

LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE DALLA LEGGE N. 251/05 (C.D. EX CIRIELLI) IN MATERIA DI ESECUZIONE PENALE E DI DIRITTO PENITENZIARIO

CARLO BRUNETTI

carlo_brunetti@virgilio.it

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La recidiva. – 3. Le novità in materia di esecuzione penale. – 4. La recidiva reiterata e la delimitazione dell'operatività dell'art. 656, comma 5, c.p.p. - 5. La recidiva reiterata come limite per l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari – 6. La nuova formulazione dell'art. 58-*quater* O.P. – 7. Impossibilità di accedere ai benefici in caso di evasione. – 8. La detenzione domiciliare anagrafica. – 9. Questioni di diritto intertemporale. – 10. Ambito di applicabilità della disciplina restrittiva. – 11. Considerazioni conclusive.

1. INTRODUZIONE

La legge 5 dicembre 2005, n. 251, c.d. "ex Cirielli", entra in vigore nel nostro ordinamento dopo un intenso e polemico lavoro parlamentare.

Il 29 novembre 2001 viene presentata alla Camera da alcuni deputati una proposta di legge che, stando alle parole del suo relatore¹, interviene esclusivamente sul regime delle circostanze del reato e sulla disciplina delle misure alternative alla detenzione.

Nel corso dei lavori parlamentari, però, con una serie di emendamenti, il progetto di legge viene ad includere un nuovo ulteriore obiettivo: la disciplina della prescrizione².

Le materie toccate da questa legge riguardano gli istituti della prescrizione (art. 157 c.p.), della recidiva (art. 99 c.p.), nonché alcune parti dell'ordinamento penitenziario (benefici e misure alternative). Novità rilevanti si registrano, ancora, in tema di attenuanti generiche (art. 62-*bis* c.p.), di esecuzione della pena (art. 656 c.p.p.), di quantificazione della pena in caso di condanna per reato continuato o concorso formale (artt. 81 c.p. e 671 c.p.p.) e, infine, in materia sanzionatoria, attraverso l'inasprimento delle pene previste per alcuni reati che creano particolare allarme sociale (come l'associazione mafiosa o l'usura).

La riforma appare caratterizzata da due opposte istanze: ad una *ratio* garantista, volta alla tendenziale riduzione dei termini prescrizionali, si accompagna, infatti, un generale inasprimento del sistema penale, con particolare riferimento ai recidivi, ai quali vengono applicati maggiori aumenti di pena e ulteriori limitazioni all'accesso a varie misure penitenziarie.

* Dirigente penitenziario. Il dr. Carlo Brunetti è Segretario Generale *pro tempore* dell'Associazione Nazionale dei Dirigenti dell'Amministrazione Penitenziaria (www.andap.it). E', inoltre, autore di diversi volumi in materia di Scienze penitenziarie.

¹ On. E. Cirielli, seduta del 3 novembre 2003. V. N. D'ANGELO, *La legge (ex) cirielli*, Maggioli editore, 2006.

² La legge proposta viene modificata a tal punto che lo stesso presentatore ritira la propria sottoscrizione.

Occorre fin d'ora evidenziare che le modifiche concepite nel senso di un più accentuato rigorismo ruotano proprio attorno all'istituto della recidiva.

In primo luogo, con la novella dell'art. 62-bis c.p., si è fortemente limitata l'applicazione delle attenuanti generiche ai recidivi reiterati, che siano imputati dei delitti di particolare allarme sociale indicati nell'art. 407, comma 2 lett.a), c.p.p. Nella stessa prospettiva, il nuovo art. 69 c.p. introduce il divieto per il giudice di concedere, per il recidivo reiterato, diminuzioni di pena tramite il giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti.

Inoltre, nel sistema introdotto dalla legge n. 251/05, viene attribuita una notevole rilevanza alla recidiva sia nella determinazione dei periodi prescrizionali sia nella quantificazione della pena.

L'inasprimento del sistema penale concerne anche l'esecuzione penale attraverso le previsioni degli artt. 7 ss. della legge, che introducono una serie di limitazioni all'accesso dei benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione.

Tramite l'istituto della recidiva si assiste, quindi, al tentativo di introdurre un regime differenziato nei confronti di coloro che, in virtù della loro carriera criminale, sono ritenuti dal legislatore portatori di una particolare pericolosità sociale e, quindi, meritevoli di un differenziato trattamento³.

La tecnica utilizzata consisterebbe nella creazione di una fattispecie di pericolosità (l'essere recidivo; l'essere condannato per uno dei reati di cui al 4-bis O.P.) che, attraverso una presunzione *ope legis*, sottrae potere discrezionale al giudice.

2. LA RECIDIVA

Considerazioni generali

Secondo l'originaria disposizione contenuta nell'art. 99 c.p. la recidiva è la condizione personale di *"chi dopo essere stato condannato per un reato ne commette un altro"* ed è dichiarato recidivo dal giudice⁴.

La recidiva consiste perciò nella reiterazione del comportamento criminoso ed è ritenuta dal codice un elemento di maggiore capacità a delinquere, come tale idoneo a giustificare un aumento di pena⁵. La recidiva assume in tale prospettiva una funzione sia retributiva (quale aspetto della

³ Con riferimento alla recidiva, il legislatore avrebbe utilizzato lo schema di rigore già sperimentato dal legislatore del 1991 quando, con l'introduzione dell'art. 4-bis O.P., volle indicare un diverso circuito penitenziario ai condannati per reati di particolare gravità.

⁴ V. L. BRESCI, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, alla pagina web <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm> documento del Portale web "L'altro Diritto", Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità.

⁵ Non mancano coloro che ravvisano il fondamento dell'aggravamento sanzionatorio nella più intensa colpevolezza che caratterizza la condotta di chi commette il nuovo reato, potendo egli conservare memoria della precedente condanna. V.

colpevolezza del fatto) sia preventiva (quale capacità di commissione di nuovi reati): la previsione della recidiva comporterebbe cioè una deroga al principio retributivo che ispira il nostro diritto punitivo⁶.

Dibattuta è la questione sulla natura giuridica della recidiva.

Parte della dottrina considera la recidiva una circostanza in senso tecnico. A favore di questa tesi depone il tenore letterale dell'art. 70 c.p che definisce le circostanze oggettive e soggettive⁷.

Altra parte della dottrina osserva che la recidiva è, invece, una circostanza impropria, consistente in una condizione personale del reo, derivante da una precedente condanna ed è, pertanto, incompatibile con la nozione tecnica di circostanza (soggettiva) accolta dal nostro codice⁸.

Il legislatore della riforma non è intervenuto direttamente sull'inquadramento dell'istituto, limitandosi a prevedere un inasprimento delle sanzioni; resta da dire che, laddove limita la possibilità di prevalenza delle circostanze attenuanti (recidiva reiterata), si muove chiaramente dalla premessa che la recidiva costituisce una circostanza, posizione del resto unanimemente accolta dalla giurisprudenza⁹.

Disciplina previgente

L'originario articolo 99 c.p. richiedeva la reiterazione di un qualsiasi reato per la sussistenza della recidiva, prevedendone tre diverse forme:

1. *recidiva semplice*;
2. *recidiva aggravata*;
3. *recidiva reiterata*.

Inoltre, optando per una soluzione non facilmente riscontrabile in altre legislazioni, il codice Rocco introdusse una disciplina caratterizzata dalla genericità e dalla perpetuità della recidiva.

Quanto alla necessità dell'aumento di pena in caso di recidiva la disciplina è mutata nel tempo. In realtà, l'originaria versione del codice penale prevedeva aumenti obbligatori per la

in tal senso, E. AMBROSETTI, *Recidiva e Recidiviamo*, Padova, 1997, 30 ss.; LA TAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, 85.

⁶ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Parte generale, Ed. Cedam, Padova, 2001, 660.

⁷ In dottrina propendono per la natura circostanziale, T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1998, 325; V. MANCINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1981, 747; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 1980, 468 ss.

⁸ Vedi per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 666. Se si dovesse optare per la questa tesi, la dichiarazione di recidiva non dovrebbe rilevare ai fini del computo della prescrizione, sarebbe sottratta al giudizio di bilanciamento delle circostanze e comporterebbe l'aumento sulla pena già determinata in base al fatto circostanziato.

⁹ Per tutti si veda Cass. 17 ottobre 1978, Cass. pen. 1980 secondo cui "malgrado la sua particolare natura di qualificazione giuridica inerente alla persona del colpevole, la recidiva riceve nel vigente ordinamento penale un trattamento giuridico del tutto identico a quello previsto, in generale, per le circostanze aggravanti del reato, sicché ai fini della determinazione della pena, occorre procedere ad una valutazione globale della fattispecie, circostanziata da aggravanti e attenuanti, ed alla conseguente individuazione della incidenza del risultato di tale valutazione sulla determinazione della stessa".

recidiva, consentendo al giudice di escluderla, soltanto tra delitti e contravvenzioni e tra delitti preterintenzionali e delitti colposi, sempre che non si fosse in presenza di reati della stessa indole. E' soltanto con il D.L. 11 aprile del 1974, n. 99, emanato nell'ambito di un più ampio intervento mitigatore del sistema penale, che è stata introdotta la facoltatività della recidiva¹⁰.

La riforma del 1974 cercava di rimediare alla estrema generalizzazione della recidiva rendendola facoltativa, senza peraltro intervenire sui caratteri della genericità e della perpetuità che snaturano l'istituto, svincolandolo da ogni fondamento criminologico.

Il nuovo art. 99 del codice penale

Premessa brevemente la disciplina *ante* riforma, occorre verificare l'impatto della legge *ex* Cirielli che, intervenendo in senso repressivo, parte dal presupposto che il recidivo, in quanto tale, merita un trattamento più severo¹¹.

La riforma dell'istituto della recidiva si deve all'art. 4 della legge 251/2005 che non incide, però, sulla disciplina speciale prevista dal D.lgs. 274/2000 in materia di reati di competenza del giudice di pace.

Le novità introdotte riguardano essenzialmente:

1. l'aggravamento degli aumenti di pena per i recidivi;
2. la limitazione della recidiva ai soli delitti dolosi;
3. l'introduzione di ipotesi di obbligatorietà della recidiva.

Ciò che colpisce del nuovo articolo 99 c.p., oltre ad una sensibile maggiorazione dell'aumento di pena, è l'abbandono del precedente sistema flessibile che consentiva al giudice di graduare l'aumento di pena. Soltanto nell'ipotesi di recidiva monoaggravata il legislatore, pur innalzando il tetto di pena edittale, ha deciso di mantenere il carattere flessibile dell'aumento, in aperta contraddizione, dunque, con le scelte operate nei commi 1 e 4¹².

La legge, però, se da un lato, determina un aggravamento del trattamento sanzionatorio del condannato dichiarato recidivo, dall'altro, riduce notevolmente l'ambito applicativo dell'istituto, limitandolo ai soli delitti non colposi. Tale scelta si giustificerebbe con l'esigenza di introdurre un

¹⁰ L'aumento di pena in caso di recidiva diveniva così non più obbligatorio. Nell'esercizio del suo potere discrezionale il giudice doveva, quindi, accertare, ricorrendo agli elementi dell'art. 133 c.p., la sussistenza del collegamento personologico tra le varie manifestazioni criminose, consistente nel nesso tra le due azioni espressione di insensibilità etica o di maggiore pericolosità o criminalità.

¹¹ Si noti che l'esigenza di un trattamento più rigoroso nei confronti del recidivo si è manifestata anche sul versante processuale, attraverso l'approvazione della L. 12 giugno 2003, n. 134 che ha cercato di evitare che il recidivo reiterato potesse beneficiare di alcuni sconti di pena, derivanti dall'applicazione del rito alternativo, denominato "patteggiamento allargato".

¹² L'assetto della norma fa sorgere alcune perplessità. Potrà accadere, infatti, che il giudice possa contenere l'aumento di pena nei confronti di un imputato al quale è stata contestata la recidiva aggravata, mentre all'eventuale coimputato a cui è stata contestata la recidiva semplice, sarà costretto ad irrogare il più consistente aumento di un terzo.

temperamento al maggior rigore che l'intera nuova disciplina riserva al recidivo, sia nella fase di quantificazione della pena sia in quella concernente l'esecuzione della stessa.¹³

Ulteriori novità si segnalano riguardo al potere del giudice di applicare gli aumenti di pena previsti per le varie ipotesi di recidiva.

Tra i primi commentatori del nuovo testo di legge, qualcuno ha richiamato l'attenzione sulla mancata utilizzazione, nel terzo e nel quarto comma dell'art. 99 c.p., della locuzione "può". Ne deriverebbe, secondo questi autori, un'ipotesi obbligatoria di aumento di pena nei casi di recidiva pluriaggravata e di recidiva reiterata¹⁴.

Tale tesi è stata sostenuta non solo facendo riferimento all'interpretazione letterale del dato normativo, ma anche guardando alla complessiva *ratio* ispiratrice della riforma. La legge n. 251/05 appare, infatti, ispirata da una *ratio* repressiva, tendente ad individuare nel recidivo un soggetto portatore di pericolosità sociale e, come tale, meritevole di un più severo trattamento giuridico. In tale prospettiva si è addivenuti ad un sistema misto, che prevede ipotesi di recidiva con aumenti discrezionali e ipotesi di recidiva con aumenti obbligatori.

La descritta interpretazione non può essere condivisibile¹⁵.

Nell'interpretazione della norma il mancato utilizzo della locuzione "*può*" non è, infatti, decisivo, poiché il legislatore laddove ha voluto sancire l'obbligatorietà dell'aumento di pena per i recidivi lo ha fatto espressamente. La riprova è fornita dalla stessa legge al comma 5 dell'art. 99 c.p. che statuisce che "se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407, comma 2, lett.a) c.p.p., l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo reato".

La circostanza che il legislatore abbia utilizzato il termine "obbligatorio" solo nel comma quinto non è privo di significato, dovendosi ritenere che in tutti gli altri casi l'aumento di pena sia ancora considerato facoltativo.

Pare, dunque, che il legislatore abbia voluto ricollegare l'obbligatorietà dell'aumento per recidiva soltanto alle ipotesi di reato particolarmente gravi elencate nella lettera a), comma secondo, dell'art. 407 c.p.p.

¹³ Rispetto all'estrema severità del nuovo statuto della recidiva molti hanno manifestato il proprio disaccordo, perché tanto il reato colposo quanto alcune fattispecie contravvenzionali non sono necessariamente indice di minor pericolo. In tal senso, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, 1 (dossier), 33.

¹⁴ In questo senso, v. S. SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al diritto*, 2006, 1 (dossier) pag. 45; D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 46, 104.

¹⁵ Di questo avviso sono: in dottrina, E. CARDILE, *L'xs Cirielli e la pena: rischi di abnormità*, in *Diritto e Giustizia*, 2006, 55; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al diritto*, 1 (dossier) 2006, 61; F. IZZO – P. SCOGNAMIGLIO, *Riforma della prescrizione*, Ed. Simone, 2006, 19 ss.

In conclusione, dovrebbe ritenersi che queste ipotesi di recidiva (recidiva pluriaggravata e recidiva reiterata) siano state soltanto sottratte ad una graduazione discrezionale.

L'unica ipotesi di aumento obbligatorio dovrebbe, quindi, essere ritenuta quella prevista al quinto comma, relativa alla commissione di reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. Trattasi di reati che il legislatore ha ritenuto essere indice di un grado di pericolosità tale da prevedere, se posti in essere da un recidivo, un aumento di pena obbligatorio, privando di conseguenza il giudice di ogni spazio di discrezionalità.

Infine occorre spendere qualche parola sulla questione relativa alla contestazione della recidiva.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno sempre sostenuto che per l'applicazione di tutti gli effetti collegati alla recidiva fosse necessario che la stessa fosse stata dichiarata dal giudice di merito.

In proposito il legislatore con la novella dell'art. 99 non è intervenuto direttamente.

Si deve ritenere, dunque, la necessità di una formale contestazione della recidiva per l'applicazione dei vari effetti che l'ordinamento ad essa riconduce. La recidiva deve ritenersi formalmente contestata allorquando nella sentenza sia stato richiamato l'art. 99 c.p. ovvero sia stata espressamente menzionata la parola recidiva.

3. LE NOVITÀ IN MATERIA DI ESECUZIONE PENALE

La legge *ex Cirielli* ha, dunque, notevolmente inciso sul sistema penale del nostro ordinamento, innovando anche la disciplina dell'esecuzione penale e penitenziaria, attraverso una serie di modifiche apportate al Libro X del c.p.p. e alla legge n. 354/75. Ed anche in questo ambito la recidiva (in particolare la recidiva reiterata) è uno dei motivi determinanti della riforma¹⁶.

La legge si inserisce in quella sequela di interventi normativi descritti come fenomeno del "pendolarismo tra il permissivo e il restrittivo". Nel corso degli anni l'atteggiamento del legislatore è stato speculare alle mutevoli sensibilità delle ideologie presenti nel nostro Paese.

Infatti, la legge 354 del 1975, con la quale venivano attuati per la prima volta i principi costituzionali della funzione rieducativa della pena e venivano introdotte le misure alternative alla detenzione, ha subito, nel corso del tempo, varie modifiche, determinate da specifiche situazioni contingenti, piuttosto che da una visione ampia e strategica dei problemi.

¹⁶ V. L. BRESCI, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, alla pagina web <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm> documento del Portale web "L'altro Diritto", Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità.

Con la legge n. 663/86 (nota come "legge Gozzini"), il legislatore ha, ad esempio, rilanciato le innovazioni introdotte con la legge del 1975: individualizzazione del trattamento rieducativo, misure alternative alla detenzione; garanzie del controllo giurisdizionale sull'esecuzione penale.

Agli inizi degli anni '90 si assiste, invece, alla produzione di una normativa restrittiva volta a ridimensionare l'ambito applicativo di tutti gli istituti premiali dell'ordinamento penitenziario, con speciale riguardo ai condannati per reati di criminalità organizzata e per altri reati che destano un elevato allarme sociale¹⁷.

Un nuovo ritorno al garantismo è segnato dalla legge n. 165/98 (la c.d. "legge Simeone"), con la quale si è tentato di rendere maggiormente agevole l'accesso alle misure alternative e, al contempo, di conseguire effetti deflativi nella popolazione carceraria.

Ebbene, anche la legge *ex Cirielli* si ascrive, a pieno titolo, nel fenomeno descritto, rappresentando un ritorno ad un atteggiamento di chiusura da parte del legislatore, anche in questa occasione di crescita dell'allarme sociale dovuta all'incremento degli episodi criminali.

A parte la disposizione di cui all'art. 7, comma 2, della legge n. 251/05, che prevede la possibilità di espiare la pena in detenzione domiciliare senza limiti di durata per gli ultrasessantenni che non siano stati condannati per reati di particolare allarme sociale, tutte le altre norme comportano una cospicua restrizione delle maglie esecutive. E tale restrizione è organizzata lungo tre direttrici principali, collegate prevalentemente alla situazione di recidivo reiterato: a) previsione di limiti più severi per l'accesso alle misure alternative alla detenzione (artt. 30-ter; 47-ter; 50-bis O.P.); b) esclusione dei recidivi dal meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p.); c) limitazione dei benefici ottenibili (art. 58-quater O.P.).

4. LA RECIDIVA REITERATA E LA DELIMITAZIONE DELL'OPERATIVITÀ DELL'ART. 656, COMMA 5, C.P.P.

Una prima modifica riguarda le modalità di esecuzione della pena detentiva da parte del pubblico ministero, attraverso la novella dell'art. 656 c.p.p. introdotta dall'art. 9 della legge *ex Cirielli*.

Come sappiamo l'art. 656 c.p.p. è già stato parzialmente modificato con la legge Simeone che, aggiungendo i commi da 5 a 10, ha introdotto una procedura applicabile esclusivamente a coloro che, al momento dell'emissione dell'ordine di esecuzione, si trovavano in stato di libertà per il fatto oggetto della condanna da eseguire.

¹⁷ In tal senso vanno ricordati il D.L. 13 maggio 1991, n. 152 e il D.L. 8 giugno 1992, n. 306 rispettivamente convertiti, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203 e nella legge 7 agosto 1992, n. 356.

Secondo tale procedura, il pubblico ministero aveva l'obbligo di sospendere l'ordine di esecuzione qualora il condannato fosse in stato di libertà e la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non fosse superiore a tre anni, ovvero a quattro anni nei casi di cui agli artt. 90 e 94 del D.P.R. 309/90.

Oltre che conseguire finalità decarcerizzanti, la legge *Simeone* aveva l'obiettivo di evitare la privazione della libertà a persone che, pur condannate, avessero, in astratto, i presupposti per fruire delle misure alternative alla detenzione.

Con l'introduzione del quinto comma all'art. 656 c.p.p., si elimina alla radice l'iniquità del precedente sistema, prevedendo la regola dell'automatica sospensione del procedimento di esecuzione da parte del pubblico ministero e l'obbligo di avviso, per il condannato, della possibilità di presentare istanza al Tribunale di Sorveglianza per la concessione della misura. La stessa legge *Simeone* ha previsto tuttavia delle eccezioni alla descritta regola, introducendo, al comma 9, due ipotesi di inoperatività di detto automatismo:

1. nei confronti del condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis O.P.;
2. nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva.

Ebbene, a queste ipotesi la legge *ex Cirielli* ne aggiunge un'altra legata al particolare *status* di recidivo reiterato del soggetto condannato. L'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione, pur non riguardando direttamente l'ordinamento penitenziario, lo coinvolge in maniera determinante in quanto concerne le modalità di richiesta delle misure alternative:

- nei confronti dei "delinquenti comuni" che devono espiare una pena di tre o quattro anni viene mantenuta la possibilità di richiedere dallo stato di libertà l'espiazione della stessa in forma alternativa;
- al contrario, per coloro che, pur trovandosi nelle medesime condizioni relative alla pena, ma tuttavia differenziandosi per lo *status* di recidivo reiterato, l'unica possibilità di richiesta di misura alternativa sarà dallo stato di detenzione, non potendo il pubblico ministero sospendere l'ordine di esecuzione di fronte a tale ultima situazione.

La nuova disposizione ha suscitato in dottrina molte perplessità soprattutto con riferimento alle conseguenze pratiche di sovraffollamento che potrebbero derivare al sistema carcerario.

L'allarme è tuttavia parzialmente rientrato grazie alla successiva precisazione contenuta nell'art. 4 del decreto legge n. 272/05, che limita l'operatività della nuova disposizione escludendo

dal suo ambito applicativo i tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso un programma di recupero¹⁸.

La norma mira chiaramente ad evitare che i soggetti, che hanno intrapreso un programma di recupero, possano vedersi interrotto tale programma a causa dell'esecuzione di una pena detentiva.

5. LA RECIDIVA REITERATA COME LIMITE PER L'ACCESSO ALLE MISURE ALTERNATIVE E AI BENEFICI PENITENZIARI

Considerazioni preliminari

La norma cardine dell'intervento in materia di esecuzione penale è l'art. 7 della ex Cirielli, il quale contiene una serie di modifiche all'ordinamento penitenziario che introducono, nei confronti dei recidivi reiterati, limiti speciali per l'accesso ai benefici e alle misure alternative.

Contrariamente a quanto sostenuto da molti, la ex Cirielli non apporta, in assoluto, un regime di esclusione dai benefici penitenziari per coloro che sono stati dichiarati recidivi ai sensi del novellato art. 99, comma 4, c.p., tuttavia, in molte ipotesi, introduce, per tale categoria di condannati, un sistema più gravoso di accesso alle misure, tanto premiali quanto alternative alla detenzione. Si può dire che il legislatore, con questo intervento, abbia costruito per il recidivo reiterato una apposita corsia differenziata per l'accesso ai benefici e alle misure alternative. Come si vedrà, l'applicazione dell'art. 99, comma 4, c.p. produce un deciso contraccolpo nella sfera dei benefici penitenziari: l'aggravamento di pena irrogato dal giudice di cognizione condiziona, da un lato, il tempo che il condannato deve trascorrere in carcere prima di poter beneficiare del trattamento esterno, dall'altro il numero delle possibili opportunità di fruire dei benefici concesse dall'ordinamento.

Nel dettaglio, l'art. 7 modifica la legge penitenziaria in relazione ai permessi premio¹⁹, alle misure alternative della semilibertà e della detenzione domiciliare, nonché al divieto generale di concessione sancito all'art. 58-*quater* O.P. Sono tutte innovazioni che introducono una variazione di disciplina negli istituti considerati in riferimento alla sussistenza della recidiva reiterata in capo al condannato, tranne il nuovo primo comma dell'art. 58-*quater* O.P. che, invece, comporta, al verificarsi della fattispecie in esso descritta, una estensione del divieto di concessione dei benefici nei confronti di ogni condannato.

¹⁸ L'art. 4, comma 2, del D.L. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni nella L. 21 febbraio 2006, n. 49, ha previsto che la disposizione di cui alla lettera c) dell'art. 656 del c.p.p. non "si applica nei confronti dei condannati, tossicodipendenti od alcooldipendenti, che abbiano in corso un programma terapeutico di recupero presso i servizi pubblici per l'assistenza ai tossicodipendenti ovvero nell'ambito di una struttura autorizzata e l'interruzione del programma programma può pregiudicarne la disintossicazione".

¹⁹ A. MARCHESELLI, *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al dir.*, 2006, 1 (dossier), 79.

I permessi premio

Passando all'esame delle specifiche disposizioni, l'art. 7, comma 1, della legge n. 251/05 ha previsto limiti più rigorosi per la concessione ai recidivi dei permessi premio.

L'istituto dei permessi premio è stato introdotto nell'ordinamento penitenziario dalla legge n. 663/86, c.d. legge "Gozzini"²⁰.

Prima della legge Gozzini esisteva soltanto l'istituto del permesso di necessità (art. 30 O.P.) che era stato concepito dalla riforma del 1975 quale semplice strumento di umanizzazione della pena e, pertanto, estraneo alla logica trattamentale. Il permesso premio nasce, invece, per dare attuazione al principio costituzionale dell'art. 27, comma 3, della Costituzione perché funzionale alla rieducazione del condannato²¹.

Così concepito l'istituto si caratterizza essenzialmente per una duplice funzione: una funzione special-preventiva, perché contribuisce al mantenimento degli interessi affettivi, culturali e lavorativi del detenuto oltre a consentire di mettere alla prova il comportamento del detenuto in libertà: una funzione premiale perché stimola il condannato ad un atteggiamento maggiormente aderente alle norme che regolano la vita dell'istituto

Le finalità perseguite dall'istituto spiegano anche i requisiti soggettivi richiesti per la sua concessione. Anzitutto è richiesto il requisito della regolare condotta che è tale, ai sensi del comma 8 dell'art. 30-ter O.P., quando l'interessato ha manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle attività lavorative e culturali.

In secondo luogo, l'art. 30-ter O.P. richiede la mancanza di pericolosità sociale del soggetto che si desume, secondo la consolidata interpretazione, da un giudizio sulla probabilità di recidiva. Un giudizio che deve riferirsi in modo particolare alla situazione del detenuto nel momento in cui formula l'istanza. Un'indagine rivolta non tanto al passato, quanto al presente e al futuro del recluso, senza perdere di vista la finalizzazione risocializzativa di una breve uscita dal carcere²²

²⁰ C. BRUNETTI – M. ZICCONI, *Manuale di Diritto Penitenziario*, La Tribuna, piacenza, 2005, 370. V anche il sito web Diritto & Civiltà, presente alla pagina www.dirittopenitenziario.it

²¹ Così concepito l'istituto si caratterizza essenzialmente per una duplice funzione: una funzione special- preventiva, perché contribuisce al mantenimento degli interessi affettivi, culturali e lavorativi del detenuto oltre a consentire di mettere alla prova il comportamento del detenuto in libertà: una funzione premiale perché stimola il condannato ad un atteggiamento maggiormente aderente alle norme che regolano la vita dell'istituto.

²² V. LA GRECA, *Le discipline dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, 1994, 254 che parla di un giudizio prognostico, ossia orientato in avanti e che non deve lasciarsi imbrigliare da elementi che appartengono al passato quali la gravità del fatto commesso. Oppure v. G. ZAPPA, *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rass penit. Criminol.* 1988, 15 che sostiene chiaramente che il giudizio di pericolosità non può che fondarsi su precisi elementi di fatto, tra i quali non possono evidentemente rientrare i precedenti penali, altrimenti i recidivi e i condannati per gravi delitti mai potrebbero fruire dei permessi; mentre la legge consente anche agli ergastolani tale beneficio.

Oltre ai suddetti presupposti soggettivi l'art. 30-*ter* prevede anche limiti oggettivi, infatti, i permessi premio possono essere concessi nei confronti:

1. dei condannati all'arresto od alla reclusione non superiore a tre anni anche se congiunta all'arresto;
2. dei condannati alla reclusione superiore a tre anni, dopo l'espiazione di almeno un quarto di pena;
3. dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* O.P., dopo l'espiazione di almeno metà pena e, comunque, non oltre 10 anni;
4. dei condannati all'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno 10 anni.

La novella del legislatore ha introdotto un diverso e apposito percorso per i recidivi nell'accesso ai permessi premio. Il nuovo art. 30-*quater* prevede, infatti, una sensibile elevazione della quota di pena necessaria all'accesso a tali benefici; nel dettaglio, la rimodulazione dei limiti di ammissibilità nei confronti del recidivo reiterato consiste:

- nella espiazione di metà di un terzo della pena nelle ipotesi di cui sub 1);
- nella espiazione della metà della pena nelle ipotesi di cui sub 2);
- nella espiazione di due terzi della pena e, comunque, di non oltre quindici anni nelle ipotesi sub 3) e 4).

Occorre avanzare qualche perplessità sulla nuova disposizione tenuto conto dell'inquadramento dogmatico dei permessi premio. La valenza rieducativa dell'istituto determina la scarsa rilevanza dei precedenti penali ai fini della valutazione della concedibilità dei permessi premio. In questa prospettiva, l'ulteriore aggravio, collegato alla mera qualifica di recidivo reiterato, mal si giustifica rispetto alla natura dell'istituto, che è, per eccellenza, improntato alla progressività del trattamento.

La semilibertà

Anche l'intervento in materia di semilibertà si ascrive alla linea dura scelta dal legislatore nella lotta contro la recidiva.

La misura alternativa della semilibertà è stata introdotta nel 1975 ed è contemplata agli artt. 48 ss. O.P. La precedente normativa è stata oggi ampliata attraverso l'inserimento, nell'articolato della legge penitenziaria, dell'art. 50-*bis*, introdotto dall'art. 7, comma 5, della legge 251/2005.

Caratterizzandosi per l'accostamento nell'arco della giornata di un periodo di detenzione ed uno di attività libera, la semilibertà è considerata più che una misura alternativa una modalità particolare di esecuzione della detenzione²³.

Nonostante l'unicità contenutistica della misura, emergono dalla normativa tre diverse *species* di semilibertà, rispetto alle quali il nuovo art. 50-bis crea un ulteriore elemento di difficoltà.

L'art. 50 O.P. prevede, anzitutto, una *semilibertà relativa a pene detentive brevi*, la cui funzione è quella di evitare al condannato gli effetti desocializzanti del carcere quando la condanna riguarda la pena dell'arresto ovvero della reclusione non superiore a sei mesi²⁴.

Vi è poi una *semilibertà relativa alle pene detentive medio-lunghe* avente una funzione preparatoria al ritorno in libertà. Tale misura rappresenta lo strumento che, per eccellenza, realizza il trattamento risocializzativo progressivo²⁵.

Infine, l'ordinamento penitenziario prevede una fattispecie di *semilibertà con funzione surrogatoria dell'affidamento in prova al servizio sociale*. Ai sensi dell'art. 50, comma 2, secondo periodo, il condannato a pena detentiva non superiore a tre anni può essere, infatti, ammesso alla semilibertà prima dei limiti suddetti se mancano i presupposti per l'affidamento in prova.

Quanto alle finalità, la "semilibertà sostitutiva" consente l'applicazione anticipata della misura realizzando così anche un coordinamento con l'affidamento in prova al servizio sociale nella logica del trattamento progressivo²⁶.

In questo complesso quadro interviene, dunque, la novella introdotta con l'art. 50-bis O.P. che, ignorando le varie articolazioni dell'istituto, pone dei profili di complicazione all'interno della disciplina.

La semilibertà può essere concessa ai detenuti, ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale, soltanto dopo l'espiazione dei due terzi della pena

²³ C. BRUNETTI – M. ZICCONI, *Manuale di Diritto Penitenziario*, La Tribuna, Piacenza, 2005. Cfr. anche C. BRUNETTI – C. SAPIA (a cura di), *Psicologia penitenziaria*, E.S.I., Napoli, 2007.

²⁴ Questa forma di semilibertà, prevista al comma 1 e 6 del menzionato articolo, è applicabile a prescindere dalla espiazione di un *quantum* di pena sul presupposto della mera volontà di reinserimento del condannato.

²⁵ Per la concessione di questa *species* di semilibertà sono richiesti requisiti soggettivi ed oggettivi. Quanto ai primi, l'interessato deve aver compiuto progressi nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento. La valutazione del magistrato atterra, sotto questo profilo, sia ai risultati del trattamento individualizzato riferito dal G.O.T., sia alle occasioni che l'ambiente extra- murario offre al condannato. Sul piano oggettivo sono inoltre previsti limiti di pena all'ammissibilità della misura. Il condannato può, infatti, esservi ammesso soltanto dopo l'espiazione di:

- metà della pena ovvero due terzi della stessa nei casi di condanna per uno dei delitti di cui all' art. 4-bis O.P. (art. 50, comma 2, primo periodo O.P.);
- 20 anni di pena nei casi di condanna all'ergastolo (art. 50, comma 5, O.P.).

²⁶ In altre parole, la possibilità di anticipare la semilibertà all'affidamento permette il graduale reinserimento del condannato nell'ambiente libero, attuando la progressione da forme meno aperte a forme più aperte di trattamento alternativo. Il sistema di misure alternative appare, quindi, variegato in modo tale da consentire al giudice, in ossequio al principio di individualizzazione del trattamento, di modellare in sede esecutiva la risposta sanzionatoria alle diverse situazioni concrete presentate dai singoli condannati.

ovvero, se si tratta di un condannato per uno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis della legge penitenziaria, di almeno tre quarti di essa.

Se è vero che il nuovo art. 50-bis si pone tendenzialmente in sintonia con la semilibertà prevista per le pene medio-lunghe, perché si limita a innalzare la soglia di pena che il recidivo reiterato deve espiare per ambire a tale misura, è altrettanto vero che la nuova figura non si raccorda con le altre due fattispecie di semilibertà (ossia, quella relativa alle pene detentive brevi e quella sostitutiva dell'affidamento). In queste ultime due ipotesi lo *status* di recidivo reiterato del condannato annienta l'operatività dei due ultimi menzionati istituti.

Cerchiamo di capire meglio. Anzitutto, per il recidivo reiterato perde qualsiasi rilevanza la pena detentiva inferiore ai sei mesi ai fini della concessione della semilibertà prevista al primo comma dell'art. 50 O.P.; egli si vede precluso l'accesso alla misura fino all'espiazione di almeno due terzi della pena.

Dunque, una persona condannata a sei mesi di reclusione senza la dichiarazione di recidiva reiterata potrà essere ammesso alla semilibertà *ab initio*, al contrario il recidivo reiterato condannato alla stessa pena, ma per un reato di minore gravità, non potrà fruire della medesima possibilità proprio in base al nuovo art. 50-bis O.P.

Perciò il previsto trattamento deteriore, non fondandosi sulla maggiore gravità del reato, porterebbe a concludere che l'unica giustificazione della norma risiede nella presunzione di antisocialità e pericolosità del delinquente recidivo²⁷.

Il legislatore ha realizzato una inspiegabile penalizzazione di soggetti responsabili di reati minimi nell'accesso alla semilibertà per pene detentive brevi. Deve pertanto ipotizzarsi un contrasto insanabile della norma con l'art. 3 della Costituzione²⁸.

La detenzione domiciliare

Molte sono le novità relative alla misura della detenzione domiciliare, che ha conosciuto una convulsa evoluzione legislativa.

Non contemplato dalla riforma del 1975, questo istituto è stato introdotto nel capo VI del titolo II dell'ordinamento penitenziario grazie alla legge Gozzini. Priva di ogni contenuto

²⁷ Tale sospetto è paventato in alcune riflessioni dottrinali, si veda ad es. S. CIAMPI, *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Cedam, 2006, 258 ss.

²⁸ La norma potrebbe, altresì, peccare di irragionevolezza rispetto all'art. 50, comma 2, terzo periodo, con riferimento cioè alla semilibertà sostitutiva dell'affidamento. Non è dato capire, infatti, il motivo per cui gli effetti restrittivi operino soltanto sulla semilibertà e non anche sull'affidamento in prova, dal momento che quest'ultima ha contenuti meno segreganti e afflittivi della prima.

Viene a crearsi, quindi, una situazione paradossale: il recidivo reiterato condannato a 3 anni potrà uscire dal carcere ed essere affidato al servizio sociale una volta esaurita l'osservazione scientifica, mentre per essere ammesso alla più afflittiva misura della semilibertà dovrà comunque attendere di avere espiato i due terzi della pena.

risocializzante, questa misura consente al condannato di espiare la pena detentiva nella propria abitazione, in un altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza. Coerentemente con le finalità di natura umanitario-assistenziale, l'unico obbligo imposto all'interessato concerne, infatti, il divieto di allontanarsi dal luogo indicato.

La prima ipotesi di detenzione domiciliare (c.d. *detenzione domiciliare umanitaria*) è stata introdotta dalla legge n. 663/86 e modificata dalla legge n. 165/98; la stessa ha la funzione di salvaguardare beni di rilevanza costituzionale (salute, maternità, infanzia, gioventù) che potrebbero essere compromessi dall'esecuzione di una pena in carcere.

Oltre alla pena della reclusione non superiore a quattro anni, i presupposti della misura sono collegati alle particolari condizioni dei condannati ritenute meritevoli di tutela.

Successivamente, la legge Simeone ha introdotto un'altra ipotesi di detenzione domiciliare (c.d. *detenzione domiciliare generica*) con l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 47-ter O.P. Con questa norma si è previsto la generale possibilità di applicazione della detenzione domiciliare per l'espiatione di pene detentive in misura non superiore a due anni, indipendentemente dalla sussistenza delle condizioni di cui al primo comma, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati.

I presupposti per la sua concessione sono il limite di pena, da un lato, e, dall'altro, l'inidoneità dell'interessato all'affidamento in prova assieme all'assenza di pericolo di recidiva.

E' evidente, dunque, che la *ratio* ispiratrice di questo istituto è quella di arginare il fenomeno del sovraffollamento carcerario.

Sempre alla legge Simeone si deve l'ulteriore tipologia di *detenzione domiciliare sostitutiva del differimento*, così come prevista all'art. 47-ter, comma 1-ter, O.P. Anch'essa ispirata ad una logica umanitaria ed assistenziale, richiede per la sua applicazione la sussistenza delle condizioni per la concessione del differimento dell'esecuzione ex artt. 146 e 147 c.p., indipendentemente dalla quota di pena detentiva da espiare.

Basti infine accennare che, sempre in una prospettiva umanitaria e assistenziale, sono state introdotte altre due *species* di detenzione domiciliare, grazie a due successive leggi che hanno introdotto nella legge penitenziaria gli artt. 47-quater e 47-quinquies. Si parla di *detenzione domiciliare speciale nei confronti di soggetti affetti da AIDS* nel primo caso e di *detenzione domiciliare residuale* nel secondo²⁹.

In questo quadro, già abbastanza complesso, è, dunque, intervenuta la novella del 2005 che ha introdotto il nuovo comma 01, nonché sostituito l'originario comma 1 e 1-bis; si è pertanto

²⁹ I due articoli sono stati introdotti rispettivamente: dall'art. 5 della legge 12 luglio 1991, n. 231 e dall'art. 3 della legge 8 marzo 2001, n. 40.

provveduto all'introduzione di un'ennesima fattispecie che potremmo definire *detenzione domiciliare anagrafica*.

In riferimento alla detenzione domiciliare generica, l'art. 7 della legge ex Cirielli ha modificato il comma 1-*bis*, escludendo l'applicabilità di tale misura nei confronti dei recidivi reiterati.

Al fine di evitare incongruenze sistematiche bisogna ritenere che il comma 1.1. configuri una limitazione riferita alla detenzione domiciliare speciale e non un'autonoma fattispecie di detenzione domiciliare per i recidivi. I commi 1 e 1.1. disciplinerebbero, quindi, la detenzione domiciliare istituita a favore dei condannati in particolari situazioni personali tali da consentire di scontare in modalità non carceraria una pena residua fino a tre anni se recidivo reiterato, fino a quattro in tutti gli altri casi.

Tale interpretazione è favorita anche dalla tecnica legislativa utilizzata dal legislatore, che ha congiuntamente sostituito il precedente comma 1, che disciplinava la detenzione domiciliare speciale, con i due nuovi commi (1 e 1.1), i quali devono pertanto essere letti in correlazione.

Al contrario, una diversa lettura che non contestualizzi il comma 1.1 nell'ambito della detenzione domiciliare quadriennale porterebbe inevitabilmente a configurare una autonoma figura di detenzione domiciliare con pesanti distorsioni sistematiche³⁰.

6. LA NUOVA FORMULAZIONE DELL'ART. 58-QUATER O.P.

La legge ex Cirielli è anche intervenuta sull'art. 58-*quater* O.P., sostituendone il primo comma e aggiungendo il nuovo comma 7-*bis*.

L'art. 58-*quater* è frutto di quella legislazione emergenziale che, negli anni 1991-1992, ha profondamente inciso nella materia penitenziaria. Le modificazioni operate alla legge penitenziaria dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152 e dal D.L. 8 giugno 1992, n. 306 furono ritenute, infatti, necessarie soprattutto in relazione alla riforma effettuata con la legge Gozzini, alla quale fu rimproverato un eccessivo garantismo.

³⁰ Dal quadro complessivo emergerebbe, infatti, un regime complessivamente più vantaggioso per la categoria dei condannati recidivi reiterati rispetto ai condannati "ordinari". Scindendo le previsioni contenute nei commi 1 e 1.1 si avrebbero risultati aberranti:

- la detenzione speciale (comma 1) sarebbe applicabile a qualsiasi condannato (recidivo o meno) purché si trovi nei limiti di pena e nelle condizioni previste dalla norma;
- fuori dalla ipotesi di cui sopra, i recidivi reiterati potrebbero fruire della detenzione domiciliare con una quota di pena residua più elevata rispetto a quella prevista per i condannati ordinari, richiedendo il comma 1.1 una pena non superiore a tre anni, in luogo dei due anni contemplati dal comma 1-*ter*.

Una simile ricostruzione, oltre a porsi in assoluto contrasto con lo spirito della riforma, si esporrebbe inevitabilmente a censure di irragionevolezza da parte della Corte costituzionale. V. anche C. BRUNETTI, *Pedagogia penitenziaria*, E.S.I., Napoli, 2006.

Attraverso questi interventi legislativi, venne introdotto il principio in base al quale per pene uguali sono previsti termini di recupero diversi sulla base di una persistente pericolosità sociale del condannato, desumibile, oltre che dalla pena irrogata dal giudice, anche dalla natura del reato commesso e dal comportamento del condannato successivamente alla condanna³¹.

La decretazione di urgenza dei primi anni novanta introdusse, dunque, l'art. 58-*quater* O.P., relativo al divieto di concessione dei benefici, rispetto al quale si registra la recente modifica.

Il nuovo comma 7-*bis* dispone invero nei confronti dei recidivi reiterati, il divieto di concessione, *per più di una volta*, dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà; ossia di ogni misura alternativa eccettuato l'affidamento terapeutico previsto dall'art. 94 del D.P.R. 309/1990.

Tale disposizione è suscettibile di diverse interpretazioni. Ma laddove si accedesse alla lettura più ristretta che sostanzialmente concede una sola misura alternativa fruibile nell'arco dell'intera vita del recidivo reiterato, nei confronti di quest'ultimo la pena perderebbe ogni tratto di flessibilità, esauendosi esclusivamente in uno strumento di contenimento della pericolosità del soggetto.

7. IMPOSSIBILITÀ DI ACCEDERE AI BENEFICI IN CASO DI EVASIONE

Passiamo adesso in rassegna le modifiche non collegate al nuovo istituto della recidiva. Iniziamo dalla modifica apportata al primo comma dell'art. 58-*quater* O.P., del cui comma 7-*bis* abbiamo parlato.

Secondo quanto disposto dalla vecchia formulazione l'evasione comportava conseguenze diverse in base al titolo di reato per cui il condannato scontava la pena. Alcuni benefici penitenziari (quali l'assegnazione al lavoro esterno, permessi premio, affidamento in prova, detenzione domiciliare e semilibertà) erano, quindi, preclusi ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, responsabili di una condotta punibile ai sensi dell'art. 385 c.p.

Ebbene, la legge *ex Cirielli* ha generalizzato l'originario divieto estendendolo a tutti i condannati che si siano resi colpevoli del reato ostativo (l'evasione). La preclusione ai benefici, in caso di evasione o revoca, varrà adesso anche per i condannati per delitti non previsti dall'art. 4-*bis*.

Durante il periodo *ante* riforma si era, infatti, posta la questione relativa all'individuazione del momento temporale di operatività del divieto. Parte della dottrina collegava l'operatività del divieto alla semplice *notitia criminis*, prescindendo, quindi, dalla irrevocabilità della condanna per

³¹ Le nuove disposizioni in materia penitenziaria si posero, dunque, in aperto contrasto con uno dei principi ispiratori della riforma del 1986, ossia l'abbandono di ogni presunzione legale di pericolosità dei condannati in ordine ai reati commessi.

evasione³². Anche la giurisprudenza di legittimità si esprimeva attraverso posizioni poco garantiste finendo con l'escludere addirittura che il provvedimento di archiviazione non costituisse atto idoneo a determinare la revoca del divieto³³.

Soltanto con l'intervento della Corte costituzionale si è affermato che la sentenza di assoluzione con le formule "perché il fatto non sussiste" o "per non aver commesso il fatto", attribuisce all'interessato il diritto di chiedere al Tribunale di Sorveglianza la revoca del divieto³⁴.

Consapevole del problema prospettato, il legislatore sostituisce la precedente dizione "posta in essere una condotta punibile" con l'espressione "sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'art. 385 c.p."

Ne consegue che, alla luce del principio costituzionale di presunzione di innocenza, per l'operatività del divieto si rende necessaria la condanna definitiva per evasione. Tale interpretazione è, per di più, avallata dalla giurisprudenza in materia di liberazione condizionale³⁵.

La *ratio* della nuova previsione appare raccordarsi anche con le norme procedurali relative alla misure cautelari personali. Il codice di procedura penale (art. 276 c.p.p.) configura, infatti, il reato di evasione come una ipotesi di revoca degli arresti domiciliari, prescindendo dal titolo di reato per cui si procede nei confronti della persona imputata o indagata.

Occorre, infine, tenere presente che la dottrina più accreditata include tra le condotte punibili ai sensi dell'art. 385 c.p., oltre alla fuga dal carcere, anche quelle di sottrarsi alla semilibertà o agli arresti domiciliari³⁶.

Invariata è, invece, la durata del divieto che rimane fissata nei tre anni decorrenti dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia (art. 58-*quater*, comma 3, O.P.).

8. LA DETENZIONE DOMICILIARE ANAGRAFICA

Non tutte le novità relative alla detenzione domiciliare sono collegate allo *status* di recidivo reiterato del condannato, infatti, l'art. 7 della legge n. 251/05 introduce un'ulteriore fattispecie che abbiamo definito *detenzione domiciliare anagrafica*.

³² M. CANEPA – S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Ed. Giuffrè, Milano, 2004, 498; G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in D. disc. Pen., VIII, Torino, 1994, 31; G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 287; B. GUZZALOCA - M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Ed. Utet, Torino, 1995, 329.

³³ Così, Cass., sez. I, 9 marzo 1994, Curti, in *Mass. Uff.*, 197165.

³⁴ V. Corte cost., sentenza. 31 maggio 1996, n. 181, in *Giur. Cost.*, 1996, 1685.

³⁵ V. Corte cost., sentenza 23 dicembre 1998, n. 418.

³⁶ P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle problematiche e alla casistica*, 2ª ed., Cedam, Padova, 1994. In senso contrario, ossia per l'irrilevanza della condotta punibile ex art. 385 c.p. ma posta in essere prima che sia stato acquisito lo *status* di condannato nel corso della custodia cautelare, V. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, 2a ed., Torino, 1994; Cass. 21 ottobre 1992, Brusegan.

Nella formulazione dell'art. 47-ter O.P. viene premesso il nuovo comma 01, che prevede per gli ultrasessantenni la possibilità di espiare la pena della reclusione in regime di detenzione domiciliare, indipendentemente dall'entità della pena stessa.

Unici limiti normativi all'applicabilità sono rappresentati dalla sussistenza di condizioni attinenti al titolo di reato e allo *status* del condannato.

La detenzione domiciliare anagrafica, prescindendo da qualsiasi tutela di beni costituzionalmente garantiti (salute, gioventù, famiglia, etc.) e da qualsiasi entità di pena, rimane legata quasi esclusivamente all'età del condannato, salvo il temperamento dovuto all'operatività dei limiti oggettivi e soggettivi previsti nella norma stessa³⁷.

Si è creata, quindi, una misura alternativa del tutto atipica, la cui applicazione è, in larga parte, connessa all'età del condannato in relazione alla sua presunta mancanza di pericolosità.

Consentire di espiare pene anche di un certo rilievo in forma alternativa, per mezzo di una misura legata principalmente alla sola età dell'istante e svuotata di qualsiasi contenuto rieducativo³⁸, dovrebbe quantomeno aprire una riflessione sulla natura polifunzionale che la pena assume nel nostro ordinamento e che ormai le è stata ampiamente riconosciuta dalla Corte costituzionale.

La detenzione domiciliare anagrafica ha posto in giurisprudenza anche il problema della obbligatorietà o meno della sua concessione.

Il collegio di Firenze, pur ammettendo il condannato alla misura *de quo*, ha optato per una diversa soluzione interpretativa. Facendo ricorso all'interpretazione letterale della norma che utilizza la dizione "può", ha, infatti, ritenuto la detenzione anagrafica una misura non vincolata, permanendo in capo all'organo giudiziario un potere discrezionale, sia pure limitato, circa la sua concessione. Potere discrezionale che, in ultima analisi, non può che riguardare la pericolosità sociale dell'ultrasessantenne³⁹.

La modalità di costruzione delle varie fattispecie ostative alla detenzione domiciliare anagrafica ha rappresentato un preciso riferimento per le successive modificazioni apportate all'art. 4-bis con la legge 38/2006⁴⁰.

In entrambe le norme (art. 47-ter e art. 4-bis) vengono con chiarezza indicati i reati sessuali come presupposti normativi delle rispettive fattispecie⁴¹.

³⁷ La previsione contenuta nel nuovo comma 01 riassume un po' la particolare filosofia ispiratrice della legge in commento, che è protesa a prevedere un trattamento peggiore nei confronti di alcuni soggetti presunti pericolosi da un lato, e un trattamento favorevole per altri soggetti presunti non portatori di particolare pericolosità.

³⁸ C. BRUNETTI, *Pedagogia penitenziaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005.

³⁹ Tale interpretazione se sarà avallata anche presso altri sedi giudiziarie consentirà di attenuare il problema sopra prospettato dell'incongruenza derivante da una misura che, legandosi alla esclusiva età del condannato, non offre garanzie per la tutela della società esterna.

⁴⁰ V. art. 15 della legge 6 febbraio 2006, n. 38.

⁴¹ In precedenza, infatti, erano sorti dubbi interpretativi sul terzo periodo dell'art. 4-bis: la questione era se il divieto ivi contenuto si estendesse anche ai reati a sfondo sessuale non oggetto di associazione criminale (artt. 609-bis; 609-quater;

Per merito delle recenti modifiche anche i delitti a sfondo sessuale, sganciati dalla configurazione di un'associazione a delinquere, concorrono, invece, a rendere operativo l'art. 4-bis e a precludere l'applicabilità della nuova figura della detenzione domiciliare anagrafica prevista nel neonato comma 01⁴² dell'art. 47-ter.

9. QUESTIONI DI DIRITTO INTERTEMPORALE

L'art. 10 della legge 251/2005

Il primo comma dell'art. 10 della legge n. 251/05, derogando all'art. 10 delle "preleggi", prevede che le nuove disposizioni entrino in vigore il giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

La ragione della deroga ai quindici giorni di *vacatio legis* deve essere ricollegata all'esigenza di ridurre al minimo i problemi intertemporali che la nuova legge avrebbe potuto porre.

Segue, negli altri due commi dello stesso articolo, la disciplina del regime intertemporale valido per le nuove disposizioni e che può essere così sintetizzato:

- a) nella prima parte del secondo comma, sono fatte salve le disposizioni di cui all'art. 2 c.p., ossia i principi di irretroattività delle disposizioni penali più sfavorevoli e, quindi, la ultrattività o retroattività delle disposizioni più favorevoli;
- b) nella seconda parte del primo comma, si afferma che le disposizioni in tema di prescrizione non si applicano ai procedimenti ed ai processi in corso, nel caso in cui i nuovi termini di prescrizioni risultino più lunghi di quelli precedenti;
- c) infine, al terzo comma si afferma, in deroga all'art. 2 del c.p., che se i termini di prescrizione risultano più brevi non si applicano ai processi in corso in primo grado, se già dichiarato aperto il dibattimento, o sono in fase di appello o di cassazione.

Dalla lettura della norma si evince, pertanto, una fondamentale distinzione tra le nuove previsioni in tema di prescrizione e tutte le altre norme della riforma, tra le quali si annoverano quelle che qui interessano da vicino, ossia quelle relative alla recidiva e ai benefici penitenziari.

609-octies). Siccome l'orientamento giurisprudenziale prevalente riteneva che i reati sessuali "semplici" rimanessero fuori dalla previsione dell'art. 4-bis; il riferimento alle violenze sessuali rimaneva di fatto lettera morta all'interno della legge poiché difficilmente ipotizzabile nella pratica un'associazione finalizzata alla commissione di tali delitti.

⁴² Merita spendere qualche parola sulla tecnica legislativa utilizzata nella formulazione del nuovo comma: per la prima volta nel nostro ordinamento si assiste alla formulazione di un comma numerato con 01. Con buona probabilità ciò si spiega in relazione alla difficoltà per il legislatore di inserire altrove la fattispecie di detenzione domiciliare anagrafica. Come abbiamo avuto modo di vedere, il nostro ordinamento penitenziario contempla in effetti molteplici fattispecie di detenzione domiciliare che si sono sviluppate nel tempo con successivi inneschi legislativi. Il legislatore si è trovato, dunque, ad inserire un'ulteriore specie di detenzione domiciliare in un quadro normativo già notevolmente complesso e caratterizzato da problemi di sovrapposizione applicativa tra le varie figure. Di qui la scelta di anteporre la nuova ipotesi alla figure già esistenti con la particolare numerazione di cui abbiamo dato conto.

La successione nel tempo delle disposizioni penitenziarie

Senonché qualche incertezza interpretativa permane proprio in relazione alle nuove disposizioni introdotte dagli artt. 8 e 9 della legge n. 251/05 che escludono o limitano la possibilità di concessione di benefici e misure alternative alla detenzione.

Se il legislatore ha disciplinato l'applicazione transitoria di queste disposizioni, dando per scontata la loro essenza di norme penali sostanziali, è, altresì, vero che la questione sulla natura delle norme penitenziarie è oggetto di un forte dibattito in dottrina e, almeno in parte, in giurisprudenza.

Da una parte si è, infatti, sostenuta la natura sostanziale delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, perché incidendo sui modi di privazione della libertà apparterrebbero "alla dinamica normativa dell'esser puniti, con la conseguenza inevitabile di soggiacere al divieto di applicazione retroattiva sfavorevole"⁴³.

Di fronte ad una siffatta interpretazione tuttavia si schiera un consolidato orientamento, compatto nel negare la natura di norme penali sostanziali alle disposizioni in tema di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione⁴⁴. Posto che il principio enunciato agli artt. 25, comma 2, Cost. e 2 c.p. riguarda solo il diritto sostantivo, ne deriva la non applicazione alle disposizioni penitenziarie del principio di irretroattività della disciplina sopravvenuta più sfavorevole. Ne deriva che la successione nel tempo di tali norme sarà regolata dal criterio del *tempus regit actum*⁴⁵. Il ricorso al principio selettivo della successione delle norme processuali comporta due conseguenze applicative:

1. la non irretroattività della legge processuale sopravvenuta;
2. l'efficacia immediata della nuova disposizione.

Interpretando la norma (cioè, l'art. 10, comma 2, prima parte) alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale, si dovrebbe, dunque, concludere che, in tema di benefici penitenziari e misure alternative, l'applicazione degli uni e delle altre dovrebbe essere regolata dalla norma vigente al momento in cui il reo avanza l'istanza volta al rilascio del provvedimento. Di converso non sarebbero, invece, applicabili i principi di irretroattività della disciplina sopravvenuta

⁴³ In tal senso v. T. PADOVANI, *Disparità di trattamento sui termini abbreviati*, in *Guida dir.*, 1 (dossier), 2006, 36. I sostenitori di questa interpretazione sostanzialistica del concetto di legge penale concludono poi che la nuova normativa si applicherà soltanto ai delitti commessi dopo l'entrata in vigore della legge; viceversa, "il recidivo reiterato autore di un delitto commesso prima dell'entrata in vigore della legge (anche se giudicato dopo), beneficerà del regime delle misure alternative precedente, più favorevole".

⁴⁴ Per l'interpretazione formalistica del concetto di legge penale si vedano, Cass., sez. I, 17 dicembre 2004, Goddi, in *Guida dir.*, 2005, 7, 71; Cass., sez. I, 14 gennaio 1997, Dessolis, in *Cass. Pen.*, 1997, 3591; Cass., sez. I., 23 settembre 1994, Rossi, in *ivi*, 1996, 1288; Cass, sez. I, 21 marzo 1994; Tassane, *ivi*, 1995, 3529; Cass. Sez. I, 8 ottobre 1993, Carannante, *ivi*, 1995, 286; Cass. Sez. I, 14 giugno 1993, Avolio, *ivi*, 1995, 704; Cass sez. I, 15 aprile 1993, Staltari, in C.E.D. Cas, n.194409.

⁴⁵ In argomento v, O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 91 ss.

più sfavorevole e di retroattività della *lex mitior* espressi dall'art. 2 c.p. ai quali, però, la disciplina transitoria fa espresso rinvio.

Occorre ricordare tuttavia che una interpretazione attenta agli insegnamenti della Corte Costituzionale imporrebbe un correttivo alla rigorosa applicazione del criterio del *tempus regit actum* relativamente al trattamento rieducativo. In applicazione di tale principio dovrebbe pertanto essere ammessa l'ultrattività della disciplina previgente nei confronti di quei soggetti che, al momento dell'entrata in vigore della legge, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato per essere ammessi ai benefici e alle misure alternative già concedibili secondo la normativa previgente.

10. AMBITO DI APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA RESTRITTIVA

Gran parte delle modifiche apportate all'ordinamento penitenziario hanno come comune denominatore il fatto di riferirsi al soggetto al quale "sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, del codice penale"⁴⁶. La legge, nonostante alcune imprecisioni nella formulazione, appare, quindi, chiara nel richiedere che la recidiva sia stata dichiarata.

Questo interrogativo riveste una notevole importanza per le sorti del nostro ordinamento penitenziario, poiché dal tipo di risposta dipende la misura del ridimensionamento delle misure alternative. Taluni, parlando delle modifiche apportate, hanno soprannominato la legge n. 251/05 *ammazza Gozzini*.

Seguendo l'interpretazione letterale delle nuove disposizioni, il condannato è un soggetto al quale "è stata applicata la recidiva reiterata", quindi, anche se la recidiva non è applicata al titolo in esecuzione, ma dichiarata in un'altra sentenza antecedente, dovrebbe applicarsi il regime restrittivo introdotto con la novella della legge *ex Cirielli*. Così inteso il requisito della recidiva reiterata atterrebbe ad uno stato soggettivo del reo, completamente distaccato dal fatto criminoso posto in essere.

Il problema interpretativo del comma 7-bis dell'art. 58-quater O.P.

Un altro grave interrogativo, in parte collegato con la soluzione di quello precedentemente esaminato, è relativo al nuovo comma 7-bis dell'art. 58-quater O.P.

Qui il problema è di capire se il numero massimo di misure alternative concedibili si riferisca alla pena applicata con la recidiva reiterata, ovvero abbia una portata assoluta nel senso che

⁴⁶ Mi riferisco cioè agli artt. 656, comma 9, c.p.p., 30-ter, 47-ter, comma 1.1 e 1-bis, 50-bis e 58-quater, comma 7-bis O.P.

il divieto di concessione si estende all'intera vita del soggetto (dichiarato, s'intende, recidivo reiterato).

La lettera della norma che si riferisce al condannato e non alla pena, dovrebbe far propendere per l'interpretazione restrittiva.

È, altresì, vero che l'altra interpretazione della norma, che circoscrive il numero di misure alternative concedibili sulla singola pena, riduce notevolmente la portata della riforma e si pone in contrasto con l'intenzione del legislatore. Bisogna tener conto, infatti, dell'esistenza del comma 2 dell'art. 58-*quater* che prevede il divieto triennale di concessione di un nuovo beneficio nei confronti di coloro che se lo sono fatti revocare. L'interpretazione da ultimo prospettata attribuirebbe pertanto alla riforma il significato di eliminare per il recidivo reiterato il limite triennale del divieto: in caso di revoca del beneficio, il divieto di nuova concessione varrà senza limiti di tempo nei confronti del recidivo reiterato, mentre avrà durata triennale per il condannato ordinario.

Una tale interpretazione è tuttavia poco percorribile non solo perché contrasta con il tenore letterale della norma, ma perché confligge, con tutta probabilità, con la volontà del legislatore.

Inoltre, questa soluzione porta ad un risultato che lo stesso legislatore avrebbe potuto realizzare senza la costruzione del nuovo comma 7-*bis* prevedendo per il recidivo reiterato una preclusione specifica senza limiti di tempo.

Sotto il profilo del principio rieducativo, l'interpretazione prospettata condurrebbe, in effetti, alla perdita di qualsiasi tratto di flessibilità della pena nei confronti dei recidivi reiterati, trasformandosi in un mezzo di mero contenimento della pericolosità soggettiva, che raccoglie soltanto le istanze retributive e specialpreventive volte alla neutralizzazione.

Sotto il profilo della ragionevolezza, le obiezioni mosse alla tesi restrittiva muovono, invece, dalla considerazione che la preclusione nei confronti del recidivo reiterato all'accesso ad una seconda possibilità di alternativa al carcere opera indipendentemente dal periodo di tempo trascorso dall'ultimo beneficio ottenuto e dalla causa della sua cessazione.

Tuttavia, l'interpretazione che limita a una sola misura alternativa concedibile in vita al recidivo appare quella voluta dal legislatore e quella più coerente con la lettera della norma.

Le problematiche connesse alle ipotesi di cumulo giuridico

L'avvento della legge ex Cirielli ripropone un problema applicativo già affrontato in sede di attuazione del regime restrittivo introdotto nel 1991 con l'art. 4-*bis* O.P.

L'applicazione del regime più severo stabilito per il recidivo reiterato in ordine ai permessi premio (art. 30-*quater* O.P.), alla semilibertà (art. 50-*bis* O.P.) e alla detenzione domiciliare (art. 47-

ter, comma 1.1, O.P.) mostra dei profili problematici in ordine all'esecuzione di un provvedimento di cumulo relativo ad una pluralità di condanne, tra le quali una o alcune soltanto hanno applicato l'aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

In tali ipotesi l'interrogativo è se il regime restrittivo debba essere applicato all'unica pena derivante dalla varie pene unificate nel cumulo, ovvero sia possibile sciogliere il provvedimento di cumulo per applicare alla pena non aggravata dalla recidiva il regime ordinario.

Per rispondere all'interrogativo si deve verificare se siano applicabili al caso in esame i principi da tempo avanzati e accolti dalla giurisprudenza in tema di scioglimento del cumulo di pene, al fine di limitare l'impatto delle restrizioni previste per le condanne *ex art. 4-bis*, comma 1, O.P.

In un primo momento, la Corte di Cassazione negava potersi procedere allo scioglimento del cumulo avente ad oggetto delitti unificati per la continuazione tra i quali fosse compreso un reato ostativo previsto dall'art. 4-bis. Come precisato dalla Suprema Corte "il reato continuato è di regola considerato come unico reato: esso può eccezionalmente essere scisso soltanto se ed in quanto previsto dalla legge. Ne consegue che laddove uno dei reati unificati sia ostativo dell'applicazione dei benefici di cui all'art. 4-bis - che nulla prevede in deroga al principio generale - il relativo regime si estende alla conseguente condanna"⁴⁷.

In recenti sentenze la Cassazione ha, però, stabilito il principio di scindibilità del provvedimento di cumulo qualora questo si traduca, in sede esecutiva, in un danno per il condannato, creando così un meccanismo in base al quale la quota di pena già espiata si imputa alla condanna ostativa, in modo che la restante parte rimane soggetta al regime più favorevole⁴⁸.

11. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La mini-riforma penitenziaria esaminata pone anche urgenti questioni pratiche, poiché finisce con l'aggravare il perenne ed irrisolto problema del sovraffollamento delle carceri italiane.

Tale considerazione assume ancora più valore dopo l'emanazione del recente indulto⁴⁹ che, peraltro, sarà revocato di diritto se chi ne ha usufruito commette, entro cinque anni dalla data di entrata in vigore della legge, un delitto non colposo per il quale riporti condanna a pena detentiva non inferiore a due anni.

⁴⁷ Cass. Sez. I, 22 agosto 1994, Cella, in *Arch. N. proc. Pen.*, 1995, 302; Cass. Sez. I, 5 maggio 1994, Gilona, in *Cass. Pen.*, 1995, 2687.

⁴⁸ Ebbene, volgendo lo sguardo alla recentissima prassi applicativa, il Tribunale di Sorveglianza di Firenze (ordinanza 2029/06) segue il principio della scindibilità, attuando così lo scioglimento in *bonam partem* del cumulo.

⁴⁹ La legge di concessione dell'indulto, la numero 241, è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale ed è entrata in vigore il primo agosto 2006.

Come si è detto, la storia dell'esecuzione penale si caratterizza per l'alternanza tra interventi normativi di stampo rigorista ed altri di matrice clemenziale.

La legge n. 251/05 si iscrive a pieno titolo nel *trend* di un più accentuato rigorismo, in quanto frutto di una nuova istanza di severità nei confronti dei recidivi reiterati. Il legislatore avrebbe, dunque, optato per una logica così repressiva tanto che taluno ha evocato l'istituto, di origine statunitense, denominato *three strikes and you're out*⁵⁰; espressione di un principio in base al quale alla terza condanna scatta una punizione esemplare.

Il senso politico della novella è pertanto quello di imprimere un "giro di vite" nella repressione penale del recidivo, sulla base della considerazione che la perseveranza nel delitto è sintomo di inadeguatezza per il soggetto sia delle ordinarie sanzioni penali sia del trattamento *extra-murario*.

L'estremo rigore adottato dalla legge n. 251/05 nei confronti dei recidivi di cui all'art. 99 c.p. apre la strada alla formulazione di interrogativi sia sulla ragionevolezza del nuovo regime, sia sulla sua compatibilità con il fine rieducativo.

Siamo di fronte ad un sistema di presunzioni *iuris et de jure* di pericolosità che escludono, in sede esecutiva, un qualsiasi vaglio concreto della situazione del condannato e della sua pericolosità sociale. Parte della dottrina non ha esitato a denunciare l'incompatibilità del sistema con i parametri di legittimità fissati agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione⁵¹. La strada per l'accoglimento di tali censure non è, tuttavia, priva di ostacoli, tenuto conto della storia della giurisprudenza costituzionale in tema di ipotesi di pericolosità presunta.

A prescindere dagli eventuali dubbi di costituzionalità, la manovra sull'art. 99 desta molta preoccupazione per un secondo ordine di ragioni.

Si è visto che il legislatore del 2005 non solo ha ripristinato ipotesi di obbligatorietà della recidiva, ma ne ha mantenuto anche i caratteri di genericità e perpetuità, quindi, il regime restrittivo introdotto finisce con il collegarsi a presunzioni di pericolosità che, proprio per il carattere generico e perpetuo, possono accomunare svariate carriere criminali, nient'affatto assimilabili. Non rimane che constatare, con rammarico, l'esistenza di un regime penitenziario *ad hoc*, incentrato su un istituto (la recidiva) al quale possono ricondursi situazioni diversissime tra loro.

⁵⁰ L'analogia tra le novità della l. 251/05 relative al recidivo reiterato e la logica sottostante al principio del "tre colpi e sei fuori" è stata messa in evidenza da E. DOLCINI, *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corriere del merito*, 2006, 55.

⁵¹ V. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, in *Guida dir.*, 1 (dossier), 32 ss.; E. CARDILE, *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità*, in *Diritto e Giustizia*, num. 6, 55; in senso contrario S. SALERNO, *Un intervento...*, cit. 45 ss.; L. BLASI, *Ex Cirielli, ridotti i benefici carcerari. La stretta sui recidivi punto per punto*, in *Diritto e Giustizia*, num. 3, 101.

La genericità e perpetuità della recidiva comporta, infatti, che si ascriva alla carriera criminale del reo qualsiasi delitto non colposo compiuto nella vita; qualunque sia l'intervallo cronologico tra i vari fatti.

Ecco che l'intervento del legislatore sarebbe stato maggiormente "ragionevole" se avesse riformato l'istituto della recidiva eliminando tali caratteri, retaggio ormai di un antico diritto penale; quindi, avrebbe dovuto, da un lato, introdurre limiti temporali ben precisi; dall'altro, circoscrivere la recidiva a quelle forme che denotano una maggiore capacità criminale.

La quantità di persone incarcerate non è una variabile indipendente: essa è, invece, il risultato di una serie di funzionamenti e disfunzionamenti di meccanismi sociali e istituzionali. Basti osservare come si compone la popolazione detenuta che oggi è numericamente dominata da immigrati, tossicodipendenti e da soggetti che paiono appartenere all'area del disagio psichico, per intuire quante e quali carenze possano considerarsi tali da concorrere a determinare la presenza di oltre 60.000 detenuti.

Rispondere a questo problema pensando soltanto ad incrementare la capienza degli istituti esistenti e/o a costruirne di nuovi sarebbe evidentemente riduttivo. Il problema è penitenziario nella sua manifestazione, ma trova altrove le sue cause.

Bisogna individuare e contrastare le cause, ovvero, in ogni caso, porre in atto risposte anticipate e diverse rispetto a quella del carcere⁵².

Il carcere dovrebbe tornare ad essere la *extrema ratio* di una collettività in grado di intervenire preventivamente sulle questioni che possono destabilizzarne l'ordine costituito⁵³.

Solo attraverso un sistema integrato si può realmente favorire una maggiore sensibilizzazione dell'opinione pubblica alle problematiche penitenziarie, in modo che la società possa divenire essa stessa risorsa.

In tal senso, la strategia di rete, come è risaputo, si basa sulle risorse esistenti (scuola, famiglia, chiesa, luoghi di lavoro e del tempo libero). E' indispensabile, quindi, integrare le reti organizzative (reti generali) con le reti di aiuto (reti individuali) e le reti informali con quelle formali.

La rete sociale rappresenta una svolta nel modo di analizzare e di interpretare il processo di aiuto.

La rete, infatti, può essere strumento di lettura e di analisi della realtà sociale ed in particolare delle relazioni umane, e, al tempo stesso, modello d'intervento per la soluzione di problemi, quali quelli collegati al mondo penitenziario.

⁵² G. LA GRECA, *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2-3, 2005, 53.

⁵³ Vedi anche E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 1997.

Il concetto, infatti, si presta facilmente a passare da un contesto teorico ad una applicazione di tipo pratico.

De iure condendo, è auspicabile, infine, che il legislatore rivolga la propria attenzione alla normativa penitenziaria attraverso una vera riforma organica della materia in modo tale che possa essere maggiormente rispondente alle esigenze della attuale società.

BIBLIOGRAFIA

- AMBROSETTI E. (1997), *Recidiva e Recidiviamo*, Padova.
- BATTISTA D. (2005), *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Diritto e Giustizia*, 46.
- BLASI L. (2006), *Ex Cirielli, ridotti i benefici carcerari. La stretta sui recidivi punto per punto*, in *Diritto e Giustizia*, num 3.
- BRESCI L. (2006), *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, alla pagina web <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm> documento del Portale web "L'altro Diritto", Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità.
- BRUNETTI C. – ZICCONI M. (2005), *Manuale di Diritto Penitenziario*, La Tribuna, Piacenza.
- BRUNETTI C. (2005), *Pedagogia penitenziaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- BRUNETTI C. – SAPIA C. (a cura), *Psicologia penitenziaria*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- CANEPA M. – MERLO S. (2005), *Manuale di diritto penitenziario*, Ed. Giuffrè, Milano.
- CASAROLI G. (1994), *Misure alternative alla detenzione*, in D. disc. Pen., VIII, Torino.
- CARDILE E. (2006), *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità*, in *Diritto e Giustizia*, num. 6
- CIAMPI S. (2006), *Permessi premio e semilibertà: dalle nuove condizioni di accesso significativi riverberi sui profili funzionali degli istituti*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Cedam.
- D'ANGELO N. (2006), *La legge (ex) cirielli*, Maggioli editore.
- DELLA CASA F. (1994), *La magistratura di sorveglianza*, 2a ed., Torino.
- DI RONZA P. (1994), *Manuale di diritto dell'esecuzione penale: guida ragionata alle problematiche e alla casistica*, 2ª ed., Cedam, Padova.
- DOLCINI E. (2006), *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corriere del merito*.
- GUZZALOCA B. – PAVARINI M. (1995), *L'esecuzione penitenziaria*, Ed. Utet, Torino.
- IZZO F. e SCOGNAMIGLIO P. (2006), *Riforma della prescrizione*, Ed. Simone.
- LA GRECA G. (1994), *Le discipline dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi.
- LA GRECA G. (1997), *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano.
- LA GRECA G. (2005), *La riforma penitenziaria del 1975 e la sua attuazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2-3.
- MANCINI V. (1981), *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino.
- MANTOVANI F. (2001), *Diritto penale*, Parte generale, Ed. Cedam, Padova.

- MARCHESELLI A. (2006), *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al dir.*, 1 (dossier).
- MAZZA O. (1999), *La norma processuale penale nel tempo*, Milano.
- PADOVANI T. (2006), *Disparità di trattamento sui termini abbreviati*, in *Guida dir.*, 1 (dossier).
- PADOVANI T. (1998), *Diritto penale*, Giuffrè, Milano.
- PADOVANI T. (2006), *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1 (dossier).
- PADOVANI T. (2006), *Una novella piena di contraddizioni*, in *Guida dir.*, 1 (dossier).
- PAGLIARO A. (1980), *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano.
- PISTORELLI L. (2006), *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida al diritto*, 1 (dossier).
- SALERNO S. (2006), *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al diritto*, 1 (dossier).
- SANTORO E. (1997), *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino.
- SOLVETTI L. (2003), a cura di *Il sistema penitenziario italiano. Dati e analisi*, Ministero della Giustizia, Roma.
- ZAPPA G. (1988), *Il permesso premiale: analisi dell'istituto e profili operativi*, in *Rass penit. Criminol.*

RIASSUNTO

Il legislatore italiano è, più volte, intervenuto in materia penitenziaria. Gli interventi, però, in molti casi, sono stati determinati da situazioni contingenti e non da una visione strategica dei problemi. Si è assistito, quindi, a volte ad una restrizione degli spazi di libertà all'interno delle carceri finalizzata alla tutela della sicurezza dell'intera collettività, altre volte ad un ampliamento dei medesimi spazi per un'opposta avvertita esigenza di garantismo.

Ebbene, la legge n. 251/05 può essere ricondotta alla attuale tendenza di un più accentuato rigorismo, poiché frutto di una nuova istanza di severità nei confronti dei recidivi reiterati.

Il legislatore ha, dunque, optato per un logica fortemente repressiva al punto che taluno ha evocato l'istituto, di origine statunitense, denominato “*three strikes and you're out*”; espressione del principio in base al quale alla terza condanna scatta una punizione esemplare.

Il ricorso, però, alla recidiva, come fattispecie presuntiva della pericolosità sociale del reo, desta non poche perplessità.

Il legislatore del 2005 non solo ha, infatti, ripristinato ipotesi di obbligatorietà della recidiva, ma ne ha mantenuto anche i caratteri di genericità e perpetuità; il regime restrittivo introdotto finisce, quindi, con il collegarsi a presunzioni di pericolosità che, proprio per il carattere generico e perpetuo, possono accomunare variegate carriere criminali, nient'affatto assimilabili sul piano della gravità dei fatti commessi, del numero delle condanne subite, del tempo che separa i singoli episodi delittuosi.

Non rimane, quindi, che constatare con rammarico l'esistenza di un regime penitenziario *ad hoc*, incentrato su un istituto (la recidiva) sotto il cui ombrello applicativo rientrano situazioni diversissime tra loro.

De iure condendo, è auspicabile che il legislatore rivolga, quanto prima, la propria attenzione alla normativa penitenziaria attraverso una vera riforma organica della materia, in modo tale che la stessa possa essere maggiormente rispondente alle esigenze della società attuale.

SUMMARY

The Italian legislator is often intervened in penitentiary subject. However the interventions have been determined, in many cases, by contingent situations and not by a strategic vision of the problems. Therefore we have assisted sometimes to a restriction of the spaces of liberty inside the jails. This is finalized to the safety of the whole collectivity or to an amplification of the same spaces for an opposite demand of guarantee.

Well, the law n. 251/05 can be brought back to the actual tendency of a more emphasized strictness, as fruit of a new appeal of severity towards the repeated recidivists.

Therefore the legislator has strongly opted for a repressive logic to the point that someone has evoked the institute of American origin denominated “*three strikes and you're out*”. This expression is to say that after the third sentence an exemplary punishment is released.

However the appeal to the recidivist, as presumptive instance of the social dangerousness of the offender, awakes more than a perplexity.

Infact, the legislator of 2005 not only has restored hypothesis of compulsoriness of the recidivist, but he has also maintained the characters of vagueness and perpetuity of it; therefore the introduced restrictive regime is connected to conceitedness of dangerousness that, as just for the generic and perpetual character, can link variegated criminal careers. These careers can't be assimilated on the plan of the gravity of the committed facts, of the number of the suffered sentences, of the time that separates the single crime episodes.

Therefore we must ascertain with regret the existence of a penitentiary regime *ad hoc*, centred on an institute (the recidivist) under whose application umbrella different situations can be included.

De iure condendo, it is desirable that the legislator turns his own attention to the penitentiary legislation, as soon as possible, through a true organic reform of the subject, in such way that the same can mostly be in conformity with the demands of the actual society.