

EUGENIO RUBOLINO – ANTONIA GIAMMARIA

**La legge c.d. ex Cirielli (l. 251/05) con particolare riferimento al nuovo istituto della detenzione domiciliare ed alle restrizioni nell'accesso ai benefici penitenziari per i condannati dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99 comma IV c.p.
Problematiche in ordine all'efficacia temporale della legge fino alle pronunce della Corte Costituzionale con le sentenze n.257/06 e n. 79/2007.**

A) Considerazioni introduttive

Con l'entrata in vigore della legge 5 dicembre 2005 n. 251 sono state apportate notevoli e rilevanti modifiche al codice penale con particolare riferimento agli istituti della recidiva e della prescrizione dei reati. Il legislatore è intervenuto con un provvedimento di carattere fortemente repressivo, nel primo caso, e con una manovra tale da produrre una drastica riduzione dei tempi di prescrizione, nel secondo caso, con effetti che si preannunciano catastrofici per il rischio di vanificare il lavoro svolto in migliaia di procedimenti penali ancora pendenti.

In materia di esecuzione penale la norma di riferimento è l'art. 7 della legge 251/05 che contiene sostanziali modifiche dell'ordinamento penitenziario.

In particolare i sette commi del citato articolo prevedono:

1) una nuova disciplina dei permessi premio, per detenuti dichiarati recidivi reiterati, ridisegnata in senso fortemente repressivo;

2) una inedita forma di detenzione domiciliare per gli ultra-settantenni, istituto chiaramente permissivo, e modifiche in senso restrittivo alla detenzione domiciliare tradizionale;

3) la previsione di un più rigido sistema (con innalzamento del *quantum* di pena espiata) per l'accesso alla semilibertà per i condannati recidivi reiterati;

4) una sostanziale e duplice modifica dell'art. 58 quater o.p.: la previsione di una disposizione di favore (nel richiedere, ai

fini dell'ostatività ai benefici, una condanna irrevocabile per evasione);

L'introduzione di un divieto di concessione di misure alternative per più di una volta per i condannati recidivi ai sensi dell'art. 99 comma IV c.p., di chiaro contenuto repressivo.

Le modifiche all'ordinamento penitenziario presentano, *prima facie*, un carattere composito ovvero prevalentemente repressivo e rigoroso e, limitatamente ai casi indicati, un carattere favorevole.

È solo il caso di accennare al tentativo di introdurre una normativa di rigore, con l'art. 8 della legge 251/05, nel trattamento dei tossicodipendenti recidivi ai sensi dell'art. 99 IV comma c.p., tentativo naufragato con il successivo intervento del legislatore, di segno opposto, con la legge 49/06.

B) Concessione dei permessi premio ai recidivi

L'art. 30 quater o.p.

Nell'affrontare l'esame delle modifiche apportate all'ordinamento penitenziario troveremo come protagonista assoluto il condannato recidivo reiterato (da intendersi come il recidivo che commette un altro delitto non colposo, art. 99 IV comma c.p.).

Infatti, in materia di permessi premio l'art. 7 comma 1 della legge 251/05 introduce una norma ad hoc, l'art. 30 *quater* o.p. (concessione dei permessi premio ai recidivi) affiancandola all'art. 30 *ter* o.p. che resta chiaramente in vigore per i non recidivi.

La caratteristica fondante della nuova norma è nel cospicuo innalzamento del *quantum* di pena espiata richiesto per l'ammissione al permesso premio ed in particolare:

1) per i condannati alla pena dell'arresto o della reclusione non superiore a tre anni l'istanza sarà ammissibile dopo l'espiazione di 1/3 della pena (non immediatamente come continuerà ad essere ai sensi dell'art. 30 *ter* o.p. per i non recidivi reiterati);

2) per i condannati alla pena della reclusione superiore a tre anni l'istanza diverrà ammissibile con l'espiazione di 1/2 della pena (non dopo 1/4 come continuerà ad essere per i non recidivi reiterati);

3) per i condannati alla pena della reclusione per delitti previsti nel comma 1 dell'art. 4 *bis* o.p. l'istanza sarà ammissibile dopo l'espiazione di 2/3 della pena (non dopo 1/2 come continuerà ad avvenire per il non recidivo reiterato);

4) per i condannati all'ergastolo, l'istanza sarà ammissibile dopo 15 anni (non dopo 10 come continuerà ad avvenire per i non recidivi reiterati).

Le modifiche introdotte, riguardanti solo l'innalzamento della soglia per l'ammissione ai permessi premio per i recidivi reiterati, sono di estrema chiarezza e non richiedono pertanto particolari commenti ed approfondimenti se non quello invece di grande rilievo per l'impatto della nuova disciplina sulle condanne già in esecuzione.

Il riferimento è alla problematica, ancora accesa in dottrina e giurisprudenza, relativa all'efficacia temporale delle novità di carattere repressivo introdotte con la legge in commento il cui esame è comunque rimandato alla parte finale del presente scritto in cui il tema verrà affrontato con riferimento non solo ai permessi premio bensì anche con riferimento alle pregnanti restrizioni introdotte per l'accesso alle misure alternative. In quella sede si prenderà atto dell'intervento chiarificatore della Corte Costituzionale con la sentenza n.257 del 7-6-2006.

C) Detenzione domiciliare per ultrasessantenni e modifiche restrittive alla detenzione domiciliare c.d. tradizionale

L'unico vero intervento di natura permissiva, accolto positivamente in dottrina per la sua aderenza ai principi di cui all'art. 27 Cost., con particolare riferimento al rispetto della dignità ed al senso di umanità cui deve volgere la pena, è quello introduttivo di una inedita forma di detenzione domiciliare prevista dall'art. 7 comma 2 della legge 251/05, inserita nell'art. 47 *ter* comma 01 o.p..

I presupposti di legge per accedere al beneficio di nuovo conio sono:

- 1) l'età del condannato che superi i 70 anni;
- 2) il reato non ostativo, con esclusione pertanto dei condannati per i delitti previsti dagli artt. da 600 a 604 c.p. (delitti contro la personalità individuale), dagli artt. 609 *bis*-609 *quater* e 609 *octies* c.p., dall'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p. e dall'art. 4 *bis* o.p..
- 3) il non essere stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né essere stato condannato con l'aggravante della recidiva.

Una prima considerazione di carattere critico riguarda l'esclusione, dall'ambito di applicazione, per la pena dell'arresto, infatti, la norma in esame fa riferimento alla sola reclusione. Ciò appare del tutto irragionevole e sarà sicuramente fonte di eccezioni di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 Cost.

Per il resto si tratta di norma sicuramente opportuna nel consentire di spiare la pena, a prescindere dall'entità della stessa, nella propria abitazione o in altro luogo pubblico di cura e assistenza

per persone anziane, anche in assenza di problemi di salute, verosimilmente prive di particolare pericolosità, dati i requisiti richiesti.

Un appunto di carattere formale può muoversi per l'appesantimento arrecato all'art. 47 *ter* o.p. con l'introduzione di un comma 01, prima del comma 1 e per le problematiche che possono sorgere, ed in parte già sorte, in ordine alla competenza ad adottare il provvedimento in via provvisoria da parte del magistrato di sorveglianza.

L'inserimento del comma 01 nell'art. 47 *ter* o.p. ad una prima lettura sembrerebbe escludere la possibilità di concedere la detenzione domiciliare di nuova creazione, in via provvisoria, da parte del magistrato di sorveglianza.

L'art. 47 *ter* comma 1 *quater* o.p., infatti, prevede espressamente la competenza del magistrato di sorveglianza in via immediata e provvisoria solo nei casi di cui ai commi 1 e 1 *bis* dell'art. 47 *ter* o.p..

Ne deriverebbe pertanto l'esclusione della nuova misura, per l'ammissione alla quale, secondo questa interpretazione restrittiva e meramente letterale, l'interessato dovrebbe aspettare i tempi necessariamente più lunghi del tribunale di sorveglianza.

Al riguardo è bene sgombrare subito il campo da dubbi.

Infatti una corretta interpretazione che tenga conto dell'intero sistema penitenziario consente di riconoscere agevolmente la competenza del magistrato di sorveglianza per le seguenti ragioni:

il ruolo sempre più pregnante riconosciuto dal legislatore all'attività del magistrato di sorveglianza in sede monocratica;

l'inserimento della nuova misura comunque all'interno dell'art. 47 *ter* o.p. contenente misure applicabili in via provvisoria dal magistrato di sorveglianza;

la possibilità riconosciuta al magistrato di sorveglianza, ai sensi dell'art. 684 comma 2 c.p.p., di sospendere, addirittura, l'esecuzione della pena in determinati casi;

la formulazione stessa della nuova misura che non si discosta dalle preesistenti ipotesi di detenzione domiciliare e per cui appare quanto mai opportuno un intervento tempestivo, con provvedimento provvisorio da parte del magistrato di sorveglianza, trattandosi di provvedimento destinato a soggetti anziani e non particolarmente pericolosi.

In questo senso, con il riconoscimento della competenza del magistrato di sorveglianza in via interinale, si sta orientando tra l'altro la giurisprudenza di merito nel trattare i casi di cui all'art. 47 *ter* comma 01 o.p..

Passando ora all'esame delle innovazioni di carattere restritti-

vo, sempre con riferimento alla detenzione domiciliare, riemerge quale protagonista la figura del recidivo reiterato.

L'art. 7 comma 3 della legge 251/05 introduce il comma 1.1 nell'art. 47 *ter* o.p. con il quale non si fa altro che estendere al recidivo reiterato quanto previsto nel precedente comma 1 con la sola differenza di prevedere, ai fini della concedibilità della detenzione domiciliare al recidivo reiterato, un tetto massimo di pena inferiore.

Pertanto il recidivo reiterato potrà essere ammesso alla detenzione domiciliare in tutti i casi di cui all'art. 47 *ter* comma 1 o.p. ma solo per pene non superiori ad anni tre (restano anni quattro per i condannati non recidivi reiterati).

Infine l'art. 7 comma 4 della legge 251/05 compie una vera e propria equiparazione nel trattamento tra condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p. e condannati recidivi reiterati. Tale norma infatti pone un divieto di concessione della detenzione domiciliare c.d. generica, di cui all'art. 47 *ter* comma 1 *bis*, nei confronti dei condannati recidivi reiterati.

D) Innalzamento del quantum di pena espiata per l'ammissione alla semilibertà

Anche con il comma 5 dell'art. 7 della legge 251/05 è stata creata una norma su misura per il condannato recidivo reiterato.

Si registra al riguardo la previsione di un consistente aumento del *quantum* di pena espiata per poter accedere alla misura alternativa della semilibertà.

La quota è infatti stata innalzata, per i recidivi reiterati, a 2/3 della pena complessiva, compiendo ancora una volta una equiparazione con il trattamento riservato ai condannati per delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p., non recidivi. Per i condannati per reati di cui all'art. 4 *bis* o.p. che siano anche recidivi reiterati la quota passa da 2/3 a 3/4 della pena.

Il sistema precedente, ancora valido per i non recidivi, prevede invece la possibilità di essere ammessi immediatamente al beneficio per pene contenute entro tre anni e la quota di 1/2 pena negli altri casi.

Vale anche per le restrizioni introdotte per l'accesso alla semilibertà (come per i permessi premio) la problematica dell'efficacia temporale della presente legge, il cui studio è rimandato all'ultima parte della trattazione.

E) L'art. 58 quater o.p. come modificato dai commi 6 e 7 dell'art. 7 della legge 251/05

Il comma 6 dell'art. 7 apporta due modifiche di carattere generale all'art. 58 *quater* o.p. esulando dal dato soggettivo (recidivo o non).

La prima, di carattere restrittivo, prevede che, in caso di evasione, la preclusione ad ulteriori benefici si estenderà anche ai condannati per reati diversi da quelli di cui all'art. 4 *bis* o.p..

La seconda, di carattere favorevole, precisa che, affinché l'evasione possa costituire ostacolo alla concessione di ulteriori benefici, non sarà più sufficiente - come per il passato - l'aver posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p. bensì sarà necessaria una condanna irrevocabile per detto reato.

Infine, il comma 7 dell'art. 7, nell'introdurre il comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* o.p., torna ad occuparsi dei recidivi reiterati prevedendo il divieto di concessione di misure alternative per più di una volta nei confronti di quella categoria di condannati.

Così recita il comma 7: "l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale".

La formulazione della norma è piuttosto infelice e si presta alle più disparate interpretazioni:

in particolare ci si chiede se il limite deve intendersi riferito solo allo stesso titolo in esecuzione o perduri anche per altri eventuali titoli esecutivi;

altro dubbio riguarda la possibilità di ottenere almeno una volta ognuna delle misure indicate o una sola misura una volta per tutte;

con riferimento ai dubbi appena esposti sembra comunque, per poter dare un senso alle restrizioni introdotte, di non poter limitare il divieto alla sola pena in esecuzione né di poter riconoscere la possibilità di accedere una volta ad ognuna delle misure. In caso contrario la norma sarebbe come non posta.

L'interpretazione pertanto più coerente con lo spirito della legge dovrebbe essere quella che limita ad una sola la misura alternativa ottenibile, a prescindere dal titolo esecutivo, per tutta la vita dal recidivo reiterato.

Il rischio però, anche con questa interpretazione drastica, è quello di entrare in conflitto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3 27 Cost.

Infatti non è affatto infrequente il caso, nella prassi, di soggetto

che viene raggiunto, magari dopo la fruizione con esito positivo di misura alternativa, da altro titolo esecutivo per vecchi reati commessi prima della fruizione del beneficio.

In questo ed in casi simili, secondo l'interpretazione prospettata, il soggetto si vedrebbe precluso l'accesso ad altra misura, vanificando pertanto tutti gli sforzi compiuti nel senso del reinserimento sociale e della rieducazione.

Alla luce delle obiezioni sollevate si evidenzia come sarebbe stato opportuno, per il legislatore, prevedere il divieto di ulteriore concessione di misura alternativa solo per il soggetto che recidivi dopo o durante la misura alternativa concessagli (in questo senso Marcheselli in Guida al Diritto n. 1 gennaio 2006 pag. 83).

**F) Efficacia temporale delle novità introdotte
con la legge 251/05 con particolare riferimento
alle restrizioni nell'accesso ai benefici.
Intervento chiarificatore della Corte Costituzionale
con sentenze n. 257/06 e 79/07**

Si è giunti ad affrontare il problema più spinoso, oggetto di vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza, attinente alla efficacia temporale delle norme introdotte con la c.d. ex Cirielli.

In particolare, in mancanza di una previsione espressa che disciplinasse i tempi di applicazione, la maggiore preoccupazione derivava dalla immediata operatività delle numerose modifiche in senso restrittivo dell'ordinamento penitenziario riguardanti l'accesso ai permessi premio ed alle misure alternative.

Il rischio paventato, in caso di applicazione delle restrizioni alle esecuzioni in corso, era quello di una regressione nel trattamento rieducativo con conseguenze difficilmente compatibili con i principi di cui all'art. 27 Cost.

Da più parti sono state prospettate soluzioni volte quantomeno a procrastinare l'operatività delle norme restrittive.

In primis, con il tentativo di richiamare l'operatività dell'art. 25 Cost. e 2 c.p. per sostenere l'irretroattività delle norme sopravvenute più sfavorevoli. Ma al riguardo si ricorda che è costante la Suprema Corte nell'inquadrare le norme che disciplinano le modalità dell'esecuzione della pena, tra cui quelle dell'ordinamento penitenziario, tra gli istituti di natura processuale regolati dal principio *tempus regit actum*.

Sul punto dell'applicabilità dell'art. 25 comma 2 Cost., in materia penitenziaria non risulta ancora una precisa presa di posizione della Corte Costituzionale anche se gli interventi del giudice delle

leggi, in ordine alle questioni sollevate con le novità introdotte con l'art. 4 *bis* o.p., offrono una sicura guida nella soluzione dei problemi prospettati.

Altra soluzione seguita, per salvare le esecuzioni in corso, da parte della giurisprudenza di merito, andando a ripescare indirettamente gli art 25 Cost. e 2 c.p., è la seguente:

la legge 251/05 non si è limitata a modificare norme di ordinamento penitenziario.

Infatti, l'intero art. 99 c.p. è stato sostituito inserendo innovazioni sostanziali nell'istituto della recidiva in generale e, per quel che ci interessa, nella recidiva reiterata di cui al comma 4 dell'art. 99 c.p.

Ne consegue che il nuovo articolo 99 c.p., norma di sicura natura sostanziale, potrà trovare applicazione solo per reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge 251/05, in ossequio al principio costituzionale di cui all'art. 25 Cost. e di cui all'art. 2 c.p. e conseguentemente il nuovo comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* o.p. ed il nuovo art. 30 *quater* o.p. in quanto norme complesse poiché operano un rinvio ad una norma di diritto sostanziale, il nuovo art. 99 c.p., appunto, troveranno applicazione solo per il futuro.

Alla luce di quanto esposto, essendo la recidiva reiterata di cui all'art. 99 comma 4 c.p. fattispecie nuova rispetto alla precedente, ne consegue che il divieto di concessione delle misure alternative, introdotto con il comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* o.p., potrà valere solo nei confronti dei condannati, già beneficiari di altra misura alternativa in passato, nei cui confronti sia stata applicata la recidiva reiterata, così come modificata, per fatti commessi successivamente all'8 dicembre 2005.

Si è fatta strada, infine, nella giurisprudenza dei tribunali di sorveglianza, una interpretazione c.d. costituzionalmente orientata della nuova disciplina capace di salvare i diritti acquisiti.

Lo spunto è tratto proprio da un filo conduttore che può seguirsi nella giurisprudenza costituzionale con riferimento alle questioni sollevate sull'art. 4 *bis* o.p.

Per effetto di questa interpretazione che, ove seguita unanimemente, avrebbe evitato l'intervento della Corte Costituzionale, le disposizioni più restrittive non dovrebbero applicarsi a tutti coloro che al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina già godevano dei benefici o avessero comunque maturato un grado di rieducazione tale da renderli meritevoli dei benefici penitenziari.

Questo è quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.445/97 in tema di semilibertà e con la sentenza n. 137/99 in tema di permessi premio, sempre in riferimento alle restrizioni

di cui all'art. 4 *bis* o.p..

Proprio nell'ultima sentenza citata è sancito con chiarezza il principio della non regressione del trattamento rieducativo laddove è scritto che: "non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell'art. 27, con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure".

Il quesito sottoposto alla Corte Costituzionale, in materia di permesso premio, secondo la normativa restrittiva di cui all'art. 30 *quater* o.p., da cui è scaturita la decisione del 21-6-2006 (sentenza n.257/06 depositata il 4-7-2006, Presidente Marini, redattore Flick) era sostanzialmente analogo a quello affrontato e deciso con la sentenza n. 137/99.

Ne era pertanto prevedibile, come è stato, un esito analogo sulla scia della giurisprudenza tracciata dalla Corte Costituzionale volta a valorizzare sempre più il principio della progressione e della non regressione rieducativa, con conseguente declaratoria di incostituzionalità dell'art. 30 *quater* nella parte in cui non prevede l'accesso al beneficio in favore di chi, all'entrata in vigore della legge 251/05, aveva già realizzato tutte le condizioni per usufruire del beneficio richiesto.

Per quanto attiene, infine, ad analoghe censure di incostituzionalità successivamente sottoposte alla Corte Costituzionale, ma relative alle restrizioni nell'accesso a misure alternative previste dall'art. 58 *quater* o.p., non si è fatta attendere una declaratoria di incostituzionalità.

Infatti con la sentenza n.79 del 16-3-2007 la Corte Costituzionale, ribadisce che, secondo un orientamento giurisprudenziale costante ed univoco della stessa Corte, "la finalità rieducativa della pena, stabilita dall'art. 27 Cost., deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria. Quest'ultima deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione. La massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espiare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo. Le diverse valutazioni di carattere generale e preventivo, operate

dal legislatore in ordine alla previsione di misure alternative alla detenzione o di benefici penitenziari, non possono incidere negativamente sui risultati già utilmente raggiunti dal condannato. Nell'ipotesi di una sopravveniente normativa che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, rappresenta, rispetto all'iter rieducativo, una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato (Corte Cost. sentenza n. 445 del 1997). Tale interruzione pone nel nulla le positive esperienze già registrate ed ostacola il raggiungimento della finalità rieducativa della pena prescritta dalla Costituzione (sentenza n. 137 del 1999). In tal modo l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti (sentenza n. 257 del 2006)".

Alla luce di quanto esposto la Corte Costituzionale, nella citata sentenza, rilevava la sussistenza del medesimo vizio di legittimità costituzionale già riscontrato dalla stessa Corte nelle norme che hanno formato oggetto delle pronunce sopra citate e da ultima della pronuncia n. 257 del 4-7-2006, sopra esaminata, con riferimento, quest'ultima, al beneficio del permesso premio.

La Corte prendeva atto, conseguentemente, della esclusione che ne sarebbe derivata, per i condannati per il reato di evasione, dalla possibilità di ottenere i benefici dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà per più di una volta se recidivi reiterati. Le norme censurate non prevedevano, come sopra ricordato, che i benefici in questione possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati i quali, prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto; da cui l'inesorabile declaratoria di illegittimità costituzionale dei commi 1 e 7-bis dell'*art. 58-quater della legge 26 luglio 1975 n. 375*, introdotti dall'*art. 7, commi 6 e 7, della legge n. 251 del 2005*, nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, avessero raggiunto un sufficiente grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.