

La legge 9 gennaio 2019, n. 3: la cd. “spazzacorrotti” sotto la scure della Corte Costituzionale?

di *Francesco Martin*

Sommario: 1. Premessa – 2. Le origini della vicenda – 3. I profili nel merito: *tempus regit actum* e natura normativa. – 4. I profili di incostituzionalità: una questione annunciata. – 5. Fenomeni di attrito: la mancata concessione della collaborazione ex art. 58 ter L. 354/75. – 6. Natura sostanziale o processuale: l’Ordinanza della Corte d’Appello di Reggio Calabria. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

Come è ormai noto l’art. 1, VI comma, lett. b) della Legge 9 gennaio 2019 n. 3, entrata in vigore il 31 gennaio 2019, ha apportato delle modifiche all’art. 4 *bis*, I comma, della Legge 26 luglio 1975, n. 354, aggiungendo taluni dei più gravi reati contro la Pubblica amministrazione nell’alveo dei c.d. reati ostativi.

L’art. 4 *bis* dell’Ord. Pen., infatti, subordina la concessione dei benefici penitenziari, in particolare le misure alternative alla detenzione, al fatto che il condannato abbia effettivamente collaborato con la giustizia, agevolando le investigazioni oppure adoperandosi al fine di impedire il prosieguo delle condotte criminose.

Tale norma, che nel corso del prosieguo storico normativo è stata utilizzata dal legislatore come un ampio e quanto mai dilatato contenitore normativo orientato a perseguire un fine di mera politica criminale a seconda dell’emergenza dell’epoca e di quello che, a gran voce, il popolo chiedeva - già dall’antichità medievale desideroso della punizione esemplare di un colpevole e non del colpevole -, adombra le strategie processuali difensive.

Tale inclinazione si ravvisa anche in questa ultima inclusione, ove per contrastare un fenomeno che certamente ha raggiunto proporzioni endemiche si è utilizzato un forte ed incisivo strumento repressivo, senza tuttavia riuscire a garantirne una omogenea e completa applicazione, in ossequio ai principi costituzionali di tassatività e legalità. La vera problematica, che poi verrà analizzata nel caso concreto, riguarda quelle zone grigie riguardanti un soggetto condannato in via definitiva per un reato contro la pubblica amministrazione commesso *prima* dell’entrata in vigore della c.d. spazzacorrotti – cui abbiano eventualmente fatto seguito, come nel caso che si esaminerà *infra*, tanto l’emissione di un ordine di esecuzione già sospeso da parte della Procura della Repubblica competente, quanto la presentazione dell’istanza di misura alternativa –, ma la relativa fase dell’esecuzione si svolga sotto la vigenza della l. 3/2019

Orbene in questo caso la problematica è decisamente complessa, nella sua apparente semplicità: dovranno applicarsi le disposizioni previste e vigenti *prima* della riforma

oppure, aprendosi una nuova fase processuale, troverà applicazione la disciplina della L. n. 3/19 *medio tempore* entrata in vigore?

Tale quesito, di non facile risoluzione, impone di indagare quale sia la natura e la qualificazione giuridica da attribuire alle norme che regolano la fase dell'esecuzione. Come prevedibile, soprattutto per la mancata previsione nella l. 3/2019 di una disciplina transitoria che ne regolasse l'operatività temporale, in particolare limitandola *pro futuro*, non solo la prassi applicativa ha segnalato l'emersione di indirizzi difformi in punto di estensione o meno della nuova disciplina legislativa anche *in via retroattiva*, ma si sono altresì moltiplicate, su sollecitazione difensiva, le questioni di legittimità costituzionale.

L'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza, i cui punti salienti verranno di seguito esaminati, rimette la questione alla Corte Costituzionale ravvisando dei profili di contrasto tra la L. n. 3/19 e alcuni principi cardine del sistema penale, di matrice sia costituzionale che convenzionale.

2. Le origini della vicenda.

Con l'ordinanza n. 1188/19, il Tribunale di Sorveglianza di Venezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b) della L. 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. spazzacorrotti).

È opportuno, al fine di inquadrare meglio la vicenda, una breve seppur doverosa premessa storica volta a ricostruire i fatti succedutesi nel tempo e le richieste difensive che, oltre al profilo di costituzionalità, riguardano aspetti interpretativi e processuali di eguale importanza

Il Sig. A.B. era stato condannato con sentenza della Corte d'Appello di Venezia per i reati di cui agli artt. 81, II comma, 110,318,319,321 *quater* e 321 c.p. per fatti commessi dal 2002 al 2011 alla pena di anni 3.

La pena residua di scontare, al netto del presofferto in misura cautelare, si assestava in anni 2, mesi 3 e giorni 12 di reclusione.

In sede di indagini, il condannato aveva reso ampie e dettagliate informazioni, a carattere sia auto che etero accusatorio ed aveva, prima dell'apertura del procedimento penale, risarcito gli enti territoriali – che non si erano costituiti parti civili - alle cui dipendenze lavoravano i pubblici funzionari coinvolti.

A seguito della condanna definitiva, ma *prima* dell'entrata in vigore della l. 3/2019, la Procura Generale di Venezia emetteva, contestualmente, l'ordine di esecuzione e il correlato decreto di sospensione *ex art.* 656, V comma, c.p.p. Entro i termini prescritti dal codice di rito – e sempre *prima* dell'entrata in vigore della legge c.d. spazzacorrotti – il difensore avanzava, nell'interesse del condannato, un'istanza di affidamento in prova al servizio sociale.

Nelle more di questa fase, entrava in vigore la legge c.d. spazzacorrotti, di talché si affacciava il problematico quesito in ordine all'applicabilità dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, anche al caso *de quo*, recando con sé il connesso problema della possibilità di accedere ai benefici penitenziari.

Nonostante la collaborazione resa in sede di indagini, durante la fase di cognizione all'imputato non era infatti stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 323 *bis* c.p. e conseguentemente, a norma dell'art. 4 *bis* Ord. Pen., stante il difetto – meramente apparente – della collaborazione con la giustizia, sussisteva una preclusione assoluta per l'accesso ai benefici penitenziari.

3. I profili nel merito: *tempus regit actum* e natura normativa.

Rapidamente ricostruita la vicenda giudiziaria che ha dato origine al provvedimento in commento, è opportuno soffermarsi sulle problematiche che già dal fatto storico emergono *prime facie*.

Il difensore del condannato aveva infatti rappresentato plurimi profili, attinenti al merito della vicenda, prima ancora che concernenti la compatibilità costituzionale dell'art. 1, lett. *b*), l. 3/2019, per evidenziare come nel caso di specie, anche a voler ipotizzare che la legge c.d. spazzacorrotti operasse *retroattivamente*, sussistessero tutte le condizioni per riconoscere comunque all'interessato l'accesso ai benefici penitenziari.

Al di là di tali profili, il punto centrale delle osservazioni difensive riguardava il problema dell'operatività nel tempo della legge c.d. spazzacorrotti, a sua volta strettamente connesso a quello della *natura giuridica* delle disposizioni concernenti l'esecuzione penale: laddove infatti si intendesse aderire all'orientamento – invero consolidato nella giurisprudenza di legittimità¹ – secondo cui tali disposizioni avrebbero natura *processuale*, ciò comporterebbe l'applicazione del principio *tempus regit actum*; qualora invece si propendesse per la diversa tesi della natura *sostanziale* degli istituti, come quello delle misure alternative alla detenzione, che incidono concretamente sulla qualità della pena irrogata, logica conseguenza sarebbe quella del divieto di irretroattività *in malam partem*, a mente degli artt. 25, co. 2, Cost. e 2 c.p.

Il difensore del condannato riteneva di risolvere l'alternativa richiamando le indicazioni offerte dal piano convenzionale. In particolare, nella vicenda *Del Rio Prada c. Spagna*², la Corte di Strasburgo ha ritenuto che anche eventuali modifiche peggiorative delle *modalità di esecuzione della pena*, allorché tali modifiche incidano in maniera significativa sulla pena da scontare, rientrano nella nozione autonoma di «materia penale», di talché anche tali modifiche normative debbono soggiacere al divieto di irretroattività (*ex art. 7 Cedu*). Sulla scorta di tale principio, la difesa riteneva che l'applicazione retroattiva dell'estensione anche ai delitti contro la P.A. della disciplina di cui all'art. 4 *bis*, co. 1, ord. pen. determinasse un mutamento significativo della sanzione concretamente inflitta, nella misura in cui la

¹ Cass. Pen., Sez. Un., 28.09.06, n. 12541.

² La Grande Camera della Corte di Strasburgo ha ritenuto che debbano soggiacere al divieto di irretroattività (*ex art. 7 Cedu*) anche eventuali modifiche peggiorative delle modalità di esecuzione della pena, allorché tali modifiche incidano in maniera significativa sulla pena da scontare, così da rendere alquanto sfumati i confini tra disciplina della pena e regolamentazione della sua esecuzione (Corte Edu, *Del Rio Prada c. Spagna*, 21.10.2010).

pena irrogata per i delitti – indicati nella legge c.d. ‘spazzacorrotti’ – vede radicalmente mutare il proprio regime: da pena “alternativa” a pena detentiva “effettiva”: di qui, l’invito al Tribunale di Sorveglianza affinché sollevasse questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, nella parte in cui non prevede alcuna disciplina transitoria volta a limitare *pro futuro* l’applicazione delle modifiche normative, per contrasto con gli artt. 25, co. 2, e 117, co. 1, Cost., integrato dal parametro interposto dell’art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte Edu.

Tuttavia, osserva il difensore, anche a voler attribuire un carattere processuale alle norme di esecuzione penale, proprio il principio del *tempus regit actum* precluderebbe effetti sfavorevoli nei confronti dell’interessato: nel caso di specie, infatti, la Procura Generale aveva già emesso il decreto di sospensione dell’ordine di esecuzione.

Inoltre, assumeva il difensore che il percorso rieducativo del condannato già fosse iniziato: la non applicabilità della nuova disposizione sfavorevole sopravvenuta discenderebbe allora dal divieto di c.d. regressione trattamentale, a sua volta enucleato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dal principio sancito dall’art. 27 III comma, Cost.³.

Ecco quindi che, data la sospensione dell’ordine di esecuzione antecedente all’entrata in vigore della spazzacorrotti e tenuto conto del percorso di risocializzazione e rieducazione già intrapreso, che costituisce del resto l’obiettivo al quale tende la pena, le modifiche normative sfavorevoli introdotte con la l. 3/2019 non potrebbero operare nel caso di specie.

Il Tribunale di Sorveglianza di Venezia, gravato da queste questioni, si è espresso innanzitutto nel merito.

Sotto il profilo temporale il Tribunale ha ritenuto di non aderire alla tesi prospettata dalla difesa, in quanto il momento in cui viene emesso l’ordine di esecuzione sospeso non è idoneo a sottrarre, come un’agevole barriera, la fase esecutiva da eventuali modifiche introdotte *medio tempore* dal legislatore.

L’atto del Pubblico Ministero, emesso a seguito della condanna definitiva, ha una funzione di mero impulso che origina il procedimento esecutivo il quale tuttavia trova il suo naturale svolgimento avanti a diverso organo con diversi poteri: il Tribunale di Sorveglianza.

Tribunale che gode di propria discrezionalità sulla valutazione della sussistenza dei requisiti volti alla concessione dei benefici penitenziari, con autonome valutazioni.

Aggiungendosi a ciò una pronuncia delle SS.UU, recentemente ripresa dal Giudice per le Indagini Preliminari di Napoli (Ord. del 28.02.19) proprio in tema di incostituzionalità delle norme *de qua*, che afferma come gli ordini di esecuzione, emessi ai sensi dell’art. 656, V comma, c.p.p. prima dell’entrata in vigore della L. n. 3/19 non possano essere revocati proprio per il principio del *tempus regit actum*.

³ Divieto che trova applicazione anche nel caso in cui la preclusione normativa non si collegata alla condotta del condannato, ma si fondi su diversi elementi.

Tuttavia, le successive modifiche legislative trovano autonoma e diversa valutazione da parte del Tribunale di Sorveglianza anche qualora entrino in vigore successivamente all'atto di impulso che ha dato origine alla fase esecutiva.

In sostanza, l'ordine di esecuzione emesso prima della nuova disciplina normativa non potrà essere revocato perché emesso durante la vigenza di diversa normativa, ma – a parere del Tribunale lagunare – ciò non comporta l'applicabilità davanti al Giudice di Sorveglianza della disciplina vigente all'epoca, ma di quella in vigore.

In merito al diverso profilo del divieto di regressione trattamentale, quest'ultimo – osserva il giudicante – non potrebbe essere invocato nel caso di specie in quanto il condannato non si trovava *in vinculis* e, quindi, non risultava soggetto a trattamento penitenziario.

Volendo operare una presunzione il Tribunale, pur affermando che tale divieto di regressione trattamentale non può essere esteso ai condannati liberi, ritiene che non vi siano quelli elementi idonei tali per cui possa essere formulato un sicuro e concreto giudizio positivo in riferimento a progressi trattamentali.

Come ultimo aspetto nel merito il Tribunale afferma che l'ammissibilità ai benefici penitenziari, in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale, non potrebbe essere concesso in virtù del previo riconoscimento del requisito della collaborazione ex art. 323 *bis*, II comma, c.p.

Come già illustrato in precedenza, all'interessato non era stato concesso l'elemento della collaborazione, reso ora *conditio sine qua non*, per ottenere l'accesso ai benefici penitenziari così come previsto dall'art. 4 *bis* Ord. Pen..

Il Tribunale di Sorveglianza era stato sollecitato, stante gli autonomi poteri valutativi che nell'ordinanza lo stesso afferma di avere, a riconoscere tale collaborazione o quantomeno la collaborazione c.d. impossibile.

I giudici hanno invece ritenuto di basarsi in maniera acritica su quanto scritto dalla Corte d'Appello nella sentenza di condanna, affermando che sussisterebbero ancora delle conseguenze del reato e nonostante i risarcimenti effettuati non sarebbero stati inclusi, pur – giova ripeterlo – non costituitisi parti civili, i soggetti “vittime” della concussione.

Tale irrigidimento sembrerebbe mascherare una volontà meramente punitiva dato che A.B. ha provveduto a risarcire le istituzioni ed ancora ha reso ampie dichiarazioni auto ed etero accusatorie nel limite di quanto a conoscenza.

Conclude sul punto di merito il Tribunale pronunciandosi per la non concedibilità dell'affidamento in prova ai servizi sociali, alla luce della nuova formulazione dell'art. 4 *bis* Ord. Pen..

Infine in merito alla non applicabilità delle norme sfavorevoli della L. n. 3/19 in mancanza di una norma transitoria e quindi sulla natura sostanziale delle norme penitenziarie, il Tribunale propende – in linea con altri recentissimi arresti di merito⁴ – per una tesi diversa rispetto a quella sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità.

⁴ Corte d'Appello di Reggio Calabria, n. 87/19; Corte d'Appello di Lecce Sez. Pen; Giudice per le Indagini Preliminari di Napoli 02.04.19.

Se pur infatti a livello dottrinale la tesi preponderante è quella che fa leva sulla natura sostanziale della norma, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁵ ha affermato che le norme penitenziarie, proprio perché non attengono alla pena ma solo alla sua esecuzione, non hanno natura sostanziale e quindi, qualora non vi sia una disposizione temporale, trova applicazione il principio del *tempus regit actum*.

Tuttavia tale dogma sembra poter essere scalfito da una recentissima pronuncia della Cassazione⁶ la quale, muovendosi verso una concezione sostanzialistica delle norme attinenti all'esecuzione della pena, ha affermato che *“non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo la quale l'avere il legislatore cambiato in itinere le “carte in tavola” senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce, per il F., nel passaggio - “a sorpresa” e dunque non prevedibile - da una sanzione patteggiata “senza assaggio di pena” ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto dell'art. 656 c.p.p., comma 9, lett. a), e art. 4-bis ord. pen..”*.

Principio ripreso anche da recentissimi provvedimenti di merito (GIP Como 08.03.19) che ha temporaneamente sospeso l'ordine di esecuzione, senza sollevare questione di legittimità costituzionale, ritenendo le norme di natura sostanziale e di poter operare una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019, alla luce degli artt. 25, co. 2 Cost. e 7 Cedu, con conseguente applicazione solo *pro futuro* della disposizione.

Orbene il Tribunale di Sorveglianza di Venezia ha ritenuto di aderire a questa ultima pronuncia della Cassazione (14.03.19, n. 12541), sollevando questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, VI comma, lett. b) L. n. 3/19.

4. I profili di incostituzionalità: una questione annunciata.

Il difensore del condannato, come detto, proponeva questione di legittimità costituzionali dell'art. 4 bis, I comma, Ord. Pen., nella parte in cui contempla – tra i reati c.d. ostativi di “prima fascia” – i delitti contro la P.A. per contrasto con gli artt. 3 e 27, III comma, Cost. ed inoltre dell'art. 1, legge 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui non contempla una disciplina transitoria che regoli l'operatività intertemporale delle modifiche apportate, limitandole *pro futuro*, per violazione dell'art. 25, II comma, e dell'art. 117, I comma, Cost., integrato con il parametro di cui all'art. 7 CEDU.

Il Tribunale adito riteneva la questione rilevante e non manifestamente infondata.

In particolare, il giudicante ravvisava tre distinti profili di incostituzionalità.

Sussisterebbe innanzitutto un contrasto tra l'art. 1, co. 6, lett. b), L. n. 3/19 con gli artt. 25, II comma, 117 Cost. e art. 7 CEDU, per violazione del principio di irretroattività della legge penale.

⁵ Cass. Pen., S.U., 17.07.06, n. 24561.

⁶ Cass. Pen. Sez. VI, 14.03.19, n. 12541.

Muovendo da un'interpretazione sostanzialistica, la Corte EDU ha infatti ritenuto che le norme di matrice penitenziaria, pur essendo qualificate come norme penali, non possono ritenersi delle mere modalità di esecuzione della pena qualora apportino modifiche quantitative alla stessa.

Le misure alternative alla detenzione quindi, alla luce di tale inquadramento, dato il fine rieducativo e risocializzante della pena, sono applicate dal Giudice dell'esecuzione con criteri e scelte che possono discostarsi dalla concezione del giudicato in quanto il fine perseguito è quello disposto dal principio di rieducazione del reo.

Ed allora le modifiche, da una pena detentiva ad una non detentiva, pur se realizzate mediate l'uso di norme processuali incidono sul nucleo centrale della pena, comportando non una semplice modifica di esecuzione, ma anzi una vera sostituzione con una conseguente modifica positiva della libertà personale.

Ipsa facto una modifica normativa volta a rendere più ristretto le possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione si porrebbe in contrasto con quanto disposto dall'art. 7 della CEDU.

È cristallizzata ormai la differenza tra lo status di detenuto e colui che pur condannato è affidato a misure alternative in forza della sostituzione del rapporto esecutivo all'interno di una struttura circondariale quello riguardante la singola misura alternativa concessa.

Ritiene quindi il Tribunale di Sorveglianza di discostarsi dall'interpretazione secondo la quale tali norme, riguardando solamente il profilo di accertamento del reato, avrebbero una natura meramente processuale.

Nel caso *de quo* quindi il contrasto rilevato riguarda gli artt. 25, II comma, 117 Cost. e art. 7 CEDU, per la mancata previsione di una clausola temporale e transitoria che faccia decorrere le modificazioni in *pejus* dalla data in cui la medesima legge, n.3/19, è entrata in vigore.

Ed infatti, se si osservano altre disposizioni normative, prive di siffatta norma transitoria, si evince come si sia sempre reso necessario l'intervento della Corte Costituzionale con la dichiarazione di inammissibilità proprio per la mancata previsione di tale clausola.

Con il secondo punto dell'ordinanza oggetto del presente commento, viene evidenziato il contrasto tra l'art. 1, L. n. 3/19 con gli artt. 25, II comma, 117 Cost. e art. 7 CEDU, per violazione del principio di affidamento.

Quindi per ciò che concerne la fase dell'esecuzione, l'orientamento che prevale in dottrina individua tale momento temporale con il passaggio in giudicato della sentenza.

È solamente in tale data che il condannato è consapevole che si apre tale fase e quindi, in rapporto alle norme al momento vigenti, è conscio di cosa può accadere.

La normativa e la giurisprudenza europea sono state sempre cristalline e granitiche nell'affermare che l'ordinamento interno di ciascuno Stato membro non può e non deve applicare una pena più grave di quella che si sarebbe dovuta applicare nel momento in cui il reato è stato commesso.

Il punto che dirime la questione, così come sottolineato dal Tribunale, riguarda le legittime aspettative del condannato che nel caso *de quo* – ma il ragionamento è applicabile *erga omnes* – non si sarebbe prospettato come penale finale il carcere bensì un misura alternativa che, in mancanza delle modifiche recentemente introdotte, sarebbero state concedibili.

Ed ecco qui il punto di contrasto.

La c.d. “Spazzacorrotti” non ha apportato modifiche riguardanti la sola esecuzione della pena, ma la tipologia della stessa comportando un mutamento, in termini più sfavorevoli al condannato per fatti precedenti, in un’ottica di politica criminale e di inasprimento delle pene.

In sostanza le modifiche introdotte, che aggravano il paradigma sanzionatorio, sfuggono alla sfera di prevedibilità del soggetto essendo anche indipendenti dalla sua condotta ed anche idonee a tramutare il panorama normativo che il condannato poteva rappresentarsi nel momento in cui commetteva la fattispecie di reato.

Orbene le modifiche apportate dalla L. n. 3/19 stravolgono i principi sino a qui richiamati, prevedendo che la pena sia scontata in carcere e creando quindi un nocumento, a livello di prevedibilità e coscienza del panorama sanzionatorio, nei confronti dei soggetti condannati per fatti antecedenti all’entrata in vigore della norma, il tutto riducendosi al contrario del principio di affidamento.

Ritiene infine il Tribunale la sussistenza di profili di legittimità costituzionale dell’art. 1, L. n. 3/19 con gli artt. 3 e 27, III comma, Cost. in quanto non prevede una disposizione di natura transitoria.

Sottolineano i giudici che la mancanza di tale disposizione crea una disparità di trattamento, in quanto incide su fatti pregressi, tra coloro la cui istanza al Tribunale di Sorveglianza competente abbia già avuto positiva trattazione rispetto ad altri, condannati per i medesimi reati, ed ancora in attesa di pronuncia stante il diverso carico degli uffici.

Ed allora la mancanza di tale disposizione temporale si traduce in una violazione delle norme costituzionali poiché, essendo la L. 3/19 suscettibile di applicazione retroattiva, crea una disparità di trattamento incidendo sul percorso rieducativo e senza che vi sia una colpevole condotta del condannato e senza quindi che possa esserci quella valutazione personale necessaria per applicare una misura alternativa più idonea al fine rieducativo.

Il Tribunale di Sorveglianza di Venezia ha quindi sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, lett. b), L. n. 3/19 nella parte in cui modificando l’art. 4 *bis*, I comma, Ord. Pen. si applica ai delitti di cui agli artt. 318,319,319 *quater* e 321 c.p., commessi anteriormente all’entrata in vigore della norma, per contrasto con gli artt.3, 25, II comma, 27, III comma, 117 Cost. e art. 7 CEDU.

5. Fenomeni di attrito: la mancata concessione della collaborazione ex art. 58 ter L. 354/75.

Il novellato art. 4 *bis* Ord. Pen. prevede che i c.d. benefici penitenziari possano essere concessi anche ai condannati per uno dei reati ostativi purché abbiano collaborato con la giustizia.

In sostanza il legislatore ha previsto un meccanismo premiale ed incentivante per coloro che, indagati o imputati in un procedimento per uno dei reati ricompresi nell'art. 4 *bis* Ord. pen e che, pertanto, in caso di condanna si vedrebbero negata la possibilità di usufruire, ad esempio, delle misure alternative alla detenzione, decidano di aiutare le attività investigative o si adoperino affinché l'attività criminale non si protragga nel tempo.

Se la concessione di tale beneficio, che in ultima analisi è l'unico strumento attraverso il quale il condannato ha la possibilità di evitare le rigide disposizioni dell'art. 4 *bis* Ord. Pen., sembra essere – da un primo punto di vista teorico - di facile applicazione, tale non è nella prassi giudiziaria.

L'applicazione della circostanza della collaborazione infatti è lasciata alla discrezionalità, nella fase delle indagini preliminari, del Pubblico Ministero mentre dopo la condanna passata in giudicato è demandata al Tribunale di Sorveglianza⁷.

In particolare, come accaduto nel procedimento penale che coinvolge il condannato la cui ordinanza è oggetto di commento, la collaborazione non viene concessa con un criterio automatico.

Nello specifico, durante la fase delle indagini l'imputato aveva reso ampie ed articolate dichiarazioni, che riguardavano altri soggetti coinvolti nel sodalizio criminale, di fatto portando un concreto aiuto alle indagini.

In sede di giudizio abbreviato tale circostanza non era stata concessa e nemmeno in grado di appello, neppure nella forma della c.d. collaborazione impossibile.

Ed ecco che qui si insinua la problematica.

La scelta dei riti alternativi, giudizio abbreviato o l'applicazione della pena su richiesta delle parti, ha il fine pratico di diminuire il carico sanzionatorio dell'imputato e di arrivare ad una celere definizione del procedimento, eliminando tutto quel procedimento approfondito di formazione della prova e di ricostruzione del fatto che è tipico del dibattimento.

È chiaro che la difesa dell'imputato, nella scelta dei riti alternativi, avrà tutto l'interesse a far emergere le circostanze tali per cui vi sia una mitigazione della pena in capo all'assistito ivi compreso il riconoscimento della collaborazione con la giustizia.

Altrettanto evidente è che, data la futura ripercussione sulla fase dell'esecuzione e le ostatività normative, la tale circostanza assume un ruolo decisivo e centrale tale per

⁷ Tale circostanza può bene essere riconosciuta ed applicata anche durante la fase di cognizione. In particolare la Corte d'Appello di Venezia, ha motivato la mancata concessione della collaborazione sulla scorta del fatto che l'imputato non avesse reso dichiarazioni complete e specifiche e non si sia adoperato - se non con apporti modesti - per elidere le conseguenze dannose del reato.

cui, il mancato riconoscimento in sede di rito alternativo – che per la natura intrinseca non prevede un'approfondita disamina degli elementi probatori – comporterebbe una sempre maggiore definizione del procedimento con il rito ordinario.

Nel dibattimento infatti il difensore ben potrebbe utilizzare gli strumenti dati dal legislatore, nella loro massima estensione, per dimostrare, ad esempio, la piena o impossibile collaborazione dell'imputato.

Di fatto quindi la scelta di riti alternativi verrebbe meno proprio per un bilanciamento degli interessi comportando questo un aggravio del sistema giudiziario e una fondamentale incertezza sulle modalità concrete che l'imputato debba porre in essere per ottenere il beneficio di cui all'art. 58 ter Ord. Pen..

Riprendendo l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza si evince come anche il sede di esecuzione il difensore abbia richiesto tale concessione, ben potendo il Tribunale – attraverso gli autonomi poteri – effettuare quel giudizio di valutazione sulle dichiarazioni etero e d auto accusatorie rilasciate all'epoca delle indagini dall'imputato.

A ben vedere il Tribunale si è fondamentalmente richiamato a quanto scritto nella sentenza dalla Corte d'Appello di Venezia e ha negato la concessione della collaborazione in quanto le dichiarazioni rese in sede di indagini sarebbero state parziali e non complete e l'imputato si sarebbe adoperato solo in minima parte per far cessare le condizioni ulteriori del reato.

Per quanto la Corte di Cassazione⁸ abbia dettato dei criteri basilari per il riconoscimento della collaborazione o della collaborazione impossibile, tale norma è connotata ancora da una grande cornice di discrezionalità che, dopo l'introduzione all'interno dell'art. 4 bis Ord. Pen, dei reati contro la Pubblica Amministrazione – che nella prassi generano per le modalità delle condotte e la partecipazione di più soggetti procedimenti penali di elevata complessità – potrebbe comportare un cambio di rotta nelle strategie difensive improntata proprio a far emergere, in sede dibattimentale, tutti gli elementi favorevoli alla concessione della disposizione ex art. 58 ter Ord. Pen. , al fine di evitare le draconiane disposizioni introdotte dalla L. n. 3/19.

6. Natura sostanziale o processuale: l'Ordinanza della Corte d'Appello di Reggio Calabria.

Sulla natura delle norme che regolano la fase dell'esecuzione e sull'interpretazione data dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia si è già avuto modo di soffermarsi nei paragrafi precedenti.

Tuttavia, sembra utile un confronto con la recente Ord. n. 87/19 della Corte d'Appello di Reggio Calabria che si distacca dal ragionamento effettuato dal Tribunale lagunare, seguendo invece la strada tracciata dal Giudice delle Indagini

Il quesito posto all'attenzione della Corte riguardava il profilo di applicazione del nuovo art. 656, IX comma, c.p.p, nei confronti dei procedimenti di esecuzione in

⁸ Cass. Pen., Sez. I, 21.11.18, n.6764; Cass. Pen., sez. I, 20.12.17, n.26073.

corso al momento della entrata in vigore della L. n. 3/19, o se sia individuabile un limite temporale solo a partire dal quale la norma di nuova introduzione può produrre effetto.

Quesito che si concretizza nel dare una definizione, se sostanziale o processuale, alle norme che regolano la fase esecutiva.

La Corte d'Appello infatti, al pari del Tribunale di Sorveglianza ripercorre quel percorso argomentativo seguito per anni dalla Corte di Cassazione che attribuisce natura sostanziale alle norme dell'esecuzione e quindi sostenute dal principio del *tempus regit actum*, con la conseguenza che le eventuali modifiche si applicheranno anche ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore.

Ed anche in caso tuttavia i Giudici del gravame hanno deciso di discostarsi da tale storica interpretazione.

L'interpretazione sostanziale richiamata si basa sulle medesime conclusioni raggiunte dal Tribunale di Venezia e cioè che una modifica decisamente peggiorativa delle disposizioni penitenziarie non concretamente prevedibili dal condannato al momento della commissione del reato – è chiaramente idonea ad incidere sul bene della libertà personale e sull'esecuzione della pena, comportando aggravio ed un pregiudizio per il condannato.

Se il punto di partenza è comune così come anche una parte del ragionamento, differente è il punto di approdo.

La Corte d'Appello di Reggio Calabria non ha ravvisato profili di incostituzionalità sollevando la questione, ma ha sospeso l'ordine di esecuzione emesso dalla Procura della Repubblica per trenta giorni, sulla base della mancanza di una disposizione transitoria che detti con precisione il momento applicativo dell'art. 1, VI comma, L. 3/19 ed il conseguente aggravio non prevedibile del trattamento penitenziario in capo al condannato.

7. Conclusioni.

L'introduzione, ad opera dell'art. 1, VI comma, L. 3/19, dei reati contro la Pubblica Amministrazione all'interno dell'ormai vasto contenitore di politica criminale che è l'art. 4 *bis* Ord. Pen. sembra rispondere più ad esigenze di giustizialismo giacobino che ad una vera tutela del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia ben inquadrano gli attriti e i conflitti di questa nuova disposizione con le norme costituzionali, artt. 3, 25, II comma, 27, III comma, 117 Cost., e con quelle comunitarie, l'art. 7 della CEDU.

Si evince come i giudici di merito abbiano preso le distanze da quello che sembrava un dogma inattaccabile e immutabile riguardante la natura delle norme penitenziarie, basandosi sulla *sostanziale* incidenza delle stesse, alla luce delle indicazioni ermeneutiche provenienti da Strasburgo.

Ed effettivamente un'interpretazione volta a evidenziare la *sostanza* degli istituti esaminati, pare maggiormente in grado di cogliere la reale natura *afflittiva* di quelle

disposizioni che, incidendo su istituti come quello delle misure alternative alla detenzione, si riverberano concretamente sulla *qualità* della pena irrogata.

È quanto mai lapalissiana infatti l'incidenza che queste norme hanno su beni fondamentali dell'individuo, quali la libertà personale, determinando l'esito per cui l'esecuzione della pena avvenga in una struttura carceraria ovvero attraverso un mezzo alternativo alla detenzione. Ciò senza contare peraltro che una disposizione come l'art. 1, co. 6, lett. b), l. 3/2019 comporta una disparità di trattamento nei confronti di soggetti che, condannati per i medesimi reati, abbiano visto decisa la loro situazione dal un Tribunale di Sorveglianza, in dipendenza dal carico di lavoro o dalla velocità di trattazione dei fascicoli.

Orbene ben individua il Tribunale di Sorveglianza i tre profili di incostituzionalità dell'art. 1, L. n. 3/19 con gli artt. 25, II comma, 117 Cost. e art. 7 CEDU per violazione del principio di irretroattività della legge penale e per violazione del principio di affidamento ed infine con gli artt. 3 e 27, III comma, Cost. in quanto non prevede una disposizione di natura transitoria.

Questo trittico verrà ora sottoposto al vaglio dei Giudici della Consulta i quali saranno chiamati ad una valutazione che fondamentalmente riguarderà, in prima battuta, la *vexata quaestio* della natura delle norme dell'esecuzione.

Indipendentemente poi da che strada si preferisca seguire, se cioè la sospensione dell'ordine di esecuzione o le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia, il dato certo è che l'attuale formula normativa dell'art. 1, VI comma, lett. b) L. n. 3/19 crea seri e fondati dubbi sulla sua efficacia temporale e sulla sua applicabilità.

Ed ecco che, come già accaduto in passato, la Corte Costituzionale è chiamata a colmare quel divario lacunoso che sussiste tra la creazione di una norma da parte del legislatore e la sua concreta applicazione nelle aule di giustizia ad opera dei vari operatori, siano essi avvocati o magistrati, per il fine ultimo della tutela e rispetto delle disposizioni del diritto interno e convenzionale.