

CONCLUSIONI

LA 354 DEL 1975 COME NORMA DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE

Felice Pier Carlo Iovino *

Per ragioni anagrafiche non ho memoria, né dell'entrata in vigore della L. 26 luglio 1975, n. 354, né, tantomeno, del vivace dibattito precedente sulla necessità di dare attuazione anche in fase di esecuzione della pena ai principi costituzionali, che ebbi a studiare solo *ex post* nel corso degli anni universitari.

I ricordi iniziano ad essere più netti e definiti a partire dall'inserimento nel 1986 ad opera della cosiddetta Gozzini (L. 10 ottobre 1986, n. 663) nel novero delle misure alternative della detenzione domiciliare¹, e dal vivace dibattito relativo alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale, in cui ad una interpretazione che voleva la pronuncia esperire i suoi effetti *ex tunc* per il comprovato fallimento della prova, se ne contrapponeva un'altra secondo cui doveva operare *ex nunc* ossia dal momento in cui si era verificato il fatto che aveva dato causa al provvedimento di rimozione del beneficio, differenza che influiva non soltanto sul periodo di pena residuo da scontare, ma sul valore da dare al periodo trascorso positivamente in affidamento prima della revoca, iniziandosi così a formare l'idea che le misure alternative fossero solo formalmente modalità esecutive della pena detentiva, ma nella sostanza pene eseguite, in tutto o in parte, al di fuori del carcere². L'inizio degli anni novanta vide poi il mio esordio nel dibattito dottrinale allorché la necessità di arginare i fenomeni terroristici prima e mafiosi poi e un mai dichiarato senso di frustrazione per un nuovo codice di procedura penale percepito come eccessivamente

* Professore associato di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Salerno.

¹ Allora prevista per: 1) donna incinta o che allatta la propria prole ovvero madre di prole di età inferiore a tre anni con la convivente; 2) persona in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; 3) persona di età superiore a 65 anni, se inabile anche parzialmente; 4) persona di età minore di 21 anni, per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

² Iniziava a farsi strada l'idea che non solo la privazione della libertà personale comportasse pena, ma anche la sua limitazione, evidenziando i limiti dell'art. 18 c.p. che definendo le pene detentive o restrittive della libertà personale si riferiva solo all'ergastolo, alla reclusione e all'arresto.

garantista³, indussero il legislatore ad utilizzare come strumento di contrasto a tali fenomeni criminali la legge di ordinamento penitenziario ed in particolare l'*escamotage* di considerare le norme penitenziarie indistintamente meramente procedurali e quindi, immediatamente applicabili, con buona pace del principio della successione delle leggi penali nel tempo⁴.

Si diede così luogo ad una normativa emergenziale restrittiva, in grado di incidere *hic et nunc* nella sfera extramuraria del trattamento penitenziario del condannato. Venne inasprito il regime penitenziario per alcune categorie di soggetti, autori di specifici reati, ritenuti di particolare gravità, limitando per questi ultimi la possibilità di accedere ai benefici penitenziari in via assoluta o in presenza di determinate condizioni o soglie di pena.

Norma simbolo di questo nuovo corso della politica criminale restrittiva incentrata sulla legge di ordinamento penitenziario, divenne l'art. 4-*bis* ord. penit., "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti", che introdotto dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. nella L. 12 luglio 1991, n. 203) creò un regime penitenziario differenziato in relazione alla tipologia di reato commesso⁵, prevedendo una disciplina speciale per la concessione delle misure alternative alla detenzione a detenuti presunti socialmente pericolosi. La differenziazione rispetto agli altri reclusi fu legata al tipo di reato sul quale si fonda il titolo detentivo⁶.

A distanza di solo un anno il legislatore tornò ad intervenire in materia con D.L. n. 306/1992 che attribuì peso decisivo all'elemento della collaborazione e operò una diversa suddivisione dei detenuti cui la norma era applicabile, per "fasce" o "categorie"⁷. Il comma uno, strutturato in tre periodi, esordiva con un primo periodo nel quale erano richiamate le fattispecie di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p. e 74 t.u. n. 309/1990, nonché i delitti-satellite di quelli direttamente riconducibili all'associazione di tipo mafioso. Il secondo periodo precisava la portata del precedente, introducendo un regime speciale con riguardo ai detenuti per i medesimi reati, dai quali tuttavia risulti una minore pericolosità, anche a seguito dell'intervenuta concessione di specifiche attenuanti. Il terzo enunciava

³ M. NOBILI, *L'accusatorio nelle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.* (1992), pp. 11ss.

⁴ F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.* (1992), pp. 438ss.

⁵ Applicato all'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47), detenzione domiciliare (art. 47-*ter*), detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinqies*) e semilibertà (art. 50), ma anche la liberazione condizionale (art. 176 c.p.), l'assegnazione al lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.), i permessi premio (art. 30-*ter* ord. penit.) e l'esecuzione della pena presso il domicilio ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a), L. 199/2010.

⁶ Si individuavano infatti due fasce di reati c.d. "di mafia" o "di eversione" e reati che denotano una particolare pericolosità. In caso di reati di mafia o eversione il detenuto poteva ottenere la concessione di un beneficio solo provando l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. In caso di reati che denotano particolare pericolosità, reati individuati tassativamente in alcune fattispecie incriminatrici elencate dalla norma, si doveva acquisire la prova dell'attuale sussistenza di detti collegamenti per poter negare il beneficio richiesto. Nel primo caso si trattava di una prova negativa con tutte le difficoltà e problemi che comporta. Nel secondo di una prova positiva.

⁷ F.P.C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.* (1993), pp. 1257ss.

Interventi

una serie di ipotesi residuali, nominativamente indicate o genericamente riconducibili alla criminalità di stampo terroristico od eversivo, da cui si desume un grado di pericolosità “qualificato”, ma non gravissimo. Per ognuno dei gruppi di reati così definiti, la norma congegnava un regime di ammissione alle misure alternative basato su un diverso meccanismo probatorio⁸.

Ulteriori interventi legislativi, immediatamente operativi, fondati più su situazioni contingenti che su una visione organica, hanno ampliato progressivamente l'area operativa della disciplina sia attraverso aggiunte, che slittamenti di fattispecie criminose tra le varie fasce di gravità individuate dalla norma, creando reati e “tipi d'autore”, soggetti ad un trattamento più rigido di quello ordinario.

Le novelle del 2009 hanno modificato l'architettura della norma e ridisegnato i reati che ne fanno parte, spingendo la norma più lontano dalle logiche che ne avevano indotto l'introduzione, dal momento che venivano equiparati sotto l'egida della collaborazione come unico percorso utile all'accesso ai benefici penitenziari condotte chiaramente connesse alla vita delle organizzazioni criminali e reati, come quelli sessuali, che invece, non appaiono di per sé significativi di alcun legame del reo con il crimine organizzato.

In sede di conversione del D.L. n. 11/2009, la L. n. 38/2009, poi, preso atto dell'ormai difficile intelligibilità della norma ne fu modificato l'impianto con il solo intento di facilitarne la lettura e la comprensione. Furono così previsti diversi commi, ognuno corrispondente ad una differente modalità di accesso alle misure alternative in ragione del grado di gravità degli illeciti indicati, assumendo quindi una struttura sostanzialmente simile a quella vigente.

Ulteriori interventi ebbero a riguardare i *sex offenders* ai quali si richiedeva la *probatio diabolica* della mancanza di collegamenti attuali tra loro e la criminalità organizzata⁹, il terrorismo internazionale¹⁰, quindi, la L. 9 gennaio 2019, n. 3, “Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”, passata alla storia con il sinistro nome c.d. *spazzacorrotti*, che ha inserito tra i reati di prima fascia i delitti contro la pubblica amministrazione di peculato, corruzione in tutte le sue forme, induzione indebita a dare o promettere utilità e una nuova forma di collaborazione (art. 323-bis, comma 2, c.p.)¹¹.

⁸ Per i detenuti di cui al primo periodo, era necessaria un'utile collaborazione; per quelli di cui al secondo periodo era sufficiente la collaborazione, anche irrilevante, purché corredata, in tal caso, da elementi atti ad escludere il permanere di collegamenti con la criminalità organizzata; per i detenuti di cui al terzo periodo, l'attualità di tali collegamenti, ove provata, valeva a precludere l'ammissione ai “benefici”.

⁹ La L. 1 ottobre 2012, n. 172, onde evitare che fosse sempre riconosciuta l'impossibilità di collaborazione, in attuazione e recepimento della Convenzione di Lanzarote (protezione dei minori dallo sfruttamento sessuale) istituì nuove fattispecie di reato a difesa dei minorenni nei reati di terza fascia e creò una differenziazione nel percorso trattamentale per i *sex offenders*.

¹⁰ Cfr. D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, “Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale”.

¹¹ Come si evince da questo brevissimo e molto parziale quadro ricostruttivo, nel quale per motivi legati al contenimento dei tempi si è volutamente glissato o sono state solamente lambite questioni quali l'ergastolo ostativo e i pentiti, la disposizione legislativa simbolo della lotta alla criminalità, nella sua formulazione

Ma i tempi erano cambiati!

La Corte costituzionale, rivedendo le proprie posizioni¹² e ribaltando un deciso orientamento della Corte di Cassazione¹³, con sentenza n. 32 del 2020 ha dichiarato illegittima l'applicazione della norma nella parte in cui estende ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione le preclusioni previste dall'art. 4-*bis* ord. penit., a soggetti condannati per reati commessi prima dell'entrata in vigore della stessa legge.

La Corte già da qualche anno aveva iniziato a evidenziare un cambio di direzione teso a riportare la normativa penitenziaria nell'alveo del rispetto dei diritti; in questo senso particolare rilievo assumono le declaratorie di illegittimità costituzionale del regime preclusivo delle ostatività¹⁴, che sulla scia della decisione della Corte EDU in materia di preclusioni all'accesso alla liberazione condizionale nei confronti dei soggetti condannati per reati c.d. ostativi¹⁵ hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. nella parte in cui, in via assoluta, non prevedeva la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia¹⁶.

A mio modestissimo parere l'intervento che evidenzia l'inizio di un nuovo corso per la legge di ordinamento penitenziario è la circostanza che il legislatore abbia preso atto di questo cambio di rotta e nel varare il D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, «Misure urgenti in materia di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia» (convertito con modificazioni dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199), abbia ritenuto di prevedere, con una norma transitoria di diritto intertemporale all'art. 3, comma 1, che «La disposizione di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1), non si applica quando il delitto diverso da quelli indicati

attuale, è il risultato di una frenetica, e a volte contraddittoria, stratificazione; non a caso dal sito Normattiva è possibile evincere in 118 gli aggiornamenti intervenuti sulla norma dal 1991 ad oggi tra modifiche legislative e interventi della Corte costituzionale.

¹² Cfr. Corte Cost. 7 agosto 1993, n. 306, in *giurcost.org*, in cui la Corte, all'indomani della strage di Capaci, chiamata a misurarsi con la legittimità costituzionale in relazione agli effetti retroattivi prodotti dall'art. 15 del D.L. 8 giugno 1992, n. 306 (conv. nella L. 7 agosto 1992, n. 356), ritenne non sufficientemente motivata la rilevanza delle questioni relative alla compatibilità dell'effetto retroattivo con il principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., pur riconoscendo che tale profilo avrebbe potuto «meritare una seria riflessione».

¹³ Cfr. Cass., Sez. un., 17 luglio 2006, n. 24561, in *Ced. Cass.*, n. 233976; Cass., Sez. I, 20 luglio 2006, n. 25113, *ivi*, n. 234678; Cass., Sez. I, 1° settembre 2006, n. 29508, *ivi*, n. 234867; Cass., Sez. I, 4 ottobre 2006, n. 33062, *ivi*, n. 234384; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2009, n. 46649, *ivi*, n. 245511; Cass., Sez. I, 12 marzo 2013, n. 11580, *ivi*, n. 255310; Cass., Sez. I, 18 dicembre 2014, n. 52578, *ivi*, n. 262199; Cass., Sez. I, 27 aprile 2018, n. 18496, *ivi*, n. 273070.

¹⁴ Corte Cost. 4 dicembre 2019, n. 253, in materia di permessi premio; Corte Cost. 15 aprile 2021, n. 97 e 10 maggio 2022, n. 122, in tema di ergastolo ostativo, in <https://giurcost.org>.

¹⁵ Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia*, in HUDOC.

¹⁶ L'intervento della Consulta rappresenta un primo passo verso il superamento del regime delle presunzioni assolute di pericolosità sociale del detenuto non collaborante andando ad incidere sul rigoroso sistema del doppio binario penitenziario. Il legislatore è stato conseguentemente indotto con il D.L. 31 ottobre 2022, n. 162 (conv. con modif. dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199) a modificare il sistema delle preclusioni, prevedendo una serie ampia e articolata di condizioni in presenza delle quali è (astrattamente) possibile la concessione dei benefici penitenziari anche in assenza della collaborazione di cui all'art. 58-*ter* ord. penit.

Interventi

nell'articolo 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, è stato commesso prima della data di entrata in vigore del presente decreto».

Si tratta di un deciso cambio di passo rispetto alla stagione della perenne emergenza¹⁷, che prende le distanze da quella visione secondo cui le norme di ordinamento penitenziario dovevano essere considerate tutte norme meramente procedurali e si uniforma alle posizioni della Corte EDU e alle significative conferme nella giurisprudenza di altre corti e nella legislazione di tanti Paesi, ai principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale 12 febbraio 2020, n. 32¹⁸.

In tal senso si ricordi che secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, il generale divieto di “*ex post facto laws*” sancito dalla Costituzione americana si applica anche alle modifiche delle norme in materia di esecuzione della pena che producano l'effetto pratico di prolungare la detenzione del condannato, modificando il *quantum* della pena e operando così come una legge retroattiva sfavorevole, e l'art. 112, comma 2, del codice penale francese che esclude l'immediata applicabilità delle leggi modificatrici del diritto processuale penale e della prescrizione del reato o della pena, nonché delle leggi relative al “regime di esecuzione e dell'applicazione delle pene” che abbiano l'effetto di rendere più severe le pene inflitte con la sentenza di condanna.

La Corte costituzionale si è attestata su una posizione in base alla quale dall'art. 25, secondo comma, Cost. discende pacificamente tanto il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante, quanto il divieto di applicare retroattivamente una legge che preveda una pena più severa per un fatto già in precedenza incriminato (da ultimo, sentenza n. 223 del 2018); divieto, quest'ultimo, che trova esplicita menzione nell'art. 7, paragrafo 1, secondo periodo, CEDU, nell'art. 15, paragrafo 1, secondo periodo, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, nonché nell'art. 49, paragrafo 1, seconda proposizione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

La *ratio* di tale divieto è almeno duplice.

Per un verso, il divieto in parola mira a garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale. E ciò sia per garantirgli – in linea generale – la “certezza di libere scelte d'azione”¹⁹; sia per consentirgli poi – nell'ipotesi in cui sia instaurato un procedimento penale a suo carico – di compiere scelte difensive, con l'assistenza del proprio avvocato, sulla base di ragionevoli ipotesi circa i concreti scenari sanzionatori a cui potrebbe andare incontro in caso di condanna.

Ma una seconda *ratio*, altrettanto cruciale, non può essere trascurata. Come rilevato dalla Corte Suprema statunitense, il divieto in parola erige un bastione a garanzia dell'individuo contro possibili abusi da parte del potere legislativo, da sempre tentato di

¹⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995.

¹⁸ S. LONATI, *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni*, in *Archivio Penale* 2 (2022).

¹⁹ Cfr. Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in <https://giurcost.org>.

stabilire o aggravare *ex post* pene per fatti già compiuti. Quel divieto è originato dalla consapevolezza che il potere di stabilire, a carico di chi avesse già compiuto determinate condotte ritenute di particolare gravità per la *salus rei publicae*, pene che non erano previste al momento del fatto, o che erano più gravi di quelle sino ad allora stabilite, snatura la funzione della norma in quanto diventa “sentenza in forma di legge”: null’altro, cioè, che “l’esercizio di potere giudiziario” da parte di un Parlamento animato, in realtà, da intenti vendicativi contro i propri avversari²⁰.

Il divieto di applicazione retroattiva di pene non previste al momento del fatto, o anche solo più gravi di quelle allora previste, opera in definitiva come uno dei limiti al legittimo esercizio del potere politico che stanno al cuore stesso del concetto di “stato di diritto”²¹. Un concetto, quest’ultimo, che evoca immediatamente la soggezione dello stesso potere a una “legge” pensata per regolare casi futuri, e destinata a fornire a tutti un trasparente avvertimento sulle conseguenze che la sua trasgressione potrà comportare.

Il cerchio si chiude: il 4-*bis*, e per lui la 354 del 1975 di cui è simbolo, oggi non è più la norma che si applica *hic et nunc*, non è più una sentenza in forma di legge, ma rientra nell’alveo costituzionale ed evidenzia come anche in questa materia debba parlarsi di diritto processuale penale e non di mera procedura, facendo intravedere come il principio di personalizzazione della pena dovrebbe spingere verso un principio di civiltà giuridica per cui ogni soggetto dovrebbe essere portatore di un trattamento penitenziario personalizzato mai deteriore rispetto a quello del *tempus commissi delicti*.

Mi rendo conto di quanto ci sia di utopistico in questo auspicio per le difficoltà applicative che hanno indotto a pronunciarsi in senso contrario la Corte costituzionale²² e la Corte di Cassazione²³.

Ma confido nella grande rivoluzione tecnologica alla quale stiamo andando inesorabilmente incontro augurandomi che i futuri sviluppi e applicazioni dell’intelligenza artificiale potranno aiutare in tal senso.

Cuiusque suum.

²⁰ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 389 (1798).

²¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social: ou principes du droit politique*, Amsterdam 1762.

²² La Corte Cost. 12 febbraio 2020, n. 32 dopo aver enucleato ed evidenziato l’importanza e la generalità della portata del principio in esame, nella parte finale, preoccupata delle conseguenze di un’estensione incontrollata dello stesso, ne restringe la portata: «proprio perché i condannati ammessi periodicamente a godere di permessi premio e/o a svolgere lavoro all’esterno ai sensi dell’art. 21 ord. penit. restano detenuti che scontano la pena detentiva loro inflitta dal giudice della cognizione, non può non valere nei loro confronti l’esigenza [...] di evitare disparità di trattamento, all’interno del medesimo istituto penitenziario, dipendenti soltanto dal tempo del commesso reato».

²³ Cfr. Cass., Sez. I, 28 giugno 2024, n. 37107, in *Ced. Cass.*, n. 287010, che ha dichiarato infondata una questione di legittimità costituzionale tesa ad estendere il principio in questione all’esecuzione *tout court*, fondata sulla sentenza Corte Cost. 12 febbraio 2020, n. 32, rilevando che il regime dei colloqui, che pure regola le modalità di esercizio e incide su un diritto soggettivo del detenuto, non afferisce alla natura, alla qualità o alla quantità della pena per cui a tale regime non si applica il divieto di retroattività delle norme più sfavorevoli di cui all’art. 25, comma 2, Cost.