

La Legislazione Penale

$\frac{4}{2014}$

Estratto



Jovene editore

LA LEGISLAZIONE PENALE

Fondata da: Mario Chiavario e Tullio Padovani

Diretta da: Giovannangelo De Francesco - Alberto Gargani
Domenico Manzione - Enrico Marzaduri - Laura Scomparin

Direttore responsabile: Serena Quattrocolo

Comitato scientifico: Chiara Amalfitano - Donato Castronuovo - Francesco Cingari
Alberto di Martino - Luciano Eusebi - Benedetta Galgani - Mitja Gialuz
Ciro Grandi - Daniele Negri - Domenico Notaro - Serena Quattrocolo
Stefano Ruggeri - Giandomenico Salcuni - Paola Spagnolo - Antonio Vallini

Redattori: Serena Quattrocolo - Paola Spagnolo

Revisori: Marta Bargis - David Brunelli - Stefano Canestrari - Gilberto Lozzi
Francesco Mucciarelli - Guido Neppi Modona - Francesco Palazzo - Marco Pelissero
Domenico Pulitanò - Lucia Risicato - Metello Scaparone - Enzo Zappalà

La collaborazione alla Rivista è di volta in volta richiesta dalla Direzione. Le opinioni espresse nei singoli saggi impegnano esclusivamente la responsabilità dei rispettivi autori. Al fine di garantire ulteriormente il livello scientifico dei contributi, la Direzione di «LP» ha inoltre costituito un Comitato di Revisori, formato da qualificati esponenti della cultura giuridica italiana che, secondo le rispettive competenze, saranno chiamati a fornire in forma anonima le loro valutazioni, secondo una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizi, sugli scritti di Autori non facenti parte della Direzione, da pubblicare nelle sezioni «Testi sotto obiettivo», «Commenti articolo per articolo», «Il punto su».

Amministrazione e pubblicità

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Condizioni di abbonamento: Italia € 182,00 - Estero: €362,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:

- a) con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore. I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Registrazione presso il Tribunale di Torino n. 2989 del 30 ottobre 1980.

Finito di stampare nel marzo 2015 - Ink Print Service - Napoli.

Art. 4

Liberazione anticipata speciale

1. *(Ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni,)* Per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 è pari a settantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata.

2. Ai condannati che, a decorrere dal 1° gennaio 2010, abbiano già usufruito della liberazione anticipata, è riconosciuta per ogni singolo semestre la maggiore detrazione di trenta giorni, sempre che nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio abbiano conti-

nuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

3. La detrazione prevista dal comma precedente si applica anche ai semestri di pena in corso di espiazione alla data dell'1° gennaio 2010.

4. *(Comma soppresso dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10).*

5. Le disposizioni di cui ai commi precedenti non si applicano ai condannati ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative (, né ai condannati che siano stati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari ai sensi dell'articolo 656, comma 10, del codice di procedura penale).

Liberazione anticipata e “riduzione controllata” del sovraffollamento carcerario

Commento di PASQUALE BRONZO

SOMMARIO: 1. Generalità. – 2. Precedenti – 3. *Ratio* – 4. Valenza compensativa? – 5. Sconto speciale e sconto integrativo. – 5. Periodi valutabili. – 6. L'esclusione dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 4-bis Op. – 7. Scioglimento dei cumuli. – 8. Problemi di diritto intertemporale.

1. La previsione è centrale nella strategia normativa di contrasto al sovraffollamento carcerario perseguita dal decreto legge. Secondo le indicazioni date dalla Corte europea nella sentenza pilota (Torreggiani c. Italia) che ha condannato il nostro Paese, il provvedimento mette in campo una combinazione di rimedi: alcuni, *interni* al sistema penitenziario, passano attraverso una miglior tutela dei diritti dei detenuti; altri, *esterni*, puntano alla deflazione: alla riduzione dei flussi di entrata in

carcere (attraverso l'abbattimento della massiccia presenza di tossicodipendenti e cittadini extracomunitari) e all'aumento di quelli in uscita (con interventi di potenziamento delle misure alternative¹).

Ora, però, siccome la soluzione del 'problema-carceri' richiede anche un minor ricorso allo strumento carcerario (ossia un ripensamento del sistema della pena e delle cautele personali) ecco che la disciplina in commento si preoccupa di assicurare una rapida decongestione degli istituti prevedendo un – temporaneo – ma sostanzioso innalzamento degli sconti di pena previsti a titolo di liberazione anticipata: il ripristino della legalità dell'espiazione penitenziaria non può attendere i tempi necessari al riforme sistematiche².

Questa *urgenza* è stata sottolineata anche dalla nostra Corte costituzionale quando si è trovata a decidere una questione riguardante il rinvio della pena *ex art.* 147 c.p., del quale veniva invocato un impiego in chiave anti-sovrappollamento. Dopo aver notato che le misure amministrative (spostamenti, trasferimenti e simili) naturali risposte ai problemi di 'organizzazione', possono essere impraticabili o addirittura disfunzionali in una condizione di crisi grave e generalizzata³, la Corte ha affermato che i nostri livelli di tensione rendevano ineludibili soluzioni normative di *extrema ratio*, e si era spinta ad ipotizzarne il tenore, evocando modi di prosecuzione extracarceraria della pena, accompagnata da «misure sanzionatorie e di controllo»⁴.

¹ In ciò proseguendo l'opera già intrapresa negli ultimi provvedimenti in materia di esecuzione penale (l. 26.11.2010, n. 199, seguita dal d.l. 22.12.2011, n. 211 conv. in l. dalla l. 17.2.2012, n. 9 e dal d.l. 1.7.2013, n. 78, conv. in l. dalla l. 9.8.2013, n. 94).

² Il riferimento è alla l. 28.4.2014, n. 67, «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili» e, per quanto riguarda la detenzione cautelare, il d.d.l. n. 1232, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali». È appena il caso di precisare che, siccome il ricorso alla carcerazione non è comprimibile oltre certe soglie, resta pur sempre fondamentale mantenere le *condizioni carcerarie* entro livelli accettabili, attraverso buone politiche amministrative (specie in materia di edilizia carceraria), e 'buone prassi', amministrative e giudiziarie.

³ Per la rottura del principio di prossimità territoriale dell'esecuzione penitenziaria, ad esempio.

⁴ C. cost., 22.11.2013, n. 279, in *RIDPP* 2013, 997 con nota di F. Della Casa, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "antiovercrowding"*. Si poneva in dubbio che fosse costituzionalmente legittimo prevedere un rinvio della pena per le situazioni in cui il condannato versi in condizioni di infermità fisica, e non anche per quelle in cui l'esecuzione carceraria si svolga in condizioni contrarie al senso di umanità. La Corte ha ritenuto inammissibile la questione data la pluralità delle soluzioni normative possibili; quanto all'art. 147 Cp, ha osservato come l'istituto non si presti a fungere da rimedio 'preventivo' del sovrappollamento: ove pure riuscisse a diminuire la popolazione carceraria, lo farebbe in modo casuale, e a prezzo di un'intollerabile di disparità trattamento tra i detenuti, che si vedrebbero o no differire l'esecuzione in mancanza di un criterio idoneo a selezionare chi debba ottenere il rinvio fino al raggiungimento del numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie (cfr., F. Della Casa, *Il problematico impiego*, cit., 1007; G. Dodaro, *Il sovrappollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *QuadCost* 2013, 431).

Anche a tal fine – come ‘soluzione-tampone’ – viene impiegata una misura alternativa alla detenzione (ancorché *sui generis*) come la liberazione anticipata. Non già quale *rimedio individuale* alla violazione determinata dal sovraffollamento, come nella prospettiva coltivata nella citata questione di costituzionalità⁵, bensì quale *misura generale*, e *temporanea*, per contrastare l'*attuale* situazione di crisi. Il legislatore specula sulla valenza deflativa dell'istituto trattamentale: potenziandolo, mira a ricondurre i numeri della popolazione carceraria entro soglie compatibili con un'espiazione rispettosa dell'umanità dei reclusi, e dunque pienamente legale, per il tempo sufficiente perché le riforme vengano poste in opera o comincino a sortire i loro effetti.

Tra le molteplici previsioni del decreto la «liberazione anticipata speciale» è dunque quella cui più si addice il rude appellativo teleologico di ‘svuota-carceri’. In verità, i livelli raggiunti dalla popolazione carceraria erano tali che una riduzione entro soglie ‘normali’ sarebbe stata *compiutamente* conseguibile – per via legislativa – solo attraverso una soluzione clemenziale. Questa è stata tuttavia esclusa, per motivi sia tecnici (la brevità degli effetti, anzitutto) che politici, cioè per il costo in termini di credibilità del sistema penale. Da quest'ultimo punto di vista ha pesato l'applicabilità indiscriminata sull'intera popolazione penitenziaria: l'atto d'indulgenza non sarebbe stato direzionabile né in base alle condizioni individuali di detenzione, né in base alla pericolosità sociale dei detenuti: l'unica selezione possibile, per bilanciare istanze di legalità della pena e istanze di sicurezza collettiva, sarebbe stata quella, *molto sommaria*, basata sui reati ai quali le condanne si riferiscono.

Scartati rimedi individuali e atti generali di clemenza, il legislatore ha scelto piuttosto di aumentare gli abbuoni di pena che vengono riconosciuti al detenuto, per ogni semestre espiauto, quando il magistrato di sorveglianza verifichi la sua partecipazione all'opera di riduzione (art. 54 Op): un mese in più di detrazione per ogni semestre. Un ampliamento temporaneo, operante solo per i periodi di detenzione scontati nel triennio anteriore al decreto legge (2010-2013) e per quelli scontati nel biennio successivo (2013-2015).

Scopo principale è l'aumento dei tassi di uscita dal carcere, per fine-pena o per raggiungimento delle soglie di ammissione all'espiazione extracarceraria: le detrazioni non solo abbreviano la pena ma, essendo considerate ‘pena scontata’, accelerano il raggiungimento dei limiti di espiazione per la fruizione di altri benefici e misure extracarcerarie (art. 54 co. 4 Op), ciò che moltiplica gli effetti deflativi dello sconto.

⁵ In effetti, qualsiasi soluzione *individuale* sarebbe problematica, se non altro per i criteri per la selezione degli ‘aventi diritto’. Il rinvio della pena previsto dal codice tedesco (§ 455a StPO), su richiesta del p.m. anche contro la volontà del detenuto, sembra inadatto a sistemi in cui il fenomeno è endemico e diffuso come da noi. Altrove soccorrono rimedi di carattere generale, ad esempio, meccanismi-valvola che consentono il rilascio anticipato dei detenuti quando la popolazione carceraria diventi eccessiva (cfr. per ulteriori rinvii, P. Bronzo, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, in AP, 2014, n. 2, 627 nt. 39).

Inoltre, anche se la disposizione non dice nulla in proposito, l'aumento dello sconto non può non rilevare anche nel calcolo 'preventivo' delle detrazioni a titolo di liberazione anticipata che il pubblico ministero è chiamato ad effettuare ai fini dell'eventuale sospensione dell'ordine di esecuzione, dopo le modifiche apportate all'art. 656 Cpp dal d.l. 1.7.2013, n. 78 (conv. in l. dalla l. 14.9.2013 n. 93). In questo modo la liberazione anticipata speciale dovrebbe servire pure a ridurre i flussi 'in entrata'⁶.

2. Non è il primo regime transitorio in materia di 'liberazione anticipata': ne era stata previsto un altro quando, con la Legge Gozzini del 1986, la misura dello sconto di cui all'art. 54 fu innalzata dagli originari venti giorni a quarantacinque. In quell'occasione la modifica fu accompagnata infatti da un regime transitorio 'retrospettivo', ossia applicabile a periodi già scontati all'entrata in vigore della novella, secondo cui la maggior detrazione da allora in avanti garantita ai detenuti che partecipassero all'opera rieducativa, veniva riconosciuta *a partire* da una certa soglia temporale *anteriore*⁷.

Gli scopi di quella disciplina temporanea erano però differenti, ed in parte opposti a questa liberazione anticipata speciale. Al tempo, la fissazione di un periodo di applicazione retrospettiva dell'istituto mirava principalmente a contenere l'effetto della novella, che altrimenti – secondo l'opinione allora corrente per cui le norme penitenziarie sono soggette al principio penalistico della *lex mitior* – avrebbe proiettato i propri effetti a ritroso su tutte le esecuzioni in corso. La (limitata) retroattività servì pertanto ad evitare quello che sembrava un 'eccesso di indulgenza', visto l'ingente elevazione dello sconto, più che raddoppiato dalla novella⁸.

Oggi invece, che secondo la giurisprudenza la successione delle norme penitenziarie risponde al medesimo principio che regola gli effetti dell'avvicendamento delle norme processuali (*tempus regit actum*), la 'retroattività' della maggiorazione dello sconto penale è stata prevista al – dichiarato – fine di «aumentare l'impatto deflativo» della novella sulla popolazione carceraria⁹.

⁶ Cfr. P. F. Iovino, *La liberazione anticipata speciale*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Conti, Marandola, Varraso (a cura di), Padova 2014, 77).

⁷ Si riporta il testo: «la detrazione di pena prevista dall'art. 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall'art. 18 della presente legge, si applica con provvedimento del tribunale di sorveglianza anche ai semestri di pena scontata successivi alla data del 31 agosto 1981 nonché al semestre in corso a quella data, nella misura di 45 giorni, o in quella integrativa di 25 giorni nei casi in cui sono state già concesse le detrazioni di pena secondo le norme preesistenti» (art. 30 l. 10 ottobre 1896, n. 663).

⁸ Certamente la retroattività garantiva alla novella, varata nel segno di una minor carcerizzazione e dell'individualizzazione del trattamento penitenziario, un impatto benefico sulla popolosità delle carceri (cfr. G. La Greca, *Sub art. 30 l. 10.1.1986, n. 633*, in *LP* 1987, 237). Ma l'effetto deflativo, allora, fu secondario e non dipendeva dalla scelta legislativa, che anzi lo 'conteneva'.

⁹ Cfr. Relazione al disegno di legge di conversione (*Atto Camera n. 1921, 7*, in www.camera.it).

3. La logica di fondo dell'istituto appare largamente apprezzabile. In primo luogo esso, inserendosi in un contesto di iniziative strutturali, ne trae legittimazione come scelta di politica criminale: come detto, l'obiettivo finale è quello di decongestionare il più rapidamente possibile una situazione giunta ad intollerabili livelli di affollamento, e propiziare il mantenimento di tassi accettabili almeno per un certo lasso di tempo, quello occorrente affinché le modifiche già accennate siano portate a termine ed inizino a produrre i loro effetti.

Inoltre, e soprattutto, la decarcerizzazione non è perseguita con provvedimenti generali ma attraverso misure applicate e dosate dal giudice, sulla base di valutazioni di meritevolezza, precluse in presenza di elementi che giustifichino un giudizio di attuale pericolosità del detenuto, revocabili in caso di ricaduta nel delitto (art. 54 co. 3 Op) e di inosservanza delle prescrizioni, con divieto, in questi casi, di ulteriori concessioni per un certo tempo (art. 58-*quater* Op).

Nell'opinione pubblica si è subito fatto strada il timore che l'istituto in parola possa trasformarsi in un 'indulto mascherato'. Del resto, simili perplessità accompagnano sin dalle sue origini la liberazione anticipata, della quale si è sempre temuta un'applicazione tanto largheggiante da trasformare l'istituto in una «una sorta di indulto perpetuo parziale» o «una modificazione trasversale», per via penitenziaria, degli alti livelli sanzionatori del codice Rocco¹⁰.

Si tratta di riserve che meritano considerazione, ponendo in giusta evidenza il rischio che la *routine* allontani la liberazione anticipata dalla *ratio* trattamentale¹¹, ma che non sono in grado di porre in crisi la giustificazione della scelta legislativa. Il super-impegno è il costo del tipo di intervento messo in campo: non un provvedimento clemenziale ma una deflazione selettiva e, in qualche modo, 'ragionevole'.

4. La relazione al decreto suggerisce l'idea che l'istituto, oltre che essere un espediente deflativo valga anche a 'compensare' del danno da sovraffollamento¹², ma lo escluderemmo, alla luce di tre rilievi. Anzi-

¹⁰ E. Fassone, *Le misure alternative alla detenzione*, in E. Fassone, T. Basile, G. Tuccillo, *La riforma penitenziaria*, Napoli 1987, 74.

¹¹ Il pericolo di applicazioni indiscriminate è inversamente proporzionale all'impegno valutativo del magistrato, all'offerta rieducativa, all'efficienza del sistema di osservazione, e questa misura rappresenta di certo una sfida per la giurisdizione di sorveglianza che, lontana della tensione del processo penale, risente della *routine*, e forse rischia la burocratizzazione più di altre attività giudiziarie.

¹² Cfr. la relazione al disegno di legge di conversione (*Atto Camera n. 1921, 7*, in www.camera.it) dove si afferma che la previsione rientrerebbe tra quelle misure compensative che la Corte europea esortava a mettere in campo per garantire riparazione alle violazioni dell'art. 3 Cedu, ma non motiva l'assunto, limitandosi a sottolineare la circostanza (poco significativa: cfr. volendo P. Bronzo, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, cit., 627) che l'inizio dell'effetto retroattivo coincide con la dichiarazione dello stato di emergenza carceraria.

Una liberazione anticipata «*compensativa*» era stata proposta durante i lavori di conversione del decreto, ipotizzando un art. 54-*bis* («A prescindere dal presupposto di cui al comma 1 dell'articolo 54, per ogni mese di detenzione [...] una detrazione di

tutto, suggerisce il contrario la circostanza che la maggior detrazione viene riconosciuta sia a chi ha patito carcerazioni disumane sia a chi ha scontato la pena in un carcere modello e nelle migliori condizioni possibili. Non basta: se la misura fosse compensativa, il presupposto della partecipazione al trattamento rieducativo suonerebbe incongruo, perché il detenuto che non ha aderito ad alcuna opportunità riabilitativa ha diritto ad una riparazione del maltrattamento quanto il detenuto partecipe. Infine, sarebbe inspiegabile l'inapplicabilità dello sconto alle persone ristrette prima del 1° febbraio 2010, in condizioni analoghe o anche più gravose rispetto a quelle ritenute lesive dell'art. 3 Cedu dalla sentenza 'Sulejmanovic'¹³.

Insomma, siamo di fronte ad un intervento volto a decongestionare gli istituti di pena. Altre funzioni non se ne vedono; ovvio che, consistendo in un potenziamento delle riduzioni connesse alla liberazione anticipata ex art. 54 Op, il maggior sconto contribuisce alla funzione promozionale propria di quest'ultima, ma non diremmo che la previsione abbia scopo trattamentale.

Alla luce di quanto detto, l'istituto (almeno nella versione originaria del decreto, cioè come misura universalmente applicabile) non sembra meritare le critiche che spesso ha raccolto. Viene anzi da chiedersi se il legislatore non abbia perduto una buona occasione per prevedere, magari accanto all'aumento temporaneo e straordinario, un innalzamento – meno marcato ma definitivo – dell'ordinaria decurtazione di cui al citato art. 54 Op. A fronte della diffusa istanza di *riduzione* del carcere come strumento penale, l'aumento (che avrebbe, in quel caso sì, funzione trattamentale) potenzierebbe l'istituto della liberazione anticipata sia nella sua funzione 'incentivante', sia nella sua capacità di deflazione carceraria¹⁴.

giorni cinque, quale compensazione dell'indebita sofferenza subita [...] Ove l'interessato agisca anche per il risarcimento del danno, il giudice competente tiene conto dell'avvenuta concessione della detrazione...»).

Alla fine, ma successivamente al decreto in commento, è stata introdotta con il d.l. 26.6.2014, n. 92, conv. in l. dalla l. 11.8.2014, n. 117, consentendo (art. 35-ter Op) a chi sia stato ristretto in condizioni 'degradanti' di chiedere quale riparazione *in forma specifica*, una riduzione della pena nella misura di un giorno per ogni dieci scontati (con possibilità, qualora questa riparazione sia inattuabile, di liquidare al richiedente una somma di denaro pari ad 8,00 euro per ciascuna giornata di detenzione).

¹³ V. in proposito i rilievi di G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *QuestG* 2014, f. 5, 14; conforme A. De Rubeis, *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni disumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *AP* 2014, fasc. 2, 130.

È interessante notare che per il rimedio risarcitorio di cui al novello art. 35-ter, citato nella nota precedente, non manca una interpretazione secondo la quale esso può essere attivato anche per detenzioni inumane assai risalenti nel tempo, e senza che un limite sia rinvenibile neppure nei termini ordinari di prescrizione del relativo diritto.

¹⁴ Cfr. G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale*, cit., 12. Un simile aumento era stato proposto durante la gestazione della novella del 2002: sessanta giorni a fronte della prova di una «speciale partecipazione» (cfr. F. Della Casa, *La l. 19 dicembre 2002, n. 277 in tema di liberazione anticipata: i tributi alle esigenze di economia processuale e il nonsense dell'affidamento in prova "riducibile"*, in *CP* 2003, 374).

5. Il primo comma prevede una misura maggiorata rispetto a quella ordinaria (da quarantacinque a settantacinque giorni) delle detrazioni di pena che vengano concesse a titolo di liberazione anticipata «per un periodo di due anni dalla entrata in vigore» del decreto.

Il secondo comma prevede ‘retrospettivamente’ uno *sconto integrativo* (di 30 giorni) per ogni semestre successivo al 1° gennaio 2010¹⁵, per il quale sia già stato ottenuto il beneficio ‘ordinario’, così allineando le detrazioni già riconosciute nel triennio 2010-2013 alla misura maggiorata del primo comma.

Quest’ultimo tipo di abbuono, ‘aggiuntivo’, non viene riconosciuto automaticamente ma solo ove il magistrato verifichi che, nel corso dell’esecuzione successiva alla concessione della riduzione ordinaria, il detenuto «abbia continuato a dare prova di partecipazione all’opera di rieducazione». Si tratta di una regola derogatoria rispetto al criterio valutativo *atomistico*, secondo il quale nella liberazione anticipata ordinaria il progresso trattamentale va apprezzato – attraverso l’analisi di comportamenti significativi di quel progredire¹⁶ – in modo ‘semestralizzato’¹⁷. Qui invece la maggior detrazione, per i periodi già valutati *ex art. 54 Op* viene condizionata alla verifica di una *continuativa* partecipazione all’opera rieducativa, dal semestre di riferimento al momento dell’istanza: si richiede cioè che sia riscontrato il progresso *complessivamente* compiuto dal detenuto. La regola è eccentrica rispetto al significato ‘incentivante’ della liberazione anticipata (ordinaria) nell’attuale sistema penitenziario, ma non è ingiustificata: essa trova piuttosto una *propria* giustificazione nell’eccezionale entità della detrazione speciale ‘retrospettiva’ che, accumulandosi, può abbattere la pena anche in modo assai consistente, e facilmente condurre alla scarcerazione¹⁸. Si tratta insomma di una cautela aggiuntiva, posta a tutela della sicurezza collettiva.

La definizione dell’ambito oggettivo non è lineare: non risulta chiaro il regime di applicazione dello sconto ai semestri già espriati anteriormente al decreto, ma per i quali i detenuti non abbiano *ancora* formulato istanza di liberazione anticipata. Non essendo riconducibili alla fattispecie del secondo comma, testualmente riferita a chi ha «già usufruito della liberazione anticipata», sembrerebbe inevitabile applicare il

¹⁵ E per i semestri che sono a cavallo di quella data (comma 3): praticamente, lo sconto integrativo si applica anche per il semestre compreso tra il 1° luglio 2009 e il 1° gennaio 2010.

Nessuno sconto speciale spetta per semestri anteriori al 1° gennaio 2010, anche ove il beneficio venga richiesto successivamente all’entrata in vigore del decreto; fosse così, l’entità dello sconto dipenderebbe, in modo intollerabilmente casuale, dalla data di concessione: cfr. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), Officina del diritto, Milano 2014, 69.

¹⁶ L’impegno mostrato dal detenuto nel trarre profitto dalle opportunità offertegli, il mantenimento di buone relazioni con gli altri detenuti e gli operatori (cfr. art. 103 reg. penit.).

¹⁷ Cfr. M.G. Coppetta, *Sub art. 54*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, diretto da Giostra, Grevi, Della Casa, tomo I, Padova 2011, 784 ss.

¹⁸ Per il medesimo motivo, la previsione di un criterio più rigoroso era anche nella ricordata figura transitoria della Legge Gozzini, relativamente al periodo di retroattività di quella novella.

primo comma: tale ultima disposizione andrebbe perciò applicata a tutte le istanze di liberazione anticipata formulate dopo l'emanazione del decreto (o ancora pendenti a quella data), sia che queste attengano a periodi detentivi successivi al decreto, sia che riguardino semestri anteriori¹⁹.

Ma così risulterebbe ingiustificata la disciplina dello sconto per il periodo 2010-2013, che sarebbe incongruamente differenziata – quanto al criterio di meritevolezza – a seconda che in relazione agli stessi sia stata già formulata, oppure no, una richiesta ordinaria: la *ratio* del requisito della partecipazione 'continuativa ed attuale' (per come prima ricostruita) non può che valere rispetto a *tutti* i casi in cui il decreto legge comporti un aumento delle liberazioni, senza che possa aver rilievo il fatto che la detrazione sia o meno 'integrativa' rispetto a quella ordinaria già riconosciuta.

Inoltre, sempre relativamente a quel triennio, chi ha già ottenuto il beneficio ordinario subirebbe un'alea minore, a parità di condizioni, rispetto a chi non lo abbia ancora richiesto: per il detenuto che ormai ha 'acquisito' lo sconto ordinario l'eventuale accertamento di un'interruzione del percorso rieducativo potrà (soltanto) condurre al diniego dello sconto aggiuntivo, mentre il detenuto che non abbia mai richiesto la liberazione anticipata rischia, nella stessa ipotesi, il diniego dell'intera detrazione di settantacinque giorni²⁰.

Il difetto sarebbe stato evitato se il legislatore avesse subordinato al requisito più severo della 'partecipazione continuativa ed attuale' tutte le richieste *de preterito* (e non solo quelle 'integrative'), prevedendo però che, quando per i semestri in discorso non fosse mai stata proposta prima istanza ordinaria, il requisito condizionasse solo lo sconto eccedente i quarantacinque giorni.

Stando al regime che è stato disegnato, una possibile interpretazione è la seguente. L'istanza formulata oggi, ma in relazione a semestri del triennio 2010-2013 (che in effetti non sarebbe riconducibile né al primo né al secondo comma dell'art. in commento) andrebbe considerata come una richiesta 'ordinaria' ex art. 54 Op²¹, da valutare pertanto in modo 'atomistico'. Una volta riconosciuto lo sconto ordinario, il magistrato dovrebbe poi verificare il diritto del detenuto²² all'ulteriore detrazione di trenta giorni, applicando stavolta il criterio ammissivo speciale, ossia appurando se lo stesso, oltre a partecipare all'opera rieducativa nel semestre oggetto dell'istanza, abbia anche *medio tempore* «continuato a dar prova di partecipazione»²³.

¹⁹ Purché, ovviamente, per questi ultimi semestri non sia stato già ottenuto lo sconto 'ordinario', ossia non si tratti di sconto 'aggiuntivo', caso che è infatti regolato dal secondo comma.

²⁰ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 70.

²¹ La disciplina dell'art. 54 Op rappresenta, in effetti, la normativa applicabile a tutti i casi che non possono essere ricondotti al regime speciale in commento.

²² La cui situazione sarebbe a quel punto sovrapponibile a quella descritta dal comma 2 dell'art. 4.

²³ Sul periodo valutabile v., F. Fiorentin, *Decreto svuotacarceri*, cit., 65; P.F. Iovino, *La liberazione anticipata speciale*, cit., 77.

6. Quanto all'ambito di applicazione, la liberazione anticipata speciale soffre di esclusioni che non sono contemplate per il beneficio ordinario: non si applica ai condannati «ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative»²⁴.

Né si applica «ai condannati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio» (art. 1 l. n. 199 del 2010)¹ e a quelli «che si trovino agli arresti domiciliari» durante la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena (art. 656 co. 10 Cpp). Le ultime due eccezioni vanno ben intese: stando alla lettera, negano *tout court* la liberazione anticipata speciale a chi *al momento della richiesta* si trovi in esecuzione domiciliare o agli arresti domiciliari 'esecutivi', non solo in relazione ai periodi così trascorsi, ma anche per quelli espiati in carcere.

Ma siccome non sussiste alcuna valida ragione per riconoscere in ragione di un certo periodo di espiazione carceraria uno sconto ordinario o speciale a seconda che il richiedente si trovi in carcere o no al momento della richiesta, bisogna ritenere che il legislatore abbia in realtà inteso escludere dallo sconto speciale solo *i periodi trascorsi* nelle condizioni accennate, così per quelli espiati in affidamento o detenzione domiciliare, nell'intento di allineare nell'esclusione condizioni (extracarcerarie) tra loro sovrapponibili.

In verità, tutte le eccezioni contemplate dal quinto comma risultano, nel complesso, difficilmente giustificabili rispetto alla regola, perché escludono dalla platea dei beneficiari proprio i condannati che la legge ammette a modalità di espiazione extramurarie in considerazione di un certo progresso riabilitativo e di una non particolare pericolosità sociale: così, queste persone si vedono assoggettate ad un regime meno favorevole rispetto ai detenuti in regime carcerario, e finanche rispetto a chi non è stato ammesso a misure extracarcerarie perché ritenuto non meritevole dal giudice di sorveglianza.

La differenza di trattamento rispetto ai beneficiari non può essere giustificata sulla base della *ratio* deflativa dell'istituto, cioè sostenendo che la giustificazione della liberazione anticipata speciale non ricorrerebbe nelle situazioni in cui la misura non condurrebbe ad alcuno sgravio dell'affollamento carcerario, trattandosi di persone già *extra moenia*.

Per un verso, infatti, non è completamente vero che le esclusioni dal beneficio non influenzino l'impatto del provvedimento sulla tensione carceraria: in ogni caso l'esclusione dallo sconto speciale ritarda la defi-

²⁴ Il riferimento all'affidamento in prova (art. 47 Op) non può non comprendere l'affidamento 'terapeutico' ex art. 94 T.u. stupefacenti; analogamente, il riferimento alla detenzione domiciliare abbraccia quella ordinaria (art. 47-ter) e quella «speciale» (art. 47-quinquies Op).

È appena il caso di notare che affidati e detenuti nel domicilio mantengono il diritto alla liberazione anticipata ordinaria: l'art. 4 del decreto legge è norma speciale rispetto all'art. 54 Op, il quale resta perciò applicabile ad ogni situazione non rientrante nella previsione straordinaria.

nitiva fuoriuscita del condannato dal circuito penale, e ne lascia possibile il reingresso in carcere per i più svariati motivi²⁵.

Per altro verso, la *ratio* deflativa della liberazione anticipata speciale non esime dal rispetto dal canone della ragionevolezza (art. 3 Cost.) che tutte le scelte legislative devono osservare, massimamente quelle incidenti sulla libertà personale dei cittadini: come è stato ben ricordato, C. cost. n. 278 del 2005 ha dichiarato incostituzionale per «l'irrazionalità della disposizione» l'esclusione dei condannati ammessi a misure alternative dall'ambito applicativo del c.d. indultino²⁶.

Nel silenzio della legge, resta incerta la disciplina applicabile ai periodi trascorsi in alcune particolari condizioni esecutive – differenti sia dalla detenzione carceraria sia dalle situazioni espressamente eccettuate – delle quali non è chiara la riconducibilità all'area della regola (applicazione del beneficio) o dell'eccezione: arresti domiciliari *ex art.* 284 Cpp e libertà vigilata a seguito di liberazione condizionale²⁷.

Gli *arresti domiciliari* si direbbero computabili ai fini del maggior sconto: tolte le situazioni esplicitamente esentate (art. 4 commi 1 e 5), la disciplina del decreto legge è riferibile a *tutte* le condizioni valutabili ai fini del beneficio ordinario (art. 54 co. 1 Op) e tra queste figura la custodia cautelare, alla quale gli arresti domiciliari sono *ex lege* equiparati (art. 284 co. 5 Cpp)²⁸.

Lo stesso deve dirsi per la *liberazione condizionale*, altra situazione che è valutabile ai fini della liberazione anticipata ordinaria e che non è espressamente esclusa dal beneficio speciale: estendere l'eccettuazione prevista per i periodi di affidamento in prova costituirebbe analogia *in malam partem*. E così però le due situazioni (quelle dell'affidato in prova e del liberato sotto condizione), obiettivamente analoghe, risultano trattate diversamente²⁹.

7. L'aspetto più discusso dell'ambito applicativo soggettivo dell'istituto riguarda i rapporti col regime di cui all'art. 4-*bis* Op: contrariamente a quanto previsto in precedenti novelle volte allo sfollamento carcerario (il c.d. 'indultino', la legge sulla esecuzione domiciliare) nel testo originario dell'articolo in commento lo sconto maggiorato si applicava a

²⁵ Violazione di prescrizioni, commissione di nuovi reati, cumulo di condanne che conducano al superamento della soglia per la fruizione della misura extramuraria (cfr. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 67).

²⁶ Art. 1, co. 3, lett. d), l. 1° agosto 2003, n. 207 (cfr. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 118).

²⁷ Quanto alla *semilibertà*, essa è un regime 'detentivo', seppure singolare, e dunque può ritenersi certamente computabile ai fini della liberazione anticipata speciale.

²⁸ Estendere, in via analogica, l'esclusione ai periodi trascorsi in arresti domiciliari (valorizzando l'omogeneità tra questi, arresti domiciliari esecutivi e detenzione domiciliare) presupporrebbe, perché sia ravvisabile una *eadem ratio* che legittimi l'analogia, che il richiedente si trovi in espiazione extracarceraria al momento della domanda; e sarebbe comunque analogia *in malam partem* (pone il problema A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 117).

²⁹ *Contra*, F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 67.

tutti i condannati in espiazione a prescindere dal titolo della detenzione, inclusi quelli assoggettati al regime speciale di trattamento contemplato nel citato art. 4-*bis*³⁰.

Questo iniziale regime di applicabilità generalizzata aveva suscitato da subito serie riserve, basate sul timore che l'applicazione dello sconto maggiorato a quelle categorie di detenuti avrebbe comportato la scarcerazione anticipata di persone gravemente pericolose. Non è apparsa appagante la motivazione rafforzata richiesta al magistrato, che in quei casi sarebbe stato tenuto a verificare che costoro «abbiano dato prova nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità». Una regola restrittiva che – sia detto per inciso – sarebbe risultata discriminatoria, in quanto collegata a ‘tipi’ di condannati, ancorché non inopportuna ‘politicamente’, dato il rischio che l'accertamento della partecipazione all'opera rieducativa si riduca nella prassi ad un controllo di ‘regolare condotta’: spesso i detenuti più ‘pericolosi’ tengono condotte carcerarie formalmente irreprensibili³¹.

Sensibile a questo tipo di critiche, il Parlamento ha ridotto l'ambito applicativo della previsione, guastando inutilmente il meccanismo: la modifica ha assecondato paure in larga parte infondate, ha condotto ad una disciplina la cui ragionevolezza è fortemente opinabile, ha depotenziato la portata deflativa dell'intervento.

Anzitutto, non sembra affatto che l'applicabilità generalizzata della liberazione anticipata speciale avrebbe generato un *particolare* pericolo per la sicurezza collettiva: a parte il vaglio rigoroso preteso per questa categoria di detenuti dal quarto comma dell'articolo in commento, occorre considerare che il maggior rateo sarebbe stato concesso a persone già valutate positivamente ai fini della detrazione ordinaria; e poi, ove fossero stati ammessi a fruire dello sconto maggiorato, i detenuti ‘pericolosi’ avrebbero guadagnato *esclusivamente* l'anticipazione al massimo di dieci mesi di un fine-pena che sarebbe stato *comunque* ormai prossimo³².

Quanto all'effetto delle detrazioni sulla soglia di espiazione utile all'accesso alle misure alternative, difficilmente avrebbero potuto beneficiarne soggetti pericolosi, visto che queste misure sono concesse in seguito ad una verifica di non attuale pericolosità, quando non escluse *a priori*, come accade appunto per alcune categorie di detenuti rientranti nel regime dell'art. 4-*bis* Op.

³⁰ Una presunzione di inopportunità di misure alternative, fondata sulla natura del reato oggetto della condanna, alla quale da sempre viene rimproverato di trascurare l'individualizzazione del trattamento e legittimare sperequazioni (C. Cesari, G. Giostra, sub art. 4-bis, in *Ordinamento penitenziario*, cit., 53 ss).

³¹ Peraltro – come è stato acutamente notato – la regola è mutuata da ciò che l'art. 47 co. 12-*bis* Op detta per le detrazioni relative ai periodi di affidamento: mentre però in quel caso il criterio serve ad adattare la valutazione di meritevolezza alla condizione di chi è già in libertà, qui avrebbe comportato valutazioni molto problematiche, in riferimento a detenuti esclusi da qualsiasi ‘offerta’ trattamentale extracarceraria (cfr. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 120).

³² Cfr. G. Giostra, *Questione carceraria*, cit., 12.

In secondo luogo, l'esclusione dei detenuti soggetti al regime dell'art. 4-bis Op, ha condotto ad una disciplina criticabile: il contemperamento dell'effetto deflativo con la tutela della sicurezza collettiva viene imperniato, anziché sulle valutazioni del magistrato di sorveglianza (come nella versione originaria dell'art. 4), su di una presunzione normativa. La scelta è in controtendenza rispetto alla più moderna concezione dell'esecuzione penale, in cui è ormai chiara la necessità di superare le modulazioni del regime detentivo normativamente 'fissate', che escludono l'apprezzamento giurisdizionale; e rappresenta un regresso anche rispetto alle recenti novelle che hanno eliminato vari legalismi nell'esecuzione penale³³.

Questo tipo di soluzione poggia su una presunzione di maggior pericolosità (e più difficile recuperabilità) dei condannati per *quei* delitti rispetto alla generalità della popolazione carceraria. Presunzione che può accettarsi solo con molte riserve e che, estesa negli anni a reati vari e diversi rispetto al nucleo originario, si fa sempre meno giustificabile dal punto di vista empirico-criminologico.

Inoltre nella sua rigidità, la disciplina della liberazione anticipata speciale risultante dalla conversione in legge presenta una dubbia compatibilità coi principi costituzionali. È stato affermato che, siccome la liberazione anticipata ordinaria è applicabile a tutti i condannati, anche a quelli soggetti all'art. 4-bis, la preclusione introdotta per la liberazione anticipata speciale determinerebbe, di per sé, una disparità ingiustificata di trattamento tra i detenuti 'presuntivamente pericolosi' e tutti gli altri. Ciò in quanto il medesimo beneficio verrebbe applicato, al ricorrere della *medesima* condizione – ossia la partecipazione all'opera rieducativa per un certo semestre di detenzione – in una misura differente «unicamente sulla base di un elemento del tutto estraneo alla fattispecie normativa e alla sua *ratio*»³⁴.

In realtà, la liberazione anticipata ordinaria e quella speciale condividono i presupposti di fatto, ma non la *ratio*: mentre l'abbuono di pena *ex art. 54 Op* ha una giustificazione trattamentale, l'elevazione di quello sconto trova la sua ragione normativa quale mezzo di *deflazione carceraria*, come è ben dimostrato dal suo carattere temporaneo, che risulterebbe ingiustificabile in una prospettiva rieducativa.

³³ Solo qualche mese fa, il d.l. n. 94 del 2013 aveva segnato «la – parziale – sconfessione delle politiche penitenziarie compendiate nella l. 5 dicembre 2005 n. 251» (c.d. legge *ex Cirielli*) (C. Fiorio, *Strasburgo chiama, Roma non risponde*, DPP 2013, 1137).

³⁴ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 74; conforme, A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 121. Ipotizza un contrasto dell'esclusione col finalismo rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost. anche G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.9.2014, in quanto si «esclude dalla premialità rieducativa alcuni condannati non in base al merito, ma alla tipologia del reato commesso» senza che tale scelta possa essere giustificata in considerazione della gravità dei reati preclusivi, data l'eterogeneità e l'irrazionalità del catalogo, che ormai comprende reati di assai modesta rilevanza e non ne annovera altri ben più gravi.

Perciò può non essere irragionevole che ai detenuti di cui all'art. 4-*bis* Op, ai quali è concesso lo sconto ordinario, sia invece negato quello speciale. È vero che la liberazione anticipata ordinaria è l'unica misura che svolge la sua funzione 'incentivante' rispetto a tutti i detenuti, senza preclusioni legate al titolo della condanna o a condizioni personali, sulla sola base della progressione trattamentale. Ed è vero che il legislatore, ritenendo inopportuna una rinuncia aprioristica a questo strumento rieducativo, la eliminò quasi subito dalle misure precluse *ex art. 4-bis*³⁵ Op, e subito dopo la Corte costituzionale notò come quel regime avrebbe contrastato con il finalismo rieducativo della pena se non avesse consentito *almeno* questa opportunità trattamentale³⁶.

Ma, dato che oggi qualsiasi detenuto che mostri di partecipare al trattamento rieducativo, incluso il condannato per reati 'di 4-*bis*', ha diritto a beneficiare dello sconto ordinario, non sembra in sé precluso al legislatore di effettuare una scelta diversa in relazione alla liberazione anticipata speciale che è un istituto straordinario e temporaneo, introdotto per sfollare le carceri. La distribuzione del maggior sconto può pertanto tollerare la previsione di criteri selettivi a tutela della sicurezza collettiva, anche particolarmente stringenti purché, è ovvio, ragionevoli.

Ciò che piuttosto può risultare poco giustificato, finanche costituzionalmente, nella disciplina definitiva dell'istituto nella legge di conversione, è il fatto che le esigenze di tutela della sicurezza collettiva siano perseguite attraverso un'esclusione assoluta e incondizionata, che accomuna *tutti* i delitti elencati nell'art. 4-*bis* Op senza alcuna gradazione né possibilità di apprezzamento giudiziale. Così, mentre persino l'art. 4-*bis* Op oggi *modula* le preclusioni per i detenuti pericolosi, concedendo al magistrato di sorveglianza vari spazi valutativi, a seconda di diverse 'fasce di gravità', in tema di liberazione anticipata speciale vige un trattamento *incongruamente uniforme* all'interno delle varie categorie di detenuti assoggettati a quel regime.

Infine, dicevamo che la scelta definitiva del Parlamento ha molto ridotto la sfera di applicabilità dell'istituto, incidendo marcatamente sulla sua capacità di assicurare l'auspicato temporaneo aumento dei tassi di scarcerazione; tanto che se attualmente i livelli di affollamento carcerario risultano compatibili con gli *standards* europei, ciò si deve, più che all'aumento delle detrazioni di pena, alla massiccia redistribuzione dei detenuti nei diversi istituti del territorio nazionale.

Ciò in quanto, nell'attuale sistema esecutivo, in cui le misure extramurarie trovano impiego sempre più largo, i detenuti che trascorrono *intra moenia* anche l'ultimo periodo della pena – quello sul quale incide la liberazione anticipata – sono per grande parte detenuti che sono esclusi, o di fatto esclusi, da qualsiasi percorso alternativo al carcere, proprio perché assoggettati al regime dell'art. 4-*bis* Op.

³⁵ D.l. 8.6.1992, n. 306 (conv. in l. dalla l. 7.8.1992, n. 356).

³⁶ C. cost. 8.7.1993, n. 306, in *GP* 1994, I, 168.

8. Peraltro, le preoccupazioni securitarie che hanno condotto all'esclusione dal *bonus* dei detenuti 'di 4-bis', hanno ottenuto un risultato (nella prospettiva che le animava) meno rimarcevole di quanto possa apparire, poiché l'esclusione non impedisce *in assoluto* che questi detenuti fruiscano del maggior sconto, così avvicinandosi alla scarcerazione.

Ed infatti, nel caso di soggetti condannati a pene cumulate, alcune soltanto per reati ostativi, la giurisprudenza ha – condivisibilmente – ritenuto che anche ai fini della liberazione anticipata speciale i cumuli penali debbano potersi sciogliere virtualmente, quando ciò consenta di applicare un beneficio che risulterebbe altrimenti precluso³⁷.

La giurisprudenza del resto è ormai compatta nell'affermare la scindibilità del cumulo ai fini dell'applicazione di misure alternative alla detenzione³⁸. Circola una soluzione opposta per istituti di decarcerazione in qualche misura affini alla liberazione anticipata speciale, ossia indultino e esecuzione domiciliare della pena; ma interpretare il riferimento ai «condannati per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis» nell'articolo in commento come rivolto ad un 'tipo delinquenziale', ritenendo inscindibile il cumulo³⁹, significa assegnare alla condanna per reato ostativo – irragionevolmente – «una sorta di efficacia impeditiva permanente agli effetti dei benefici penitenziari» anche relativamente a condanne riportate per reati comuni⁴⁰.

³⁷ Cass. 22.12.2014, n. 53781, *inedita*, secondo cui: «è legittimo nel corso dell'esecuzione lo scioglimento del cumulo, quando occorre procedere al giudizio sull'ammissibilità della domanda di concessione della liberazione anticipata speciale, ostacolata dalla circostanza che nel cumulo è compreso un titolo di reato rientrante nel novero di quelli elencati nell'art. 4-bis [...] sempre che il condannato abbia espiato la parte di pena relativa al delitto ostativo». In sede di merito la soluzione era stata già accolta da Mag. Sorv. Vercelli, 27.5.2014, in www.archiviopenale.it, con nota di L. Cercola, *La liberazione anticipata speciale e "scioglimento del cumulo"*. Favorevoli in dottrina: A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 121; G. Giostra, *Questione carceraria*, cit., 15.

³⁸ A questa impostazione si è pervenuti dopo il chiarimento di Corte cost., n. 361/1994, in *GP*, 1994, I, 321, ribadito da Cass., S.U., 30.6.1999, Ronga, in *GP* 1999, II, 164. Secondo la Corte costituzionale l'art. 4-bis Op va letto nel senso che le misure alternative sono concedibili anche in caso di cumulo di pene inflitte per reati diversi, uno dei quali "ostativo", se la pena relativa a quest'ultimo sia già stata espiata. L'opposta interpretazione comporterebbe un'irragionevole discriminazione tra situazioni assimilabili, diversificando il regime di applicazione delle misure alternative in relazione al dato contingente dell'esistenza di un rapporto esecutivo in atto, a sua volta dipendente da circostanze casuali.

Cass., 26.3.1999, Parisi, in *RP* 1999, 669, ha ulteriormente notato che l'ostacolo all'applicazione del beneficio dipenderebbe dall'esistenza di un rapporto esecutivo unico (in luogo di più rapporti scaturenti dall'esecuzione delle singole condanne), mentre una pur minima soluzione di continuità tra le esecuzioni, possibile per le cause più svariate e contingenti (come il mero ritardo esecutivo), consentirebbe, una volta espiato il titolo ostativo, la successiva fruizione del beneficio per le altre condanne. Con l'ulteriore incongruenza che, nel caso di cumulo giuridico, un istituto nato a temperare l'asprezza del cumulo materiale si tradurrebbe in danno per l'interessato.

³⁹ A parte l'opinabilità delle presunzioni penitenziarie e alla dubbia coerenza interna del regime dell'art. 4-bis Op (v. *infra*, par. 7).

⁴⁰ Cass., 26.3.1999, n. 2529, *cit.* Peraltro, la quota di pena ostativa può anche essere una minima parte della pena accumulata. In argomento, cfr. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 74, che propende per la tesi della inscindibilità del cumulo.

E che si tratti di misure rieducative o benefici 'in senso stretto' rivela poco, perché la soluzione della inscindibilità del cumulo stride, prima ancora che con il finalismo rieducativo della pena preteso dall'art. 27 Cost., col canone di eguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.

Così oggi il magistrato di sorveglianza, tenuto a riconoscere lo sconto ordinario per i semestri espriati per il reato ostativo e quello maggiorato per i semestri riferibili al reato comune, dovrà affrontare tutte le questioni operative che lo scioglimento pone, a partire dai problemi di 'imputazione' della pena. Soccorre a questi fini l'assunto secondo cui in caso di cumulo di titoli esecutivi si inizia a scontare la pena più afflittiva, per poi proseguire con quelle più miti: l'idea alla base è quella di un trattamento penitenziario graduato in senso decrescente, che favorisca la progressiva apertura del detenuto verso l'esterno, e – come è stato notato – trova un riscontro normativo nell'art. 74 co. 2 Cp, ove è previsto che in caso di cumulo di sanzioni detentive, la più lieve pena dell'arresto deve eseguirsi per ultima⁴¹.

9. Dal ripensamento legislativo sull'applicabilità dell'istituto ai detenuti 'di 4-bis' derivano alcuni problemi di diritto transitorio, in particolare per le detrazioni relative a semestri di pena già *espriati* (a partire dal 1° gennaio 2010) *alla data di entrata in vigore del decreto legge*.

Sono ipotizzabili tre diverse situazioni. La prima: è possibile che detenuti per reati 'di 4-bis' abbiano presentato, nelle more della conversione del decreto, istanza di liberazione anticipata speciale, in riferimento a semestri successivi al 1° gennaio 2010 (art. 4 co. 2) o in corso di espiazione a quella data (co. 3). Alcune di queste potrebbero essere state già delibate prima della conversione in legge, e in tale ultimo caso l'accoglimento potrebbe avere aperto al detenuto le porte del carcere, definitivamente⁴².

La seconda situazione è quella delle istanze che, giunte sul tavolo del magistrato di sorveglianza, potrebbero non esser state ancora valutate al momento della conversione del decreto legge, in ragione dello scarto temporale tra richiesta ed ordinanza.

La terza situazione è quella dei detenuti assoggettati al regime di cui all'art. 4-bis Op che vantano, per i semestri considerati dal decreto, una fattiva partecipazione all'opera rieducativa, ma che non hanno provveduto a richiedere per quei periodi alcun riconoscimento di sconto nel lasso di tempo in cui l'art. 4 è stato vigente nella sua formulazione originaria (l'istanza è del resto proponibile senza termini particolari), ma che nutrono la ragionevole aspettativa di aver guadagnato, per quei semestri, un'anticipazione del 'fine pena' nella misura maggiorata prevista dal decreto legge.

⁴¹ Cfr. L. Cercola, *La liberazione anticipata speciale*, cit., 6.

⁴² Questa situazione è meno infrequente di quanto si possa pensare, perché gli uffici di sorveglianza, già subito dopo l'emanazione del decreto legge, oberati dalla gran mole di istanze si sono comprensibilmente orientati a dare priorità di trattazione proprio a quelle proposte da reclusi prossimi al fine-pena (c.d. *liberandi*), dal cui accoglimento sarebbe derivata una scarcerazione

La prevalente giurisprudenza di merito, e la giurisprudenza di legittimità nell'unica pronuncia che ha affrontato il problema, hanno ritenuto che l'emendamento apportato alla versione governativa dell'art. 4-bis Op, fosse di tipo soppressivo e come tale retroattivo, valendo quanto una mancata conversione del decreto *in parte qua*⁴³. Abbiamo dunque due discipline – del decreto legge e della legge di conversione – che si pongono in termini non di successione nel tempo ma di «alternatività sincronica»⁴⁴: la disciplina prodotta dalla conversione, nella parte in cui esclude dal beneficio i detenuti assoggettati al regime dell'art. 4-bis Op, si sostituisce *ex tunc* a quella del decreto, che invece ricomprendeva quei detenuti nell'ambito operativo dello stesso⁴⁵.

Su queste basi, gli esiti delle tre differenti situazioni ora considerate appaiono vistosamente sperequati, e la nuova disciplina risulta applicata in modo largamente *casuale*.

Questo lo scenario: i detenuti che versano nella prima situazione (*istanze già accolte al momento della conversione in legge*) hanno ottenuto uno sconto maggiorato del quale beneficeranno nonostante il ripensamento legislativo⁴⁶.

I detenuti che si trovano nella seconda situazione (*istanze pendenti*), dovrebbero vedersi rigettata la richiesta, pure in presenza di un comportamento meritevole. Non trattandosi di un fenomeno successorio, non rileva la questione se sia applicabile, in forza del principio *tempus regit actum*, la norma vigente alla presentazione dell'istanza o quella vigente al momento del provvedimento⁴⁷.

⁴³ Tribunale Sorv. Milano, ud. 30.6.2014, est. Panasiti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17.7.2014, e Trib. sorveglianza Torino, ord. 17.6.2014, est. Vignera, *ivi*, 16.9.2014; Mag. sorv. Vercelli, 19.6.2014, est. Fiorentin, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17.7.2014, annotata da E. Montani, *Ancora sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis o.p.*

⁴⁴ Cfr. Corte cost. 22.2.1985, n. 51 (in *RIDPP* 1985, 819, con nota di T. Padovani, *Decreto legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*): è la situazione che caratterizza la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma e, appunto, la mancata conversione di un decreto legge.

⁴⁵ «I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti» (art. 77 comma terzo Cost.) e l'emendamento apportato in sede di conversione all'art. 4 ha un effetto parzialmente soppressivo, equivalendo ad una mancata conversione *in parte qua* (cfr. M. Gambardella, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *GCoS* 2008, 241).

⁴⁶ Anche ove volesse affermarsi una 'sopravvenuta illegittimità', si tratta di atti impugnabili entro termini assai ridotti, che rilevarebbe in caso di pendenza di un gravame proposto dal detenuto avverso un'ordinanza di rigetto (al più, potrebbe giustificare, un'impugnativa del pubblico ministero, ove ancora possibile, contro il provvedimento concessorio). In realtà, la dottrina ha da tempo chiarito che, nonostante l'art. 77 co. 3 Cost., esistono effetti irreversibili delle disposizioni di un decreto legge non convertito (M. Ainis, *Le parole e il tempo della legge*, Torino 1996, 181; F. F. Sorrentino, *«Il decreto-legge non convertito»*, in *Politica del diritto*, 1995, n. 3, 15).

⁴⁷ Il dubbio andrebbe sciolto nel primo senso, perché nel secondo si accollerebbe all'istante il rischio di un mutamento normativo nelle more di un *iter* procedimentale che è fuori dalle proprie possibilità di controllo. Del resto, il canone *tempus regit actum* esige «che tutti gli effetti compresi quelli futuri, rimangano sempre assoggettati alla disciplina vigente al momento della perfezione dell'atto» (O. Mazza, *La norma proces-*

La giurisprudenza di merito si è prevalentemente orientata nel senso di dichiarare inammissibili le richieste deliberate successivamente alla conversione in legge, facendo così dipendere la sorte delle istanze dei tempi di risposta, collegate ai più svariati accidenti, tutti estranei al richiedente: sovraccarico dell'ufficio giudiziario, deficienze burocratiche, particolare complessità dell'istruttoria⁴⁸.

Qui non vale invocare l'insegnamento secondo cui le diversità di trattamento "nel tempo" (conseguenti cioè ad un mutamento del regime giuridico) sono un effetto connaturato alla successione delle leggi, in relazione al quale non è configurabile lesione del principio di eguaglianza⁴⁹: quest'assunto riguarda ipotesi in cui da due 'fatti' uguali, *diversamente collocati nel tempo*, derivino effetti giuridici diversi, mentre nel nostro caso i fatti da cui si farebbero derivare conseguenze differenti (i semestri di provata partecipazione all'opera rieducativa) sono coevi.

Quanto ai detenuti che si trovano nella terza situazione (*istanze non ancora presentate*), essi con l'emanazione della legge di conversione perdono irrimediabilmente la possibilità di fruire dell'anticipazione del fine pena, a seguito di situazioni, anche qui, casuali: il temporeggiamento nella presentazione della richiesta, magari dovuto al consistente residuo di pena da scontare.

Il legislatore, come accade spesso, non ha ritenuto necessaria una regolamentazione transitoria, che invece sarebbe stata assai opportuna, per rimediare alle conseguenze negative del 'ripensamento' legislativo. Finanche in caso di mancata conversione (integrale) del provvedimento governativo l'art. 77 co. 3 Cost. prevede che si possano «regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base» del decreto: qui le Camere avrebbero potuto – *a fortiori* – accompagnare la modifica all'art. 4 con una regolamentazione espressa degli effetti della precedente previsione di generale applicabilità. E visto che, come era presumibile, al momento dell'emanazione della legge molti provvedimenti di liberazione anticipata speciale emessi nelle more della conversione erano già diventati definitivi (e dunque immodificabili), l'unica disciplina in grado di neutralizzare l'effetto sperequativo sarebbe stata quella che avesse tenuta ferma la fruibilità per tutti i detenuti in relazione a semestri già espiati prima della conversione in legge del decreto.

Mancando una tale disciplina, occorre analizzare la vicenda normativa in base ai principi del sistema. Preliminarmente, si può riflettere sulla portata delle modifiche apportate dalla legge di conversione, e segnatamente sul rapporto tra la disciplina iniziale e quella definitiva: il passaggio dall'uno all'altro testo è dovuto ad un emendamento che ha aggiunto un inciso nel primo comma e ha soppresso il quarto. La giurisprudenza ha sempre considerato retroattivi gli emendamenti soppressivi, ma in dottrina non manca una ricostruzione differente: siccome gli

suale nel tempo, Milano 1999, 172) ed ogni atto-istanza della parte ha come primo ed essenziale 'effetto' il sorgere di un dovere di risposta in capo al giudice.

⁴⁸ Cfr. i provvedimenti citati nella nota 43.

⁴⁹ Cfr., proprio in materia penitenziaria: C. cost. 25.7.2001, n. 308, in *GCos* 2001, 4.

emendamenti non sono esercizio del potere di convalida dell'attività dell'esecutivo ma espressione della funzione legislativa parlamentare, è naturale che prendano vigore insieme alla legge di conversione, «a meno che lo stesso legislatore attribuisca loro, *espressamente o implicitamente*, carattere retroattivo». È perciò l'interprete a stabilire se un dato emendamento debba retroagire fino al momento del decreto legge: ove emerga una tale volontà legislativa, lo stesso va considerato retroattivo (pur senza ricorrere all'idea del diniego parziale di conversione)⁵⁰. In questa prospettiva occorre dunque verificare se nel nostro caso il Parlamento quando ha ritoccato la disciplina dello sconto speciale ha inteso cancellare *ab initio* qualsiasi fruibilità da parte dei detenuti 'presuntivamente pericolosi' o abbia voluto invece sterilizzare l'aumento degli abbuoni di pena per quelle tipologie soggettive, ma solo a partire dal momento dell'entrata in vigore della legge e facendo salva in qualche misura l'eventuale applicazione dell'originaria disciplina del decreto.

E tuttavia, pur ritenendo che la volontà legislativa fosse quella di restringere solo *pro futuro* l'area applicativa soggettiva del beneficio, non tutte le situazioni problematiche accennate sarebbero risolte secondo equità e uguaglianza di trattamento.

Sulla base di tale ricostruzione, infatti, nella prima delle situazioni prese in esame i benefici già concessi – anche ove il relativo provvedimento non fosse ancora definitivo – sarebbero pienamente legittimi e incensurabili, nonostante la marcia indietro legislativa. Così pure, nella seconda situazione, le istanze presentate dai detenuti *ex art. 4-bis* Op nelle more della conversione in legge sarebbero certamente tutte ammissibili. Ma resterebbero trattati in modo sperequato i detenuti che, pur avendo acquisito i requisiti di meritevolezza in relazione ad uno o più semestri ricompresi nel periodo che va dal 1° gennaio 2010 alla data della legge di conversione, abbiano temporeggiato nella presentazione di un'istanza che, come si è ricordato, non è soggetta ad alcun termine decadenziale.

In dottrina è stata proposta un'interpretazione del tutto difforme da quella corrente, incentrata sulla portata (e non già sugli effetti) del ripensamento normativo: la legge di conversione avrebbe eliminato la categoria dei detenuti in discorso dalla platea dei possibili fruitori dello sconto speciale solo per il biennio futuro (co. 1), lasciando inalterata l'applicabilità generalizzata dell'istituto speciale per i detenuti che al momento del decreto legge avessero già avuto il riconoscimento dello sconto ordinario (co. 2). La conclusione si basa sul fatto che mentre al primo comma si è premesso l'inciso «ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-bis», manca una interpolazione analoga nel secondo comma⁵¹. Peraltro, per una singolare eterogenesi dei fini, l'emendamento parlamentare, se ha cancellato per i detenuti 'pre-

⁵⁰ F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2009, 219, dal quale è tratta la citazione nel testo.

⁵¹ G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 8.9.2014, 4, che nota quanto conti poco la fedeltà di questo risultato normativo alla volontà del legislatore storico (i 'moventi', che pure l'autore ipotizza), ma piuttosto la corrispondenza alla volontà della legge.

suntivamente pericolosi' il beneficio per i semestri futuri, ha alleviato il vaglio di meritevolezza della misura per i vecchi semestri, cancellando il comma 4 che esigeva per quelle categorie la 'prova del concreto recupero sociale'⁵².

Certo, occorrerebbe interpretare giudiziosamente l'intera disciplina, che altrimenti risulterebbe incomprensibile: il comma 2 si riferisce solo ai condannati «che abbiano già usufruito» dello sconto ordinario, perciò resterebbe fuori l'ipotesi in cui, per quei periodi, non sia stata già presentata alcuna istanza di liberazione anticipata; in questo caso, l'istanza di liberazione anticipata si deve considerare formulata ai sensi degli artt. 54 Op e 4 d.l. 146/2013; il magistrato dovrebbe valutarla prima con riferimento ai requisiti di meritevolezza ordinari (in modo 'semestralizzato'), per lo sconto di 45 giorni; in caso positivo, riconoscere poi il *bonus* aggiuntivo, ove risulti la 'continuativa partecipazione' successivamente al semestre di riferimento⁵³.

Questa lettura della vicenda normativa – secondo cui l'esclusione dei detenuti 'pericolosi' sarebbe limitata alla sola applicazione *pro futuro* della misura, restando essa consentita *de praeterito*⁵⁴, ai sensi del comma 2 – risolverebbe effettivamente il problema transitorio in tutte le situazioni accennate⁵⁵. Essa tuttavia non è stata seguita sino ad ora dalla giurisprudenza, che ha riferito l'esclusione dei detenuti 'pericolosi' all'intera disciplina della liberazione anticipata speciale, facendo prevalere l'*intentio legislatoris*, ricostruita sulla scorta dei lavori preparatori, sulla *voluntas legis*.

Eppure, una giurisprudenza che non volesse rassegnarsi alla casualità degli esiti prima descritti, potrebbe comunque farsi carico del problema (se non attraverso la descritta *interpretazione* della vicenda normativa, ove ritenuta impraticabile) in sede di *applicazione* della disciplina in questione.

Prendendo spunto da una soluzione già proposta nella dottrina penalistica per risolvere il problema della norma penale di favore che venga dichiarata incostituzionale, si può ritenere che anche ove una norma venga cancellata *ex tunc* dall'ordinamento – per una dichiarazione di incostituzionalità o perché contenuta in un decreto legge non convertito almeno in *parte qua* – di essa il giudice possa e debba fare una qualche applicazione quando ciò serva a tutelare valori costituzionali di rango primario⁵⁶. Insomma, la regola della decadenza *ex tunc* non si sot-

⁵² G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è*, cit., 1, nt. 3.

⁵³ Quel detenuto avrà « già usufruito della liberazione anticipata », come vuole il comma 2 (v. quanto osservato nel § 4).

⁵⁴ Ossia per quelli espresi a partire dal 1° gennaio 2010 e fino all'entrata in vigore della legge di conversione

⁵⁵ Compresa l'ipotesi delle istanze di liberazione anticipata speciale 'integrativa' che, all'entrata in vigore della legge di conversione, non siano state ancora formulate.

⁵⁶ Cfr. M. Gambardella, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità*, cit., 12, il quale distingue «il piano del controllo di legittimità costituzionale, al quale tutte le norme giuridiche primarie devono sottostare, senza limitazioni» dal «piano degli effetti che conseguono dalla eventuale pronuncia di illegittimità» di una norma penale di favore, affermando che il giudice deve dare applicazione a questa norma – *come se*

trae alle tecniche di bilanciamento fra i valori costituzionali; anzi, in quanto regola attinente ai principi della forma di governo non potrebbe mai comportare il sacrificio dei diritti fondamentali della persona; dunque essa può cedere rispetto alla «tutela di un diverso e prevalente valore costituzionale ovvero con un principio dotato di fondamento costituzionale implicito o esplicito (l'irretroattività della legge penale, il diritto alla retribuzione per il lavoro prestato, la certezza del diritto, la tutela dell'affidamento, la sovranità popolare)»⁵⁷.

Non a caso la Corte costituzionale, nella pronuncia con la quale dichiarò illegittimo l'art. 2 u.c. c.p. (sent. 51/1985), osservò che l'art. 77 co. 3 Cost. disponendo che i decreti legge non convertiti «perdono efficacia sin dall'inizio» preclude l'applicazione della norma penale favorevole contenuta in un decreto non convertito ai fatti 'pregressi' (ossia alle condotte poste in essere prima del decreto), ma non può impedire l'applicazione giudiziale di tale norma ai fatti 'concomitanti', commessi cioè nelle more tra il decreto e la legge di conversione, ostandovi il principio di irretroattività *ex art. 25 co. 2 Cost.*

Ora, applichiamo il ragionamento alla nostra fattispecie: anche ammesso che la legge di conversione escluda i detenuti "di 4-bis" da ogni forma di liberazione anticipata speciale, e che dunque la previsione di generale applicabilità dell'istituto sia stata *tout court* ridimensionata, l'effetto retroattivo dell'emendamento⁵⁸ deve trovare un limite, in sede di applicazione giudiziale, nel rispetto delle garanzie connesse al principio costituzionale di irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 Cost., trattandosi di norma 'penale', che incide sul *quantum* di pena da espiare.

Perciò, la norma che prevedeva l'applicabilità a *tutti* i detenuti meritevoli, nonostante sia stata cancellata dalla legge di conversione, andrebbe applicata dal giudice ai 'fatti concomitanti', qui costituiti dalle situazioni soggettive maturate nel tempo compreso tra l'entrata in vigore del decreto e la sua conversione in legge. Cioè, a tutti i detenuti che in quel periodo abbiano acquisito il diritto allo sconto speciale, avendo tenuto una condotta partecipativa all'opera di rieducazione durante i semestri di detenzione ai quali la previsione era allora applicabile, quelli compresi tra il 1° gennaio 2010 e il 22 febbraio 2014 (giorno successivo alla pubblicazione della legge).

La disciplina risultante dalla conversione, che esclude i suddetti detenuti, andrebbe invece applicata solo alle situazioni soggettive maturate dopo l'entrata in vigore della legge, ossia alle detrazioni che si riferiscono a semestri compresi tra quel momento e il 23 dicembre 2015, termine finale di efficacia della disciplina temporanea.

non fosse stata annullata *ex tunc* – ai fatti commessi sotto la sua vigenza quando ciò serva ad assicurare il rispetto delle garanzie desumibili dai principi di diritto penale costituzionale; in argomento, cfr. lo stesso A., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino 2013, 111 ss.

⁵⁷ P. Siviero, *I problemi derivanti dalla mancata conversione dei decreti-legge*, *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma 1998, 238.

⁵⁸ La mancata conversione del decreto in *parte qua* equivale all'introduzione di una norma sfavorevole.

In questo modo il trattamento delle fattispecie prima considerate assumerebbe la necessaria ragionevolezza. Nella prima situazione (*istanze già accolte*), i provvedimenti che hanno riconosciuto la detrazione di settantacinque giorni resterebbero in ogni caso validi ed efficaci. Nella seconda situazione (*istanze pendenti all'entrata in vigore della legge di conversione*), il magistrato di sorveglianza, quali che siano i tempi di risposta, dovrebbe in ogni caso commisurare lo sconto con riferimento alla disciplina originaria del decreto legge. Anche nella terza situazione (*istanze non ancora presentate*) varrebbe lo stesso: le istanze relative ai semestri pregressi – successivi al 1° gennaio 2010 e già decorsi prima della pubblicazione della legge – andrebbero sempre deliberate alla stregua della disciplina del decreto, senza che rilevi il momento della presentazione (non vincolata, s'è detto, a termini decadenziali). La disciplina della legge di conversione, nella parte in cui esclude dalla maggiorazione i detenuti assoggettati al regime del 4-bis Op sarebbe applicabile unicamente ai semestri successivi all'entrata in vigore della legge stessa.

Viene in gioco la questione dell'assimilabilità delle norme penitenziarie a quelle penali, ai fini dell'applicazione degli artt. 2 Cp e 25 co. 2 Cost. Come è noto, mentre la giurisprudenza ritiene che si tratti di norme processuali (*tempus regit actum*⁵⁹) molti studiosi sostengono l'orientamento opposto, notando come l'esecuzione riguardi la pena, seppure in una dimensione "dinamica"⁶⁰. La Corte costituzionale ha sempre evitato di prendere posizione, ma ha *indirettamente* riconosciuto l'irretroattività di alcune novelle – solo quelle 'peggiorative', e solo se riguardanti misure 'trattamentali' – traendo dal finalismo rieducativo dell'art. 27 Cost. una sorta di divieto di provocare, attraverso modifiche legislative, il «regresso ingiustificato nel trattamento concretamente praticabile per il condannato meritevole»⁶¹.

Benché al rifiuto di riconoscere a *qualsiasi* norma sull'esecuzione la natura di norma 'penale' sembrano sottese valutazioni di ordine politico-criminale più che di tipo tecnico-giuridico, nuoce alla soluzione del problema la difficile distinzione, nell'ambito delle norme penitenziarie, tra quelle a cui può riconoscersi valore 'sostanziale' e tutte le altre⁶².

⁵⁹ Cass., S.U., 30.5.2006, n. 24561, Aloï, in *CP* 2006, 3963.

⁶⁰ Cfr. per alcuni cenni e rinvii bibliografici, P. Bronzo, *I problemi della 'liberazione anticipata speciale'*, cit., 641.

⁶¹ Le novelle restrittive non possono pertanto applicarsi, secondo quest'insegnamento, ai condannati che abbiano già raggiunto un grado di rieducazione adeguato alle misure: qui l'applicazione immediata dello *ius superveniens* costituirebbe, al pari di una revoca *sine culpa*, una interruzione immotivata del percorso rieducativo che, invece, si fonda su un principio di progressività, nel quale ogni premio riconosciuto ha una 'funzione pedagogico propulsiva', ossia è funzionale all'ulteriore progresso verso l'emenda.

⁶² Interessante è in proposito la recente decisione C. eur. GC 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, che ha riscontrato in un mutamento (interpretativo) della disciplina degli sconti conseguenti all'espletamento di lavoro penitenziario una violazione dell'art. 7 Cedu nei confronti di una detenuta che per molti anni aveva svolto tale attività, senza poi ottenere il corrispondente abbuono di pena. La decisione tuttavia non ci viene in aiuto per attrarre il diritto penitenziario nella *matière penale* e nell'area applicativa del nostro art. 25 Cost.: la Corte europea continua ad escluderlo,

Distinzione complicata, ma non impossibile: di recente la dottrina ha ravvisato il comune denominatore della prima classe nell'idoneità ad incidere sugli «elementi nucleari del trattamento punitivo»: «quando una norma relativa alla fase dell'esecuzione penale incide sul trattamento punitivo in modo così qualificante che, ove potesse operare alla fine del processo di cognizione, si rifletterebbe sul dispositivo della sentenza di condanna, per negarle natura di norma penale ci vuole un non comune talento di bizantinismo classificatorio»⁶³. Perciò, nel caso che ci occupa, potremmo invocare a buon diritto la tutela dell'art. 25 Cost.

Alcune decisioni di merito hanno seguito un'impostazione analoga a quella ora proposta, sebbene imperniata sull'art. 27 Cost. anziché sull'art. 25 Cost., considerando ammissibili, nonostante la scelta del legislatore parlamentare, le istanze *de praeterito* già presentate al momento della pubblicazione della legge, a salvaguardia del principio di non regressione trattamentale: siccome ai fini del beneficio speciale rileva la condotta tenuta sino al giorno prima dell'istanza, allo sforzo comportamentale che il detenuto ha effettuato seppure per il breve tempo tra l'entrata in vigore del decreto-legge e il giorno della richiesta, non verrebbe riconosciuto il corrispondente risultato di termini di trattamento⁶⁴.

La Corte di legittimità, nell'unico arresto sul tema, ha escluso la possibilità di dare alcuna applicazione alla disciplina originaria, lasciando irrisolto il problema: ha risposto ripetendo ancora l'assunto, discutibile, che le norme sull'esecuzione della pena non sono 'materia penale' e in quanto tale assoggettabile ai principi di cui all'art. 25 Cost, all'art. 2 Cp e all'art. 7 Cedu⁶⁵.

Invece, una maggiore sensibilità della giurisprudenza varrebbe a salvaguardare il principio dell'irretroattività penale, rispetto al quale la disciplina vigente, per come oggi è applicata, appare decisamente difettosa. E probabilmente varrebbe anche – prescindendo dalla sussumibilità delle norme penitenziaria tra le norme "penali" – ad assicurare all'applicazione della disciplina, per come questa si è evoluta nel passaggio dal decreto alla legge, il rispetto del canone di razionalità e coerenza che l'art. 3 Cost. impone ad ogni regime normativo, specie a quelli che incidono sulla libertà personale dei cittadini.

e nel ravvisare nel mutamento del diritto esecutivo la violazione convenzionale (per mancanza di prevedibilità della 'base legale') si muove in una logica, di tutela della progressione trattamentale, simile a quella impiegata dalla nostra Corte costituzionale nell'invocare il rispetto del finalismo rieducativo ex art. 27 Cost. La decisione è significativa, piuttosto, perché riconosce che il discrimine tra la pena e la sua esecuzione non è sempre nitido, e non dipende comunque dalle qualificazioni formali date dal legislatore nazionale.

⁶³ G. Giostra, *I delicati problemi applicativi*, cit., 6.

⁶⁴ Mag. sorv. Roma, 29.5.2014, est. Bruno, *inedita*; Mag. sorv. Vercelli, 19.6.2014, est. Fiorentin, in www.penalecontemporaneo.it, 17.7.2014, con nota di E. Montani, *Ancora sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis o.p.*

⁶⁵ Cass. 31.7.2014, in www.archiviopenale.it. 2014/12/web.12.2014 (con nota di C. Minnella, *Il bonus della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*).