

QUESITI

PASQUALE BRONZO

Problemi della «liberazione anticipata speciale»

SOMMARIO: 1. Il decreto “svuotacarceri”. - 2. La liberazione anticipata speciale - 3. “Indulto mascherato”? - 4. L’ambito oggettivo di applicazione. - 5. L’ambito soggettivo di applicazione. - 6. L’esclusione dei detenuti sottoposti al regime di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. - 7. Problemi di diritto intertemporale: la successione delle leggi penitenziarie.

1. Il decreto “svuotacarceri”

Il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella l. 21 febbraio 2014, n. 10, fa parte delle misure adottate dal nostro legislatore per far fronte alla questione del sovraffollamento carcerario¹. Il contesto è noto come pure le ragioni dell’urgenza: la sentenza resa dalla Corte europea nel caso Torreggiani ha sollecitato lo Stato italiano a combattere, da una parte e innanzitutto, le *cause* dell’ormai cronico problema e, dall’altra parte, a predisporre rimedi in grado di riparare ad eventuali “violazioni in atto”, ossia agli *effetti* del sovraffollamento sui diritti del detenuto, sottraendo rapidamente quest’ultimo da una condizione degradante e, per quanto possibile, ristorandolo del danno già patito².

L’ammonimento dei giudici europei è stato rilanciato dal Presidente della Repubblica nel suo messaggio inviato alle Camere ex art. 87, co. 2, Cost.³ e subito dopo dalla Corte costituzionale, quando ha risolto un dubbio di legittimità relativo all’istituto del rinvio della pena ex art. 147 c.p., del quale si invocava l’estensione alle situazioni di abnorme sovraffollamento carcerario⁴. Il

¹ «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria».

² Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, in *Quad. cost.*, 2013, 161. La Corte aveva già condannato l’Italia per violazione del divieto di trattamenti degradanti (art. 3 C.e.d.u.) in un caso in cui il ricorrente aveva trascorso parte della detenzione avendo a disposizione *pro quota* una superficie di soli mq. 2,70, rilevando come - sebbene la fissazione degli spazi minimi non può essere operata in termini assoluti, ma insieme ad altre circostanze come la quantità di luce ed aria o il numero delle ore trascorse in ambienti comuni - la mancanza di spazio individuale, se particolarmente rilevante, può condurre essa sola alla constatazione della violazione (Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, nella trad. ital. in *Rass. penit. e crim.* 2009, 175). Nel caso Torreggiani, accertato il carattere sistemico del sovraffollamento, la Corte ha adottato una sentenza “pilota”, sospendendo tutti i ricorsi aventi ad oggetto il riconoscimento di analoga violazione e concedendo allo stato italiano un anno dal passaggio in giudicato della decisione per adottare le misure necessarie.

³ Messaggio alle Camere dell’8 ottobre 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴ Corte cost., n. 279 del 2013, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2013, 997 con nota di DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell’esecuzione in chiave “antiovercrowding”*. Due Tribunali di sorveglianza avevano posto in dubbio che fosse costituzionalmente legittimo prevedere un rinvio della pena

Giudice delle leggi, pur dichiarando inammissibile la questione, ha riconosciuto l'urgenza di interventi normativi in grado di far cessare rapidamente l'attuale situazione, in quanto il ripristino della legalità dell'espiazione penitenziaria non può attendere i tempi di azione delle misure strutturali, alle quali pure la sentenza di Strasburgo ci ha richiamato³.

La Corte, pur notando come la prima risposta alle disfunzioni dell'esecuzione carceraria vada rinvenuta negli strumenti amministrativi offerti dal sistema (spostamenti del detenuto, trasferimenti in altre strutture e simili⁶), ha riconosciuto che questi rischiano facilmente di essere impraticabili o addirittura disfunzionali in condizioni di crisi grave e generalizzata⁷, ed ha ritenuto che ciò imponga la predisposizione legislativa di soluzioni di *extrema ratio*, ravvisabili in strumenti che consentano una prosecuzione della pena fuori dal carcere, accompagnata da «misure sanzionatorie e di controllo»⁸.

A seguito di tali e tante esortazioni il nostro legislatore, che dopo il primo pronunciamento della Corte di Strasburgo si era già più volte cimentato nel fronteggiare il problema⁹, ha compiuto un ulteriore ed ultimo sforzo di adempimento dei moniti europei¹⁰. Il decreto legge si è mosso in entrambe le

per le situazioni in cui il condannato versi in condizioni di infermità fisica, e non anche per quelle in cui l'esecuzione carceraria debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità.

³ L'inammissibilità dipendeva (soltanto) dalla pluralità delle soluzioni normative possibili. Quanto al rinvio della pena, la Corte ha osservato come esso non si presti a fungere da rimedio "preventivo" del sovraffollamento: ove pure l'impiego dell'istituto riuscisse a diminuire la popolazione carceraria, giungerebbe al risultato in modo casuale, e dunque a prezzo di una disparità intollerabile di trattamento tra i detenuti, i quali 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.

⁶ Provvedimenti che possono essere esecutivi di decisioni della magistratura di sorveglianza o frutto di scelte amministrative, ma in ogni caso devono essere inseriti - sottolinea la Corte - «in un contesto di effettiva tutela giurisdizionale».

⁷ Ad es., per la rottura della principio di prossimità territoriale dell'esecuzione della pena (LEO, *Sovraffollamento carcerario: una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it).

⁸ Così che la sottrazione del detenuto allo stato lesivo possa avvenire senza lasciare aperta la vicenda esecutiva (come accadrebbe impiegando lo strumento della sospensione della pena). Anche la sentenza costituzionale si chiude con l'avvertimento che un'ulteriore inerzia legislativa «non sarebbe tollerabile» così ipotizzando un'additiva "di principio", nel caso in cui fosse posta questione di legittimità, ad esempio, di una norma che prevede una misura alternativa alla detenzione (DELLA BELLA, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in www.penalecontemporaneo.it).

⁹ L. 26 novembre 2010, n. 199, seguita dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 (l. 17 febbraio 2012, n. 9) e dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94.

¹⁰ Forse l'ultimo praticabile (salvo atti clemenziali *in extremis*) prima che spiri il termine posto da Strasburgo: l'inizio della gragnuola di condanne è previsto per il 28 maggio 2014 (essendo divenuta definitiva il 28 maggio 2013 la sentenza della Corte europea col rigetto dell'istanza di rinvio alla Grande Camera presentata dal nostro Paese).

direzioni indicate: sul fronte dei rimedi preventivi *interni* al sistema carcerario, migliorando la tutela dei diritti dei detenuti¹¹; quanto ai rimedi preventivi *esterni*, riducendo i flussi in entrata con la diminuzione della massiccia presenza carceraria di tossicodipendenti¹², e quelli in uscita, attraverso una strategia composita nella quale un ruolo importante assumono misure alternative¹³. Queste ultime non vengono tuttavia in rilievo come *rimedio individuale* alla situazione degradante determinata dalla sovrappopolazione, come nella prospettiva coltivata dai remittenti nella *quaestio* prima accennata; in effetti, qualsiasi soluzione individuale di decarcerizzazione, pur in ipotesi appositamente coniatata, sarebbe problematica ove concepita quale rimedio del sovraffollamento, se non altro di criteri per la selezione degli “aventi diritto”¹⁴. Il decreto piuttosto *sfrutta* questi istituti penitenziari, già sperimentati come strumenti trattamentali, quali *misure generali* di contrasto al problema del sovraffollamento: come spesso ha fatto¹⁵, il legislatore potenziandoli specula sulla loro valenza deflativa, nel senso che l’aumentata applicazione di queste misure dovrebbe portare i numeri della popolazione carceraria entro soglie compatibili con un’espiazione rispettosa dell’umanità dei reclusi, e dunque pienamente legale.

¹¹ Lo ha fatto in modo diretto ridisegnando i reclami penitenziari, e indiretto razionalizzando il procedimento di sorveglianza. Le soluzioni - tributarie delle proposte della Commissione Giostra ("Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza", d.m. 2 luglio 2011; v. il documento conclusivo in www.penalecontemporaneo.it) - riguardano problemi già da tempo discussi. Particolare rilievo avevano avuto le decisioni della Corte costituzionale in ordine al carattere cogente, per l'Amministrazione penitenziaria, delle decisioni del magistrato di sorveglianza: da ultimo, Corte cost., n. 135 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 2033, sulla quale cfr., FIORIO, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, *ivi*, 2092.

¹² Modificando gli artt. 73 e 94 d.P.R. 309 del 1990 (sui problemi derivati dalla sovrapposizione ad una coeva declaratoria di incostituzionalità della disciplina sugli stupefacenti cfr. GAMBARDELLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità in tema di stupefacenti alla prova della sentenza costituzionale n. 32 del 2014*, in *questa Rivista online*); VIGANO, DELLA BELLA, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, in www.penalecontemporaneo.it).

¹³ Ampliamento dell'affidamento in prova, superamento del divieto di reiterata concessione dell'affidamento ‘terapeutico’ (art. 94, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990), stabilizzazione dell’esecuzione domiciliare (legge n. 199 del 2010), incentivazione all’impiego del braccialetto elettronico nelle detenzioni domiciliari. La strategia di riduzione degli ingressi è completata dal potenziamento dell’espulsione dei cittadini extracomunitari come misura alternativa alla detenzione (art. 16 d.lgs n. 286 del 1998).

¹⁴ Cfr. le considerazioni della Corte costituzionale riportate nella nota 6; in argomento, DELLA CASA, *Il problematico impiego*, cit., 1007; DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quad. cost.*, 2013, 431. Sul rinvio della pena del codice di procedura penale tedesco (§ 455a StPO), disposto su richiesta del p.m. anche contro la volontà del detenuto, cfr. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, 427.

¹⁵ DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2000, 820.

Il provvedimento viene chiamato “svuota-carceri”, ma vale la pena fare alcune premesse. La prima: dati i numeri attuali, una riduzione della popolazione carceraria entro soglie normali sarebbe un risultato *compiutamente* conseguibile solo attraverso una scelta clemenziale, ma una simile soluzione pur da più parti invocata presenta il difetto di assicurare, oggi e da sola, una deflazione di brevissimo periodo e come scelta di politica criminale ha un alto costo in termini di credibilità del sistema per il suo significato di rottura dell’ordinaria legalità¹⁶. Nonostante la gravità della situazione¹⁷, prevalgono le resistenze: pesa il fatto che un provvedimento generale opererebbe sull’attuale popolazione penitenziaria in modo *indiscriminato*. La decarcerizzazione non sarebbe modulabile né in base alle condizioni individuali di detenzione¹⁸, né in base alla pericolosità sociale dei detenuti. Il bilanciamento tra le istanze di legalità della pena detentiva e quella di sicurezza collettiva sarebbe praticabile infatti solo sommariamente: i reati per cui vi è stata condanna sono da soli indicatori assai poco affidabili per una valutazione di pericolosità. Inoltre, nessuna decarcerizzazione risolve il problema sistemico: un simile risultato richiede contestuali politiche, non solo normative, dirette al contrasto alle *cause del sovraffollamento*, cioè a ridurre il ricorso alla carcerazione. In altre parole, il ripensamento dell’intera materia delle sanzioni penali da parte del legislatore, e la valorizzazione, da parte del legislatore e dei giudici, degli strumenti di esecuzione extracarceraria.

Infine, siccome il ricorso al carcere non è comprimibile oltre certe soglie, occorre in ogni caso perseguire il miglioramento delle *condizioni carcerarie* attraverso buone politiche amministrative, prima di tutto in materia di edilizia carceraria¹⁹, e buone prassi, amministrative e giudiziarie²⁰.

¹⁶ PULITANÒ, *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁷ Tale che per molti un atto di clemenza sarebbe ormai inevitabile, ed avrebbe oggi un significato di riaffermazione piuttosto che di negazione della legalità penale (PUGIOTTO, intervento al Convegno “*La clemenza necessaria. Amnistia indulto e riforma della giustizia*”, Roma, 4 dicembre 2013).

¹⁸ Il ripristino della legalità è perseguito attraverso il *complessivo* alleggerimento del carico carcerario.

¹⁹ Il Commissario straordinario del Governo per la gestione del piano carceri, nominato contestualmente alla dichiarazione dello “stato di emergenza carceraria” (d.P.C.M., 13 gennaio 2010), è impegnato al raggiungere risultato di 12.000 nuovo posti entro il prossimo 31 dicembre (termine così prorogato dal precedente decreto “svuota-carceri” n. 78 del 2013).

²⁰ Promette risultati il modello delle ‘celle aperte’, ispirato alla delibera 51 del Consiglio d’Europa, che tende ad una espiazione carceraria in cui la cella è poco più che un luogo di pernottare e il resto della giornata è trascorso in attività extra o intramurarie (cfr. Circolare Min. Giustizia. D.A.P. 13 luglio 2013, PU-GDAP-0251644, «Linee guida sulla “sorveglianza dinamica”»); nel calcolo dello spazio detentivo minimo non è irrilevante il tempo della giornata che il detenuto passa nella cella. (Cass., Sez. I, 30 gennaio 2013, Vizzari, in *Mass. Uff.*, n. 254271). Quanto alla prassi giudiziaria, cfr. la Risoluzione del C.S.M. del 24 luglio 2013, «in ordine a soluzioni organizzative e diffusione di buone prassi in materia di magistratura di sorveglianza».

2. La liberazione anticipata speciale

Accanto alle modifiche in tema di misure alternative, che ampliando l'operatività di questi strumenti consentiranno *anche per il futuro* una minore carcerizzazione, il decreto prevede, come risposta immediata all'emergenza, un istituto transitorio: un temporaneo ma sostanzioso innalzamento degli sconti di pena previsti a titolo di liberazione anticipata («liberazione anticipata speciale»: art. 4).

Viene aumentata da quarantacinque a settantacinque giorni la detrazione di pena che “ordinariamente” si riconosce al detenuto per ogni semestre espiato quando il magistrato di sorveglianza verifichi la sua partecipazione all'opera di rieducazione' (art. 54 ord. penit.)²¹. Un ampliamento temporaneo, operante solo per i periodi di detenzione scontati nel triennio anteriore al decreto e per quelli scontati nel biennio successivo.

Scopo è l'aumento dei flussi in uscita dal carcere, per fine-pena o per raggiungimento delle soglie di ammissione alle forme di esecuzione extracarceraria: come noto, le detrazioni non solo abbreviano la pena ma, essendo considerati “pena scontata”, accelerano il raggiungimento dei limiti di espiazione per la fruizione di altri benefici e misure extracarcerarie (art. 54, co. 4, ord. penit.), ciò che moltiplica l'effetto di decarcerizzazione. Inoltre, anche se l'art. 4 non dice nulla in proposito, la maggiorazione dovrebbe rilevare anche nel calcolo ‘preventivo’ della liberazione anticipata effettuato dal pubblico ministero ai fini dell'eventuale sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. art. 656 c.p.p.²²

Non è la prima figura speciale di liberazione anticipata: ne era stata prevista un'altra in occasione dell'aumento a quarantacinque giorni, operato dalla legge n. 663 dell'86, rispetto alla misura originaria di venti giorni. In quell'occasione la modifica fu accompagnata da un regime transitorio – interamente “retrospettivo”, ossia applicabile a periodi già scontati all'entrata in vigore della novella – secondo cui la maggior detrazione da allora in avanti

²¹ In pratica un mese in più di detrazione per ogni semestre espiato. Anche l'applicazione della liberazione anticipata speciale, nel silenzio della norma, risulta attratta alla competenza del magistrato di sorveglianza.

²² Novità introdotta dall'ultimo decreto svuota-carceri (d.l. n. 78 del 2013: cfr. FIORIO, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1136; AIUTI, *Il nuovo decreto carceri (d.l. 78 del 1° luglio 2013)*, in *Stud. iur.*, 2014, f. 3, 276).

garantita a chi partecipasse all'opera rieducativa, veniva riconosciuta *a partire* da una certa soglia temporale *anteriore*²³.

Allora però l'istituto "retroattivo" mirava principalmente a contenere l'effetto della riforma dell'art. 54 ord. penit., che altrimenti - secondo l'opinione allora corrente secondo 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 mirava ad evitare quello che sembrava un "eccesso di indulgenza", visto l'ingente elevazione dello sconto, più che raddoppiato²⁴. Oggi invece che la giurisprudenza ritiene la successione delle norme penitenziarie soggetta allo stesso principio che regola gli effetti dell'avvicendamento delle norme processuali (*tempus regit actum*), la retroattività della maggiorazione è stata prevista al - dichiarato - fine di «aumentare l'impatto deflativo» della novella²⁵.

La logica di fondo dell'istituto appare largamente apprezzabile. In primo luogo esso, si inserisce in un contesto di iniziative strutturali, e in qualche modo trae da ciò legittimazione come scelta di politica criminale: 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 di sistema siano portate a termine ed inizino a produrre i loro effetti²⁶.

Inoltre, e soprattutto, la decarcerizzazione non è perseguita attraverso 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 detenuto²⁷, soggette a revoca in

²³ Art. 30 l. 10 ottobre 1896, n. 663: «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».

²⁴ Anche se al contempo il periodo di retroazione assicurò - rispetto ad un'applicazione solo *pro futuro*, pure ipotizzata nei lavori preparatori - un buon impatto alla legge "Gozzini" varata nel segno di una minor carcerizzazione e dell'individualizzazione del trattamento penitenziario (cfr. LA GRECA, Sub art. 30, cit. *Commento alla l. 10 gennaio 1986, n. 633*, in *Leg. pen.*, 1987, 237).

²⁵ Cfr. Relazione al disegno di legge di conversione (*Atto Camera n. 1921, 7*, in www.camera.it).

²⁶ L. 28 aprile 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, approvato dal Senato il 2 aprile 2014 e al secondo passaggio alla Camera, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali».

²⁷ Contano anamnesi personale e osservazione penitenziaria, solo relativamente il titolo della detenzione.

caso di commissione di delitti (art. 54, co. 3, ord. penit.) e di inosservanza delle prescrizioni, con preclusione, in questi casi, di ulteriori concessioni per un certo tempo (art. 58-*quater* ord. penit.): «riduzione controllata», per l'appunto²⁸.

3. “Indulto mascherato”?

Rispetto a questa previsione si è subito fatto strada il timore di un “effetto clemenziale”, ossia di un’applicazione talmente largheggiante da trasformare l’istituto temporaneo in un “indulto mascherato”. Riecheggiano le perplessità suscitate, fin dalla sua apparizione, dalla “liberazione anticipata”, della quale si è sempre temuta un’applicazione generalizzata, pressoché universale. A favorirla sarebbero, da un lato, la scarsa selettività del requisito della «partecipazione all’opera di rieducazione», il cui accertamento può ridursi per diversi motivi ad una verifica di “buona condotta”²⁹, e dall’altro la tendenza della magistratura ad impiegare l’istituto come strumento di buon governo delle carceri più che come mezzo di trattamento³⁰. Svincolato da una effettiva “partecipazione”, il beneficio rischia di funzionare come «una sorta di indulto perpetuo parziale» o «una modificazione trasversale», per via penitenziaria, degli alti livelli sanzionatori del codice Rocco, che ancora non si riesce a riformare legislativamente³¹.

Sono riserve che meritano considerazione, e mettono in guardia dal rischio che la *routine* allontani la liberazione anticipata dalla *ratio* trattamentale. Il pericolo di applicazioni indiscriminate è inversamente proporzionale all’impegno valutativo del magistrato, alle opportunità rieducative offerte dalle strutture, all’efficienza del sistema di osservazione³²; c’è di che temere, specialmente in un momento in cui in cui il repentino aumento delle istanze

²⁸ La misura più somigliante, per questi ultimi aspetti, è l’indultino (cfr. SPAGNOLO, *Premessa. L. l. 1° agosto 2003, n. 207. Commento articolo per articolo*, in *Leg. pen.*, 2003, 393 ss.).

²⁹ Quando il riconoscimento del beneficio viene a fondarsi sulla *mera* assenza di comportamenti di disordine o ribellione (insomma, di rilievi disciplinari) il “fatto” presupposto dalla norma premiale viene erroneamente identificato in un ‘fatto’ che può al massimo avere valore di prova del primo. Varie le ragioni: dalle carenze del trattamento penitenziario riguardo alla predisposizione di attività “risocializzanti”, ai deficit del sistema di osservazione penitenziaria.

³⁰ L’istituto si sviluppa inizialmente come mezzo per mantenere la *pax carceraria* più che come strumento di trattamento rieducativo (PRESUTTI, *Profili premiali dell’ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, 104).

³¹ FASSONE, Sub *art. 12 ord. penit.*, in FASSONE, BASILE, TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987, 74.

³² La giurisprudenza non manca di sottolineare che la “partecipazione all’opera di trattamento”, presupposto applicativo, non va confuso con la c.d. “buona o regolare condotta” che costituisce uno degli elementi di valutazione (cfr. Cass., Sez. I, 21 giugno 2001, Carbonaro, in *Cass. pen.*, 2002, 2492).

mette in difficoltà gli uffici già in affanno. Ma queste perplessità, pure non infondate, non sono in grado di mettere in discussione l'opportunità della scelta legislativa: il super-sconto è previsto, in funzione bensì deflattiva, ma come effetto aggiuntivo di una misura che se ben applicata rappresenta un prezioso fattore di progressione nel trattamento penitenziario³³.

Per altro verso, è opinione diffusa che l'istituto della liberazione anticipata speciale oltre che essere un espediente deflattivo valga anche a "compensare" del danno da sovraffollamento. L'idea è avvalorata dagli stessi compilatori del decreto³⁴: l'incremento temporaneo delle detrazioni rientrerebbe tra quelle misure compensative che i giudici di Strasburgo esortano a mettere in campo «senza indugio» per garantire riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione, a complemento degli interventi (prioritari) di tipo preventivo, in grado di impedire le violazioni in discorso.

In realtà, è assai opinabile che l'istituto in esame abbia una tale valenza: l'opinione richiamata non ha riscontro nella disciplina positiva, e rischia di confondere i due piani di intervento del decreto legge³⁵. Dall'analisi della disciplina desumiamo, in senso contrario, che la maggior detrazione viene riconosciuta - una volta accertata la condizione di "meritevolezza" data dalla partecipazione all'opera rieducativa - sia a chi ha patito carcerazioni disumane sia a chi ha scontato la pena in un carcere modello e nelle migliori condizioni possibili.

Del resto, se la misura fosse compensativa la disciplina risulterebbe molto criticabile: il presupposto della partecipazione al trattamento suonerebbe incongruo, avendo certamente diritto ad una riparazione del maltrattamento subito sia il detenuto che ha partecipato all'opera di rieducazione (e più di

³³ È dunque questione (solo) di impegno applicativo. Lo stesso può dirsi per le perplessità motivate dall'impatto sugli uffici giudiziari sommersi di istanze; la necessità di dare priorità a quelle il cui accoglimento porta il richiedente fuori dal carcere rischia anche di creare sperequazioni tra i *liberandi* e tutti gli altri, le cui pratiche potrebbero bloccarsi per garantire l'auspicato effetto deflattivo. Il problema principale è quello di istruire le richieste: già oggi nei numeri ordinari la gestione dei benefici penitenziari risente della *routine*, e fatica a non essere burocratizzata (i segni di disfunzione sono evidenti nei tempi lunghi per la fissazione delle udienze, nei ritardi nell'acquisizione delle relazioni degli educatori, e non a caso il C.S.M. ha raccomandato nel suo parere al disegno di legge di conversione la verifica degli organici e le relative misure di sostegno). Ma questa *faticosità* è una conseguenza necessaria del tipo di intervento messo in campo: non un provvedimento clemenziale ma una deflazione selettiva e, in qualche modo, "ragionevole".

³⁴ Nella relazione al disegno di legge di conversione (*Atto Camera n. 1921, 7*, in www.camera.it) si afferma che «sia pure in parte la misura si attegga a rimedio compensativo, secondo le indicazioni date dalla Corte europea di Strasburgo, della violazione dei diritti dei detenuti in conseguenza della situazione di sovraffollamento carcerario e, più in generale, del trattamento inumano e degradante che, per carenze strutturali, possano essersi trovati a subire».

³⁵ I rimedi riparatori, tutt'altro che assenti nella manovra legislativa, sono quelli cui si è fatto cenno nel primo paragrafo.

tutti lo avrebbe chi ha partecipato nonostante le condizioni disagiate) ma anche il detenuto che non abbia aderito ad alcuna opportunità riabilitativa. E verrebbe finanche da interrogarsi sulla ragionevolezza della 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 C.e.d.u. dalla sentenza "Sulejmanovic"³⁶.

È suggestivo ma infondato il riferimento effettuato nella relazione alla circostanza che l'inizio dell'effetto retroattivo coincide con la dichiarazione dello stato di emergenza carceraria. Quando il legislatore, per potenziare la decarcerizzazione, ha stabilito la retroattività dell'istituto la scelta del *dies ante quem* è caduta sul 1° gennaio 2010 sulla scorta di valutazioni di mera opportunità che non hanno alcun riverbero sulla funzione³⁷: siamo di fronte, insomma, ad un intervento deflativo utile alla decongestione dei penitenziari³⁸. Viene semmai da chiedersi se non fosse opportuno un aumento (meno marcato, ma) a regime delle detrazioni di pena, che avrebbe valorizzato sia la funzione trattamentale "incentivante" della liberazione anticipata, sia la sua capacità di deflazione carceraria, intercettando diverse istanze politico-criminali sempre più avvertite: *riduzione* del ricorso al carcere come strumento della risposta penale, *umanizzazione* della detenzione, *individualizzazione* del trattamento³⁹.

³⁶ V. i rilievi di GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. giust.*, 5, 2014, in corso di pubblicazione.

³⁷ Così, sulla scorta di valutazioni di opportunità, la liberazione anticipata transitoria introdotta nel 1986 aveva operato retroattivamente a partire dalla data che segnava il termine finale di efficacia di un precedente indulto, per evitare un cumulo di benefici.

³⁸ A voler cercare altre valenze si può dire, mutuando riflessioni formulate a proposito della sospensione condizionata della pena (l. 1° agosto 2003, n. 207) che la misura straordinaria umanizza la condizione carceraria, ed in questo senso i beneficiari primari sono paradossalmente coloro che rimangono reclusi, in condizioni migliori grazie all'aumento di scarcerazioni, mentre l'anticipato ritorno in libertà è vantaggio "secondario" (CONSULICH, *La difficile appartenenza dogmatica del cd. "indultino"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 732).

Una liberazione anticipata «compensativa» era stata configurata senza successo durante il dibattito sulla conversione del decreto, ipotizzando l'introduzione di un art. 54-bis, a mente del quale «a prescindere dal presupposto di cui al co. 1, art. 54, per ogni mese di detenzione eseguita in condizioni tali da integrare trattamenti inumani o degradanti è concessa al condannato una detrazione di 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...».

³⁹ Cfr. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale*, cit. Un simile aumento era stato proposto durante la gestazione della novella del 2002: sessanta giorni a fronte della prova di una «speciale partecipazione» (cfr. 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 *Cass. pen.*, 2003, 374). Del resto, tra le strategie di contrasto al sovraffollamento, diffuso anche oltre confine, si registrano addirittura meccanismi-valvola che consentono il rilascio anticipato dei detenuti quando la popolazione carceraria diventi eccessiva (MANNOZZI, *Razionalità e giustizia nella commisurazione della*

4. L'ambito oggettivo di applicazione

Veniamo alla disciplina giuridica e anzitutto all'ambito oggettivo di applicazione, che è ricostruibile leggendo in modo combinato i primi due commi⁴⁰.

Il primo prevede una *misura straordinaria* (settantacinque giorni anziché quarantacinque) per le detrazioni di pena che verranno 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 trenta giorni in riferimento ai semestri successivi al 1° gennaio 2010⁴¹, per i quali sia già stato chiesto ed ottenuto il beneficio “ordinario”, così allineando le detrazioni già riconosciute nell'ultimo triennio alla misura maggiorata prevista dal primo comma. Questo sconto 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»⁴². Si tratta di una regola derogatoria rispetto al criterio valutativo “atomistico”⁴³, secondo il quale nella liberazione anticipata ordinaria il progresso trattamentale va apprezzato - attraverso l'analisi di comportamenti significativi di quel progredire⁴⁴ - in modo “semestralizzato”. Il criterio è stato temperato di recente solo nel senso che la rilevanza del progresso effettuato nel singolo semestre non preclude la considerazione di condotte (anche) successive gravemente censurabili, tali da illuminare negativamente la valutazione della “reale” partecipazione nel periodo considerato⁴⁵.

pena, Padova, 1996, riporta un'esperienza del Michigan che prevede, alla segnalazione del superamento della capienza protratto per più di 30 giorni, la possibilità di decurtare le condanne per un massimo di 90 giorni o di anticipare i rilasci *on parole* dei detenuti con prognosi di recidiva favorevole).

⁴⁰ La disposizione non lo disegna in modo lineare: non ha giovato il calco del regime transitorio del 1986, differente come si è detto, sia per *ratio* che per funzionamento.

⁴¹ E per i semestri a cavallo di quella data (comma 3): in pratica, lo sconto integrativo si applica anche per il semestre compreso tra il 1° luglio 2009 e il 1° gennaio 2010 (FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), in *Officina del diritto, Il penalista*, Milano, 2014, 69).

⁴² La previsione del criterio più rigoroso di quello ordinario era già nella ricordata figura transitoria del 1986: «semprechè attualmente e con riferimento ai semestri suddetti risulti provata la partecipazione del condannato all'opera di rieducazione secondo i criteri indicati nell'art. 94 del regolamento di esecuzione».

⁴³ Criterio importante nella logica dell'istituto, in cui l'avvenuta rieducazione è il fine ultimo e non il presupposto per la sua concessione, ed il premio è *periodico* e non *complessivo* proprio per incentivare «l'evoluzione della condotta positiva del condannato in comportamento abituale» (PRESUTTI, *Profili premiali*, cit., 104).

⁴⁴ 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.).

⁴⁵ Cfr. COPPETTA, Sub art. 54, in *Ord. penit. comm. Giostra, Grevi, Della Casa*, I, Padova, 2011, 784 ss.

Qui invece la maggior detrazione, per i periodi già valutati ai fini del beneficio “ordinario”, viene condizionata alla verifica di una *continuativa* partecipazione all’opera rieducativa, dal semestre di riferimento al momento dell’istanza: 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: trova piuttosto una *propria* giustificazione nell’eccezionale entità della detrazioni speciali “retrospettive” che, accumulandosi, possono abbattere la pena anche in modo assai consistente, e facilmente condurre alla scarcerazione⁴⁶; una cautela aggiuntiva a tutela della sicurezza collettiva.

In difetto di un’espressa previsione, non risulta chiara l’applicabilità dello sconto straordinario ai semestri già espriati anteriormente al decreto ma per i quali i detenuti ancora non abbiano *ancora* formulato alcuna istanza *ex art. 54* ord. penit. (come è noto, non vigono termini). Di questi periodi non sarebbe ragionevolmente ipotizzabile l’estraneità all’ambito dell’istituto ma, non potendo essi esser ricondotti alla previsione del secondo comma (riferita ai soli detenuti che «abbiano già usufruito della liberazione anticipata»⁴⁷), sembrerebbe inevitabile applicare il primo comma⁴⁸: questo andrebbe così riferito a *tutte* le istanze di liberazione anticipata formulate dopo l’emanazione del decreto legge (o ancora pendenti a quella data), relative a periodi detentivi scontati nel biennio 2013-2015⁴⁹ ovvero a semestri già espriati alla data del decreto⁵⁰.

⁴⁶ Analogo criterio di rigore non è richiesto per le istanze relative ai semestri 2013-2015, e non irragionevolmente, perché: *a)* le possibilità di cumulo sono obiettivamente inferiori; *b)* le istanze di liberazione anticipata vengono solitamente formulate per semestri (ad evitare il rischio di valutazioni sfavorevoli condizionate da eventi o comportamenti successivi al periodo).

⁴⁷ Del resto, non sarebbe stato possibile estendere *sic et simpliciter* ai semestri mai valutati la disciplina che si è prevista per semestri già ritenuti meritevoli dello sconto “ordinario”: per questi ultimi l’assenza del neointrodotta requisito della “continuativa ed attuale partecipazione” impedisce solo il riconoscimento dello sconto aggiuntivo, mentre per i primi avrebbe precluso – incongruamente – qualsiasi detrazione.

⁴⁸ Il testo non vi osterebbe, fissando la misura di *qualsiasi* detrazione “concessa” nel biennio 2013-2015, senza specificare nulla in ordine ai periodi detentivi di riferimento: «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» (cfr. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., 69).

⁴⁹ Lo sconto maggiorato si applica solo ai semestri interamente ricadenti entro la data del 23 dicembre 2015: il testo normativo non consente conclusioni diverse, anche se può così restare escluso dal beneficio speciale il detenuto che abbia partecipato all’opera rieducativa durante un semestre che cada anche per un giorno soltanto fuori da quella data (FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., 68).

⁵⁰ Purchè per questi ultimi non sia stato già ottenuto lo sconto “ordinario” (quest’ultimo caso è regolato nel secondo comma).

Ai semestri per i quali in precedenza non sia mai stata richiesto il beneficio ordinario può estendersi analogamente la regola stabilita per lo sconto integrativo, secondo cui il regime “speciale” vale non

Tuttavia, opinando in tal senso risulterebbe ingiustificata la differente disciplina che sarebbe applicabile ai semestri espriati prima del decreto, a seconda che in relazione agli stessi sia stata già formulata oppure no una richiesta ordinaria. Se la *ratio* del requisito della partecipazione “continuativa ed attuale” è quella che si è detto, essa certo vale rispetto a *tutti* i casi in cui la disciplina del decreto comporti un aumento delle liberazioni, senza che possa aver rilievo la circostanza che essa conduca a detrazioni di settantacinque giorni, oppure di detrazioni “integrative” di trenta giorni⁵¹.

E non basta: chi ha già ottenuto il beneficio ordinario subirebbe, a parità di condizioni, un’alea minore rispetto a chi non abbia ancora richiesto alcuna detrazione per il vecchio semestre: infatti per i primi soggetti, che ormai hanno “acquisito” lo sconto ordinario, l’accertamento di un’interruzione del percorso rieducativo potrà solo condurre al diniego della detrazione aggiuntiva, mentre i detenuti che non abbiano mai richiesto liberazione anticipata rischiano il diniego dell’intera detrazione di settantacinque giorni⁵².

Il legislatore avrebbe fatto bene a subordinare al criterio più severo tutte le detrazioni speciali riconosciute in relazione a periodi espriati nel triennio anteriore al decreto-legge (non solo quelle “integrative”), prevedendo che per i semestri in relazione ai quali mai prima fosse stata proposta istanza, quel criterio condizioni solo lo sconto eccedente i quarantacinque giorni ordinari.

A rigore, stando alle norme “poste” l’istanza formulata oggi in relazione a semestri del triennio 2010/2013 – che non è riconducibile ad alcuna delle fattispecie dell’art. 4 d.l. – dovrebbe essere considerata come una richiesta “ordinaria” ex art. 54 ord. penit., disposizione applicabile a tutti i casi non riferibili alla norma speciale (e pertanto valutata in modo “atomistico”, per come questo criterio si è venuto precisando in sede applicativa). Per neutralizzare il difetto tecnico dell’art. 4 occorrerebbe ritenere (non senza una qualche arditezza) che una volta riconosciuto lo sconto ordinario il magistrato debba poi veri-

solo per i semestri iniziati dopo il 1° gennaio 2010 ma anche a quelli allora già *in corso di espiazione* (FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., 68). È appena il caso di precisare che lo sconto speciale non spetta per semestri anteriori al 1° gennaio 2010 (decorsi, ad es., nel 2008) ove il beneficio venga richiesta solo successivamente all’entrata in vigore del decreto: il primo comma dell’art. 4 non può essere letto, infatti, nel senso che quello sconto si applichi a *tutte* le riduzioni che saranno concesse nel biennio 2013-2015, a prescindere dal periodo detentivo di riferimento. Una simile lettura renderebbe irrazionale la disciplina complessiva della liberazione anticipata, facendo dipendere l’entità - ordinaria o straordinaria - dello sconto dall’elemento, assolutamente casuale, della data di concessione. I periodi *ante* 2010 potranno pertanto essere oggetto solo di richiesta ex art. 54 ord. penit., con possibile detrazione quarantacinque giorni per semestre (FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., 69).

⁵¹ Non a caso nell’art. 30 della legge Gozzini il giudizio “rafforzato” di meritevolezza era previsto in riferimento ad entrambe le ipotesi.

⁵² FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., 70.

ficare il diritto del detenuto (la cui situazione è a quel punto sovrapponibile a quella dell'art. 4, co. 2) ad ottenere l'ulteriore detrazione di trenta giorni, applicando il criterio ammissivo speciale, ossia appurando se egli abbia anche *medio tempore* «continuato a dar prova di partecipazione».

La questione, per la verità, dovrebbe avere un rilievo pratico modesto: nell'attuale situazione è prevedibile che la magistratura di sorveglianza tenda ad essere particolarmente prudente nelle esclusioni, ed a negare lo sconto speciale solo in casi (tanto critici) che difficilmente consentirebbero, quale che sia il criterio valutativo utilizzabile, l'apprezzamento di una "partecipazione all'opera rieducativa". Certo è che simili margini di opinabilità non agevolano la coerenza e la prevedibilità dell'applicazione di una normativa che incide sulla quantità di pena che persone attualmente detenute nelle nostre carceri devono ancora espiare.

5. L'ambito soggettivo di applicazione

Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, va notato che la liberazione anticipata speciale, a differenza di quella ordinaria⁵³, 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»⁵⁴.

Né si applica «ai condannati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio» (art. 1 l. n. 199 del 2010) e a quelli «che si trovino agli arresti domiciliari» durante la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena ex art. 656, co. 10, c.p.p.⁵⁵. Queste ultime due eccezioni richiedono un'interpretazione correttiva: intese alla lettera, negano *tout court* la liberazione anticipata specia-

⁵³ Ai cui fini valgono «il periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare» (art. 54, co. 1, ord. penit.), quello trascorso in arresti domiciliari (cautelari) (Corte cost., n. 352 del 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 30), e finanche quello trascorso in affidamento (grazie ad una controversa novella del 2002 che ha introdotto il co. 12-bis nell'art. 47 ord. penit.: 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 *Cass. pen.* 2003, 384).

⁵⁴ Il riferimento all'affidamento in prova (ex art. 47 ord. penit.) non può non comprendere l'affidamento "terapeutico" ex art. 94 t.u. stup.; analogamente, il riferimento alla detenzione domiciliare abbraccia quella ordinaria ex art. 47-ter e quella «speciale» di cui all'art. 47-quinquies ord. penit. È appena il caso di notare che affidati e detenuti nel domicilio mantengono il diritto alla liberazione anticipata ordinaria: l'art. 4 d.l. è norma speciale rispetto all'art. 54 ord. penit., il quale resta perciò applicabile ad ogni situazione non rientrante nella previsione straordinaria.

⁵⁵ Queste ultime due eccezioni sono state previste in sede di conversione, ma il riferimento alla 'detenzione domiciliare' sarebbe stato estensibile agevolmente all'istituto di cui alla legge n. 199 del 2010, il cui art. 1, co. 8, rimanda, per quanto non disposto, a quella disciplina (DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo*, per scongiurare il sovraffollamento, in www.penalecontemporaneo.it).

le a chi al momento della richiesta si trovi in esecuzione domiciliare o in arresti domiciliari “esecutivi”, non solo in relazione ai periodi trascorsi in tali condizioni, ma addirittura per quelli trascorsi in carcere. Una simile disciplina sarebbe però in patente contrasto col principio di eguaglianza, non essendovi 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 meno al momento della richiesta: è abbastanza per forzare il testo (probabilmente frutto di un’interpolazione frettolosa) e ritenere che il legislatore abbia in realtà inteso escludere dal maggior rateo solo *i periodi trascorsi* nelle condizioni accennate, così come quelli espiaati in affidamento o detenzione domiciliare, nell’intento di allineare nell’esclusione condizioni (extracarcerarie) tra loro sovrapponibili⁵⁶.

Ma il problema principale posto da questo quinto comma è dato dal fatto che tutte le eccezioni contemplate 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 (diversamente “qualificato”, a seconda della misura) e di una non particolare pericolosità sociale, col risultato che questi condannati si vedono assoggettati ad un regime meno favorevole rispetto ai detenuti in regime carcerario (inclusi quelli che non sono stati ammessi a misure extracarcerarie perché non meritevoli).

La differenza di trattamento non può essere giustificata sulla base della *ratio* deflativa (sostenendo cioè che la giustificazione della liberazione anticipata speciale non ricorrerebbe quando questa non condurrebbe ad alcuno sfollamento carcerario) trattandosi di persone che si trovano già *extra moenia*⁵⁷. Per un verso, infatti, non è completamente vero che le eccezioni non incidano sui tassi di scarcerazione, perché anche nelle situazioni ivi considerate l’esclusione dallo sconto speciale ritarda la definitiva fuoriuscita dei condannati dal circuito penale⁵⁸, e lascia possibile il loro reingresso in carcere per i più svariati motivi: violazione di prescrizioni, commissione di nuovi reati, cumulo di condanne che conducano al superamento della soglia per la fruizione della misura extramuraria⁵⁹.

Per altro verso, se è vero che la liberazione anticipata speciale ha una giustificazione meramente deflativa, questo non esime l’istituto dal rispetto dal ca-

⁵⁶ Come del resto era stato suggerito al legislatore anche dal C.S.M. nel parere reso il 23 gennaio 2014.

⁵⁷ Cfr. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri*, cit.

⁵⁸ Ciò che non è ininfluente sull’attuale situazione di affanno dell’organizzazione penitenziaria, che resta investita della gestione e del controllo delle “esecuzioni esterne” (FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., 67).

⁵⁹ Cfr. FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., 67

none della ragionevolezza (art. 3 Cost.) che tutte le scelte legislative, massimamente quelle incidenti sulla libertà personale dei cittadini, devono osservare⁶⁰: come è stato ben ricordato, Corte cost. n. 278 del 2005 ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per «l'irrazionalità della disposizione», l'esclusione dei condannati ammessi a misure alternative dall'ambito applicativo del cd. indultino⁶¹.

Resta incerta, nel silenzio della legge, 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. Non si allude alla *semilibertà*, che rappresenta un regime "detentivo" seppur singolare, e dunque è certamente computabile ai fini della liberazione anticipata speciale, bensì agli arresti domiciliari ex art. 284 c.p.p. e alla libertà vigilata a seguito di liberazione condizionale.

Infatti gli *arresti domiciliari* si direbbero computabili ai fini del maggior sconto: tolte le situazioni esplicitamente esentate (art. 4, co. 1 e 5), la disciplina speciale è riferibile a *tutte* le condizioni soggettive valutabili ai fini del beneficio ordinario (art. 54, co. 1, ord. penit.) e tra queste figura la custodia cautelare, alla quale gli arresti domiciliari sono *ex lege* equiparati (art. 284, co. 5, c.p.p.)⁶².

Lo stesso deve dirsi per la *liberazione condizionale*, altra condizione che è valutabile ai fini della liberazione anticipata ordinaria e che non è espressamente esclusa dal beneficio speciale: estendere a questa l'eccettuazione prevista per i periodi di affidamento in prova costituirebbe analogia *in damnosus*. E così le due situazioni, obiettivamente analoghe (quelle dell'affidato in prova e del liberato sotto condizione), risultano trattate diversamente⁶³.

6. L'esclusione dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 4-bis ord. penit.

⁶⁰ Del resto anche la parificazione dei periodi di restrizione cautelare e di detenzione domiciliare ai periodi di espiazione *carceraria* della *pena*, introdotta nella disciplina di cui all'art. 54 ord. penit. dalla legge Gozzini risponde, più che alla *ratio* trattamentale, ad una mera esigenza perequativa (FIANDACA, *Commento all'art. 18 della l. 10 ottobre 1986, n. 663*, in *Leg. pen.*, 1987, 200).

⁶¹ Art. 1, co. 3, lett. d), l. 1° agosto 2003, n. 207: lo nota DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 118.

⁶² L'applicazione del co. 5 agli arresti domiciliari in via analogica, valorizzando l'omogeneità tra questi, gli arresti domiciliari esecutivi e la detenzione domiciliare sarebbe comunque, pur dove si volesse ravvisare una *eadem ratio*, analogia *in malam partem* (pone il problema DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 117).

⁶³ *Contra*, FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., 67.

L'aspetto più discusso dell'ambito applicativo *soggettivo* dell'istituto riguarda i rapporti col regime di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.: contrariamente a quanto previsto in precedenti interventi legislativi volti allo sfollamento carcerario (il c.d. "indultino", la legge sulla esecuzione domiciliare) in questo decreto legge lo sconto maggiorato si applicava, nel testo originario, a *tutti* i condannati in espiazione di pena a prescindere dal titolo della detenzione, inclusi quelli assoggettati all'accennato regime speciale di trattamento penitenziario⁶⁴. Le riserve formulate da più parti erano condizionate dal timore che l'applicazione del maggior sconto di pena a quelle categorie di detenuti avrebbe comportato la scarcerazione anticipata di persone gravemente pericolose per la collettività. Rispetto a quelle preoccupazioni non è apparsa appagante la *motivazione rafforzata* richiesta al magistrato, che in quei casi sarebbe stato tenuto alla verifica che costoro «abbiano dato prova nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità»⁶⁵.

In questo caso le riserve sono state decisive, perché hanno condotto il Parlamento a ridurre, in sede di conversione, l'ambito applicativo dell'istituto, eccettuando le accennate categorie di condannati. Come quasi sempre accade, le concessioni all'emotività collettiva sono perdita secca per le soluzioni tecnico-normative: la modifica ha assecondato, o strumentalizzato, paure in larga parte infondate; condotto alla creazione di una disciplina fortemente criticabile; fortemente depotenziato la portata deflativa dell'intervento

⁶⁴ Si tratta di una presunzione di inopportunità di concessione di misure trattamentali e benefici, fondata su una (altrettanto presuntiva) valutazione di pericolosità, data normativamente in base alla natura del reato oggetto della condanna; così, se normalmente quei provvedimenti vengono negati (solo) in presenza di elementi che giustifichino un giudizio di attuale pericolosità del detenuto, qui essi sono *a priori* preclusi, o concedibili solo in presenza di speciali presupposti, variamente stringenti a seconda delle 'fasce' di gravità in cui è diviso il catalogo di delitti ostativi. Questo doppio binario basato su tipi d'autore, è da sempre oggetto di critiche in quanto contrario all'esigenza di individualizzazione del trattamento rieducativo e foriero di sperequazioni (CESARI, GIOSTRA, Sub art. 4-*bis*, in *Ord. penit. Giostra, Grevi, Della Casa*, cit., 53 ss.).

⁶⁵ Una regola restrittiva non sarebbe stata in sé inopportuna, a fronte del rischio che l'accertamento della partecipazione all'opera rieducativa si riduca ad un controllo di "regolare condotta" (spesso i detenuti più "pericolosi" tengono condotte carcerarie formalmente irreprensibili). Vero è che il criterio prescelto è stato mutuato infelicemente da quello che l'art. 47, co. 12-*bis*, ord. penit. detta per le detrazioni relative ai periodi di affidamento: mentre però in quel caso esso serve ad adattare la valutazione di meritevolezza alla condizione di chi è già in libertà, qui avrebbe comportato valutazioni molto problematiche, in riferimento a soggetti, detenuti, che sono esclusi da qualsiasi "offerta" trattamentale extracarceraria (cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 120).

Non è apparsa rassicurante neppure la previsione (art. 4-*bis*, ult. co., ord. penit.) - che sarebbe stata applicabile anche alla liberazione anticipata speciale - secondo la quale qualsiasi misura alternativa è preclusa ai detenuti per delitti dolosi ove emerga la permanenza di collegamenti col crimine organizzato.

Andiamo per ordine. Che l'applicazione generalizzata del maggior sconto avrebbe generato un *particolare* pericolo per la sicurezza collettiva è un assunto opinabile: in primo luogo, si sarebbe trattato di detenuti già valutati positivamente ai fini dello sconto ordinario, e lo sconto speciale sarebbe stato comunque subordinato al vaglio rigoroso previsto dal comma 4; in secondo luogo va considerato che la liberazione anticipata incide sull'ultimo tratto dell'esecuzione della pena⁶⁶, cosicché 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 *comunque* ormai prossimo a venire⁶⁷. In proposito, è appena il caso di notare che l'affermazione secondo cui la liberazione anticipata premia maggiormente chi ha condanne più gravi (essendo lo sconto più ingente quanto più lunga è la pena)⁶⁸, è vera se riferita alla liberazione anticipata "ordinaria" ma lo è molto meno, o non lo è affatto, in riferimento all'istituto speciale, poiché l'elevazione dello sconto opera in relazione alla detenzione espiata in un arco temporale in ogni caso limitato (2010-2015).

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*. Timori eccessivi insomma.

Per giunta il tipo di risposta, ossia l'esclusione dei detenuti soggetti al regime dell'art. 4-*bis*, ha condotto ad una disciplina criticabile: il pur indispensabile 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 d.l.), su di una presunzione normativa. La scelta è in controtendenza rispetto alla più moderna concezione dell'esecuzione penale, in cui è chiara la necessità di superare le modulazioni del regime detentivo normativamente "fissate", che escludono

⁶⁶ Quando il sistema penitenziario ha ormai dato fondo a tutte le risorse trattamentali e dunque è stato raggiunto, potremmo dire, quasi il massimo grado possibile di rieducazione. Ciò distingue la liberazione anticipata dalle misure alternative in senso stretto e dai benefici - preclusi ai detenuti assoggettati all'art. 4-*bis* - che intervengono ad un certo punto seppur avanzato del periodo di detenzione, inserendosi in un percorso rieducativo ancora incompleto.

⁶⁷ Cfr. GIOSTRA, *Questione carceraria*, cit. Si noti che mentre per la generalità dei detenuti le detrazioni riconosciute a titolo di liberazione anticipata hanno anche l'ulteriore effetto di consentire il raggiungimento anticipato la soglia di pena espiata necessaria all'accesso alle misure alternative quest'effetto è assente per i detenuti assoggettati al regime speciale, tutto intramurario, dell'art. 4-*bis*.

⁶⁸ Affermazione ricorrente tra le critiche alla configurazione originaria dell'istituto (cfr. la relazione di minoranza al disegno di legge di conversione).

l'apprezzamento giurisdizionale⁶⁹; e rappresenta un regresso anche rispetto alle recenti novelle che hanno eliminato vari legalismi nell'esecuzione penale⁷⁰. In particolare, 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. Peraltro, il doppio binario penitenziario, pensato originariamente per gli appartenenti alla criminalità mafiosa ed eversiva, è stato esteso negli anni a reati vari e diversi, scorrendo i quali emerge che la giustificazione empirico-criminologica di quel giudizio presuntivo si fa sempre più debole man mano che ci si allontana dalle fenomenologie penali originarie⁷¹.

E non è solo questo: nella sua rigidità, la disciplina 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*»⁷².

In realtà, il beneficio ordinario e quello speciale condividono i presupposti di fatto, ma non la *ratio*: mentre la detrazione di cui all'art. 54 ord. penit. ha una giustificazione trattamentale, la *maggiorazione* dello sconto si giustifica solamente come mezzo di *dellazione carceraria*, come è dimostrato dal suo carattere temporaneo che risulterebbe ingiustificabile in una prospettiva trattamentale.

⁶⁹ Si muove del resto in questo senso, nello stesso decreto, l'abolizione del divieto di applicare per più di due volte l'affidamento "terapeutico" (art. 94, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990): essendo alto il rischio di recidiva nelle tossicodipendenze, è opportuno evitare preclusioni, rimettendo *in toto* al giudice la possibilità di concedere a queste persone (il 25% del totale della popolazione detenuta) ulteriori *chance* di recupero; opportunamente: se l'affidamento è *terapia*, perché non somministrarla due volte? Le ricadute sono sempre possibili, e non sempre testimoniano l'inadeguatezza della cura.

⁷⁰ 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) (FIORIO, *Strasburgo* chiama, cit., 1137).

⁷¹ Sulla necessità di fare pulizia nell'ormai lungo catalogo di reati, v. GIOSTRA, *Sovrappollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 60.

⁷² FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., p. 74; in senso conforme, DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 121.

Perciò può non essere irragionevole che ai detenuti di cui all'art. 4-*bis*, ai quali è concesso lo sconto ordinario, sia invece negato quello speciale. È vero infatti che la liberazione anticipata, per la sua fondamentale funzione “incentivante”, è l'unica misura che trova applicazione a tutti i detenuti senza preclusioni legate al titolo della condanna o a condizioni personali, sulla sola base di una constatata adesione all'opera rieducativa⁷³. Non a caso il legislatore la eliminò quasi subito dal novero delle misure precluse nel regime dell'art. 4-*bis*⁷⁴, ritenendo inopportuna una rinuncia aprioristica a questo strumento rieducativo, e subito dopo la Corte costituzionale notò come quel regime differenziato avrebbe contrastato con il finalismo rieducativo della pena se non avesse consentito *almeno* questa opportunità trattamentale⁷⁵. Ma questo non toglie che possa essere giustificata una scelta normativa diversa in relazione al beneficio speciale, che è un espediente straordinario e temporaneo per sfollare le carceri abnormemente stipate e tollera criteri selettivi, a tutela della sicurezza collettiva, anche particolarmente stringenti purché, è ovvio, ragionevoli.

Semmai, quello che nella disciplina definitiva dell'istituto può sembrare poco giustificato, finanche costituzionalmente, è il fatto che le esigenze di tutela della sicurezza collettiva siano perseguite attraverso un'esclusione assoluta e incondizionata, che accomuna *tutti* i condannati per i delitti elencati nell'art. 4-*bis*, tanto diversi tra loro, senza gradazioni né ambiti di apprezzamento giudiziale. Così, mentre (persino) l'art. 4-*bis* 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 - quel che è peggio - la scelta definitiva del Parlamento ha ridotto moltissimo la sfera di applicabilità dell'istituto, incidendo in modo esiziale sulla sua capacità di assicurare (insieme alle altre modifiche normative) l'auspicato temporaneo aumento dei tassi di scarcerazione. Ciò perché 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 de-

⁷³ Proprio questo carattere *trasversale* la rende idonea a fungere da mezzo di contrasto alla pressione carceraria (TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11).

⁷⁴ D.l. 8 giugno 1992, n. 306 (l. 7 agosto 1992, n. 356); in sede di conversione, ciò che dimostra un certo «travaglio elaborativo» (A. GAITO, *Limiti applicativi della detenzione anticipata?*, in *Giur. it.* 1993, 549 ss).

⁷⁵ Corte cost., n. 306 8 luglio 1993, n. 306, in *Giust. pen.*, 1994, I, 168.

tenuti che – proprio in quanto assoggettati al regime dell’art. 4-*bis* – sono esclusi, o di fatto esclusi, da qualsiasi percorso alternativo al carcere.

A questo aggiungiamo le difficoltà applicative nei casi di condannati a pene cumulate, alcune soltanto per reati di cui all’art. 4-*bis*, ove si ritenga, come si dovrebbe, 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 precluso⁷⁶. Optando per questa soluzione, il magistrato di sorveglianza, tenuto a riconoscere lo sconto ordinario per i semestri espiati 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. La giurisprudenza, mentre è ormai compatta nell’affermare la scindibilità del cumulo ai fini dell’applicazione di misure alternative al carcere⁷⁷, risulta ancora non uniforme in relazione ad ipotesi diverse, in cui lo “scioglimento” serve a risolvere questioni esecutive o ad applicare istituti penitenziari diversi dalle misure alternative, perciò non è escluso che qualche massima, interpretando il riferimento ai «condannati per taluno dei delitti di cui all’art. 4-*bis*» come rivolto ad un “tipo delinquenziale”⁷⁸, ritenga inscindibile il cumulo ai fini dell’applicazione della liberazione anticipata speciale, come è capitato a pro-

⁷⁶ Sembra favorevole alla scindibilità del cumulo in questi casi, DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 121

⁷⁷ A questa impostazione si è pervenuti dopo molte incertezze, e dopo il chiarimento di Corte cost., n. 361 del 1994, in *Giust. pen.* 1994, I, 321, ribadito, a fronte alcune di resistenze, da Cass., Sez. un., 30 giugno 1999, Ronga, in *Giust. pen.* 99, II, 164. Secondo la Corte costituzionale l’art. 4-*bis* va letto nel senso, conforme a Costituzione, che le misure alternative sono concedibili anche in caso di cumulo di pene inflitte per reati diversi, uno dei quali “ostativo” alla concessione dei benefici, se la pena relativa a quest’ultimo sia già stata espiata. L’opposta interpretazione comporterebbe un’irragionevole discriminazione tra situazioni assimilabili, diversificando il regime dei presupposti 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., Sez. I, 26 marzo 1999, Parisi, in *Riv. pen.* 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 qualsiasi – anche minima – soluzione di continuità tra le esecuzioni, sempre 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.

⁷⁸ Alla generale criticabilità delle presunzioni penitenziarie e alla dubbia coerenza interna del regime dell’art. 4-*bis* (cfr. *sub* nota 71) si aggiunge qui la criticabilità di una impostazione che assegna alla condanna per reato ostativo «una sorta di efficacia impeditiva permanente agli effetti dei benefici penitenziari» (Cass., Sez. I, 26 marzo 1999, Parisi, cit.) anche relativamente a condanne riportate per reati comuni (peraltro, la quota di pena ostativa può anche essere una minima parte della pena complessivamente accumulata).

posito dell'indultino e dell'esecuzione domiciliare della pena⁷⁹. Ma non sarebbe una lettura condivisibile; e che si tratti di misure rieducative o benefici "in senso stretto" rileva poco o nulla, perché la soluzione della inscindibilità del cumulo stride, prima ancora che con l'individualizzazione necessaria alla realizzazione del finalismo rieducativo della pena preteso dall'art. 27 Cost., col canone di eguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.⁸⁰.

7. Problemi di diritto intertemporale: la successione delle leggi penitenziarie

Dal ripensamento legislativo circa l'applicabilità dell'istituto ai detenuti assoggettati al regime dell'art. 4-*bis* ord. penit. derivano alcuni problemi di diritto transitorio, in particolare per le detrazioni relative a semestri di pena *già espiati* (a partire dal 1° gennaio 2010) *alla data di entrata in vigore del decreto legge*. In riferimento a questi periodi di detenzione sono ipotizzabili tre diverse situazioni.

Prima. È possibile che detenuti per i reati in discorso abbiano presentato, nelle more della conversione del decreto, istanza *ex art. 4 d.l.*, in riferimento a semestri successivi al 1° gennaio 2010 (art. 4, co. 2) o in corso di espiazione a quella data (co. 3) per beneficiare dello sconto di settantacinque giorni. Verosimilmente si tratta di istanze relative a semestri per i quali era stato già ottenuto il riconoscimento della detrazione ordinaria, e che dunque mirano alla maggior decurtazione di trenta giorni. Alcune di queste potrebbero essere state già deliberate prima della conversione in legge, e in tale ultimo caso l'accoglimento dell'istanza potrebbe avere aperto al detenuto le porte del carcere, definitivamente. Questa situazione, si noti, è meno infrequente di quanto si possa pensare, perché gli uffici di sorveglianza, 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.

Seconda situazione: alcune delle numerose istanze giunte sul tavolo del magistrato di sorveglianza potrebbero non esser state valutate al momento della conversione del decreto legge, in ragione dello scarto temporale tra richiesta ed ordinanza.

Terza situazione. È quella dei detenuti assoggettati al regime di cui all'art. 4-*bis* che vantano, per i semestri considerati dal decreto, una fattiva partecipazione all'opera rieducativa, ma che non hanno provveduto a richiedere per

⁷⁹ Sul variegato panorama giurisprudenziale v. FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, cit., 74, il quale propende per la tesi della inscindibilità del cumulo.

⁸⁰ V. nota 77.

quei periodi alcun riconoscimento di sconto nel periodo in cui l'art. 4 è stato vigente nella sua formulazione originaria (l'istanza è del resto proponibile senza termini particolari), ma che nutrono (*rectius*, che hanno nutrito nelle more della conversione del decreto) la ragionevole aspettativa di aver guadagnato, per quei semestri, un'anticipazione del "fine pena" nella misura maggiorata prevista dal decreto legge.

Siccome il legislatore, come accade spesso, non ha ritenuto necessaria una regolamentazione transitoria che invece sarebbe stata molto opportuna, occorre analizzare la vicenda normativa in base ai principi del sistema⁸¹.

Innanzitutto, va tenuto presente che le due discipline, del decreto legge e della legge di conversione, non si pongono in un rapporto di successione nel tempo ma di «alternatività sincronica»⁸², perché la norma generata dal Parlamento, nella parte in cui esclude dalla liberazione anticipata speciale i detenuti assoggettati al regime dell'art. 4-*bis*, si sostituisce *ex tunc* a quella dettata dal decreto legge, che invece ricomprendeva quei detenuti nell'ambito operativo dell'istituto in questione⁸³.

Ciò premesso, gli esiti delle tre differenti situazioni considerate appaiono vistosamente sperequati, e la nuova disciplina risulta applicata in concreto 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 beneficavano nonostante il ripensamento legislativo, almeno nei casi di ordinanza già definitiva al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione⁸⁴.

⁸¹ A proposito delle novelle processuali in materie attinenti la libertà personale, segnatamente quella delle misure cautelari, è stato affermato che i fenomeni successivi dovrebbero sempre essere governati, piuttosto che dal principio *tempus regit actum* (o da una normativa intertemporale *de libertate*), da disposizioni transitorie *ad hoc*, che consentono di volta in volta una ponderazione dei vari interessi in gioco (cfr. APRATI, *Misure cautelari e diritto intertemporale: riflessioni a prima lettura sul c.d. "provvedimento sviotacarceri"*, in www.penalecontemporaneo.it, che, nell'analizzare le criticità del d.l. n. 78 del 2013, formula un appello per "l'assoluta necessità" di norme transitorie).

⁸² Cfr. Corte cost., n. 51 del 1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 819, con nota di PADOVANI, *Decreto legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*: è la situazione che caratterizza le dichiarazioni di illegittimità costituzionale di una norma e, appunto, la mancata conversione di un decreto legge.

⁸³ «I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti» (art. 77, co. 3, Cost.) e l'emendamento apportato in sede di conversione all'art. 4 del decreto ha un effetto parzialmente soppressivo, equivalendo ad una mancata conversione *in parte qua* (cfr. GAMBARDELLA, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 241).

⁸⁴ Data l'efficacia retroattiva della modifica, non potrebbe sostenersi che le concessioni restino legittime poiché conformi allo stato di diritto esistente al momento del provvedimento (come si afferma comunemente anche per i casi di avvicendamento di norme penitenziarie), ma si tratta di atti impugnabili entro termini assai ridotti. La "sopravvenuta illegittimità" rilevarebbe solo in caso di pendenza di un gravame proposto dal detenuto avverso un'ordinanza di rigetto; al più, potrebbe giustificare

I detenuti che si trovano nella seconda situazione (*istanze pendenti*), dovrebbero vedersi rigettata la richiesta presentata nello stesso periodo, pure in presenza di un comportamento meritevole nei semestri di riferimento. Qui non rileva la questione circa il regime applicabile all'istanza secondo il principio *tempus regit actum* (quello vigente alla sua presentazione o quello vigente al momento del provvedimento del giudice⁸⁵) perché la parte del decreto non convertita in legge perde effetto *ex tunc*. In ogni caso, il magistrato di sorveglianza *deve* applicare la norma che esclude l'istante da beneficio e *non può* applicare quella che lo include, "reingoiata" dal legislatore. E questo accade soltanto in ragione dei tempi di risposta, dipendenti dai più svariati accidenti, tutti estranei al richiedente: oggettivo sovraccarico dell'ufficio giudiziario, deficienze burocratiche, particolare complessità dell'istruttoria.

Quelli che si trovano nella terza situazione (*istanze non ancora presentate*) 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 dell'istanza, magari dovuto al consistente residuo di pena da scontare.

Viene da chiedersi se sia inevitabile rassegnarsi a queste conclusioni o se invece il sistema consenta di leggere diversamente questa vicenda normativa: la causalità di questi esiti, che contrasta con la necessaria razionalità (e prevedibilità) di qualsiasi disciplina giuridica, rende doverosa per l'interprete la ricerca di una soluzione alternativa.

Qui viene in gioco la questione generale, importante e non ancora chiarita, dell'assimilabilità delle norme penitenziarie a quelle penali, ai fini dell'applicazione degli artt. 2 c.p. e 25, co. 2, Cost. Come è noto, mentre la giurisprudenza ritiene che si tratti di norme processuali (la cui successione segue il principio *tempus regit actum*⁸⁶) molti studiosi sostengono

un'impugnativa del pubblico ministero, ove ancora possibile, contro il provvedimento concessorio. La sopravvenienza normativa sarebbe invece ininfluenza ai fini della revoca, che è prevista dalla legge solo in presenza di condotte trasgressive del detenuto (artt. 54, co. 3, e 58-*quater* ord. penit.).

⁸⁵ 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. 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» (MAZZA, *La norma processuale 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.

⁸⁶ Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Aloï, in *Cass. pen.*, 2006, 3963. Si tratta di un orientamento senza crepe per ora, anche se in tema di effetti dell'*ius superveniens* peggiorativo sulle misure cautelari in corso, le Sezioni unite hanno recentemente sottolineato l'esigenza di leggere correttamente il principio *tempus regit actum*, evitando di dedurne l'operatività immediata ed automatica di ogni novella (Sez. un 31 gennaio 2011, Ambrogio, in *Cass. pen.*, 2011, con osservazioni di SPAGNOLO).

l'orientamento opposto, notando come l'esecuzione riguardi in fondo la pena, seppure in una dimensione "dinamica"⁸⁷. La Corte costituzionale ha sempre evitato di prendere posizione sull'applicabilità dell'art. 25 Cost.⁸⁸, 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». Le novelle restrittive non possono pertanto applicarsi ai condannati che abbiano già raggiunto un grado di rieducazione adeguato alle misure: qui l'applicazione immediata del *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 per l'avanzamento nel percorso riabilitativo ha una "funzione pedagogico propulsiva", ossia è funzionale all'ulteriore progresso verso l'emenda⁸⁹.

In materia penitenziaria, il problema si è sempre posto in relazione al divieto di irretroattività (mai in relazione alla retroattività *in mitius*). In origine era consolidata la soluzione opposta, che riteneva applicabili le regole 'penalistiche': l'impostazione fu sconfessata per la prima volta in occasione di una novella emergenziale del '77 (cfr. Corte cost., (ord.) n. 10 del 1981) e poi progressivamente superata con l'inizio della 'controriforma' che, disapplicando il principio fondante della individualizzazione del trattamento, ha creato sottosistema del c.d. "4-bis" per *categorie* di detenuti.

⁸⁷ Talvolta come momento a partire dal quale è tutelabile l'affidamento sulla stabilità delle norme si considera, anziché quello del reato (BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 279) quello dell'ingresso nel carcere, adeguando la portata dell'art. 25 Cost. alle peculiarità della fase esecutiva: in quel momento viene stretto un patto tra Stato e condannato in base al quale «il primo acconsente un ridimensionamento [...] della pretesa punitiva in cambio di un adeguato impegno del secondo sul versante del trattamento rieducativo» (DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche peggiorative e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 400; COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, *ivi*, 1995, 1257).

⁸⁸ ZABREBELSKY G., *Principi e voti*, Torino, 2005, 17, racconta di come la Corte costituzionale, investita della questione dell'estensibilità del principio di irretroattività alle leggi penitenziarie, fu ad un passo dal *revirement* (divisa a metà: favorevoli relatore e Presidente, il cui voto prevale in caso di parità); decise di desistere, lasciando impregiudicata la scelta tra le due interpretazioni dell'art. 25 Cost., guardando «a un tempo a venire, quando forse sarebbe potuta maturare una decisione più largamente condivisa, da assumere con maggiore tranquillità».

⁸⁹ L'elaborazione di questo "principio" prende le mosse dalla dichiarazione di incostituzionalità della novella che, subordinata la concessione di misure alternative ai condannati di cui all'art. 4-bis alla loro 'collaborazione', aveva previsto la revoca automatica delle misure già concesse ai detenuti non collaboranti (Corte cost., n. 306 del 1993, *cit.*); la *ratio decidendi* è stata poi estesa per affermare l'inapplicabilità delle novelle che, più in generale, restringono l'accesso ad istituti trattamentali ai detenuti che sono già nelle condizioni di meritarsi. Spieghiamolo così: le norme preclusive presumono la 'non meritevolezza' del beneficiario, che in questi casi risulta smentita: di qui l'irragionevolezza di una loro applicabilità a questi casi (cfr. Corte cost., n. 504 del 1995, in *Cass. pen.*, 1995, 1255, con nota di COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione*, *cit.*, e *Id.*, n. 445 del 1997, in *Giur. cost.*

Le due impostazioni interpretative (quella basata sull'*irretroattività* e quella imperniata sul *finalismo rieducativo*) pur convergendo verso una limitazione dell'efficacia delle novelle penitenziarie, differiscono negli esiti: nella seconda è sempre immediatamente applicabile ogni inasprimento dell'esecuzione che non riguardi misure "trattamentali"⁹⁰ e il mantenimento del regime più favorevole è subordinato alla verifica del progresso rieducativo al momento dell'entrata in vigore della legge peggiorativa; nell'ottica della irretroattività penale, invece, il regime penitenziario resterebbe in ogni caso e per ogni detenuto fissato in quello vigente al *dies delicti* o all'ingresso in carcere.

Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte europea, pur avendo sempre escluso le norme penitenziarie dalla *matière pénale*, finanche in relazione a benefici che incidono sulla quantità di pena da espiare⁹¹, mostra segnali di evoluzione in una recente decisione della terza sezione, confermata dalla Grande Camera, che ha riscontrato in un mutamento (interpretativo) della disciplina degli sconti conseguenti all'espletamento di lavoro penitenziario una violazione dell'art. 7 C.e.d.u., così riconoscendo che il discrimine tra la pena (che deve essere *prevedibile*) e la sua esecuzione non è sempre nitido⁹².

Anche se nel nostro caso non si tratta di successione tra norme nel tempo ma di alternatività sincronica, ci si può chiedere se la disciplina originaria della liberazione anticipata speciale sia davvero *in toto* soppiantata da quella dettata dal Parlamento o se invece la prima non debba trovare *una qualche* applicazione.

1997, 3934, con nota di FIORIO, *Brevi note sull'ennesimo vaglio di costituzionalità dell'art. 4bis ord. penit.*

⁹⁰ Ad esempio, in materia di colloqui o telefonate (cfr. PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. penit. e crim.*, 2010, 59).

⁹¹ Istituti che permettono il rilascio anticipato «non possono essere considerati come intrinsecamente "severi" in nessun ordinario significato del termine», in quanto rappresentano variabili operanti all'interno della pena comminata con la sentenza definitiva (Corte eur. dir. uomo, Uttley c. Regno unito, 29 novembre 2005, proprio con riferimento all'istituto della liberazione anticipata).

⁹² Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna, secondo cui la nuova interpretazione, non rappresentando un'evoluzione giurisprudenziale ragionevolmente *prevedibile*, aveva inciso negativamente sulla "qualità della legge", traducendosi in un inasprimento retroattivo della pena. Sullo sfondo, l'impressione che il *revirement* interpretativo, che seguiva una serie di leggi di rigore, fosse un espediente per irrigidire retroattivamente un trattamento sanzionatorio ritenuto ormai inadeguato ai reati di riferimento (MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1940). In passato la Corte aveva negato la violazione dell'art. 7 nel caso di un detenuto al quale era stata negata la libertà condizionale per effetto di un inasprimento del trattamento riservato ai detenuti per certi reati (Comm. eur. dir. uomo, 28 febbraio 1996, Hogben c. Regno unito). È appena il caso di notare che, se il caso posto all'attenzione della Corte europea (in cui il mutamento giurisprudenziale aveva determinato il mancato riconoscimento dello sconto di pena stabilito dalla legge in ragione del lavoro carcerario, che la detenuta aveva già svolto - fosse stato sottoposto alla nostra Corte costituzionale le conclusioni, alla luce della suaccennata impostazione fondata sul finalismo rieducativo della pena, non sarebbero state diverse.

Uno spunto può trarsi dalle precisazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 51 del 1985, quando osservò che l'art. 77, co. 3, Cost. se nel disporre che i decreti legge non convertiti «perdono efficacia sin dall'inizio» preclude l'applicazione di una norma penale favorevole contenuta in un decreto non convertito o convertito con emendamenti soppressivi ai fatti “pregressi” (ossia alle condotte poste in essere prima del decreto) non può impedire l'applicazione giudiziale di una tal 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.*; quest'ultimo, in quanto collegato alla salvaguardia del diritto inviolabile alla libertà personale, ha un rilievo prevalente rispetto ai principi attinenti la forma di governo⁹³.

Orbene, applicando questo ragionamento alla fattispecie in discorso, si potrebbe sostenere che, sebbene la disposizione del decreto legge che ha modificato la disciplina della liberazione anticipata - norma “penale”, almeno perché incide sul *quantum* di pena da espiare - è stata cancellata dall'ordinamento per la parte non convertita, l'effetto retroattivo di tale mancata conversione (che equivale all'introduzione di una norma sfavorevole) deve trovare, in sede di applicazione giudiziale, un limite nel rispetto delle garanzie connesse al principio costituzionale di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

Perciò, la norma del decreto legge - che prevedeva l'applicabilità *universale* dell'istituto temporaneo a tutti i detenuti meritevoli - andrebbe ciò nonostante applicata dal giudice ai “fatti concomitanti”, che qui sono costituiti dalle situazioni soggettive (diritto alla detrazione di settantacinque giorni) maturate nell'arco temporale compreso tra l'entrata in vigore della norma e la sua mancata conversione in legge⁹⁴. Cioè, a tutti i detenuti che in quel periodo abbiano acquisito il diritto allo sconto, avendo tenuto una condotta partecipativa all'opera di rieducazione durante i semestri di detenzione ai quali la previsione era allora riferibile, ossia quelli compresi tra il 1° gennaio 2010 e il 22 febbraio 2014 (giorno successivo alla pubblicazione della legge).

La norma risultante dalla legge di conversione - che prevede l'applicabilità *limitata* ai detenuti non sottoposti al regime dell'art. 4-*bis* - andrebbe invece

⁹³ In relazione ai fatti commessi prima del decreto «è avvertita con particolare intensità l'esigenza di una visuale riduttiva degli effetti del decreto-legge, in quanto connessa a quella di impedire manovre governative “indirette”, discriminatrici o mitigatrici del trattamento di fatti costituenti reato individuati o individuabili, destinate altrimenti al successo malgrado l'esito negativo del controllo parlamentare» (Corte cost., n. 51 del 1985, cit.).

⁹⁴ Nella dimensione del processo, la nozione di “fatto concomitante” implica la formazione di una situazione soggettiva (processuale) non più modificabile, equipollente a quella collegata al “fatto concomitante” (reato commesso) nel diritto sostanziale.

applicata solo alle situazioni soggettive maturate dopo l'entrata in vigore della legge, ossia alle detrazioni che si riferiscono a semestri compresi tra l'entrata in vigore della legge e il 23 dicembre 2015, termine finale di efficacia della disciplina temporanea.

Così opinando, il trattamento delle fattispecie concrete prima considerate assumerebbe la necessaria ragionevolezza. Nella prima situazione (*istanze già accolte*), i provvedimenti che hanno riconosciuto la detrazione di settantacinque giorni - riferite ai semestri compresi tra l'inizio del 2010 e la presentazione della richiesta - 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. Finanche nella terza situazione (*istanze non ancora presentate*) varrebbe lo stesso: le istanze di liberazione anticipata relative ai semestri in parola - quelli successivi al 1° gennaio 2010 e già decorsi prima dell'entrata in vigore 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 dell'art. 4-bis, sarebbe dunque applicabile unicamente ai semestri successivi all'entrata in vigore della legge stessa⁹⁵.

Questa limitata applicazione, da parte del giudice, della norma introdotta in via d'urgenza nonostante questa sia stata poi reingoiata dal legislatore, che per i decreti legge riguardanti disposizioni incriminatrici viene affermata in considerazione della funzione "di orientamento" delle norme che prevedono reati⁹⁶, nel nostro caso salvaguarderebbe il complesso delle garanzie connesse al principio costituzionale di cui all'art. 25, co. 2, Cost.⁹⁷ Ma varrebbe anche - e

⁹⁵ Sarebbe così evitata la discriminazione che si produrrebbe ove, a fronte del riconoscimento della detrazione maggiorata ai detenuti ex art. 4-bis che abbiano presentato l'istanza prima della conversione del decreto, venga concesso il solo sconto ordinario allo stesso tipo di detenuti che abbiano presentato l'istanza dopo la conversione in legge. Non varrebbe, si noti, 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 eguaglianza (cfr. Corte cost., n. 308 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 4, proprio in materia penitenziaria): quest'assunto riguarda infatti 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.

⁹⁶ Il primo e fondamentale effetto delle norme incriminatrici sta nella loro portata intimidatrice e nella capacità di determinare i giudizi di valore dei consociati (PADOVANI, *Decreto legge non convertito*, cit., 833).

⁹⁷ Cfr. GAMBARDILLA, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità*, cit., 12, il quale, a proposito della norma penale di favore dichiarata incostituzionale, distinguendo «il piano del controllo di legittimi-

dunque pur prescindendo dalla sussumibilità della disciplina penitenziaria tra le norme “penali” - ad assicurare all’applicazione della disciplina *de qua*, 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 ai mutamenti normativi. Canone che sembrerebbe violato ove un legislatore incerto o capriccioso potesse, sempre e senza alcuna conseguenza, prima riconoscere ai detenuti che in un dato momento si trovino in una data condizione trattamentale, e poi negare *a quegli stessi* detenuti, un determinato risultato favorevole⁹⁸.

tà costituzionale, al quale tutte le norme giuridiche primarie devono sottostare, senza limitazioni» dal «piano degli effetti che conseguono dalla eventuale pronuncia di illegittimità», afferma che il giudice deve dare applicazione a questa norma - *come se 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.

⁹⁸ Corte cost., n. 306 del 1993, cit. ha sottolineato che anche in materie non soggette al principio di irretroattività la vanificazione con legge successiva di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza.