2019 n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione ed, in particolare, l'art. 319 *quater*, comma I, cp., tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4 *bis* legge 26.7.1975 n. 354, per contrasto con gli artt. 3, 27 comma 3, Cost..

Parimenti, ma in via subordinata, la prospettazione difensiva secondo la quale l'avere il legislatore cambiato in itinere le *"carte in tavola"* senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art 117 Cost, là dove si traduce, per il nel passaggio - "a sorpresa" e dunque non prevedibile - da una sanzione "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione appare non manifestamente infondata.

Tali considerazioni, tuttavia, non possono condurre ad una *"interpretazione costituzionalmente orientata"* di una norma la cui natura rimane, come detto, squisitamente processuale e soggetta al tempo di applicazione.

Pongono, al contrario, un serio profilo di incostituzionalità per assenza di previsione di un regime intertemporale che renda espressamente applicabile la nuova regola processuale ai soli reati commessi prima dell'entrata in vigore della novella.

Tanto puntualizzato, la questione posta all'attenzione di questo Giudice dell'esecuzione può essere così esemplificata: premesso che l'art. I comma 6 lett. b) della recente legge 3/2019 - che ha inserito nell'elenco del 4 *bis* ord. pen. anche l'art. 319 *quater,* comma 1, c.p. - non prevede alcuna norma di diritto intertemporale, dev'essere verificato se il disposto di cui al comma 9, lett. a) dell'art. 656 c.p.p., nella parte modificata a seguito della novella legislativa possa trovare applicazione anche per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della predetta novella ma in cui l'esecuzione sia iniziata successivamente.

Escluso che possa procedersi ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, non sostenibile alla luce del granitico orientamento innanzi richiamato, e che pure questa Corte fa proprio, sulla natura processuale della norma in questione, risulta rilevante nel presente procedimento e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 comma 9 lett. a) come integrato dall'art. 4 *bis* della legge 26.7.1975 n. 354, come modificato dell'art. 1, comma 6, lettera b), della legge 9.1.2019 n. 3, nella parte in cui ha inserito il reato di cui all'art. 319 *quater*, comma

1, c.p., tra quelli ostativi alla concessione dì alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-*bis* legge 26.7.1975 n. 354, per contrasto con gli art. 3, 25, comma 2, e 117 Cost. in riferimento all'art. 7 CEDU, senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore.

Va premesso che si ritiene sussistere in capo a questa Corte territoriale la legittimazione a proporre l'incidente di costituzionalità, essendo chiamata ad esercitare una effettiva ed attuale *potestas decidendi* proprio in relazione alla norma sospettata di incostituzionalità, emettendo all'esito un giudizio potenzialmente definitivo del procedimento.

Invero, tenuto conto della natura processuale della norma, con riferimento al reato ascritto al la cui condanna è divenuta irrevocabile il 13 marzo 2019, ossia dopo l'entrata in vigore della novella 3/2019, è stato emesso ordine di esecuzione della pena detentiva e non è possibile disporre la sospensione dell'esecuzione ai sensi del combinato disposto dell'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. in base all'art. 4-*bis* ord. penit. (come novellato nel gennaio 2019).

Ne consegue che se la denunciata norma venisse dichiarata incostituzionale il potrebbe ottenere l'invocato provvedimento di sospensione dell'ordine di carcerazione. Diversamente, non sarebbe ammesso a fruire di tale beneficio.

Esiste dunque un chiaro collegamento giuridico fra norma della cui costituzionalità si dubita e *regiudicanda* all'esame di questo Giudice, tale che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di

legittimità costituzionale, che avrebbe ricadute immediate e dirette sulla decisione.

Sussiste, pertanto, il requisito della rilevanza stante la pregiudizialità necessaria della questione di legittimità costituzionale rispetto alla decisione, sempre subordinatamente a quella prospettata in via principale.

Parimenti, deve ritenersi sussistere la non manifesta infondatezza della questione proposta, sussistendo profili di incostituzionalità dell'art. 656, comma 9, lett. a) cod. proc. pen. in base all'art. 4-*bis* ord. penit. (come novellato nel gennaio 2019) in relazione agli artt. 3, 25, comma 2, 27 e 117 Cost. (come integrato dall'art. 7 CEDU).

Ed invero, il differente regime introdotto, senza la previsione di una norma transitoria con riguardo ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della legge 3/2019, in quanto non accessibile né prevedibile al momento di commissione del fatto, pare porsi in aperto contrasto con l'interpretazione, ormai consolidatasi presso la Corte E.D.U., con riferimento a diversi istituti implicanti, come nel caso di specie, variazioni delle modalità esecutive della pena.

In particolare, giova richiamare la sentenza resa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo in data 21 dicembre 2013, nel caso Del Rio Prada contro Spagna, con la quale – ravvisando una violazione dell'art. 7 CEDU, ai sensi del quale "*...non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*", tale principio ha applicato al caso della "*redenciòn de penas por trabajo*" (che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario), istituto abrogato del nuovo codice penale

del 1995 ma mantenuto in via transitoria per i soggetti condannati sulla base del codice previgente, ossia un istituto assimilabile alla liberazione anticipata prevista dal nostro ordinamento. In particolare, nella richiamata sentenza, si è chiaramente delineato il concetto di "pena" e la sua "portata", evidenziando che: *"il concetto di "pena" previsto all'articolo 7 § 1 della Convenzione è, come la nozione di "diritti e doveri di carattere civile" e "accusa penale" di cui all'articolo 6 § 1, un concetto della Convenzione autonomo. Per rendere effettiva la protezione offerta dall'articolo 7, la Corte deve rimanere libera di andare oltre le apparenze e valutare da sola se una particolare misura equivale in sostanza a una "pena" ai sensi di questa disposizione (si vedano Welch contro Regno Unito: sentenza del 9 febbraio 1995, Serie A n. 307-A e Jamil c. Francia, 8 giugno 1995, § 35, Serie A n. 317-B)".*

Nel ribadire che *"il punto di partenza di ogni valutazione dell'esistenza di una pena è se la misura in questione è inflitta a seguito di condanna per un "reato""*, si è precisato che: *"Altri fattori che possono essere presi in considerazione in quanto rilevanti a tale riguardo sono la natura e il fine della misura; la sua caratterizzazione in base al diritto interno; le procedure relative all'emanazione e all'attuazione della misura; e la sua gravità (si vedano Welch, sopra citata, § 28; Jamil, sopra citata)".*

Inoltre, si è puntualizzato che *"Sia la Commissione sia la Corte hanno delineato nella loro giurisprudenza una distinzione tra una misura che costituisce in sostanza una "pena" e una misura che riguarda "l'esecuzione" o "l'applicazione" della "pena". Conseguentemente, se la natura e il fine della misura riguarda*

la detrazione di pena o una modifica del regime di liberazione anticipata, essa non fa parte della pena ai sensi dell'articolo 7 (si vedano, tra altri precedenti, Hogben, sopra citata; Hosein, sopra citata; L. G. R. c. Svezia, n. 27032/95, decisione della Commissione del 15 gennaio 1997; Grava, sopra citata, § 51; Uttley, sopra citata; Kafkaris, sopra citata; § 142; Monne c. Francia, (dec.), n. 39420/06, 1° aprile 2008; M. c. Germania, sopra citata, § 121; e Giza c. Polonia, (dec.), n. 1997/11, § 31, 23 ottobre 2012). Nella causa Uttley, per esempio, la Corte ha ritenuto che le modifiche apportate alle norme sulla liberazione anticipata successivamente alla condanna del ricorrente non gli fossero state "inflitte" ma che facessero parte del regime generale applicabile ai detenuti, e lungi dall'essere punitivi, la natura e il fine della "misura" erano di consentire la liberazione anticipata, pertanto non potevano essere considerati intrinsecamente "severe". La Corte ha conseguentemente ritenuto che l'applicazione al ricorrente del nuovo regime di liberazione anticipata non facesse parte della "pena" che gli era stata inflitta".

"Nella causa Kafkaris, in cui delle modifiche della legislazione penitenziaria avevano privato dei detenuti che espiavano la pena dell'ergastolo – compreso il ricorrente – del diritto alle detrazioni di pena, la Corte riteneva che le modifiche riguardavano l'esecuzione della pena e non la pena inflitta al ricorrente, che rimaneva quella dell'ergastolo. Essa spiegava che benché le modifiche della legislazione penitenziaria e delle condizioni di liberazione potevano aver reso più dura la reclusione del ricorrente, non si poteva interpretare che tali modifiche infliggessero una "pena" più pesante di quella inflitta

dal tribunale del merito. Essa ribadiva a tale riguardo che le questioni relative alle politiche di liberazione, alla loro modalità di attuazione e al ragionamento che è alla loro base rientrano nei poteri degli Stati parti della Convenzione di determinare la propria politica penale (si vedano Achour, sopra citata, § 44, e Kafkaris, sopra citata, § 151).

Ma la medesima Corte ha tuttavia riconosciuto anche che in pratica la distinzione tra una misura che costituisce una "pena" e una misura che riguarda "l'esecuzione" e "l'applicazione" della "pena" può non essere sempre chiara (si vedano Kafkaris, sopra citata, § 142; Gurguchiani, sopra citata, § 31; e M. c. Germania, sopra citata, § 121).

Per di più chiaramente da detta sentenza si ricava che "il termine "inflitta" utilizzato nella sua seconda frase non può essere interpretato nel senso di escludere dal campo di applicazione dell'articolo 7 § 1 tutte le misure introdotte successivamente alla pronuncia della condanna. Essa ribadisce a tale riguardo che è estremamente importante che la Convenzione sia interpretata e applicata in modo da rendere i suoi diritti pratici ed effettivi, non teorici e illusori (si vedano Hirsi Jamaa e Altri c. Italia [GC], n. 27765/09, § 175, CEDU 2012, e Scoppola (n. 2), sopra citata, § 104)".

Pertanto, si è così statuito: *"Alla luce di quanto sopra, la Corte non esclude la possibilità che le misure adottate dal legislatore, dalle autorità amministrative o dai tribunali successivamente all'inflizione della pena definitiva, o nel corso dell'espiazione della pena, possano comportare la ridefinizione o la modifica della portata della pena inflitta dal tribunale del merito. Quando ciò accade, la Corte ritiene che le misure interessate dovrebbero*

rientrare nell'ambito del divieto di applicazione retroattiva delle pene previsto dall'articolo 7 § 1 in fine della Convenzione. Diversamente, gli Stati sarebbero liberi – per esempio modificando la legislazione o reinterpretando i regolamenti stabiliti – di adottare delle misure che ridefinivano retroattivamente la portata della pena inflitta, a svantaggio della persona condannata, quando quest'ultima non avrebbe potuto immaginare tale sviluppo al momento in cui è stato commesso il reato o è stata inflitta la pena. In tali condizioni l'articolo 7 § 1 sarebbe privo di qualsiasi effetto utile per le persone condannate a pene delle quali è stata modificata la portata ex post facto a loro svantaggio. La Corte sottolinea che tali modifiche devono essere distinte dalle modifiche apportate alla modalità di esecuzione della pena, che non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 7 § 1 in fine".

"Per determinare se una misura adottata nel corso dell'esecuzione di una pena riguarda solo la modalità di esecuzione della pena o, al contrario, incide sulla sua portata, la Corte deve esaminare in ciascun caso che cosa comportava effettivamente la "pena" inflitta in base al diritto interno in vigore al momento pertinente, o in altre parole, quale era la sua natura intrinseca. Nel fare ciò essa deve considerare il diritto interno nel suo complesso e la modalità con cui esso era applicato al momento pertinente (si veda Kafkaris, sopra citata, § 145)".

A supportare il dato di *"non manifesta infondatezza"* della questione in esame, soccorre la recente pronuncia della Suprema Corte Sez. VI Penale n. 12541 del 14 marzo 2019, nella quale, pur precisandosi che la questione non atteneva alla

sentenza di applicazione della pena oggetto del ricorso in Cassazione, tuttavia i giudici del Supremo Collegio hanno evidenziato che: *"...l'omessa previsione 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."*.

Ed invero, appare fonte di ingiustificata disparità di trattamento ex art. 3 Costituzione la novella del 2019 che pone sullo stesso piano, sotto il profilo della 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 9.1.2019 n. 3, pubblicata sulla G.U. del 16.01.2019 n.13.

Ancora, la norma presenta, nella parte in cui non ha previsto una disposizione di diritto intertemporale, profili di non manifesta infondatezza di illegittimità costituzionale per contrasto con il disposto del comma 2 dell'art. 25 Costituzione, per i suoi indubbi riflessi sostanziali in punto di esecuzione della pena in concreto, così come intesa nella più recente giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, in quanto frutto di un cambiamento delle regole successivo alla data del commesso reato.

Infine, appare contrastante con l'art. 117 perché l'avere il legislatore cambiato *in itinere* le regole sull'esecuzione della pena per taluni reati senza prevedere alcuna norma transitoria presenta tratti di non conformità con l'art. 7 CEDU e. quindi,

con l'art. 117 Costituzione, laddove si traduce, per il nel passaggio a sorpresa e non prevedibile, al momento della commissione del reato, alla sanzione con necessaria incarcerazione.

La prospettata questione è rilevante nel presente giudizio, potendo di in caso di dichiarata incostituzionalità, ottenere l'immediata sospensione dell'ordine di esecuzione, aprendosi per lui il termine di trenta giorni per proporre richiesta, da libero, di misure alternative alta detenzione per l'esecuzione della pena.

Alla stregua di quanto sopra argomentato va sollevata, in subordine rispetto a quella principale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 comma 9, lett. a) c.p., come integrato dall'art. 4 *bis* L. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6 lett. b), Legge 9 gennaio 2019 n. 3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione ed, in particolare, l'art. 319 *quater*, comma 1, c.p., tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4 *bis* legge 26.7.1975 n. 354, per contrasto con gli artt. 3, 25 comma 2, e 117 Cost. come integrato dall'art. 7 C.E.D.U., senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma di cui all'art. 1 comma 6 lett. b) legge 9.1.2019 n. 3 ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore.

Consegue la sospensione del presente processo e l'ordine di trasmettere gli atti immediatamente alla Corte Costituzionale nonché di notificare la presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicarla ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

P.Q.M.

Visto l'art. 23 Legge 11 marzo 1953 n. 87;

La Corte, pronunciando quale Giudice dell'esecuzione, solleva, in via principale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p., come integrato dall'art. 4 bis L. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6 lett. b), Legge 9 gennaio 2019 n. 3, nella parte in cui ha inserito il reato di cui all'art. 319 *quater*, comma 1 c.p., tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4 bis, comma 1, legge 26.7.1975 n. 354 della possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione, per contrasto con gli artt. 3, 27 comma 3, Cost..

Solleva, altresì, in via subordinata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 comma 9 lett. a), c.p.p., come integrato dall'art. 4 bis L. 354/1975, a sua volta modificato dall'art. 1, comma 6 lett. b), Legge 9 gennaio 2019 n. 3, nella parte in cui ha inserito il reato di cui all'art. 319 *quater*, comma 1, c.p., tra quelli ostativi alla concessione del beneficio penitenziario di cui all'art. 4 bis, comma 1, legge 26.7.1975 n. 354 della possibilità di accesso alle misure alternative alla detenzione, per contrasto con gli artt. 3, 25 comma 2, e 117 Cost. in relazione all'art. 7 C.E.D.U., senza prevedere un regime transitorio che dichiari applicabile la norma di cui all'art. 1 comma 6 lett. b) legge 9.1.2019 n. 3 ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore.

Consegue la sospensione del presente processo.

Ordina, a cura della Cancelleria, l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale nonché la notifica della presente

ordinanza alle parti, al Presidente del Consiglio dei Ministri e la comunicazione della stessa ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso in Palermo il 23.05.2019

Il Presidente est.

Adriana Piras

CORTE DI APPELLO DI PALERMO
Depositato in Cancelleria
Il 29 MAG. 2019
Il cancelliere
Dott. Zingali Sergio