

## Legge ex Cirielli e c.d. retroattività della norma penitenziaria.

**Autore:** Tamburino Giovanni

**In:** Diritto penale

Vorrei esprimere qualche idea sulla legge 251/2005 collegandomi alle pregevoli osservazioni di Antonino CAPPELLERI, Nicola MAZZAMUTO e Fabio FIORENTIN su Guida al Diritto, che ho avuto la possibilità di leggere.

**1)** Mi sembra che non dovrebbero esserci dubbi sul fatto che la recidiva, per produrre gli effetti voluti dalla legge, in particolare nelle ipotesi previste dagli artt. 7, 8 e 9, debba essere stata ritenuta dal giudice nella decisione. Mi sembra discutibile se la recidiva possa dirsi "applicata" qualora, pur sussistendo, sia stata esclusa in forza di un giudizio di comparazione con altre circostanze, mentre mi sembrerebbe abbastanza sicuro che se la recidiva "stata ritenuta sussistente, senza venire "elisa" dal gioco delle attenuanti, debba ritenersi "applicata" anche se non vi "stato aumento di pena, aumento che era - e resta - facoltativo, salvo il caso del nuovo quinto comma dell'art. 99.

Mi sembra che la conclusione si ricavi dalla lettera delle disposizioni richiamate, che fanno riferimento

alla recidiva ?applicata?, e non semplicemente sussistente, n? al ?recidivo?, termine che si trova proprio nell?art. 99, quarto comma. Si veda anche la differenza rispetto alla dizione del nuovo comma 01 dell?art. 47-ter O.P. (?n? sia mai stato condannato con l?aggravante di cui all?articolo 99 del codice penale?).

Mi sembrano convincenti le osservazioni sviluppate da Antonino CAPPELLERI nel punto 3 delle sue note sull?art. 4 della legge. Nello stesso senso mi sembra orientato lo scritto di FIORENTIN, nel passaggio che leggo nella seconda frase del punto 3 (?tutti coloro che, **dichiarati** recidivi? ? - sottolineatura mia).

In definitiva, mi sembra che le restrizioni volute dalla legge 251 vadano applicate a coloro che sono stati ?dichiarati? recidivi ai sensi del comma quarto dell?art. 99 del codice penale.

Il comma in questione ? stato modificato. Tuttavia, se osserviamo gli effetti nella fase esecutiva, vediamo che la novellazione ? in senso favorevole al reo, perch? la recidiva reiterata rileva soltanto se si riferisce a delitti e soltanto se i delitti sono dolosi. Quindi non rileva la recidiva reiterata che comprenda reati contravvenzionali o delitti colposi. Non viene in questione in questa fase la previsione dell?aumento di

pena, riferibile al solo processo di cognizione.

Talchè mi sembra che la disposizione dovrebbe essere applicata anche alle situazioni in cui la recidiva reiterata per delitti non colposi fosse stata ritenuta dal giudice prima dell'entrata in vigore della legge 251.

**2)** Sulla questione dell'applicazione delle disposizioni restrittive in tema di benefici penitenziari ai recidivi, sono d'accordo con FIORENTIN che afferma: "I nuovi parametri introdotti con riferimento alla quantità della pena che è necessario aver espiato [ ? ] trovano applicazione alle esecuzioni già in corso al momento dell'entrata in vigore della legge 251.

Questa opinione costituisce il presupposto della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze.

L'impostazione di questa ordinanza mi sembra corretta quando si allinea alla giurisprudenza di legittimità che si è formata sul problema della applicabilità immediata delle norme relative alla esecuzione penale. Non condivido, invece, il merito dell'ordinanza, per le ragioni che mi sforzo di chiarire subito.

La mia opinione è che le disposizioni degli artt. 7, 8 e 9 si applicano alle esecuzioni penali in corso quando la legge stessa è entrata in vigore.

Questo punto, che vede una posizione differente di Nicola MAZZAMUTO e di Antonino CAPPELLERI (a loro volta non coincidenti), offre l'occasione per una riflessione più ampia sul significato della nostra giurisdizione. Vorrei cogliere questo spunto e dedicarvi un po' di attenzione.

La prima precisazione riguarda ciò che intendiamo per retroattività della legge. Mi sembra che quando diciamo che le nuove norme si applicano alle esecuzioni penali in corso non stiamo dando effetto retroattivo alle nuove disposizioni. Le norme si applicano dal momento della loro entrata in vigore, come è tipico di ogni legge. Questo non è l'effetto retroattivo, bensì l'effetto ordinario. Una legge si applica al tempo presente: e, dunque, alle situazioni che trova quando entra in vigore, situazioni che preesistono. Ciò non significa retroattività. La legge può prevedere periodi più o meno lunghi di vacatio, ma non si tratta di una legge che disponga di non applicarsi alle situazioni che trova in essere quando entra in vigore. Questo, se non sbaglio, non è l'effetto retroattivo. Una legge è fatta per regolare situazioni che esistono nel presente seppure sorte nel passato.

Per l'effetto retroattivo intendiamo che una legge, entrata in vigore oggi, dispone che taluni effetti si producano da ieri. Se una legge entra in vigore oggi e dice che da oggi è vietata la vendita di latte in contenitori di carta, non è una legge retroattiva, anche se ciò comporta che dovrà buttare via il latte predisposto ieri, quando la legge non c'era. Viceversa, se la legge dice che le vendite del latte in cartoni sono nulle a decorrere da un anno fa, è retroattiva.

La retroattività della legge non è costituzionalmente vietata, salvo quanto dispone l'art. 25, comma 2. Ma

poich? la non retroattivit? ? una condizione normale, ?ragionevole? della legge, si riconoscono limiti alla retroattivit? ulteriori rispetto all?art. 25, comma 2, ritenendosi che la Costituzione vieti una retroattivit? priva di adeguata giustificazione.

Nel caso delle disposizioni della legge 251 (mi riferisco sempre a quelle previste dagli artt. 7, 8 e 9), non ? una applicazione retroattiva della legge dire che i suoi effetti valgono per le esecuzioni penali in corso.

L?esecuzione della pena detentiva ha la caratteristica di svolgersi nel tempo, di essere un fenomeno di durata. Le decisioni della magistratura di sorveglianza **seguono** passo passo questa durata, si **modulano** su queste trasformazioni, **gestiscono** l?evoluzione del reo nel tempo della pena. Si applicano dunque nel presente a situazioni presenti. Talch? non si pu? dire che la legge vigente si applica retroattivamente quando la applichiamo ad esecuzioni in corso.

Dire che la legge 251 sarebbe retroattiva se applicata a condanne relative a reati commessi nel passato ? a mio parere frutto di un fraintendimento. La normativa penitenziaria si applica quasi ad esecuzioni penali

relative a reati commessi nel passato compresi i reati commessi quando la legge non era ancora entrata in vigore. Ci? non significa che la legge sia retroattiva, perch? si applica a situazioni che stanno svolgendosi nell?attualit?.

**3)** Vediamo che cosa succede nell?art. 2 del codice penale.

Il secondo comma prevede un fenomeno di retroattivit?: la legge abolitiva si applica a fatti passati e, addirittura, produce effetti che travolgono situazioni ?definitivamente? chiuse.

Il terzo comma prevede la prevalenza della lex mitior fino al limite del giudicato. Per realizzare tale prevalenza pu? essere necessario conferire ultrattivit? alla lex prior o conferire retroattivit? alla lex posterior. In altri termini, il comma terzo dell?art. 2 prescrive che, in presenza di successione di leggi, un determinato fatto venga regolato dissociando, se necessario, il tempo della vigenza della legge dal tempo sul quale vanno a ricadere gli effetti della legge.

E' noto che la giurisprudenza della Cassazione (richiami si trovano nella citata ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Firenze) e la preferibile dottrina (cfr. A. NAPPI, Guida al codice penale, Giuffr? 2003, pagg. 25 e segg e 103 e segg.) hanno escluso l?applicabilit? dell?art. 2 alla materia della esecuzione/sorveglianza. La Corte costituzionale non ha mai affermato il contrario.

Questa posizione mi sembra da condividere non perch? l?ordinamento penitenziario o le disposizioni sull?esecuzione penale siano norme processuali. Condivido le osservazioni del citato Tribunale di Sorveglianza di Firenze e di Nicola MAZZAMUTO: siamo in presenza di norme sostanziali, e di norme penali perch? attengono alla pena, ai suoi contenuti, alla sua concretezza.



La ragione dell'inapplicabilit  dell'art. 2 ? a mio parere un'altra.

L'art. 2 fa riferimento alle norme penali incriminatrici. Quelle che determinano i fatti tipici da punire e minacciano la sanzione per il trasgressore. Ci  ? evidente se si considera il comma primo dell'art. 2 e se si legge l'ultimo inciso del comma terzo. Non ? un caso che la regola della lex mitior si applichi sino alla sentenza irrevocabile. Dopo di allora non vi ? pi  minaccia, ma esecuzione di ci  che si ? minacciato. La prospettiva cambia radicalmente.

In questo cambiamento sta, mi sembra, il nucleo della specificit  della giurisdizione che esercitiamo. Ecco perch  trovo importante approfondire il discorso. Dalla fase della minaccia, che ?taglia?, emargina, colpisce, si passa alla fase del recupero, che integra, reinserisce, ricostruisce.

La garanzia dell'art. 2 ? la garanzia che lo Stato, detentore del monopolio della forza, assicura al cittadino nel momento in cui lo minaccia (di un male: la pena). Dopo la condanna si ha una inversione di atteggiamenti. Chi ha condannato propone il recupero, offre trattamenti, tenta la reintegrazione. Dalla

minaccia di pena alla proposta di benefici. Una rivoluzione di 180 gradi. Dobbiamo vederlo chiaramente.

La prospettiva ? delineata nel testo costituzionale, dove la garanzia ? collocata nell?art. 25, laddove la funzione ?sociale?, recuperatoria, ? scritta nell?art. 27. Due momenti distinti, due prospettive antipolari, due estremi che occorre integrare, vedendone per? la differenza.

Il momento della minaccia della sanzione penale ? connotato da una logica che potremmo definire, schmittianamente, dell?amico/nemico. E deve essere cos?, si badi, perch? occorre dare un messaggio chiaro e privo di sfumature. Non pu? esserci sfumatura quando la legge dice no alla violenza, all?omicidio, alla corruzione. Occorre tracciare una linea di separazione, di negazione e riprovazione priva di incertezza. Un taglio che esclude, che rompe, che ?mette fuori? (il ?bandito?, il ?fuorilegge?).

Dopo la condanna la logica cambia. Cambiava prima della Costituzione. Dopo la Costituzione sarebbe illegale se non cambiasse. Occorre che la logica si sovverta: dalla esclusione all?inclusione, dal taglio alla ricucitura, dalla ghettizzazione alla integrazione, dal ?nemico sociale? all?alleato (ad-ligo: la stessa radice

di lex). Alleato necessario, in quanto attore indispensabile del proprio recupero.

Questo il significato ? l'utopia, se si vuole, intesa nel significato produttivo di trasformazione ? dell'art. 27 e della legislazione penitenziaria che siamo chiamati ad applicare.

L'art. 2 detta regole destinate a far s? che al reo si applichi la ?giusta pena?. Proprio per questo esaurisce la sua portata una volta che la pena ? stata definitivamente stabilita.

Si comprende meglio, mi sembra, la razionalit? della giurisprudenza che non richiama l'art. 2 nel campo dell'esecuzione della pena. Qui non siamo dinanzi alla necessit? di far conoscere al cittadino minacciato quale sia il limite che lo Stato pone al potere punitivo. Nel nostro campo lo Stato gestisce benefici ? e non, strettamente, ?pena? ? a vantaggio ? **soltanto a vantaggio**, si badi - di coloro che sono stati gi? condannati alla giusta pena. Perch? la giusta pena non pu?, nella fase esecutiva, se non ridursi, attenuarsi, mitigarsi.

Non riesco a trovare in forza di quale disposizione l'autore del reato avrebbe il diritto di conoscere, nel momento in cui lo commette, quali benefici potrà ottenere nella fase esecutiva. E perché avrebbe il diritto di rivendicare il trattamento penitenziario in vigore nel tempo in cui ha commesso il reato? Mi sembra si trascuri la differenza tra la logica della minaccia della pena e la logica della concessione dei benefici. Due logiche opposte. La minaccia è funzionale ad **allontanare** dalla commissione di determinate azioni, la prospettiva dei benefici è funzionale ad **avvicinare** al reinserimento: in un momento in cui la minaccia ha esaurito la sua funzione.

Come nella sospensione condizionale della pena non è consentito rifiutare il beneficio per conservarsi nel portafoglio un "bonus" da usare nel caso della commissione di un nuovo reato, cos'è mi sembra si debba escludere che l'ordinamento consideri lecito che taluno commetta un reato pensando ai benefici premiali che potrà ottenere. Non mi sembra che l'ordinamento possa sensatamente vincolarsi a garantire che, se commetto un reato oggi, ho diritto di (poter) ottenere i benefici post-sentenza oggi previsti. Se la minaccia della pena è dissuasiva rispetto al reato, la garanzia dei benefici sarebbe criminogena.

In realtà quei benefici presuppongono una scelta contraddittoria rispetto a quella che ha condotto alla

commissione del reato, scelta che pu? essere fatta soltanto dopo il reato e dopo l'applicazione della pena. Mettere nel conto nel momento in cui si decide di commettere il reato la misura della pena che si rischia ? nella logica dell'ordinamento, ma fare calcolo dei benefici nel momento di commettere il reato ? estraneo alla logica dell'ordinamento. Mi sembra paradossale pensare a una garanzia di ultrattività dei benefici, che si avrebbe se questi fossero conservati da quando si commette il reato sino a quando si termina di espiare la pena.

**4)** Diverso ? il profilo della non regressione del trattamento penitenziario, sul quale non posso che richiamare, condividendole, le osservazioni di Nicola e di Fabio. La Corte costituzionale ha affermato, in pi? di una decisione, che la regressione del trattamento penitenziario, non giustificata da ragioni riferibili al soggetto, pu? collidere col precetto dell'art. 27, comma terzo, della Costituzione. Non mi diffondo sul punto, limitandomi a dire che questa linea giurisprudenziale mi sembra coerente con la logica dell'art. 27 che stabilisce la ?tensione? al recupero come finalit? della pena. Tensione che ha palesemente una dimensione soggettiva, implicando una scelta personale in direzione della legalit?. Una regressione indiscriminata mortifica quella dimensione soggettiva e pu? dunque porsi in contrasto con il precetto della rieducazione.

Questa prospettiva è per me diversa da quella che richiama l'art. 2 ed anzi, a ben guardare, è incompatibile con quella.

**5)** In conclusione, penso che le disposizioni in materia penitenziaria della legge n. 251/2005 trovino applicazione a tutte le esecuzioni penali in corso, senza che possa essere chiamato in causa l'art. 2 (il richiamo dell'art. 10 della legge è il richiamo all'art. 2, compreso il disposto del comma terzo nella sua interezza. Mi sembra che l'eliminazione del limite del giudicato dal terzo comma stravolgerebbe l'impianto dell'art. 2 perché l'ipotesi del secondo comma verrebbe a coincidere con quella del terzo).

Va applicato il criterio interpretativo, di rango costituzionale, secondo cui le situazioni già decise, secondo le disposizioni precedenti, o che avevano già acquisito le condizioni per ottenere un beneficio, non possono regredire. È il caso, ad esempio, di chi avesse già ottenuto in precedenza una misura e ne chieda una maggiore. O di chi abbia già ottenuto il permesso premio. Ed anche, a mio parere, il caso di chi abbia ottenuto un beneficio in una precedente esecuzione penale, senza avere poi determinato l'insorgere della recidiva. O altri casi analoghi, che possiamo prospettare. Mentre dubito che si possa pensare alla acquisizione di un "diritto" per colui che si fosse trovato nella condizione di poter chiedere una misura

prima dell'entrata in vigore della legge e che oggi ne sia escluso.

Nei casi che precedono potrebbe forse bastare l'interpretazione fondata sulle precedenti decisioni della Corte. Comunque la questione è stata posta. Vedremo.

Anche se personalmente apprezzo che si sia cominciato a porre attenzione al fenomeno della recidiva, che anzi andrebbe affrontato con ben maggiore serietà (pensiamo soltanto alle condizioni dei nostri casellari), la legge 251 è scritta malamente e dà luogo a contrasti giurisprudenziali. Cerchiamo, per quanto dipende da noi, di scegliere soluzioni capaci di ridurli.

Venezia, 15 gennaio 2006

Giovanni Tamburino, Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Venezia

<https://www.diritto.it/legge-ex-cirielli-e-c-d-retroattivita-della-norma-penitenziaria/>