



31853-19

REPUBBLICA ITALIANA  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da:

GIUSEPPE SANTALUCIA	- Presidente -	Ord. n. sez. 1992/2019
GAETANO DI GIURO		CC - 18/06/2019
RAFFAELLO MAGI	- Relatore -	R.G.N. 12616/2019
ANTONIO MINCHELLA		
ALESSANDRO CENTONZE		

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso proposto da:

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE TRIBUNALE DI COMO

nel procedimento a carico di:

(omissis) nato a (omissis)

avverso l'ordinanza del 06/03/2019 del GIP TRIBUNALE di COMO

udita la relazione svolta dal Consigliere RAFFAELLO MAGI;

lette/~~sentite~~ le conclusioni del PG *Stefano Tucci, che ha chiesto  
l'accoglimento del ricorso;*

RT

## RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza emessa in data 8 marzo 2019 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Como – quale giudice della esecuzione – ha accolto la domanda introdotta da (omissis), tesa ad ottenere la sospensione dell'ordine di carcerazione emesso nei suoi confronti in data 7 marzo 2019 dal P.M. presso il Tribunale di Como.

1.1. Va premesso, in fatto, che:

a) (omissis) risulta destinatario di una decisione affermativa di penale responsabilità per il delitto di peculato (art. 314 co.1 cod.pen.) divenuta irrevocabile in data 13 febbraio 2019, con condanna alla pena di anni quattro di reclusione;

b) al momento del passaggio in giudicato della sentenza (omissis) non risultava raggiunto da alcun titolo cautelare;

c) i fatti oggetto di giudizio in cognizione sono stati commessi tra marzo 2012 e luglio 2014.

1.2. Ciò posto, il Giudice della esecuzione affronta il tema in diritto posto dal condannato e relativo alla intervenuta evoluzione del quadro normativo, in virtù di quanto previsto dalla legge numero 3 del 9 gennaio 2019, entrata in vigore il 31 gennaio 2019 (in G.U. del 16 gennaio 2019).

In particolare, va ricordato: che la previsione di cui all'art. 1 comma 6 della legge citata interviene sul testo dell'art. 4 *bis* co.1 legge n.354 del 1975 con incremento delle fattispecie di reato cui è correlato il sistema della ostatività *ex lege* all'applicazione di misure alternative alla detenzione; e che il delitto di peculato rientra in tale elenco aggiuntivo (così il testo, [...] dopo le parole: «mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli» sono inserite le seguenti: «314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis,» [...]).

Inoltre, la disposizione contenuta nell'articolo 656 comma 9 del codice di rito vieta l'emissione del provvedimento di sospensione dell'ordine di carcerazione (previsto come obbligatorio al comma 5 della medesima disposizione nelle ipotesi di condannato non raggiunto da misura cautelare carceraria, lì dove la pena inflitta non sia superiore ad anni quattro di reclusione), per quanto qui rileva, nei confronti dei condannati «per i delitti di cui all'art.4 *bis* della legge 26 luglio 1975 n.354 e successive modificazioni».

Dal combinato disposto di tali norme è derivata l'emissione dell'ordine di carcerazione presupposto dell'incidente esecutivo.

1.3. Nell'affrontare l'esame della richiesta del (omissis), tesa ad ottenere – così specificandosi ulteriormente il *petitum* sostanziale –, nonostante la vigenza

RM

della legge numero 3 del 2019 (al momento della irrevocabilità della sentenza di condanna), la sospensione degli effetti dell'ordine di carcerazione, allo scopo di presentare – da libero e nei trenta giorni previsti dalla legge (art. 656 co.5 cod.proc.pen.) – la domanda di misura alternativa alla detenzione, il giudice della esecuzione sviluppa, in sintesi, le argomentazioni che seguono.

2. Non viene ritenuta possibile – in premessa – la proposizione di giudizio incidentale di legittimità costituzionale in riferimento alla disposizione «accrescitiva» del catalogo di reati di cui all'art. 4bis ord.pen. (art. 1 co.6 lett. b, l.3/2019 come sopra), posto che – si afferma – il giudice della esecuzione non è competente in materia di applicazione dei benefici penitenziari, ma esercita i propri poteri di verifica sulla legittimità dell'ordine di carcerazione, potendo – al più – estendere il proprio sindacato in riferimento alla sola disposizione di cui all'art.656 co.9 cod. proc. pen.

2.1. Di seguito, il G.E. ritiene di aderire alla tesi della natura «sostanziale» della modifica legislativa, con conseguente applicazione del principio di irretroattività di cui all'art. 2 co.1 cod.pen.

La disposizione peggiorativa di cui all'art.1 co.6 legge n.3/2019 viene ritenuta applicabile – in tale dimensione ermeneutica – ai soli fatti di reato commessi in epoca posteriore al 31 gennaio del 2019 e, dunque, non al caso del (omissis).

RM

Le argomentazioni impiegate per sostenere tale inquadramento muovono dalla presa d'atto dell'assenza di disciplina transitoria espressa, non dettata dal legislatore del 2019.

Da ciò, pur nella consapevolezza di un orientamento interpretativo costantemente seguito da questa Corte di legittimità e teso ad attribuire natura processuale alle disposizioni dettate a fini di regolamentazione della fase esecutiva (per tutte v. Sez. Un. n. 24561 del 30.5.2006, rv 233976, secondo cui 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, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto – in assenza di una specifica disciplina transitoria – soggiacciono 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 della Costituzione) il G.E. fa derivare l'esistenza di un potere di apprezzamento – in capo al giudice – della «consistenza afflittiva» dell'intervento legislativo, che conduce a discostarsi dal consolidato indirizzo interpretativo prima evocato.

2.2. Si assume, dunque, la natura di disposizione sostanziale in riferimento a:

a) la necessaria adozione di un criterio interpretativo basato sulla identificazione degli effetti concreti prodotti dall'intervento di novellazione, in riferimento ai principi di garanzia espressi dall'art. 25 Cost., dall'art. 7 Conv. Edu e dall'art. 2 cod. pen.;

b) la portata della modifica apportata con legge n.3/2019, che viene ritenuta incidente in via diretta sulla consistenza afflittiva della pena, sì da dover rientrare nel contenuto originario della previsione incriminatrice, pena la violazione dei canoni di legalità e prevedibilità della sanzione penale, che richiedono la previa conoscenza delle conseguenze sfavorevoli del proprio agire.

In particolare viene sottoposto ad esame il connotato di consistente afflittività correlato al divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione di cui all'art.656 co. 9 cod. proc. pen., immediatamente peggiorativo della condizione sostanziale del destinatario della condanna, dovendosi – in tesi dominante – necessariamente presentare – in caso di immediata applicazione della novella – dal carcere la domanda di misura alternativa e ciò anche nelle ipotesi di fatto commesso in epoca antecedente alla modifica.

Ciò porta alla adozione di un canone ermeneutico basato – come si è detto – sulla quota concreta di afflittività della disposizione di nuovo conio, il che, secondo i contenuti della decisione qui sintetizzata, preclude – in un'ottica costituzionalmente e convenzionalmente orientata – l'applicazione della novella a fatti di reato commessi prima della modifica legislativa.

Viene pertanto disposta la temporanea sospensione dell'ordine di carcerazione.

Dagli atti risulta che il <sup>(omissis)</sup> si trova a tutt'oggi in condizione di libertà.

3. Avverso detta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione il P.M. presso il Tribunale di Como, titolare della potestà di azione esecutiva.

3.1. Il ricorrente deduce erronea applicazione delle disposizioni regolatrici, ai sensi dell'art. 606 co.1 lett. b cod. proc. pen.

Le argomentazioni in diritto espresse nel provvedimento impugnato vengono ritenute erronee perché tese a sovrapporre il concetto di 'sanzione' e quello di 'esecuzione' della medesima, ambiti concettualmente distinti.

Si evidenzia la totale divergenza tra gli orientamenti interpretativi – sul tema della natura giuridica delle disposizioni in tema di esecuzione – espressi costantemente da questa Corte di legittimità e la tesi esposta nella decisione impugnata.

R47

Si afferma che anche secondo la giurisprudenza della Corte Edu non sarebbe consentita la applicazione del principio di irretroattività in rapporto a modifiche legislative introdotte in tema di modalità esecutive della sanzione. Ciò che rileva sarebbe esclusivamente la predeterminazione legale della sanzione rispetto al fatto, non già le forme e modalità della sua esecuzione.

Non potrebbe, in particolare, parlarsi di un antecedente 'diritto' del condannato ad essere ammesso alla fruizione della misura alternativa alla detenzione (escluso dalla riforma adottata con legge n.3 del 2019), attesa l'esistenza – in ogni caso – di condizioni predeterminate dalla legge per l'accesso ai singoli benefici, la cui applicazione è sempre, in concreto, stata rimessa alle valutazioni della giurisdizione di sorveglianza.

Si evidenzia, ancora, che all'esito del primo grado la pena inflitta al (omissis) superava i quattro anni di reclusione, il che rendeva imprevedibile – in concreto – l'applicazione di misura alternativa.

4. Il Procuratore Generale presso questa Corte con requisitoria scritta del 5 giugno 2019, ha chiesto l'accoglimento del ricorso introdotto dalla parte pubblica.

Si compie riferimento, a tal proposito, al costante indirizzo ermeneutico di questa Corte, anche posteriore al noto arresto Sez. Un. 24561/2006, teso a ritenere consentita l'immediata applicazione della modifica normativa del trattamento esecutivo, anche se peggiorativa.

Si ritengono assenti dubbi di legittimità costituzionale su tale profilo (si cita, in proposito, il contenuto di Corte Cost. n. 257 del 2006) e si rappresenta che anche in riferimento al portato innovativo di cui alla legge n.3 del 2019 questa Corte, nei suoi primi arresti, ha compiuto riferimento al principio regolativo secondo cui *tempus regit actum* (si cita, in particolare, Sez. I n. 1446 del 3.5.2019).

5. La difesa di (omissis) ha depositato memoria in data 1 giugno 2019.

5.1 L'atto difensivo ripercorre la vicenda processuale, i contenuti della decisione impugnata e quelli del ricorso della parte pubblica essenzialmente nei termini sintetizzati ai paragrafi che precedono.

5.2 Si rappresenta, quanto alle possibili opzioni interpretative sui temi dedotti, la necessità di superamento di un orientamento interpretativo (sulla natura processuale delle disposizioni relative alla fase esecutiva) definito formalistico e contrario a più principi di matrice costituzionale e convenzionale (art. 25 Cost. - art. 7 Conv. Edu).

La modifica legislativa del gennaio 2019 tradisce, in particolare, l'affidamento riposto dal <sup>(omissis)</sup> circa la possibilità di presentare in stato di libertà le proprie richieste di misura alternativa al carcere, con variazione degli assetti intervenuta in corso di giudizio (ed in prossimità della irrevocabilità della sentenza).

Il mutamento di condizione è radicale ed apre le porte, quantomeno, ad un «assaggio di pena» non prevedibile al momento del fatto.

Si sostiene che il tipo di pena ne risulta - in sostanza - variato, posto che dal ragionevole affidamento sulla possibilità di applicare misura extramuraria e immediatamente risocializzante (quale l'affidamento in prova al servizio sociale) si transita in una condizione di restrizione inframuraria temporalmente immediata.

Da qui la considerazione per l'esistenza di spazi interpretativi di rimediazione del quadro interpretativo - con eventuale rimessione della trattazione del ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 co.1 *bis* cod. proc. pen. - sulla scia di autorevoli precedenti della Corte di Strasburgo (si cita il caso *Del Rio Prada contro Spagna* del 21 dicembre 2013 e la decisione relativa al caso *Scoppola contro Italia* del 17 settembre 2009).

Nel sostenere l'opzione interpretativa espressa nella decisione impugnata si chiede, altresì, la considerazione di profili di illegittimità costituzionale del nuovo assetto legislativo, rappresentando l'avvenuta attivazione del giudizio incidentale - ai sensi dell'art. 23 della legge n.87 del 1953 - da più autorità giurisdizionali di merito, sul tema della assenza di disciplina transitoria.

RM

## **CONSIDERATO IN DIRITTO**

1. Il Collegio, per le ragioni che seguono, ritiene che dall'esame dei profili in diritto relativi al caso oggetto di ricorso emerga un rilevante e non manifestamente infondato dubbio di legittimità costituzionale della disposizione introdotta con l'art. 1 comma 6 lett. B legge n.3 del 2019.

Ciò determina - ai sensi dell'art. 23 legge n.87 del 1953 - l'attivazione di ufficio del giudizio incidentale di legittimità costituzionale (quanto al potere della Corte di Cassazione di sollevare di ufficio la questione, v. già Sez. VI n. 1523 del 9.12.1970, dep. 4.2.1971, *Benassi*, rv 116570).

Nessun dubbio - quanto alla stessa possibilità di attivazione del giudizio incidentale - può esservi circa la natura giurisdizionale del procedimento attivato dalla parte privata innanzi al giudice della esecuzione allo scopo di ottenere la pronuncia di temporanea inefficacia dell'ordine di carcerazione, trattandosi di stabilire - da parte dell'organo giurisdizionale competente in via funzionale sulle

questioni insorte posteriormente al giudicato ed incidenti su diritti – quale sia la esatta modalità di attuazione dei contenuti della decisione irrevocabile (in tempi recenti v. Cass. Sez. I n. 41592 del 2009, rv 245568; Cass. Sez. I n. 34427 del 2018, rv 273857; l'orientamento giurisprudenziale circa la 'sindacabilità' dell'ordine di carcerazione da parte del giudice della esecuzione, su istanza del condannato, risale a Sez. I n. 3922 del 23.10.1991, rv 189753).

1.1 Prima di esporre – tuttavia – i profili concreti relativi alla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale individuata, occorre evidenziare taluni aspetti in diritto del tema oggetto di valutazione ed interrogarsi sulle opzioni interpretative selezionate nella decisione impugnata.

2. La condizione vissuta da (omissis) , destinatario della decisione favorevole emessa dal giudice della esecuzione, tesa a paralizzare gli effetti dell'ordine di carcerazione emesso in data 7 marzo 2019, ricade – a ben vedere – nell'ambito applicativo di due disposizioni di legge.

La prima è rappresentata dai contenuti dell'articolo 4 *bis* comma 1 ord.pen. - così come il testo risulta formulato ai sensi del citato articolo 1 comma 6 della legge n.3/2019.

Ciò perché il reato commesso ed irrevocabilmente giudicato è rappresentato dal peculato (art. 314 co.1 cod. pen.), fattispecie che in forza della novellazione risulta «posizionata» all'interno dell'art. 4 *bis* comma 1 ord. pen. RM

In forza di tale modifica legislativa il reato di peculato entra a far parte della «famiglia» delle fattispecie cd. ostative, nel senso che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione (esclusa la liberazione anticipata) possono essere concesse ai condannati per peculato solo nelle ipotesi di collaborazione effettiva con la giustizia ai sensi dell'art.58 *ter* ord. pen. o nei casi di collaborazione impossibile o inesigibile (di cui comma 1 *bis*) e sempre in presenza di avvenuta acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

La seconda disposizione – con funzioni serventi ed ancillari – è quella di cui all'art. 656 co.9 cod. proc. pen. nella parte in cui detta disposizione prevede il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (posteriore alla irrevocabilità della sentenza) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art.4 *bis* legge 26 luglio 1975 n.354 e succ.mod.

2.1. La *ratio* del divieto espresso nel corpo dell'art. 656 co.9 cod. proc. pen. è – visibilmente – quella di determinare immediatamente l'attivazione di un

circuito esecutivo differenziato, in riferimento alla previa connotazione legislativa (art. 4 *bis*) di un particolare livello di pericolosità sociale del soggetto condannato, ritenuto «tendenzialmente insensibile» all'opera di rieducazione o comunque bisognoso di una particolare verifica di affidabilità soggettiva, in prima approssimazione definibile in termini di necessaria emersione di una condotta specifica (la collaborazione con la giustizia o le condizioni legali di sua equivalenza) tesa a determinare la riespansione della ordinaria discrezionalità del giudice in tema di accesso agli strumenti risocializzanti previsti dall'ordinamento penitenziario.

Sempre in premessa è pertanto necessario affermare che la comune finalità delle due disposizioni (quantomeno lì dove l'art. 656 co.9, al primo periodo, fa esplicito rinvio alle fattispecie ostative alla sospensione 'perché' previste nel corpo dell'art. 4 *bis* ord. pen.) rende necessaria una lettura congiunta e di sistema dei due testi normativi, non apparendo corretto isolare uno dei momenti di costruzione del sottosistema esecutivo differenziato.

In altre parole, così come la medesima *ratio* lega in modo inscindibile l'istituto della sospensione della esecuzione di cui al comma 5 dell'articolo 656 e la concreta conformazione legislativa degli istituti dell'ordinamento penitenziario che regolamentano le condizioni di accesso alle misure alternative (si veda, sul tema, la ricostruzione del parallelismo tra le diverse disposizioni contenuta in Corte Cost. n.41 del 2018, con riallineamento della quota di pena utile alla sospensione e all'affidamento in prova, ove si è sottolineato *il carattere complementare che l'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. riveste rispetto alla scelta legislativa di aprire la via alla misura alternativa ... la natura servente dell'istituto oggetto del dubbio di legittimità costituzionale 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 sottoposti ad un percorso risocializzante che non includa il trattamento carcerario..*) altrettanto può dirsi, ma in senso inverso, per il legame che intercorre tra il contenuto dell'art. 4 *bis* ord. pen. e la previsione del divieto di sospensione della esecuzione di cui al comma 9 (anche in ipotesi di condannato libero al momento della irrevocabilità), posto che è «quella» particolare presunzione di pericolosità sociale di cui all'art. 4 *bis* (legata al titolo del reato) a sbarrare la strada alla sospensione (con mera presa d'atto da parte del P.M. della condizione negativa, v. Sez. I n. 14331 del 2012, rv 255925) ed a determinare l'immediato ingresso in carcere del condannato, quale che sia l'entità della pena residua.

Le due disposizioni (4 *bis* co.1/656 co.9), pertanto, sono da ritenersi entrambe «applicate» lì dove si tratti di una delle fattispecie che realizzano la

RJ

condizione ostativa all'accesso ai benefici penitenziari, con mera anticipazione degli effetti della presunzione legale di pericolosità (art. 4 *bis*) al momento della irrevocabilità della sentenza (essendo tale il momento che segna l'inizio della fase esecutiva, v. Sez. Un. n. 18353 del 2011).

Si veda, sul tema, quanto affermato dalla stessa Corte Costituzionale nella ordinanza n.166 del 2010, secondo cui la disposizione di cui all'art.656 co.1 lett. a, nella parte di interesse, prevede che la sospensione dell'esecuzione non possa essere disposta «nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni», sicché, per effetto del rinvio in essa contenuto, la norma processuale recepisce automaticamente le variazioni del catalogo dei delitti indicati nello stesso art. 4-*bis*. E dunque l'art. 656, comma 9, cod. proc. pen. disciplina unicamente l'attività del pubblico ministero, vincolandone il contenuto *in funzione della presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo*.

2.2. Da ciò deriva che non può condividersi la posizione interpretativa assunta dal giudice della esecuzione nella parte in cui, a mò di premessa del ragionamento contenuto nella decisione impugnata, «atomizza» la previsione di legge di cui all'art. 656 co.9 cod. proc. pen. rispetto a quella, pregiudicante, di cui all'art. 4 *bis* co.1 ord. pen. (così come novellato) dovendosi invece verificare – in via prioritaria – se la novellazione accrescitiva, apportata con legge n.3/2019 e nel caso di specie riferita al delitto di peculato, sia o meno immune da dubbi di illegittimità costituzionale. RT

Lì dove si ritenga – infatti – che la presunzione legale di pericolosità del condannato per il delitto di peculato (vincibile solo attraverso le condotte collaborative o le situazioni equiparate) non trovi ragionevole giustificazione in rapporto alla base empirica del ragionamento sottostante – o comunque si dubiti della ragionevolezza di tale approdo – ne risulterebbero vulnerati sia il principio di ragionevolezza di cui all'art.3 Cost. che quello della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 co.3 Cost. (specie nelle sue recenti declinazioni contenute in arresti del giudice delle leggi) e ciò porterebbe a sollevare questione di legittimità costituzionale della disposizione *ampliativa* dell'elenco di cui all'art.4 *bis* co.1 ord. pen., da ritenersi applicata – sia pure in via mediata – già nel momento processuale in cui a venire in rilievo è esclusivamente il divieto di sospensione della esecuzione di cui all'art. 656 co.9 cod. proc. pen.

Ciò per l'essenziale ragione rappresentata dalla necessità di evitare *zone franche* nel sistema di controllo della legittimità costituzionale delle opzioni legislative (tra le molte v. Corte Cost. n.291 del 2013 in tema di rilevanza della questione di legittimità della disciplina della sospensione degli effetti della misura di prevenzione con esecuzione automatica del provvedimento in epoca

posteriore) come finirebbe per accadere lì dove si ritenesse possibile il sindacato di legittimità costituzionale dell'art.4 *bis* (come novellato) solo nelle ipotesi di applicazione diretta della disposizione (ossia in sede di decisione sulla domanda di misura alternativa) e non nelle ipotesi di applicazione 'mediata' attraverso una norma 'servente' (l'art. 656 co.9 cod. proc. pen.) con portata anticipatoria e meccanicistica degli effetti della norma 'servita' (appunto, l'art. 4 *bis*).

2.3. Al contempo, va evidenziato che in ipotesi di fondatezza del ricorso introdotto dalla parte pubblica - quanto al profilo del diritto intertemporale - questa Corte non potrebbe disporre l'annullamento della decisione impugnata lì dove dovesse ritenere sussistente simile dubbio di legittimità costituzionale della disposizione (art. 4 *bis* come novellato). Ciò perché la decisione di annullamento potrebbe essere realizzata solo nei limiti in cui non ricorra «altra» ragione (anche diversa da quella indicata nella decisione impugnata) ugualmente idonea a paralizzare gli effetti del provvedimento immediatamente lesivo della libertà personale (l'ordine di carcerazione).

Operate tali premesse risulta possibile sviluppare i temi trattati nella decisione impugnata e quelli che il Collegio ritiene necessario introdurre di ufficio, ferme restando le sollecitazioni provenienti dalle parti.

3. Quanto al tema del diritto intertemporale, il Collegio osserva che la tesi espressa nella decisione impugnata non può essere accolta.

3.1. A venire in rilievo, in virtù della modifica normativa (introduttiva, come si è detto, di una particolare presunzione legale di pericolosità del soggetto condannato) è un diverso (e di certo peggiorativo) assetto regolativo delle «condizioni legali di accesso» alle misure alternative alla detenzione, non già una «cancellazione» delle medesime per gli autori di una determinata condotta di reato. La conseguenza del divieto di sospensione temporanea delle pene brevi - di cui si discute - rappresenta, come si è detto, la «proiezione» della diversa considerazione legale della intensità della pericolosità sociale e non può elevarsi a «variazione» della tipologia di sanzione penale (aspetto, quest'ultimo, trattato dalla Corte Edu nel caso *Scoppola contro Italia*) nè determina di per sé una protrazione della durata della pena (aspetto trattato dalla Corte Edu nel caso *Del Rio Prada contro Spagna*), il che esclude il diretto e immediato contrasto con le previsioni costituzionali e convenzionali che regolamentano la prevedibilità e accessibilità preventiva delle conseguenze penali della propria condotta (art. 25 Cost, art. 7 Conv. Edu).

3.2. Non può ritenersi, in altre parole, un fattore necessario di orientamento della condotta la predeterminazione legale delle opportunità concrete di flessibilità della pena detentiva attraverso l'accesso a misure

RT

alternative, pur sempre rimesse alla discrezionalità guidata del giudice, dovendosi ritenere – di contro – la condizione minima di validità quella che impone la previsione anteriore al fatto delle fasce edittali della sanzione in quanto tale, rappresentata dalla pena, e fermo restando che la variazione peggiorativa delle condizioni di accessibilità alle misure alternative, con restrizione della discrezionalità *soggettivizzante* il momento applicativo, rappresenta indubbiamente un aspetto della complessiva risposta statutale alla commissione del reato che esige da un lato la verifica di ragionevolezza della presunzione legale introdotta, dall'altro la calibrata individuazione (in assenza di disciplina transitoria *ex lege*) del momento processuale che legittima l'applicazione delle nuove disposizioni.

In tal senso va osservato che la costante elaborazione interpretativa di questa Corte (sollecitata nel corso del tempo proprio dalle numerose variazioni apportate dal legislatore al testo dell'art.4 *bis* ord. pen.) è attestata, come osservato dal P.M. ricorrente, sulla natura processuale di tale tipologia di disposizioni (v. Sez. Un. n.24561 del 30.5.2006, nonché nel corso del tempo, tra le molte, Sez. I n. 3789 del 22.9.1994, rv 199591; Sez. I n. 3834 del 23.9.1994, rv 199786; Sez. I n. 46649 del 11.11.2009, rv 245511; Sez. I n.11580 del 5.2.2013, rv 255310) senza che ciò abbia determinato interrogativi di legittimità costituzionale, e tale assetto – con le precisazioni che seguono – è condiviso dal Collegio.

3.3 D'altra parte, va anche osservato che dal 1991 a tutt'oggi la disposizione di cui all'art. 4*bis* ord. pen. è stata oggetto di modifica legislativa in più di dieci occasioni e – tra queste, escludendo la limitata disciplina transitoria iniziale di cui al d. l. n.152 del 1991 – soltanto in una delle successive il legislatore (art.4 l.n.279 del 23.12.2002) ha ritenuto di regolamentare *in bonam partem* il diritto intertemporale con una disposizione transitoria, tesa a rendere applicabili le nuove disposizioni ai soli fatti di reato posteriori alla vigenza, nè la Corte Costituzionale, pur sollecitata su numerosi profili della disciplina legislativa si è mai espressa nella direzione sostenuta nella decisione impugnata, presupponendo in numerosi arresti la vigenza immediata delle nuove disposizioni (v. ord. n.29 del 2013) e limitandosi ad operare – in riferimento al contenuto dell'art. 27 co.3 Cost. – sul terreno della inibizione all'applicazione immediata delle disposizioni peggiorative nei confronti di coloro che *in regime di restrizione* avessero già raggiunto – al momento della vigenza delle disposizioni peggiorative – uno stadio del percorso rieducativo da ritenersi adeguato al godimento del beneficio (sentenze n. n.504 del 1995, n. 445 del 1997, n.137 del 1999, n.257 del 2006).

RT

3.4. La tutela dell'affidamento dell'imputato, sottoposto a verifica processuale delle proprie condotte, nella accessibilità (non condizionata da *nova sfavorevoli*) a forme alternative di espiazione previste dalla legge antecedente risulta essere indubbiamente un valore meritevole di attenzione e tutela, ma tale esigenza di garanzia non impone – in altre parole – di ritenere sempre inapplicabili le disposizioni peggiorative introdotte in un momento posteriore rispetto a quello della condotta.

Come è stato affermato in un recente arresto di questa Corte, sul tema specifico (Sez. I n. 25212 del 3.5.2019) a venire in rilievo – secondo la ricognizione concreta del principio *tempus regit actum* – è la conformazione legislativa degli istituti penitenziari esistente nel momento in cui il condannato, nella vigenza della disciplina previgente, ha attivato la procedura tesa all'applicazione della misura alternativa, in regime di sospensione del titolo esecutivo.

In tal caso la entrata in vigore, posteriore alla sospensione della esecuzione, della disciplina peggiorativa non può determinare una cancellazione del diritto ad ottenere – secondo le previgenti disposizioni – la valutazione della domanda di applicazione della misura alternativa già formulata.

Si è precisato, in detto recente arresto (sulla linea già percorsa da Sez. I n. 24831 del 15.6.2010, rv 248046), intervenuto su un caso in cui la decisione di condanna era divenuta irrevocabile prima della entrata in vigore della legge n.3 del 2019 ( con avvenuto deposito della istanza di applicazione di misura alternativa parimenti antecedente al 31 gennaio 2019), che la sospensione dell'ordine di esecuzione è atto che si inserisce in una più ampia fattispecie, di natura complessa, costituita anche dalla decisione sulla eventuale richiesta di misure alternative alla detenzione entro il termine assegnato dalla legge, e scandito in trenta giorni per la proposizione dell'istanza e in quarantacinque giorni per la decisione della magistratura di sorveglianza.

Da tale premessa è derivata la considerazione per cui le disposizioni peggiorative sopravvenute (legge n.3 del 2019 nella parte di rilievo) non potrebbero travolgere la particolare «sequenza» rappresentata dalla sospensione dell'ordine di carcerazione, proposizione della domanda da libero e decisione del Tribunale di Sorveglianza, ove sia stato già formalmente avviato l'atto complesso «in alcuni dei suoi tasselli essenziali».

Ora, è evidente che tale arresto da un lato riafferma la necessaria applicazione dei principi della successione di leggi *processuali* nel tempo, dall'altro rintraccia all'interno di tale contesto una logica tesa a preservare gli effetti di una fattispecie processuale complessa, lì dove ne sia venuto in essere, nel vigore della precedente legge più favorevole, un segmento iniziale.

RM

Si tratta di un assetto ermeneutico condiviso dal Collegio ma di certo non applicabile al caso in esame, caratterizzato dalla entrata in vigore delle disposizioni peggiorative in un momento (31 gennaio 2019) antecedente rispetto a quello della irrevocabilità della decisione (13 febbraio 2019), momento che segna l'apertura della fase esecutiva.

Da quanto sinora esposto deriva – sul tema – la fondatezza delle doglianze esposte dalla parte pubblica ricorrente.

4. Quanto osservato al paragrafo che precede non conduce, tuttavia, all'accoglimento del ricorso, per le ragioni anticipate in apertura della trattazione.

4.1. Ad avviso del Collegio va infatti ritenuto rilevante e non manifestamente infondato il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. b della legge n. 3 del 9 gennaio 2019, nella parte in cui inserisce all'art.4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975 n.354 il riferimento al delitto di peculato di cui all'art. 314, primo comma, cod. pen.

In punto di rilevanza si è già precisato che l'accoglimento del ricorso determinerebbe l'immediato ripristino di validità del titolo esecutivo oggetto di sospensione, con applicazione delle nuove disposizioni legislative, individuate negli artt.4 *bis* co.1 ord. pen, (come novellato) e 656 co.9 cod. proc. pen.

A tale immediata applicazione osta, tuttavia, il dubbio di legittimità costituzionale che si passa ad illustrare sotto il congiunto profilo della non manifesta infondatezza della questione.

4.2. L'inserimento, per quanto qui rileva, del delitto di peculato nella disposizione di cui all'art.4-*bis* comma 1 impone, in particolare, di interrogarsi sulla idoneità di tale fattispecie di reato – presa in esame in rapporto esclusivamente al titolo – a sostenere la ragionevole formulazione (art. 3 Cost.) di quella sottostante presunzione legale di accentuata pericolosità sociale del suo autore che legittima l'iscrizione nel particolare catalogo, con tutto ciò che ne deriva in punto di limitazione della discrezionalità del momento giurisdizionale in sede di individualizzazione del percorso di espiazione della pena (art. 27 Cost.).

La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha raggiunto, sul tema della verifica di ragionevolezza delle presunzioni legali di pericolosità, un consolidato assetto cui occorre – inevitabilmente – compiere riferimento.

4.3. Prima ancora di illustrarne i principali contenuti, va tuttavia ricordata la descrizione normativa della condotta di cui all'art.314 co.1 cod. pen.

La condotta di peculato è quella tenuta dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o altra cosa mobile altrui, se ne appropria.

RM

La disposizione appare destinata a tutelare, al di là degli aspetti patrimoniali, il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, attraverso la repressione degli abusi dei funzionari sulle cose loro affidate per ragioni di ufficio o servizio.

Il soggetto passivo del reato oltre la P.A. è anche il titolare del bene oggetto di appropriazione.

In giurisprudenza si è ritenuto – anche in rapporto alla consistente entità della previsione sanzionatoria (da quattro anni a dieci anni e sei mesi) – che la fattispecie incriminatrice colpisce in particolare il "tradimento di fiducia" del soggetto al quale l'ordinamento ha conferito la possibilità di disporre in autonomia della cosa affidatagli (Sez. VI n. 31243 del 4.4.2014, intervenuta sulla distinzione tra l'ipotesi del peculato e quella della truffa aggravata ai sensi dell'art.61 co.1 n.9 cod.pen.).

4.4. In riferimento al sistema delle presunzioni va preliminarmente evidenziato che, per teoria generale, le presunzioni sono conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto, ritenuto sussistente.

Le presunzioni, inoltre, si distinguono in legali (previste dalla legge) o semplici (derivanti dalla formalizzazione di massime di esperienza, su base logica); nonché in assolute (che non ammettono prova contraria) o relative (che ammettono prova contraria, così risolvendosi in un meccanismo di inversione dell'onere probatorio su uno o più punti della controversia).

Soltanto le presunzioni legali comportano l'esonero del giudicante dall'obbligo di motivazione sul fatto ignoto, in presenza di constatazione del fatto noto (posto che la conseguenza è, appunto, prevista dal legislatore, salvo eventuale prova contraria se la presunzione è relativa) lì dove le presunzioni semplici si risolvono in criteri argomentativi (di mera semplificazione) cui il giudice può fare ricorso, in motivazione, lì dove ne abbia verificato l'effettiva coerenza logica e l'attinenza al caso in esame.

4.5. Ora, la logica sottostante l'inserimento di una fattispecie di reato nella previsione di legge di cui all'art. 4 *bis* comma 1 ord. pen. risiede – in tesi – nella particolare connotazione di disvalore del fatto commesso dal condannato, tale da implicare, nella prospettiva seguita dal legislatore, la totale inaffidabilità del medesimo verso forme alternative di esecuzione della pena che pongano il destinatario in una condizione di possibile interazione con l'esterno – con sottrazione di tale giudizio alla discrezionalità del giudice in forza della scelta legislativa – salve le ipotesi, anch'esse formalizzate dalla legge, di avvenuta collaborazione con la giustizia (ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. pen.) o di collaborazione impossibile o inesigibile (art. 4 *bis* co. 1 *bis*) previa verifica

RM

dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Dunque, la sottrazione alla ordinaria discrezionalità del giudice in tema di accesso a misure alternative tese alla risocializzazione (ai sensi dell'art. 47 ord. pen., la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale può essere disposta solo lì dove il provvedimento favorevole *contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione dal pericolo che egli commetta altri reati*) si muove tutta in un ambito di predeterminazione legislativa dei principali snodi del trattamento penitenziario, basata sul titolo del reato giudicato, in chiave di esclusione dell'accesso agli strumenti risocializzanti, salve ipotesi tipizzate e correlate alla visibile attenuazione della pericolosità (tramite condotta collaborativa).

4.6. Tale particolare assetto è comprensibile essenzialmente in chiave storica, posto che la inversione di tendenza rispetto ai contenuti della legge numero 663 del 1986, con parziale ripristino – decreto legge n. 152 del 13 maggio 1991, seguito dal d. l. 8 giugno 1992 n.306 – del sistema di preclusioni parziali all'accesso alle misure alternative alla detenzione con sottostante presunzione di accentuata pericolosità (il che equivale ad affermare *ex lege* un consistente pericolo di reiterazione di condotte analoghe a quelle giudicate o comunque altamente lesive di beni giuridici di particolare rango) è correlata alla pervasività di fenomeni criminali di stampo mafioso o terroristico o comunque a reati espressivi di visibile contiguità a tali realtà criminali (la versione iniziale della disposizione individua esclusivamente le fattispecie associative di stampo mafioso, i reati aggravati dalla finalità o dal metodo mafioso, quelli commessi per finalità di terrorismo o eversione dell'ordinamento costituzionale, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, e, su un livello di minore intensità della presunzione, le fattispecie di omicidio, rapina ed estorsione aggravata, la cessione di ingente quantità di sostanza stupefacente) .

Ciò ha contribuito a determinare una considerazione di non irragionevolezza di una simile tipologia di presunzione legale, espressa in più occasioni dal giudice delle leggi con valutazioni di compatibilità con i principi espressi dal testo dell'art. 27 Cost., pur con delle rilevanti precisazioni tese ad evidenziare punti di perplessità circa la tecnica legislativa utilizzata, tesa a determinare automatismi limitativi di diritti in ragione del mero riferimento al titolo di reato.

In particolare, nella fondamentale decisione Corte Cost. n. 306 del 1993 si è affermato che [...] la normativa in esame è frutto di scelte di politica criminale che si muovono in una triplice direzione, l'analisi delle quali è utile premessa allo scrutinio delle censure dianzi illustrate. La prima di tali scelte

27

consiste nell'enucleazione di una serie di figure delittuose che, per se stesse o per le modalità della condotta, sono espressive del fenomeno della c.d. criminalità organizzata e nella statuizione, in via generale, che ai condannati per tali reati non sono concedibili – e se già concessi, vanno revocati – i benefici che comportano un sia pur temporaneo distacco, totale o parziale, dal carcere (c.d. misure extramurali): scelta, questa, che nel testo originario del decreto-legge si estendeva a tutti i benefici penitenziari, e che è stata poi, in sede di conversione, ridimensionata mantenendo la concedibilità a tutti i detenuti della liberazione anticipata. *A fronte, cioè, dell'acuto allarme sociale creatosi nella contingenza in cui il decreto fu emanato – ampiamente testimoniato dai lavori parlamentari – il legislatore ha ritenuto di adottare una misura drastica, nettamente ispirata a finalità di prevenzione generale e di tutela della sicurezza collettiva, nella convinzione che per il contenimento del crimine organizzato fosse necessaria una decisa inversione di tendenza rispetto agli indirizzi della legge n. 663 del 1986: inversione che si era già in parte manifestata con la legge n. 203 del 1991, di conversione del decreto-legge n. 152 dello stesso anno, (nonché con i decreti-legge non convertiti che precedettero quest'ultimo: nn. 324 del 1990, 5 e 76 del 1991).* La seconda scelta legislativa è consistita nello stabilire che, invece, tutti i benefici penitenziari sono concedibili ai detenuti per delitti di criminalità organizzata che si inducano a collaborare con la giustizia. [...] ... [...] alla luce delle suesposte premesse, le censure alla disposizione sull'ammissione ai benefici penitenziari (art. 4 bis, lettera a), prima parte, primo e secondo periodo) riferite all'art. 27, terzo comma, Cost. non possono ritenersi fondate. Va innanzitutto ribadito, al riguardo, che tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). *Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata.* Per un verso, infatti, il perseguimento della finalità rieducativa – che la norma costituzionale addita come tendenziale sol perché prende atto "della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione" (sentenza n. 313 del 1990) – non può condurre a superare "la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata nella sentenza di condanna" (sentenza n. 282 cit.).

RT

Per altro verso, la prevalenza degli obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da "autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena" (sentenza n. 313 del 1990 *cit.*): tant'è che questa Corte ha dedotto dal precetto dell'art. 27, terzo comma, Cost. che l'incentivo ad un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione costituito dalla concedibilità della liberazione anticipata non può essere precluso neanche nei confronti dei condannati all'ergastolo. In questo quadro appare certamente *rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia. Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita [...]*.

Si è altresì ribadito, nelle decisioni posteriori (v. Corte Cost. sent. n. 273 del 2001) in rapporto alle fattispecie di reato inserite nella previsione di legge di cui al co.1 dell'art. 4 *bis* che [...] tali delitti sono infatti, o possono ritenersi, *espressione tipica di una criminalità connotata da livelli di pericolosità particolarmente elevati, in quanto la loro realizzazione presuppone di norma, ovvero per la comune esperienza criminologica, una struttura e una organizzazione criminale tali da comportare tra gli associati o i concorrenti nel reato vincoli di omertà e di segretezza particolarmente forti [...]* il che rende ragionevole la presunzione legale di pericolosità ed al contempo la valorizzazione – quale criterio di accertamento della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata – del parametro della collaborazione con la giustizia.

Dunque l'esame della ragionevolezza complessiva della disposizione introduttiva del sistema delle presunzioni legali (che è qui l'aspetto di interesse, non essendo in alcun modo esaminabile il parametro della intervenuta collaborazione o meno in sede di divieto di sospensione della esecuzione ex art.656 cod. proc. pen.) ha sinora valorizzato – in un quadro ritenuto compatibile con i principi di cui agli artt.3 e 27 Cost. – il concreto legame funzionale tra le particolari caratteristiche della condotta tipica della fattispecie considerata ostativa – ritenuta espressiva di un *humus* relazionale teso a permanere in epoca posteriore alla commissione del singolo fatto – e la scelta di

127

limitare (fino al punto di escluderla) la discrezionalità del giudice sulla meritevolezza del singolo ad accedere agli strumenti di rieducazione alternativi.

4.7. Sta di fatto che la disposizione in esame ha subito – nel corso degli anni – numerose novellazioni con costante accrescimento del catalogo di reati ritenuti fondanti – peraltro con diversificati modelli operativi, dal cui esame può prescindersi – la presunzione legale di pericolosità sociale.

Senza pretesa di esaustività va detto che si è proceduto ad inserire progressivamente nella complessa architettura della disposizione i reati associativi finalizzati alla commissione di delitti contro la libertà individuale e alla commissione di reati di violenza sessuale (d. l. n. 341 del 2000) le associazioni finalizzate al contrabbando (l. n. 92 del 2001); le associazioni finalizzate alla immigrazione clandestina (l. n. 189 del 2002); le ipotesi di tratta, riduzione in schiavitù acquisto o alienazione di schiavi (l. n. 279 del 2002); le ulteriori ipotesi di prostituzione minorile, pornografia minorile ed altri reati sessuali (l. n. 38 del 2006); lo scambio elettorale politico mafioso; il favoreggiamento della immigrazione clandestina in quanto tale (l. n. 43 del 2015) sino all'attuale novellazione realizzata con legge n. 3 del 2019 tesa a ricomprendere, oltre al delitto di peculato, le ipotesi di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 *bis*, 319 *ter*, 319 *quater* primo comma, 320, 321, 322, 322 *bis* cod. pen.

Ciò ha determinato – secondo autorevoli opinioni espresse in dottrina – la difficoltà di rintracciare nella sequenza accrescitiva un chiaro criterio selettivo capace di esprimere la ragionevolezza intrinseca della disposizione, aspetto di cui vi è traccia nella stessa espressione utilizzata dalla Corte Costituzionale nella decisione n. 32 del 2016 (intervenuta in tema di liberazione anticipata speciale) ove l'elenco dei reati da cui deriva la presunzione legale di pericolosità di cui all'art. 4 *bis* si definisce «complesso, eterogeneo e stratificato».

La disposizione in esame si è di certo allontanata dall'originario modello di tutela della collettività dalla drammatica aggressività del fenomeno mafioso, tendendo ad assumere funzioni di norma-contenitore di fattispecie che di volta in volta si ritengono espressive di un consistente livello di pericolosità dell'autore, con prevalenza di finalità di prevenzione generale rispetto alle esigenze di individualizzazione del trattamento esecutivo.

Ciò, ad avviso del Collegio, non può comportare – di per sé solo – un dubbio di ragionevolezza, trattandosi piuttosto di interrogarsi sui criteri di volta in volta adottati dal legislatore per selezionare le singole fattispecie e sul rispetto di canoni di logicità e di base empirica della singola scelta, fermo restando che va segnalato come nella scorsa legislatura siano stati approvati dal Parlamento più punti di legge delega – la legge n. 103 del 23 giugno 2017 – tendenti alla riconsiderazione complessiva delle preclusioni legali di pericolosità in sede di

accesso alle misure alternative, con forte riduzione del margine operativo delle presunzioni e ri-affidamento al giudice del compito di valutare la sussistenza delle condizioni di utile ammissione (al comma 85 : lett. b) *revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale; e) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché' revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale).*

Il mancato esercizio, su tali aspetti, della delega, non ridimensiona – ai fini qui in rilievo – la valenza obiettiva di una ampia convergenza di opinioni circa la necessaria riconsiderazione organica del sistema delle presunzioni tradottasi in legge nel 2017.

4.8. Ciò che rileva, per quanto sinora detto, al fine della proposizione del dubbio di legittimità costituzionale è la considerazione della esistenza o meno di una congrua base logico-empirica capace di sostenere la avvenuta qualificazione del delitto di peculato (oggetto del caso in esame) come fondante la descritta presunzione legale di accentuata pericolosità.

Infatti, per costante giurisprudenza della Corte costituzionale – ripresa e ribadita di recente nella sentenza n. 141 del 2019 (in specie, si veda il paragrafo 7.1 *Cons. dir.*) – l'individuazione dei fatti punibili, così come la determinazione della pena per ciascuno di essi, costituisce materia affidata alla discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla "meritevolezza" e al "bisogno di pena" – dunque, sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono per loro natura, tipicamente politici (v. sent. n. 95 del 2019 e n. 394 del 2006).

Le scelte legislative in materia sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio (*ex plurimis*, sentenze n. 95 del 2019, n. 273 e n. 47 del 2010; ordinanze n. 249 e n. 71 del 2007; nonché, con particolare riguardo al trattamento sanzionatorio, sentenze n. 179 del 2017, n. 236 e n. 148 del 2016).

RM

La manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, come si dirà subito, sempre secondo l'insegnamento del giudice delle leggi, si deve valutare sulla base dei dati generalizzati di comune esperienza.

Ad avviso del Collegio appare, dunque, lecito dubitare del fondamento logico e criminologico di simile approdo nel caso del peculato, e ciò in rapporto alla avvertita necessità per cui le presunzioni assolute, lì dove limitano un diritto fondamentale della persona, finiscono con il violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit* : evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (v. Corte Cost. n. 139 del 2010 e successive decisioni intervenute sul tema delle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275 cod. proc. pen.; circa inoltre la necessaria utilizzazione, in sede di formulazione di una presunzione legale, del *portato delle comuni esperienze* già Corte Cost.n.19 del 1966).

In particolare la condotta di peculato, per come configurata dal legislatore, non appare contenere – fermo restando il suo comune disvalore – alcuno dei connotati idonei a sostenere una accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità del suo autore, trattandosi di condotta di approfittamento, a fini di arricchimento personale, di una particolare condizione di fatto (il possesso di beni altrui per ragioni correlate al servizio) preesistente, realizzata ontologicamente senza uso di violenza o minaccia verso terzi e difficilmente inquadrabile – sul piano della frequenza statistica delle forme di manifestazione – in contesti di criminalità organizzata o evocativi di condizionamenti omertosi .

La connotazione di elevata pericolosità di «ogni» autore di simile condotta – che ben potrebbe risolversi in un'unica occasione di consumazione, isolata e marcatamente episodica – espressa dalla legge n.3 del 2019 pare dunque contrastare con la mera osservazione delle caratteristiche obiettive del tipo legale, in chiave di dubbio circa il rispetto del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Nè dall'esame dei lavori preparatori della legge citata è dato rinvenire – in particolare quanto al peculato – una esposizione chiara di criteri di metodo e di osservazione empirica idonei a giustificare simile scelta, di certo portatrice – come si è detto – di forti limitazioni a diritti costituzionalmente garantiti.

4.9. L'apprezzamento concreto delle caratteristiche obiettive del fatto e della personalità dell'autore viene peraltro sottratto – in tale dimensione – alla discrezionalità del Tribunale di sorveglianza (con anticipazione degli effetti

RM

pregiudizievoli in tema di libertà personale derivante dalla previsione di legge di cui all'art. 656 co.9 cod. proc. pen.) finendo con il determinare l'ulteriore dubbio – che si intende esprimere – di concreto pregiudizio al principio di individualizzazione della pena e del finalismo rieducativo di cui all'art. 27 co.3 Cost.

La selezione delle fattispecie di reato «ostative» comporta l'attrazione dei condannati per tali fatti – al di là delle condizioni soggettive e dei profili di quantificazione concreta del trattamento sanzionatorio – in un sottosistema che nel rendere marginale la discrezionalità del giudice incide concretamente sulla dimensione rieducativa della pena, esaltandone – per converso – l'aspetto di prevenzione generale a fini di deterrenza.

Simile assetto – ove non assistito da fondata base empirica della selezione – si ricollega esclusivamente ad un automatismo.

Sul tema va dunque evidenziato che nel percorso di ragionata diffidenza del giudice delle leggi verso l'utilizzo di presunzioni legali di pericolosità, correlate alla commissione di uno specifico fatto di reato, si inserisce, di recente, il contenuto della decisione Corte Cost. n. 149 del 2018 (interventiva sulla particolare previsione di cui all'art.58 *quater* comma 4 ord. pen.) nel cui ambito si è ribadito che la finalità rieducativa della pena è «ineliminabile» ed esige «valutazioni individualizzate», rese impossibili da rigidi automatismi legali da ritenersi contrastanti con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena; analoga posizione di sfavore verso le predeterminazioni legali, qui in tema di durata delle inibizioni sanzionatorie (per contrasto con i principi di proporzionalità della pena e di necessaria individualizzazione della medesima) risulta espressa, di recente, nel settore delle pene accessorie da Corte Cost. n. 222 del 2018.

Ciò rende – ad avviso del Collegio – necessaria la prospettazione di tale ulteriore parametro, nell'ambito del promosso giudizio incidentale.

4.9. Per tutte le ragioni sinora espresse va sollevata di ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. B della legge n.3 del 9 gennaio 2019, nella parte in cui inserisce all'art.4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975 n.354 il riferimento al delitto di peculato di cui all'art. 314, primo comma, cod. pen.

Va sospeso il procedimento, ai sensi dell'art. 23 legge n.87 del 1953, come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Visto l'art. 23 L.n.87 del 1953, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza, solleva, con riferimento agli artt. 3 e 27 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. B della legge n.3 del 9 gennaio 2019, nella parte in cui inserisce all'art.4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975 n.354 il riferimento al delitto di peculato di cui all'art. 314, primo comma, cod. pen.

Sospende il presente procedimento e dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Manda la Cancelleria per la notifica della presente ordinanza alle parti del giudizio nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Manda la Cancelleria per la comunicazione della presente ordinanza ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Così deciso il 18 giugno 2019

Il Consigliere estensore

Raffaello Magi



Il Presidente

Giuseppe Santalucia

