

4.4.4.1. CRITERI ENGEL E PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITÀ SFAVOREVOLE: ESECUZIONE PENALE E MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE E IRRETROATTIVITÀ SFAVOREVOLE. I PROBLEMI POSTI DALLA L. 9 GENNAIO 2019, N. 3.

La necessità di verificare gli esatti confini applicativi del principio di irretroattività sfavorevole si è riproposta nel valutare se allo stesso debbano soggiacere le norme che disciplinano le **modalità esecutive della pena** e le **misure alternative alla detenzione** di cui alla legge sull'ordinamento penitenziario.

Se, infatti, la giurisprudenza nazionale le ha di frequente ritenute non coperte dalla garanzia di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost., reputandoli **istituti a connotazione processuale**, assoggettati quindi al principio *tempus regit actum*, il diritto europeo, ancorché con posizioni non sempre convergenti, pare considerarle, invece, coperte dalla garanzia di cui all'art. 7, CEDU.

È qui sufficiente considerare che dalla qualificazione di un istituto come processuale discende l'applicazione del principio *tempus regit actum* con insensibilità del rapporto giuridico in corso ad eventuali *nova* normativi; viceversa, l'attribuzione della natura (penale) sostanziale implica l'assoggettamento delle modifiche normative che lo investono ai ben più garantistici principi della irretroattività sfavorevole e della retroattività favorevole.

La questione si è di recente riproposta con riferimento alle **misure alternative alla detenzione**, in specie a seguito delle rilevanti modifiche introdotte dalla **L. 9 gennaio 2019, n. 3** (c.d. *Spazzavorrotti*).

Molteplici le finalità perseguite dalle misure tra cui, principalmente, il contrasto al sovraffollamento carcerario e l'attuazione del principio costituzionale del finalismo rieducativo della pena, meglio soddisfatto da modalità di espiazione della stessa certamente pensate per favorire la risocializzazione rispetto alla carcerazione.

Proprio in quest'ottica, l'art. 656, co. 5, c.p.p., nel testo modificato dapprima nel 1998 (l. 27 maggio 1998, n. 165, c.d. Simeone) e poi nel 2013 (l. 9 agosto 2013, n. 94), ha previsto un complesso *meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena*, sostanzialmente diretto a consentire al condannato di chiedere in stato di libertà la concessione delle misure alternative, *senza* dover previamente subire un *assaggio di pena*, onde evitare una permanenza temporanea in carcere desocializzante e foriera di accrescere l'*overcrowding* penitenziario.

Tale meccanismo è, però, inibito, tra l'altro, se la condanna ha ad oggetto determinati reati (c.d. *reati ostativi*) elencati all'art. 656, co. 9, c.p.p. e all'art. 4 *bis*, O.P. e per i quali lo stesso art. 4 *bis* (in relazione ai soli illeciti ivi menzionati) ha anche previsto - per la concessione della misura alternativa (oltre che di permessi premio e del lavoro esterno)- la necessaria compresenza di alcuni ulteriori stringenti presupposti (ad es. la collaborazione con la giustizia).

Ci si chiede se **norme intervenute ad ampliare l'elenco dei reati ostativi**, con correlativo restringimento dell'area di applicazione dell'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione e dell'accesso alle misure alternative senza necessità di collaborazione con l'autorità giudiziaria (e requisiti aggiuntivi analoghi), **debbano retroagire** applicandosi anche allorché, in relazione ai reati considerati ostativi dalla norma sopraggiunta, siano già intervenute condanne passate in giudicato o se, viceversa, le stesse debbano essere applicate solo ai fatti commessi dopo la relativa entrata in vigore.

Al riguardo, tradizionalmente la giurisprudenza e parte della dottrina optano per la tesi favorevole all'applicazione del *novum* alle condanne pregresse sull'assunto della *natura*

processuale delle misure alternative, con conseguente applicazione del richiamato principio *tempus regit actum*, tanto sull'assunto secondo cui le stesse *non sono pene*, ma *mere modalità di esecuzione della pena*, come tali non a caso disciplinate dal codice di rito penale.

Tale approccio tradizionale è stato, però, messo in discussione dalla sentenza *Gran Camera Corte EDU Del Rio Prada c. Spagna del 2013* che, proprio applicando gli *Engel criteria*, ha concluso per la *natura sostanziale* dell'istituto portato alla sua attenzione ed assimilabile ad una delle misure alternative del diritto italiano, con le indicate conseguenze in punto di diritto intertemporale.

Il dibattito è diventato di grande attualità da quando la citata l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. *Spazzacorrotti*) ha inserito nel novero dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, O.P. anche taluni reati contro la p.a.

Anche valorizzando la citata pronuncia della Corte EDU, alcuni giudici dell'esecuzione (**Corte app., Lecce, ord. 4 aprile 2019 e Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019**) e della sorveglianza (Trib. di Sorveglianza di Venezia, ord. 8 aprile 2019), richiamando diffusamente **Cass., sez. VI, ud. 20 marzo 2019, n. 12541**, hanno sollevato, pur con varietà di accenti, questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 1, co. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui – nell'includere tra i reati ostativi di cui all'art. 4 *bis*, O.P. anche taluni reati contro la p.a.- non prevede un'adeguata disciplina di diritto intertemporale fondata sul principio di irretroattività sfavorevole.

I giudici *a quibus* hanno, al riguardo, sostenuto che, a dispetto delle qualificazioni formali offerte dalla giurisprudenza nazionale, le misure alternative alla detenzione non incidono solo sulle modalità pratiche di espiazione della pena -come accade, ad esempio, per le norme disciplinanti il numero dei colloqui consentiti al detenuto, i contatti col proprio legale, o la partecipazione alle attività formative tenute entro il penitenziario- ma sulla stessa *qualitas* della sanzione, evidente apparendo la diversità della situazione di chi si trovi a scontare una pena formalmente identica *da ristretto* rispetto a chi quella stessa pena debba espierla *presso il proprio domicilio*.

4.4.5. CRITERI ENGEL E RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE: CORTE COST., 21 MARZO 2019, N. 63.

La qualificazione come *penali*, in applicazione dei criteri *Engel*, di taluni illeciti e di talune sanzioni formalmente amministrativi ha comportato una ridefinizione dei confini applicativi dell'ulteriore principio di *retroattività favorevole*, di cui è qui necessario metterne subito in rilievo il rango costituzionale e il riconoscimento quale principio riconosciuto dalla Convenzione EDU, attesa la lettura che la Corte EDU ha dato del relativo art. 7, nella nota sentenza *Scoppola*.

È utile qui osservare, con specifico riguardo al tema sopra indicato, che la disciplina generale dell'illecito amministrativo, dettata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, pur estendendo a quell'illecito altri principi prettamente penalistici, nulla dice, invece, quanto all'operatività del principio che qui si sta considerando.

Sul tema, in passato, la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di estendere alle sanzioni amministrative garanzie e principi che, nell'ordinamento nazionale, sono previste soltanto per le pene in senso stretto, rimarcando, sotto tale profilo, la differenza tra un ordinamento, come il nostro, fondato sulla dicotomia tra le due tipologie di sanzioni e un ordinamento, come quello convenzionale, che presuppone una equiparazione tra le misure

afflittive ai fini dell'applicazione delle garanzie penalistiche.

In dettaglio, alla Consulta è stata innanzitutto rimessa una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio l'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, *“nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole.”*

Tuttavia, nel rigettare i denunciati profili di contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., **Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193** – pur dando conto della giurisprudenza di Strasburgo in materia – ha negato che dall'art. 7 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte EDU, discenda *“l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata [...] del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative”*. Conseguentemente, il Giudice delle leggi, valorizzando la persistente autonomia dell'illecito amministrativo rispetto al penale, ha giudicato infondata la questione prospettata dal giudice *a quo* e ha così respinto il tentativo di integrare la disciplina generale di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, mediante un'affermazione generale dell'obbligo di applicazione della legge successiva più favorevole anche agli autori di tutti gli illeciti amministrativi.

Sennonché, più di recente, è tornata sul tema **Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63**, che, nel ritenere la necessità di estendere l'ambito applicativo del principio di retroattività favorevole agli illeciti ed alle sanzioni *formalmente amministrativi ma sostanzialmente punitivi* in applicazione dei criteri *Engel*, ha concluso per l'illegittimità costituzionale di ogni previsione che, senza una giustificazione ragionevole, rappresentata dalla necessità di tutelare interessi di pari rango costituzionale, impedisca la retroattività di una sanzione amministrativa *punitiva* successiva più favorevole.

5. L'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE ALLA LUCE DELLA CEDU. I DIVERSI EFFETTI SORTITI DALLA CEDU SUL DIRITTO PENALE ITALIANO: LIMITATIVI ED ESPANSIVI. SCHEDA DI SINTESI.

A conclusione della trattazione relativa ai rapporti tra CEDU e ordinamento nazionale, è consentito dare atto degli ulteriori effetti penali delle norme della Convenzione.

In primo luogo, di fronte a norme incriminatrici suscettibili di colpire condotte che costituiscono esercizio di un diritto riconosciuto dalla CEDU, il giudice penale interno sarà tenuto a compiere un *bilanciamento* tra l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice e il diritto di volta in volta in considerazione, al fine di determinare se la condotta nel caso concreto risulti o no scriminata dall'esercizio di un diritto, tenendo conto dei criteri enunciati dalla norma pertinente della CEDU e dalla loro interpretazione ad opera della giurisprudenza di Strasburgo.

Con l'avvertenza che le indicazioni della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo sono volte a fissare uno *standard minimo* di tutela del diritto fondamentale: restando libero, ovviamente, il singolo Stato di elevare tale *standard*, fornendo quindi un livello più alto di tutela al diritto fondamentale nel conflitto con gli interessi tutelati dalla norma incriminatrice.

È utile passare sinteticamente in rassegna le principali ipotesi di interferenza con il diritto penale italiano delle norme CEDU.

Giova dapprima considerare che dal diritto CEDU provengono spinte di segno

differente.

Su un primo versante, il rispetto dei principi consacrati nella Convenzione EDU sortisce un effetto **limitativo** dell'ambito di operatività delle norme penali nazionali: è quanto si è verificato, per esempio, con riguardo all'applicabilità della *confisca c.d. urbanistica* prevista dall'art. 44 del Testo unico dell'edilizia in danno dell'imputato assolto per difetto di colpa o di terzi in buona fede).

In altre ipotesi, viceversa, dalla CEDU e dalla relativa interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo sta derivando una spinta all'**espansione** della potestà punitiva nazionale.

È quanto accade nei casi in cui il rispetto dei diritti fondamentali consacrati dalla CEDU si traduce, secondo l'interpretazione fornita dai giudici di Strasburgo, nell'obbligo c.d. positivo di tutelare efficacemente i titolari di quei diritti contro le aggressioni provenienti non solo dagli stessi organi dello Stato, ma anche da altri privati individui, prevenendo le violazioni, ma anche sanzionando le stesse.

Detto altrimenti, dalla CEDU derivano, talvolta, in capo allo Stato parte veri e propri **obblighi di tutela penale** dei diritti fondamentali che la stessa Convenzione riconosce.

5.1. DISCIPLINA NAZIONALE DELLA PRESCRIZIONE E CEDU. LE SENTENZE DELLA CORTE EDU 9 MARZO 2011, NEL CASO ALIKAJ C. ITALIA E 7 APRILE 2015, NEL CASO CESTARO C. ITALIA.

Gli **obblighi di tutela penale** dei diritti fondamentali CEDU che gravano sugli Stati parte possono talvolta porre un problema di compatibilità con la stessa CEDU di **norme penali nazionali estintive**, in specie quelle in tema di **prescrizione**, allorché irragionevolmente idonee a precludere una tutela effettiva dei diritti fondamentali della vittima della violazione.

È quanto emerso, in primo luogo, nella richiamata sentenza resa il *29 marzo 2011* nel caso *Alikaj c. Italia*, relativo all'uccisione di un giovane albanese da parte della polizia italiana durante un inseguimento.

Con la citata pronuncia, infatti, i giudici di Strasburgo hanno censurato lo Stato italiano con riguardo alla pronuncia di prescrizione del delitto di omicidio colposo contestato all'autore del fatto; hanno, in specie, sostenuto che il meccanismo della prescrizione del reato, come disciplinato in Italia, può produrre risultati contrari agli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali CEDU, rendendo possibile che restino impunte violazioni anche molto gravi.

Ad analoghe conclusioni la Corte EDU è giunta nel caso *Cestaro c. Italia* (**7 aprile 2015**), relativo alle violenze verificatesi in occasione del G8 di Genova del 2001. I giudici di Strasburgo, sussunte le suddette violenze nella fattispecie di tortura ai sensi dell'art. 3 CEDU, hanno sostenuto che lo Stato italiano non ha assicurato alle persone offese il dovuto ristoro, da fornire mediante la punizione dei responsabili, non risultando sufficiente la possibilità di un mero risarcimento di carattere pecuniario. Nel dettaglio, ad avviso dei giudici di Strasburgo la mancata punizione dei responsabili è dovuta al fatto che – non contemplando l'ordinamento italiano apposita norma incriminatrice dei fatti di tortura – gli autori di condotte contrarie all'art. 3 CEDU, qualificate semplicemente come reati comuni di lesioni, percosse,

violenza privata, abuso d'ufficio, finiscano per essere assoggettate ai brevi termini di *prescrizione* previsti per tali reati, oltre che benefici introdotti dall'ultimo provvedimento di indulto di cui alla legge n. 241/2006, con sostanziale sottrazione a ogni sanzione. La Corte ha quindi concluso statuendo la necessità "*che l'ordinamento giuridico italiano si munisca di strumenti giuridici idonei a sanzionare in maniera adeguata i responsabili di atti di tortura o di altri trattamenti vietati dall'art. 3 e ad impedire che costoro possano beneficiare di benefici incompatibili con la giurisprudenza della Corte*", in specie quelli correlati a un regime non congruo di prescrizione.

5.2. IL DIVERSO IMPATTO DI CORTE GIUST., 8 SETTEMBRE 2015, CASO TARICCO.

Ben diverso impatto, sul sistema della disciplina nazionale della prescrizione, va riconosciuta alla successiva sentenza resa dalla Corte di Giustizia l'**8 settembre 2015** nel caso **Taricco** con cui è stata ritenuta l'incompatibilità, con la disciplina dell'Unione europea, del regime italiano della prescrizione nella parte in cui, prevedendo un termine massimo pur in presenza di atti interruttivi, può determinare l'*impunità delle frodi in materia di IVA*, lasciando così senza tutela adeguata gli interessi finanziari dell'Unione.

Diversamente dalla sentenza resa dalla Corte EDU nel caso *Cestaro*, non implicante per il giudice italiano alcun obbligo di disapplicazione della norma nazionale in punto di prescrizione, la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo nella vicenda *Taricco* è foriera di ben altre e più incisive implicazioni: atteso, invero, il principio del *primato del diritto UE*, la Corte di giustizia afferma ora l'obbligo per il giudice penale italiano di disapplicare il combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p. sempre che lo stesso reputi che tale normativa – laddove fissa un limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi – comporti l'impunità di un numero significativo di frodi gravi così non consentendo allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione imposti dall'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione.

Nell'imporre una disapplicazione dai sicuri effetti *in malam partem*, in quanto volta a consentire la punizione di fatti altrimenti esenti da sanzione, la pronuncia citata ha subito posto delicati problemi di coordinamento con i principi di legalità e di irretroattività scolpiti nell'art. 25, co. 2, Cost.

La stessa Corte di Giustizia -richiamando una diffusa giurisprudenza europea che assegna all'istituto della prescrizione **rilievo processuale e non sostanziale**- ha al riguardo escluso un contrasto tra una disapplicazione siffatta e il principio di legalità dei reati e delle pene sancito dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE.

Si tratta, tuttavia, di impostazione non in linea con quella condivisa dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui la disciplina della prescrizione ha quindi **natura sostanziale** rientrando così nell'ambito applicativo dei principi di legalità e irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost. (**Corte cost., nn. 394 del 2006; 65 e 324 del 2008; 236 del 2011**).

Ciò posto, la sentenza *Taricco* ha dato luogo a valutazioni giurisprudenziali divergenti. Con ordinanza **n. 24 del 26 gennaio 2017**, il giudice delle leggi ha deciso di non affrontare direttamente i prospettati dubbi di incostituzionalità e ha optato per il rinvio, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia di una questione interpretativa, volta

a chiarire la portata della sentenza *Taricco*. Una questione che, sulla scorta dei quesiti proposti dalla Corte costituzionale, appare però in sostanza suggerire alla Corte di Lussemburgo una lettura “costituzionalmente conforme” del proprio precedente, onde evitare un problematico conflitto con l’ordinamento italiano. Infatti, la Corte di Giustizia è stata chiamata a chiarire se l’art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE “*debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell’Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell’Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato*”: a) anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata; b) anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità; c) anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.

Nel dettaglio, la Corte costituzionale – ribadita l’afferenza dell’istituto della prescrizione al diritto penale sostanziale e non a quello processuale – esprime due principali dubbi relativi alla compatibilità con il principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost. della sentenza *Taricco*.

Su un primo fronte, osserva il Giudice delle leggi, “*si tratta di stabilire se la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell’Unione europea, e in particolare l’art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, co. 2, c.p. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa Taricco*”. Richiamando quindi, il principio di prevedibilità della decisione giudiziaria e la sottesa *ratio* di garanzia della certezza delle scelte d’azione dell’individuo, la Corte costituzionale gli assegna un contenuto particolarmente esteso, destinato a non esaurirsi nella possibilità, al momento del fatto, di conoscere quale sia il fatto punibile e quale il suo trattamento sanzionatorio, bensì ricomprendendo la calcolabilità del limite temporale entro il quale il fatto può essere perseguito.

Su un secondo versante, la Corte costituzionale interroga i giudici europei “*sul grado di determinatezza assunto dall’ordinamento penale in base all’art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell’applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate...*”. Sulla base di questo principio, la Corte costituzionale denuncia la sentenza *Taricco* nella parte in cui fa discendere l’indicato obbligo disapplicatorio dalla verifica demandata caso per caso al giudice italiano, avente ad oggetto l’attitudine della disciplina degli atti interruttivi della prescrizione a determinare “*in un numero considerevole di casi*” l’impunità delle frodi che offendono gli interessi finanziari dell’Unione.

Adita dalla Corte Costituzionale, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha preso posizione con la sentenza del **5 dicembre 2017** (causa *M.A.S. e M.B.*), risolvendo negativamente i primi due quesiti sollevati dalla Consulta e ritenendo conseguentemente assorbito il terzo.

A mo’ di premessa, i giudici europei evidenziano come, nell’ambito del procedimento all’origine della sentenza *Taricco*, il Tribunale di Cuneo avesse interpellato la Corte di