

CAMERA PENALE DI NAPOLI
INCONTRO
“LE MODIFICHE ALL’ART. 4-BIS O.P.
IL NUOVO REGIME PENITENZIARIO
DELLE FATTISPECIE CORRUTTIVE E DEL PECULATO
NAPOLI, 25 MARZO 2019”

IL NUOVO ART. 4 BIS O.P.
PROFILI PROCEDURALI E RILIEVI COSTITUZIONALI
studio elaborato dall'avv. Gaetano Balice

L'art. 6 della Legge 9 gennaio 2019 n. 3 , ha modificato l'art. 4 bis della Legge 26 luglio 1975 n. 354 “ *Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*” con decorrenza dal 31 gennaio 2019.

La nuova disposizione ha inserito i *delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis* tra quelli cd. ostativi “prima fascia” ovvero quelli per i quali non può essere concesso alcun beneficio carcerario, ad eccezione della liberazione anticipata, a meno che il detenuto non collabori con l'Autorità Giudiziaria a norma dell'art. 323 bis c.p. (Circostanze Attenuanti).

La norma va coordinata con il comma IX comma dell'art.656 c.p.p.”Esecuzione delle pene detentive”, che così recita: “*La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta:*

a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423-bis, 572,

secondo comma, 612-bis, terzo comma, [624-bis del codice penale](#), fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al [decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309](#), e successive modificazioni;

La legge 3/2019 non prevede regimi transitori o norme intertemporali, pertanto, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale - che attribuisce valore procedurale alle norme che regolano le modalità di esecuzione delle pena - la norma è immediatamente esecutiva in ossequio al principio *tempus regit actum*.

Ad oggi, quindi, è applicabile a tutte le esecuzioni di pena, *anche quelle in corso*, indipendentemente se relative a reati commessi prima della entrata in vigore della legge e definite con sentenze anch'esse passate in giudicato prima della entrata della legge e, in ultimo, anche se riguardanti pene inferiori o uguali ad anni quattro: Cass., Sez.1 penale, Sentenza 23 agosto 1994, n. 1335” *La nuova formulazione dell'[art. 4 bis della legge 26 luglio 1975 n. 354](#) (cosiddetto ordinamento penitenziario) introdotta dall'[art. 15 D.L. 8 giugno 1992 n. 306](#), convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992 n. 356, esclude in modo tassativo la concedibilità di alcuni benefici penitenziari (nella specie ammissione al regime di semilibertà), se non nell'ipotesi di collaborazione con la giustizia, secondo la nozione somministrata dall'[art. 58 ter ordinamento penitenziario](#), **a nulla rilevando la circostanza che il reato, per cui è stata inflitta la pena in relazione alla quale viene chiesta la misura alternativa, sia stato commesso antecedentemente all'entrata in vigore della norma che per prima ha introdotto restrizioni alla concessione dei citati benefici penitenziari** ([art. 1 D.L. 13 maggio 1991 n. 152](#), convertito in [legge 12 luglio 1991 n. 203](#)). Ed invero, il rinvio, contenuto nell'[art. 4 D.L. 13 maggio 1991 n. 152](#),*

all'art. 4 bis ordinamento penitenziario introdotto con l'art. 1 del medesimo provvedimento legislativo deve intendersi correttamente riferito alla formulazione piu` restrittiva attualmente in vigore della norma, anziche` a quella vigente al momento di entrata in vigore della norma di rinvio. (V. Corte Cost. 8 luglio 1993 n. 306 e 17 febbraio 1994 n. 39)

Seguendo lo spirito della norma come interpretato, chi oggi si trovasse detenuto in seguito a condanna per reati contro la pubblica amministrazione non potrebbe beneficiare della misure alternative alla detenzione comprese quelle legate all'età o a particolari condizioni di salute, dei permessi premio, delle licenze e della semi libertà. A meno che, come vedremo, il suo grado di rieducazione non sia stato già valutato positivamente.

Chi, invece, si trovi in stato di libertà in attesa di esecuzione dovrebbe essere condotto direttamente in carcere anche se la pena da scontare è inferiore ad anni quattro.

La maggior parte degli osservatori hanno rilevato come la norma produca un effettivo aggravamento della pena rispetto al regime precedente se non la modifica della sua natura che si trasforma radicalmente da un regime prevalentemente rieducativo ad uno prevalentemente sanzionatorio.

In particolare , la differenza è abissale tra il regime della sospensione della pena e dell'affidamento al servizio sociale per le condanne fino a quattro anni e la alla immediata traduzione in carcere per scontare la intera pena!

Da ciò deriverebbe l'evidente divieto di retroattività della norma ex art. 2 c.p. comma IV e quindi la possibilità di applicarla solo per i reati commessi dopo il 31 gennaio 2019.

Genesi della norma e gli interventi della Corte Costituzionale

L'art. 4 bis fu utilizzato da Legislatore per “stringere” le maglie delle carceri che si ritenevano troppo permeabili alle logiche criminali con il D.L. 152/1991 convertito nella legge n. 203/91: “*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*”.

Da considerare che l'art. 4 della stessa legge regolava il regime transitorio stabilendone la irretroattività ; le nuove disposizioni si applicavano *esclusivamente ai condannati per i delitti commessi dopo la entrata in vigore delle legge*.

In verità, la portata procedurale di tale disposizione fu ridimensionata dall'art. 15 Decreto Legge 8 giugno 1992 n. 306 che imponeva agli internati o detenuti per i reati ostativi la revoca dei benefici concessi antecedentemente alla entrata in vigore della legge: “ **Nei confronti delle persone detenute o internate** per taluno dei delitti indicati nel primo periodo del comma 1 che fruiscono, alla data di entrata in vigore del presente decreto, delle misure alternative alla detenzione o

di permessi premio, o siano assegnate al lavoro all'esterno,.... In tal caso accertata l'insussistenza della suddetta condizione **il tribunale di sorveglianza dispone la revoca della misura alternativa** alla detenzione o del permesso premio. Analogo provvedimento è adottato dalla competente autorità in riferimento all'assegnazione al lavoro all'esterno.”

Una disposizione che ne sanciva la retroattività in peius e che, per quello che qui interessa, resisté alle eccezioni di incostituzionalità legate alla successione nel tempo delle leggi penali salva la parte in cui non prevedeva che il Tribunale di Sorveglianza dovesse disporre la revoca del beneficio per la mancanza del requisito positivo della collaborazione ex art. 58 ter O.P. (espressamente previsto per legge) purché si accertasse la sussistenza della attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e non risultasse già positivamente valutato il grado di rieducazione del detenuto.

Si veda la sentenza Cost. 504/95 nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti di condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 dello stesso art. 4-bis, ..quando essi abbiano fruito in precedenza di permessi premio e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata,...una non ragionevole interruzione di un programma rieducativo, con la conseguente violazione dei principi costituzionali che regolano l'esecuzione delle pene detentive.

Ancora:

Corte Cost. Sentenza 16 marzo 2007, n. 79 Massima Ordine penitenziario - Benefici penitenziari - Restrizioni introdotte dalla legge n. 251 del 2005 - Divieto di concessione dei benefici ai condannati per evasione e ai recidivi reiterati - Possibilità di concessione, sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della novella, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato - Mancata previsione - Violazione della finalità rieducativa della pena - Illegittimità costituzionale 'in parte qua'. Codice RV: 31093

Sono costituzionalmente illegittimi, per contrasto con l'art. 7, i commi 1 e 7-bis dell'art. 58- quater della legge 26 luglio 1975, n. 375, introdotto dall'art. [7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005, n. 251](#), nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari in essi indicati possano essere concessi, **sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della legge suddetta, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti**. Infatti, nell'ipotesi di una sopravveniente normativa che escluda dal beneficio una categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva maturato le condizioni per godere del beneficio **rappresenta una brusca interruzione dell' iter rieducativo, alla quale non corrisponde un comportamento colpevole del condannato, con la conseguenza che l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo**, al di fuori di una concreta ponderazione dei valori coinvolti. - Sulle interruzioni del percorso riabilitativo determinate da sopravvenuta normativa che escluda dal beneficio determinate categorie di soggetti, v., citate, sentenze n. 257/2006, n. 137/1999 e n. 445/1997.

Corte Cost. Sentenza 4 luglio 2006, n. 257 Massima Ordine penitenziario - Concessione dei permessi premio ai recidivi reiterati - Modifiche normative comportanti un innalzamento della soglia della pena espiata per l'accesso al beneficio - Applicabilità anche ai condannati che abbiano maturato, prima dell'entrata in vigore della novella, i requisiti fissati dalla disciplina originaria - Violazione del principio della funzione rieducativa della pena - Illegittimità costituzionale 'in parte qua' - Assorbimento di un ulteriore profilo

E' costituzionalmente illegittimo l'[art. 30](#) quater della legge 26/7/1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), introdotto dall'[art. 7](#) della legge 5/12/2005, n. 251, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso **sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della [legge n. 251 del 2005](#) abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto**. E' applicabile il principio secondo cui allorché la condotta penitenziaria di un condannato abbia consentito di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato ad un certo beneficio, **la innovazione legislativa** che ne vieti la concessione, operando come un meccanismo di carattere ablativo, non fondato sulla condotta colpevole del condannato, e precludendo l'accesso a determinati benefici a chi, al momento dell'entrata in vigore di una legge restrittiva, già aveva realizzato tutte le condizioni per potere usufruire di essi, **si pone in contrasto con**

l'art. 27, terzo comma, Cost. in quanto ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena. Infatti, negarne la concedibilità in assenza di una regressione comportamentale del condannato - tenuto conto della loro funzione "pedagogico-propulsiva", caratterizzata da una "progressione nella premialità" destinata ad interrompersi per "gravi comportamenti" indice della immeritevolezza del beneficio - contrasta con la stessa logica di progressività che muove l'intero programma trattamentale.

Corte Cost. Sentenza 8 luglio 1993, n. 306 Massima Sent. 306/93 a. legge ed atti equiparati - Successione di leggi nel tempo - Abrogazione con legge successiva di un diritto già' attribuito da legge anteriore - Sindacabilità, sotto il profilo della ragionevolezza, da parte della corte costituzionale – Fattispecie. Codice RV: 19728

“Come più' volte affermato, anche in materie diverse da quella penale e quindi non soggette al principio di irretroattività' della legge, **la vanificazione con una legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente, non può' sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza.** (Principio affermato con riferimento alla questione di legittimità' costituzionale dell'art. 15, secondo comma, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui prevede la revoca dei benefici penitenziari nei riguardi dei condannati per gravi reati che non si trovano nelle condizioni di cui all'art. 58-ter, l. 26 luglio 1975, n. 354 (collaborazione con la giustizia)”

Anche la legge n. 279/2002 in materia di diritto penitenziario ha inserito e ulteriori reati tra quelli ostativi (600,601,602 c.p.) , all'art. 4 disponeva la irretroattività della norma e quindi la applicabilità solo per i reati commessi successivamente alla entrata in vigore.

Diverso è il caso della legge 6 febbraio 2006 n. 38 che ha inserito i reati di pedopornografia tra quelli ostativi e la legge 23 febbraio 2009 n. 11 che ha inserito alcuni reati di natura sessuale tra quelli ostativi.

Ebbene, queste due ultime leggi non hanno previsto alcun regime transitorio secondo il principio della irretroattività ed hanno resistito, sino ad oggi, alle relative eccezioni di incostituzionalità in tema di violazione degli artt. 25 Cost e 2 c.p..

Recentemente, sono stati proposti incidenti di esecuzione avverso provvedimenti di esecuzione di ordini di carcerazione emessi in seguito alla entrata in vigore della legge.

Ebbene, nel Tribunale di Napoli, vi sono stati più provvedimenti che hanno dichiarato, alla luce di consolidata giurisprudenza tra cui la sentenza n. 24381/2010, di cui in seguito, la illegittimità del provvedimento di revoca dell'ordine di sospensione e contestuale ordine di carcerazione emesso dalla Procura della Repubblica in ossequio del principio *tempus regit actum*.

L'ordine di sospensione, notificato alla parte, emesso sotto la previgente normativa era ed è perfettamente valido e non revocabile. E' stata quindi disposta la rimessione in libertà del condannato in attesa della decisione del Tribunale di Sorveglianza.

Il G.I.P. di Como, sempre in sede di esecuzione, è andato oltre, riconoscendo che la legge produce un effettivo aggravamento delle conseguenze del reato e quindi, alla luce dell'art. 25 Cost., 117 Cost. e 7 CEDU, applicabile solo ex art. 2 c.p. e quindi solo

per i reati commessi successivamente alla entrata in vigore della legge stessa.

In tutti i casi si trattava di pene inferiori ad anni quattro.

La giurisprudenza che si attaglia maggiormente ai casi in esame, è quella richiamata nella sentenza n. 24831 del 1 luglio 2010 che ha affrontato il caso della revoca dell'ordine di sospensione e della giurisdizione del Tribunale di Sorveglianza allorquando , **dopo la commissione del fatto e dopo il passaggio in giudicato** della sentenza, intervenga una legge (n.38/2006) che, **senza alcun regime transitorio**, inserisca tra i reati ostativi il reato per cui era stata emessa la condanna e pertanto era stata dichiarata inammissibile la domanda di affidamento in prova tempestivamente promossa in seguito alla notifica della sospensione dell'ordine di carcerazione in data antecedente alla entrata in vigore della norma.

Un caso che si è riproposto e che si può riproporre con la novella n. 3 /2019.

Ebbene, la Corte ha così statuito censurando il Tribunale di Sorveglianza che aveva deciso secondo il principio *tempus regit actum* :” *La regola tempus regit actum altro non esprime se non, sinteticamente, il normale modo d'operare della irretroattività' della legge processuale, enunciato dall'articolo 11 preleggi (Regio Decreto n. 22 del 1942). Il principio vuole dire "che la validità' degli atti e' e rimane regolata dalla legge vigente al momento della loro formazione e perciò, lungi dall'escludere, postula al contrario che a tale legge gli*

operatori giuridici debbano fare riferimento quando siano da valutare atti anteriormente compiuti" (C. cost. n. 49 del 1970) ovvero, come chiosa autorevole Dottrina, che "se un atto nasce valido le posteriori non lo invalidano ne', quando sia invalido, lo convalidano" (vedi nello stesso senso Sez. U. 25.2.1998, Gerina, al punto 3 del diritto, non oggetto di massimazione; nonché, con riguardo al regime delle impugnazioni, S.U. n. 27614 del 29.3.2007, Lista)."

Proprio la regola evocata doveva quindi condurre nella situazione in esame a risultati opposti a quelli del provvedimento impugnato.

L'atto correttamente emanato secondo la legge vigente al momento della sua adozione non era revocabile in base a legge successiva, che di esso poteva regolare soltanto gli effetti non esauriti. E non poteva considerarsi effetto non esaurito la ritualità formale dell'istanza avanzata dal condannato ai sensi dell'articolo 656 c.p.p., comma 5 che era da proporsi a pena di decadenza nel termine di trenta giorni dalla comunicazione dell'ordine di esecuzione sospeso, che interamente ricadeva sotto la vigenza della legge anteriore.

L'affermazione che a causa della illegittimità sopravvenuta dell'ordine di sospensione l'istanza di misure alternative era inammissibile perché proposta da soggetto libero, e' dunque errata sia perché il provvedimento del P.m. non poteva ritenersi affetto da illegittimità sopravvenuta sia perché al momento dell'istanza il richiedente, libero, era legittimato a proporla dall'articolo 656 c.p.p., comma 5.

La contraria opinione del Tribunale, lungi dal dare attuazione all'articolo 11 preleggi, ha invece conferito alla nuova legge processuale valore irrimediabilmente retroattivo, arbitrariamente considerandola capace di travolgere effetti già prodotti prima dell'entrata in vigore della medesima legge. Con evidente violazione di elementari valori di affidamento e certezza che devono regolare i rapporti giuridici anche in caso di mutamenti normativa. Neppure può dirsi che, in ogni caso, la domanda di misure alternative avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile "nel merito" alla luce della nuova formulazione della Legge n. 354 del 1975, articolo 4-bis.

In materia il principio oramai consolidato e' che eventuali novelle che introducano restrizioni alla concessione delle misure alternative alla detenzione carceraria o, in genere, dei benefici penitenziari - i quali hanno denominatore comune nella constatazione che il condannato meriti il trattamento premiale e che questo non crei pericolo di recidiva - non possono trovare applicazione nei confronti di coloro che, prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, avevano già raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti (C. cost. sentenze n. 445 del 1997 e n. 137 del 1999, nonché da ultimo sentenze n. 257 del 2006, n. 79 del 2007)"

Alla luce di questi autorevoli precedenti si può affermare che la

sospensione dell'ordine di carcerazione regolarmente notificata non è revocabile anche se la legge intervenuta successivamente ne vieti la emissione.

La domanda per essere ammessi alle misure alternative ritualmente proposta non può essere dichiarata inammissibile se, come nel caso che occupa, il reato è stato dichiarato ostativo con novella legislativa introdotta dopo la presentazione della domanda e il fatto reato è antecedente alla novella .

Il Tribunale di Sorveglianza è tenuto a valutare se il condannato meriti il trattamento premiale in considerazione della condotta tenuta successivamente alla condanna, specialmente se oggetto di precedente valutazione positiva sul grado di reinserimento sociale.

Ne dovrebbe derivare che, nel caso in cui la Procura della Repubblica emetta oggi un ordine di carcerazione per un reato contro la pubblica amministrazione definito antecedentemente al 31 gennaio 2019 per una pena da scontare inferiore a quattro anni, la domanda di affidamento in prova al Tribunale di Sorveglianza andrà comunque presentata e il Tribunale non potrà trincerarsi dietro la inammissibilità ex lege 3/2019 ma dovrà valutare se il condannato aveva raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti già prima della entrata in vigore della nuova legge. (art. 47 , comma III, III bis, O.P.)

Profili di costituzionalità interna e convenzionale

E' evidente che la normativa in esame produce un significativo aggravamento delle conseguenze del reato specialmente riguardo le condanne inferiori o uguali ad anni quattro.

La pena cambia completamente prospettiva incentrandosi principalmente sulla fase punitiva e monitoria a scapito di quella rieducativa che si poteva ottenere secondo il regime previgente, senza il passaggio obbligato in carcere, ottenendo il beneficio dell'affidamento al servizio sociale.

Del pari, significativamente incidenti sulla libertà personale risultano anche i divieti di accesso agli altri benefici carcerari quali i permessi e la semilibertà che riguardano anche i condannati a pene superiori ad anni quattro.

Ulteriori profili di incostituzionalità sembrano emergere marcatamente nel caso di accordo sulla pena.

I patteggiamenti a pene comprese tra i due e quattro anni conclusi con la certezza di evitare il carcere ed espiare la pena in regime di affidamento in prova risultano clamorosamente disattesi dallo Stato a danno di chi, peraltro, si è comportato lealmente nel processo optando per il rito alternativo premiale.

Ciò sembra violare palesemente il principio dell'affidamento nella

certezza del diritto.

Occorre , prima di tutto confrontarsi con la giurisprudenza interna che è conforme dagli anni 90 ad oggi: “”*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 considerate norme penali processuali e non sostanziali e, pertanto, ritenute 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'articolo 2 c.p. e dall'articolo 25 Cost. (Sez. U, n. 24561 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, Schirato, Rv. 255310) “(Cass. Pen., VI sez. n. 12541 del 20 marzo 2019).*

Ancora:” D'altronde, se si vuole tenere fermo il principio che le nuove e diverse valutazioni, di ordine generale e preventivo, operate dal legislatore in relazione alle condizioni d'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari **non comportano una modificazione della pena, ovverosia una modificazione peggiorativa degli elementi costitutivi dei vari istituti che ne regolano afflittività' e durata, e sono perciò estranee alla sfera d'applicazione dell'articolo 25 Cost. e dell'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (cfr. sentenza 12.2.2008, Kafkaris c. Cipro, caso n. 21906/04; sentenza 17.12.2009, M. c. Germania, caso n. 19359/04),** deve riconoscere che le disposizioni che dette condizioni o presupposti d'accesso modificano, introducono in realtà' soltanto criteri legali di valutazione della pericolosità' espressa dai delitti in espiazione e/o dei comportamenti successivamente tenuti dal condannato, che devono necessariamente concorrere ai fini di accertare il suo "ravvedimento": questo essendo l'unico criterio sostanziale imposto dall'articolo 27 Cost. (C. cost. sentenza n. 273 del 2001),” (Cass. 24831/2010).

Le questioni di diritto costituzionale interno andranno poste confidando in un virtuoso ripensamento ma la strada più percorribile e con maggiori chances di accoglimento sembra quella del ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo i cui principi ,sanciti nella Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo (ratificata dall'Italia con Legge 4 agosto 1955 n. 848) sono diritto vivente nel nostro ordinamento ex art. 117 Cost., I comma, :” *La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*” .

Ricorso che pretende che siano esperiti prima i gradi di giudizio previsti dall'ordinamento interno. Non potendosi procedere, come nel caso della Corte di Giustizia Europea, alla disapplicazione ovvero all'interpello pendente causa.

L'eccezione di incostituzionalità

Prima ancora di formulare una ipotesi di eccezione di costituzionalità, è il caso di domandarsi in quale sede va avanzata.

Non esistono preclusioni sulla sede giurisdizionale, di rilevare che mentre il G.I.P. di Como – che ha sancito, in sede di esecuzione, la irretroattività della norma – ha ritenuto che la sede dell'incidente di esecuzione non fosse quella deputata a sollevare incidente di costituzionalità, la Cassazione, con sentenza n. 12541

del 20 marzo 2019, ha detto il contrario individuando proprio nella sede esecutiva quella dove avanzare l'eccezione.

Si può affermare quindi, che l'eccezione di incostituzionalità può sicuramente essere posta in sede esecutiva come innanzi al Tribunale di Sorveglianza. In caso di rigetto andrà proposto ricorso per Cassazione e quindi ricorso alla CEDU.

La eccezione dovrebbe essere formulata nel seguente modo:

Incostituzionalità dell'art. 6 legge 9 gennaio 2019 n. 3 per violazione degli artt. 117 Cost., 7 CEDU, 25 Cost., 24 Cost. 2 c.p., comma IV, nella parte in cui disponendo l'inserimento tra i reati ostativi alla concessione dei benefici carcerari di cui all'art. 4 bis L.354/1975 i *delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis* non prevede che le nuove disposizioni si applichino esclusivamente ai condannati per quei delitti commessi dopo la entrata in vigore della legge in ossequio al principio della irretroattività della norma meno favorevole.

La eccezione, ovviamente, va declinata sul caso concreto. Quindi , in caso di condannato a pena inferiore uguale a quattro anni si potrà inserire il dato specifico della legge antecedente più favorevole.

Occorrerà, inserire anche i profili delle scelte difensive non

comprimibili a posteriori. La scelta di un rito piuttosto che un altro è stata sicuramente condizionata dal probabile esito del processo e non può soffrire le conseguenze di un successivo, repentino ed imprevedibile intervento legislativo

Ed ancora, in caso di pena patteggiata inferiore uguale a quattro anni, occorrerà ribadire la violazione del principio dell'affidamento nella certezza del diritto contemplato sempre dall'art. 25 Cost.

Si ricorda che l'art. 7 CEDU “Nessuna pena senza legge” (Legge 4 agosto 1955 n. 848) che così dispone:

“1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituissero reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale.

Non può del pari essere inflitta alcuna pena più grave di quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

Il presente articolo non ostacolerà il rinvio a giudizio e la condanna di una persona colpevole d'una azione o d'una omissione che, al momento in cui fu commessa, era criminale secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.”

La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato, in maniera consolidata, che per valutare la conformità delle leggi alla Convenzione occorre superare alcuni formalismi propri delle procedure e della norme penali ed incentrare l'analisi sul significato sostanziale delle norme onde comprenderne a

pieno gli effetti:” D'altra parte, non e' revocabile in dubbio che, nella piu' 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 (all'"etichetta" assegnata), la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta.**

Significativa in tale senso e' la pronuncia resa nel caso Del Rio Prada contro Spagna (del 21 ottobre 2013), la' dove la Grande Camera della Corte EDU, nel ravvisare una violazione dell'articolo 7 della Convenzione, ha riconosciuto rilevanza anche al mutamento giurisprudenziale in tema di un istituto riportabile alla liberazione anticipata prevista dal nostro ordinamento in quanto suscettibile di comportare effetti peggiorativi, giungendo dunque ad affermare che, ai fini del rispetto del "principio dell'affidamento" del consociato circa la "prevedibilità" della sanzione penale", occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua esecuzione (**sebbene - in quel caso - l'istituto avesse diretto riverbero sulla durata della pena da scontare**).

Alla luce di tale approdo della giurisprudenza di Strasburgo, non parrebbe manifestamente infondata 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'articolo 7 CEDU e, quindi, con l'articolo 117 Cost., la' dove si traduce, per il (OMISSIS), nel passaggio - "a sorpresa" e dunque non prevedibile - da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già' rilevato operare del combinato disposto dell'articolo 656 c.p.p., comma 9, lettera a), e articolo 4-bis ord. pen.. (Cass., Pen., sez. VI, 12541/ 2019)

I tema di successione delle leggi nel tempo , di legalità della pena si ritiene ,da più parti, che sia dirimente la sentenza Del Rio Prada contro Spagna.

La sentenza riguarda il caso di una terrorista dell' Eta condannata secondo il codice penale del 1973 per numerosi gravi episodi di terrorismo fino a sommare condanne per tremila anni. Secondo la legge spagnola dell'epoca tale pena andava commutata nella pena finale di trenta anni di reclusione.

Giunta a fine pena la condannata si vedeva negare gli sconti di pena per l'attività lavorativa compiuta in carcere alla luce di una nuova giurisprudenza basata sulle norme già esistenti al momento della condanna in virtù della quale i benefici carcerari divenivano inoperativi cagionando un allungamento di circa nove anni delle pena da scontare.

Sulla base di questa evidente applicazione retroattiva , la Del Rio Prada ricorreva alla Corte per vedersi riconoscere il rispetto dell'art. 7 CEDU e quindi la irretroattività della interpretazione giurisprudenziale in peius sopravvenuta nel febbraio 2006 . La Corte riconosceva la violazione dell'art. 7 non solo sul mero rilievo della interpretazione retroattiva in peius ma soprattutto sul fatto che tale rivisitazione giurisprudenziale non fosse prevedibile, anche con l'ausilio di consulenti, allorquando la imputata fu processata.

Un caso che sembra più debole di quello qui in esame, dove interviene una legge che oggettivamente aggrava le conseguenze del reato con effetto retroattivo.

Ma non è così, in quanto la CEDU riconosce il diritto degli stati membri di emettere leggi che rinforzino il contrasto a determinati fenomeni criminali con il limite del rispetto del principio della irretroattività della legge o della pena sfavorevole: nullum crimen, nulla poena sine lege!

Nel caso italiano, in itinere, la pena resta immutata mentre nel caso spagnolo la pena risulta aumentata di nove anni in conseguenza di un mero mutamento di interpretazione giurisprudenziale.

Una evenienza imprevedibile che è risultata decisiva sul giudizio della CEDU in senso dell'accoglimento del ricorso.

Per ben indirizzare, la eccezione di incostituzionalità, è utile seguire il ragionamento seguito dalla Corte nel caso Rio Del Prada ” Eu égard à ce qui précède et à la lumière du droit espagnol pris dans son ensemble, la Cour estime que le nouveau mode de calcul des remises de peines applicables, sur la base du revirement jurisprudentiel opéré par le Tribunal suprême, ne concernait pas seulement l'exécution de la peine infligée à la requérante. Il s'agissait d'une mesure qui a eu également un impact décisif sur la portée de la « peine » infligée à la requérante, aboutissant en pratique à l'allongement de presque neuf ans de la peine à purger.

La Cour juge nécessaire, pour veiller à ce que la protection garantie par l'article 7 § 1 de la Convention reste effective, d'examiner le point de savoir si la requérante pouvait, au besoin après avoir pris conseil auprès d'un juriste, prévoir que les juridictions internes retiendraient, une fois le cumul des peines prononcé par le juge de condamnation, une telle interprétation de la portée de la peine infligée, compte tenu notamment de la pratique jurisprudentielle et administrative antérieure à l'arrêt du 28 février 2006

A la lumière de tout ce qui précède, la Cour estime qu'il était difficile, voire impossible, pour la requérante de prévoir le revirement de jurisprudence du Tribunal suprême et donc de savoir, à l'époque des faits, ainsi qu'au moment où toutes ses peines ont été cumulées, que l'*Audiencia Nacional* ferait un calcul des remises de peines sur la base de chacune des peines individuellement imposées et non sur celle de la peine totale à purger, allongeant ainsi substantiellement la durée de son emprisonnement.

64.

Dès lors, il convient de rejeter l'exception préliminaire du Gouvernement et de

conclure qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention.

Come riportata dalla Cassazione (Cass., pen.,Sez. I, 44193/2916, in materia di concorso esterno):” L'articolo 7 della Convenzione non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato (si vedano, per quanto riguarda l'applicazione retroattiva di una pena, Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, § 36, serie A n. 307 A, Jamil c. Francia, 8 giugno 1995, § 35, serie A n. 317 8, Ecer e Zeyrek c. Turchia, nn. 29295/95 e 29363/95, § 36, CEDU 2001 2, e Mihai Toma c. Romania, n. 1051/06, §§ 26-31, 24 gennaio 2012). Esso sancisce anche, in maniera piu' generale, il principio della legalita' dei delitti e delle pene - "nullum crimen, nulla poena sine lege" - (Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, § 52, serie A n. 260 A). Se vieta in particolare di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano dei reati, esso impone anche di non applicare la legge penale in modo estensivo a svantaggio dell'imputato, ad esempio per analogia (Coeme e altri c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 145, CEDU 2000-7; per un esempio di applicazione di una pena per analogia, si veda la sentenza Ba5kaya e OkguoOlu c. Turchia (GC), nn. 23536/94 e 24408/94, §§ 42-43, CEDU 1999 4). 79. **Di conseguenza la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito e' soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio puo' sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilita' penale e di quale pena e' passibile per tali atti** (Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et décisions 1996 5, e Kafkaris, sopra citata, § 140).

Pertanto, il compito della Corte e', in particolare, quello di verificare che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha comportato l'esercizio dell'azione penale e la condanna, esistesse una disposizione di legge che rendeva l'atto punibile, e che la pena inflitta non eccedesse i limiti fissati da tale disposizione (Coeme e altri, sopra citata, § 145, e Achour c. Francia (GC), n. 67335/01, § 43, CEDU 2006 4)".

Si consideri inoltre il recente arresto della Corte Costituzionale n.223 del 2018:

È generalmente riconosciuto che dall'art. 25, secondo comma, Cost. («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso») discende un duplice divieto: un divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante; **e un divieto di applicazione retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato**. Tale secondo divieto è, del resto, esplicitato nelle parallele disposizioni delle carte internazionali dei diritti umani e, più in particolare, nell'art. 7, paragrafo 1, secondo periodo, della CEDU («Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»); nell'art. 15, paragrafo 1, secondo periodo, della Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, firmata a New York il 16 dicembre 1966, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881 (Patto

internazionale sui diritti civili e politici), («Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»); nonché nell'art. 49, paragrafo 1, seconda proposizione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (CDFUE), che riproduce in modo identico la formulazione contenuta nella CEDU.

Ed ancora in tema di certezza del diritto : In linea di principio, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto, ma la tutela di esso non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, pur se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.); fermo restando, tuttavia, **che dette disposizioni, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica.** (Precedenti citati: sentenze n. 203 del 2016, n. 64 del 2014, n. 1 del 2011, n. 302 del 2010; n. 236 del 2009, n. 206 del 2009, n. 24 del 2009, n. 409 del 2005, n. 264 del 2005, n. 446 del 2002, n. 416 del 1999, n. 822 del 1988 e n. 349 del 1985) (Corte Cost. Sentenza 24 gennaio 2017, n. 16)

Alla luce di queste pronunce , al fine di sostenere la violazione delle norme richiamate, occorrerà evidenziare che la novella legislativa comporta un aggravamento delle conseguenze del reato nella parte in cui produce una significativa limitazione della libertà.

Inoltre che rappresenta una punizione più severa di quella che era prevedibile, anche con la assistenza di consulenti legali, al momento in cui fu commesso il fatto e al momento in cui questo fu contestato formalmente all'imputato dalla Autorità Giudiziaria. Momento in cui vengono assunte scelte difensive non modificabili in corso di causa e , sicuramente, non dopo la

definizione del processo.

Un aggravamento della pena non collegato ad un comportamento riprovevole del condannato, una ulteriore “poena sine lege”.

La novella n. 9 del 2019 non era prevedibile. Né era prevedibile che la legge, dagli effetti palesemente sfavorevoli, entrasse in vigore senza la necessaria previsione di un regime transitorio ispirato ai criteri di cui all'art. 2 c.p. come avvenuto con le leggi del 1992 e 2002.

Ancora, la novella legislativa, integra la violazione del principio della certezza del diritto e dell'affidamento nella sicurezza giuridica. Il condannato si è visto cambiare le carte in tavola, imponendogli la misura carceraria non prevista per i reati puniti fino a quattro anni.

Eclatante, la violazione del citato principio, in caso di patteggiamento a pena inferiore a quattro anni. Totale imprevedibilità.

La CEDU, accoglierà il ricorso, se, constatate la identità della pena comminata e riconosciuto il diritto dello Stato di regolamentare i fenomeni criminali secondo scelte non sindacabili, accerterà la impossibilità per l'imputato condannato di prevedere l'aggravamento delle modalità di esecuzione delle

pena in caso di condanna al momento della contestazione formale della accusa. Momento fondamentale e l'irrinunciabile per la assunzione delle determinazioni difensive.