

## La spazzacorrotti al vaglio della Consulta: una decisione annunciata.

di *Francesco Martin*

**Sommario.** 1. La vicenda processuale e l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Venezia. – 2. L'udienza avanti la Corte: i profili difensivi. – 3. La decisione della Corte.

### 1. La vicenda processuale e l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Venezia.

Negli ultimi giorni la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in merito alle molteplici questioni di legittimità costituzionale della L. n. 3/19, c.d. Spazzacorrotti, sollevate dai Tribunali<sup>1</sup>.

La questione, giova ricordarlo, riguarda le modifiche all'art. 4 *bis*, I comma, della Legge 26 luglio 1975, n. 354, che ha aggiunto taluni dei più gravi reati contro la Pubblica amministrazione nell'alveo dei c.d. reati ostativi.

L'art. 4 *bis* dell'O.P., 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.

Tralasciando il giudizio circa la coerenza di inserire tali reati all'interno dell'art. 4 *bis* O.P. e il contrasto - nemmeno troppo velato - con la *ratio* che aveva spinto il legislatore a prevedere l'esclusione all'accesso dei benefici penitenziari per particolari categorie di reati, emerge una concreta problematica sul piano pratico.

Il vero punto, che poi emergerà con maggiore chiarezza, 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

---

<sup>1</sup> Ordinanze di rimessione alla Corte Cost. dell'art. 1, co. 6, lett. B) legge 3/2019, sollevate dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia (ord. 114/2019, 8 aprile 2019), dalla Corte di Appello di Lecce (ord. 115/2019, 4 aprile 2019), dal Tribunale di Cagliari (ord. 118/2019, 10 giugno 2019), dal Tribunale di Napoli (ord. 119/2019, 2 aprile 2019) dal Tribunale di Sorveglianza di Taranto (ord. 157/2019, 7 giugno 2019), dal Tribunale di Brindisi (ord. 160/2019 e ord. 161/2019, entrambe del 30 aprile 2019), dal GIP di Caltanissetta (ord. 193/2019 e ord. 194/2019, entrambe del 16 luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Potenza (ord. 210/2019, 31 luglio 2019), dal Tribunale di Sorveglianza di Salerno (ord. 220/2019, 12 giugno 2019); Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, in DPC, 8 aprile 2019, con nota di GATTA G.L., *Estensione del regime ex art. 4-bis.o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale*;

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?

Guardando la questione da un punto prettamente di diritto, il punto centrale concerne la natura delle norme che regolano la fase dell'esecuzione cioè se esse debbano essere classificate come processuali ovvero sostanziali<sup>2</sup>.

Difatti, e qui si collega la problematica applicativa, la L. n. 3/2019 non contiene una disciplina transitoria che regoli l'operatività temporale, in particolare limitandola *pro futuro*.

Di conseguenza 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.

Una delle ordinanze che ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale è stata sollevata, su input del difensore del condannato, dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia<sup>3</sup>.

Brevemente, l'allora imputato 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 tre di reclusione.

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. n. 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.*

---

<sup>2</sup> MANES, V., *L'estensione dell'art. 4-bis ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in Dir. pen. cont., 2/2019, p. 113; BARON L., *'Spazzacorrotti', art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale*, in Dir. pen. cont., 5/2019, p. 156; FIORE S., *Norme dell'ordinamento penitenziario e principio di irretroattività. L'ipocrisia (smascherata) dei formalismi definitivi e le «cose che accadono al di sopra delle parole»*, in Arch. pen., fasc. 3, 2019, p. 22; FRAGASSO B., *Legge "spazzacorrotti" e regime ostativo all'accesso alle misure alternative alla detenzione per i delitti contro la P.A. (art. 4 bis o.p.): le questioni di legittimità costituzionale relative al regime intertemporale*, in Sistema Penale, 6.2.20.

<sup>3</sup> Ordinanza n. 1188/19, Tribunale di Sorveglianza di Venezia – Relatore Fiorentin – Presidente Pavarin.

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, VI comma, lett. b), L. n. 3/19, anche al caso de quo, recando con sé il connesso problema della possibilità di accedere ai benefici penitenziari.

Le questioni poste al Tribunale di Sorveglianza lagunare e poi riprese avanti la Consulta concernevano, come già espresso, la natura delle norme che regolano la fase dell’esecuzione.

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 legittimità<sup>4</sup> – 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, II comma, 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<sup>5</sup>, 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*, I comma, O.P. determinasse un mutamento significativo della sanzione concretamente inflitta, nella misura in cui la pena irrogata per i delitti – indicati nella legge c.d. ‘spazzacorrotti’ – vede radicalmente mutare il proprio regime: da pena “alternativa” a pena detentiva “effettiva”.

## **2. L’udienza avanti la Corte: i profili difensivi.**

Investita della questione di legittimità sollevata, tra le altre, dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia la Corte Costituzionale ha fissato l’udienza.

<sup>4</sup> Cass. Pen., Sez. Un., 28.09.06, n. 12541.

<sup>5</sup> 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).

Il Giudice relatore nella sua introduzione preliminare ha illustrato le problematiche sottese alla decisione, soffermandosi in particolare sulla mancanza di una disposizione transitoria che stabilisca un momento, certo e preciso, in cui la spazzacorrotti trovi applicazione.

Una delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalle varie corti territoriali, concerneva anche il legittimo inserimento dei reati contro la P.A all'interno dell'art. 4 bis O.P..

L'attenzione dei Giudici della Corte Costituzionale si è focalizzata su quattro aspetti centrali che racchiudono tutte le tematiche poste.

La prima questione attiene l'art. 25, comma II, Cost. che sancisce il divieto di irretroattività delle misure sfavorevoli al soggetto.

Su tale punto il collegio difensivo, nelle memorie presentate, ha ritenuto che si dovesse dichiarare la preponderanza del diritto vivente, che considera le norme riguardanti l'esecuzione della pena soggette al principio del *tempus regit actum*.

La seconda tematica concerneva l'art. 27, II comma, Cost. cioè la funzione rieducativa della pena che entra in considerazione sotto il possibile profilo di frustrazione del percorso rieducativo che il condannato ha posto in essere.

La L. n. 3/19 contrasterebbe con la logica di ancorare, al tempo in cui si cristallizzerebbe, la scelta processuale e difensiva del condannato in ragione del quadro normativo in vigore.

Come terzo inquadramento emerge una lesione al diritto di difesa, di cui all'art. 24 Cost., nel senso che le strategie difensive che si fondavano sulla scelta di un rito alternativo, l'applicazione della pena su consenso delle parti, che presumibilmente avrebbe dato accesso ad una misura alternativa alla detenzione come l'affidamento in prova al servizio sociale, sarebbero state frustrate dall'applicazione retroattiva della spazzacorrotti.

Il quarto ed ultimo punto constatava, su specifica indicazione delle ordinanze sollevate dai giudici di esecuzione, l'art. 656, IX comma, c.p.p. che tuttavia non è stato oggetto di modifiche da parte della L. n. 3/19.

Con riferimento a tale ultimo punto i rimettenti si interrogavano se una norma collocata nel codice di procedura penale dovesse essere considerata come norma sostanziale, coperta quindi dalla garanzia dell'art. 25, II comma, Cost..

Su tali elementi i difensori sono stati sollecitati ad esprimersi e motivare le loro ragioni.

La discussione in particolare ha ricostruito preliminarmente la vicenda processuale del condannato, illustrando prima i profili di indagini e poi processuali che hanno portato la questione ad evolversi vari gradi di giudizio, poi nella fase dell'esecuzione avanti al Tribunale di Sorveglianza di Venezia ed infine avanti alla Corte Costituzionale.

In particolare, all'epoca, la scelta di un rito alternativo (rito abbreviato) era stata determinata dalla possibilità di, in virtù dello sconto di pena, ottenere una condanna entro i quattro anni di reclusione e conseguentemente di poter accedere, in maniera ragionevole, ai benefici penitenziari quali l'affidamento in prova ai servizi sociali.

Dalla ricostruzione della vicenda, già effettuata in precedenza, emerge come la nuova norma incida sulla qualità della pena e sia connotata da quel requisito di gravità della modifica, che incide sullo *status libertatis*.

Vi sarebbe stato quindi un cambio di scenario, non previsto e prevedibile, rispetto alla norma previgente che assicurava la possibilità di trascorrere la pena in regime diverso da quello intramurario.

Proprio in tale ottica la lettura che deve essere necessariamente fatta del principio di legalità non deve essere quella di una mera garanzia costituzionale, ma della tenuta dello stato di diritto e della sua preminenza rispetto a mutamenti arbitrari.

La posizione formalistica, che viene così spesso adottata, dell'art. 25, II comma, Cost. è stata ereditata dal codice Rocco e quindi ricalca il primo impianto codicistico, di epoca fascista, che non si prestava in maniera così elastica ad interpretazioni.

Tuttavia come tutte le scienze, anche il diritto si evolve, muta e si modifica.

L'approccio formalistico deve quindi ormai lasciare il posto quello sostanziale, che è destinato a dare un'applicazione non astratta, ma concreta alle norme dell'ordinamento penitenziario.

Già la dottrina italiana, con Bricola<sup>6</sup> *in primis*, da anni ormai invocava rispetto a diverse norme penitenziarie l'estensione del principio di irretroattività, in virtù della loro natura punitiva e afflittiva.

Non si tratta tuttavia di effettuare un'estensione a tutte le norme dell'O.P. in maniera indiscriminata ed omogenea, ma è necessario differenziare in ragione delle diverse costellazioni di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario ed in virtù del fatto che solo alcune incidono sul regime di espiazione della pena intramuraria.

Differenziazione che emerge già nella giurisprudenza<sup>7</sup> della Corte Costituzionale che si focalizza nel limitare ed escludere dal raggio dell'irretroattività la modificazione degli elementi costitutivi degli istituti oggetto dei provvedimenti.

È quindi doveroso prima che logico, in virtù di una maggiore tutela del cittadino, estendere il divieto di irretroattività alle modifiche che attengano ai presupposti per la concessione delle misure alternative alla detenzione.

La L. n. 3/19 poi solleva delle problematiche e dei dubbi anche con riferimento all'art. 27, III comma, Cost. per quanto attiene alla funzione rieducativa e alla proporzionalità della pena che viene affidata – pur ovviamente entro i limiti del codice – alla discrezionalità del giudice.

In tal caso il principio di irretroattività si pone quindi non solo come protezione del singolo (*Schutzrecht*), ma come articolazione dello stato di diritto di tutela di istanze e protezione.

Ed invero ampliando l'ottica in chiave europea e nazionale si evince come anche altre Corti abbiano avuto modo di pronunciarsi su tale argomento.

---

<sup>6</sup> BRICOLA F., *Il 2° e il 3° comma dell'art. 25*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione - vol. Rapporti civili*, Bologna - Roma, Zanichelli – Il foro italiano, 1981, p. 299, che affermava che era necessario «riportare al tempo della commissione del fatto il quadro di riferimento normativo dell'esecuzione»

<sup>7</sup> Sent. n. 273/01 ed Ord. n. 280/01.

Le *Conseil Constitutionnel* nel 1986 ha dato una risposta diversificata su tale argomento, estendendo a determinate misure o modifiche normative che erano connotate da un contenuto afflittivo, il principio dell'irretroattività.

Tale organo ha poi riformato l'art. 112, III par., del *Code pénal* affermando che le pene più severe si applicano solo a fatti posteriori.

Quindi, pur non riconoscendo una natura sostanziale alle disposizioni della fase esecutiva, la Corte francese ha affermato l'irretroattività della misura più sfavorevole confermando la preminenza dello stato di diritto.

Anche la Corte *Supreme Court of Canada* si è, nel 2016, espressa sul punto ritenendo che la modifica in tema di esecuzione pena abbia un significativo e concreto impatto sulla libertà dell'imputato.

Dello stesso avviso è la *Supreme Court of the United States* che evoca l'idea che debba sussistere l'irretroattività in tutte le ipotesi in cui vi sia un sufficiente rischio di un aumento della sanzione inflitta.

Infine la *Bundesverfassungsgericht*, chiamata ad esprimersi in merito all'art. 20, III par., del *Grundgesetz*, pur mantenendo una distinzione tra norme di diritto sostanziale e quelle dell'esecuzione ha affermato che deve sempre sussistere il limite invalicabile del rispetto di determinatezza derivante dallo stato di diritto.

Lo Stato quindi non può, come uno scaltro croupier, cambiare "le carte in tavola" in quanto deve – per sua stessa natura - garantire il cittadino dai cambiamenti arbitrari del diritto nel rispetto di quelle clausole che lo stesso Stato ha pattuito con il cittadino.

In difetto di queste garanzie il cittadino sarebbe relegato al mero ruolo di suddito, di medievale memoria, assoggettato alla volubilità del Leviatano.

Infine qualora non venisse accolta la tesi prospettata circa la doverosa estensione del principio di l'irretroattività, sorgerebbero come corollario una serie di questioni di legittimità costituzionale.

Una fra tutte quella inerente al consenso dell'imputato per il patteggiamento.

Tale consenso appunto si basa sul quadro normativo esistente e quindi sulle norme in vigore all'epoca senza che sussista la possibilità, per l'imputato, di revocarlo successivamente.

Se quindi non venisse esteso il principio di irretroattività la mancata possibilità di revocare il consenso sarebbe costituzionalmente illegittima in quanto lesiva del diritto di difesa del singolo il quale ha posto in essere delle scelte processuali e difensive basate su norme non più in vigore.

Dello stesso avviso è stata la posizione dell'Avvocato Generale dello Stato, il quale si è unito alle conclusioni dei difensori ritenendo che ogni disposizione legislativa che incida sul *quatum* di libertà del detenuto debba essere inquadrata come una norma di diritto sostanziale.

Deve essere quindi superato il riferimento ad un approccio formalistico alla luce di tenere conto del punto di vista del cittadino.

**3. La decisione della Corte.**

La Corte Costituzionale ha preso atto che secondo costante interpretazione giurisprudenziale le modifiche peggiorative delle misure alternative alla detenzione vengono applicate retroattivamente e che questo principio è stato sinora seguito dalla giurisprudenza anche con riferimento alla L. n. 3/19.

La Consulta ha quindi dichiarato questa interpretazione costituzionalmente illegittima con riferimento alle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione successivo alla sentenza di condanna.

L'applicazione retroattiva di una disciplina che comporta una radicale trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale è incompatibile con il principio di legalità *ex art. 25, II comma, Cost.*