

REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA
per il distretto della Corte di Appello di
TORINO

SIUS 2013/855

in persona dei Signori:

Dott.ssa Paola VELLUDO - Presidente
Dott. Fabio FIORENTIN - Giudice Relatore
Dott.ssa Maria Grazia CALABRO' - Esperto
Dott.ssa Georgia ZARA - Esperto

all'udienza del 19 marzo 2013

nel procedimento di sorveglianza relativo a:
**RECLAMO DECISIONE IN MATERIA ESECUZIONE DELLA
PENA PRESSO IL DOMICILIO (L. 199/10)**

promosso da **NEVZADI MEMETAKI**
nato Svizzera il 03.03.1972
detenuto Casa Circondariale di BIELLA;
DIFESO da Avv.to come in atti;
VISTO il parere come da verbale _____ del P.G.;
VISTI gli atti del procedimento di sorveglianza sopra specificato;
CONSIDERATE le risultanze delle documentazioni acquisite, delle
investigazioni e degli accertamenti svolti, della trattazione e della
discussione di cui a separato processo verbale;
ha emesso la seguente

ORDINANZA

1.NEVZADI MEMETAKI, in epigrafe generalizzato, ha proposto reclamo avverso l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Vercelli emessa in data 29.01.2013, con la quale era dichiarata inammissibile l'istanza di applicazione dell'esecuzione della pena presso il domicilio, ai sensi dell'art. 1 della L. 199/2010, come integrato dall'art. 3 D.L. 22.12.2011, n. 211, convertito con modificazioni dalla legge di conversione L. 17.02.2012, n. 9.

2. La decisione reiettiva impugnata è motivata con riguardo al titolo di reato in espiazione, e precisamente, alla condanna per delitto compreso nell'elenco di cui all'art. 4-bis, L. n. 354/75. Tale circostanza risulta ostativa alla concessione dell'invocato beneficio, sulla base dell'espresso disposto di legge (art. 1, comma 3, lett. a), L. 199/2010), che preclude l'applicazione della misura ai soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

3. L'interessato ha proposto reclamo a mezzo del difensore, lamentando che il Magistrato di Sorveglianza non avesse proceduto – come, invece, ad avviso del reclamante, avrebbe dovuto – previo “scioglimento del cumulo”, imputando il periodo di detenzione già espriato alla quota di pena “ostativa” alla concessione dell'invocato beneficio.

3.1. Nell'atto di reclamo si precisa che l'ammontare complessivo della condanna in esecuzione è stato determinato in seguito al riconoscimento – da parte della Corte di appello di Milano con la decisione dd. 27.09.2011 - della continuazione tra i reati, così che la pena in attuale espiazione sarebbe così composta: aa.11 di reclusione per violazione dell'art. 74, d.p.r. n. 309/90 + aa. 1 mm 6 di reclusione per violazione dell'art. 73, d.p.r. n. 309/90, e dunque aa. 12 mm.6 di reclusione diminuita, ex art. 442 c.p.p., ad aa. 8 mm. 4, oltre ad aa. 3 di reclusione condonati ai sensi della L. 241/06. Inoltre, si osserva, non sarebbe stata detratta la pena espriata dall'interessato in Macedonia (02.12.2009 – 15.03.2010).

3.2. In definitiva, secondo il computo prospettato dal reclamante, la pena residua – effettuato lo scioglimento del cumulo giuridico, e conteggiato il periodo detentivo espriato all'estero - sarebbe ormai riferibile unicamente alle fattispecie di reato “non ostative” e dunque pienamente compatibile con l'ammissione dell'interessato all'esecuzione domiciliare.

4. Nel merito, l'impugnazione è fondata e merita accoglimento.

5. L'attuale formulazione dell'art. 1, comma 3, lett. a), L. 199/10, espressamente esclude l'applicazione dell'esecuzione domiciliare della pena ai condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Tale disposizione della legge di ordinamento penitenziario integra una presunzione *ex lege* di particolare pericolosità sociale correlata alla tipologia del reato commesso.

6. La questione pregiudiziale che viene in rilievo nel caso presente è se, all'istituto della esecuzione domiciliare introdotto dalla L. 199/2010 (c.d. “legge Alfano”) sia applicabile il meccanismo dello “scioglimento del cumulo giuridico di pene”, e, conseguentemente, se sia possibile applicare la detta misura al condannato che - pur avendo commesso taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis, L. n. 354/75 – possa ritenersi, al momento della presentazione dell'istanza, avere già scontato la pena riferibile alla condanna per il reato “ostativo” e in espiazione di una pena, o di una

quota-parte di pena, riferibile a ipotesi delittuose “non ostative” alla concessione del beneficio richiesto.

7. La *quaestio* non è affatto pacifica, ed appare di complessa risoluzione, dovendo anzitutto essere verificata la portata del principio di matrice giurisdizionale relativo alla “scindibilità” del cumulo giuridico di pene; e quindi la possibilità di traslare le relative conclusioni all’istituto dell’ “esecuzione della pena presso il domicilio”, alla luce dell’incertezza che tuttora permane sulla collocazione sistematica del beneficio introdotto dalla L. 199/2010.

8. Con riguardo al primo profilo di analisi, la giurisprudenza di legittimità che ha scandagliato la questione con riferimento all’affine istituto della detenzione domiciliare c.d. “generica” di cui all’art. 47-ter, comma 1-bis, L. n. 354/75, si è divisa tra l’orientamento che ammette, nel corso dell’esecuzione della pena, in presenza di un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, la legittimità di procedere allo scioglimento del cumulo, quando occorre effettuare un giudizio sull’ammissibilità della domanda di concessione di un beneficio penitenziario, ostacolata dall’inclusione, nel cumulo giuridico di continuazione, di una fattispecie di reato ricompresa nell’elencazione di cui alla L. n. 354 del 1975, art. 4-bis e successive modifiche, al fine di stabilire se il condannato abbia espiato la parte di pena relativa al delitto ostativo (Cass. Sez. 1, 17 gennaio 2012, n. 5158, Rv. 251860, ric. Marino, CED); ed altro indirizzo, di segno contrario (Cass. Sez. 1, 7 ottobre 2009, n. 41322, CED).

8.1. La prima e più recente giurisprudenza evocata rimanda all’esigenza di approdare ad una soluzione ermeneutica << che coniughi la lettura testuale del dato normativo con una ricostruzione logico-sistematica della disciplina che sia conforme ai principi costantemente espressi dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità>>(Cass. Sez. 1, 17 gennaio 2012, n. 5158, Rv. 251860, ric. Marino, cit.).

8.2. E’, in tale prospettiva, richiamato l’arresto costituzionale che ha negato fondamento alla tesi secondo cui la disciplina contenuta nella L. n. 354 del 1975, art. 4-bis e successive modifiche delinea uno *status* di detenuto pericoloso, precisando che la detta norma << va interpretata - in conformità del principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 Cost. - nel senso che possono essere concesse misure alternative alla detenzione ai condannati per i reati gravi, indicati dalla giurisprudenza, quando essi abbiano espiato per intero la pena per i reati stessi e stiano espiando pene per reati meno gravi non ostativi alla concessione delle misure alternative alla detenzione >> (Corte cost., sentenza 27 luglio 1994 n. 361).

9. Il principio ermeneutico desumibile dall’evocato pronunciamento costituzionale sarebbe, pertanto, << la non

conformità alla Costituzione di una diversa interpretazione che porti all'esclusione della concessione di misure alternative ai condannati per un reato grave, ostativo all'applicazione delle dette misure, anche quando essi, avendo espiato per intero la pena per il reato grave, stiano eseguendo la pena per reati meno gravi, non ostativi al predetto riconoscimento.>>

10. Con specifico riferimento alla disciplina del reato continuato, rilevante nella fattispecie in esame, la giurisprudenza di legittimità ha affermato il principio che la disciplina del concorso formale di reati o del reato continuato è funzionale allo scopo di mitigare l'asprezza del cumulo materiale delle pene, mediante la sua sostituzione con il più mite cumulo giuridico; e che, soprattutto dopo la novella del 1974, l'estensione dell'operatività del sistema del cumulo giuridico della pena previsto dall'art. 81 cpv., c.p., esprime il ripudio di ogni automatismo repressivo (tratto caratterizzante il cumulo materiale), e la coerente valorizzazione del carattere personale della responsabilità penale, cui corrisponde, in sede di giudizio, la doverosità della commisurazione della pena alla personalità del reo (Sez. Un. n. 1 del 26 febbraio 1997; Sez. Un. n. 14 del 30 giugno 1999). Pertanto, il cumulo giuridico si scioglie e non opera il principio della *fictio iuris* unificante ogniqualvolta alla detta considerazione frazionata della pena consegua un risultato più favorevole al reo (Sez. Un., n. 7930 del 21 aprile 1995; Cass. Sez. II, n. 8599 del 20 novembre 1998; Cass. Sez. II, n. 1477 del 13 novembre 2000 in materia di concessione della sospensione condizionale della pena; Cass. Sez. II, n. 11774 del 20 novembre 1980 in tema di perdono giudiziale).

11. A tale soluzione ermeneutica deve essere data prevalenza, in definitiva, tutte le volte in cui la "scissione del cumulo giuridico di pene" garantisca un risultato favorevole al reo, considerata la *ratio* di favore per quest'ultimo, sottesa alla disciplina della continuazione tra reati. Tale principio rappresenta un *fil rouge* che lega l'elaborazione della giurisprudenza con riguardo a molteplici istituti della legislazione penale e della fase dell'esecuzione penale, in tema di scioglimento del cumulo giuridico ai fini dell'individuazione del termine di prescrizione del reato (Sez. Un., n. 10928 del 10 ottobre 1981; Sez. Un., n. 15 del 26 novembre 1997; Sez. Un. n. 18 del 16 novembre 1989), ovvero in materia di applicazione dell'indulto a reati uniti sotto il vincolo della continuazione con altri che non ne possano beneficiare (Sez. Un., n. 2780 del 24 gennaio 1996); di scissione del reato continuato ai fini dell'applicazione dell'amnistia e dell'indulto (Cass. Sez. 1, n. 2624 del 11 maggio 1998); di revoca

dell'indulto condizionato in presenza dell'irrogazione di una pena unica in ordine a più delitti unificati dalla continuazione (Cass. Sez. 1, n. 3986 del 3 luglio 1998); di sostituzione delle pene detentive brevi, L. 24 novembre 1981, ex art. 53, u.c., in caso di reato continuato (Cass. Sez. III, 2 giugno 1999, n. 2070).

12. Secondo tale lettura, pertanto, in presenza di un cumulo giuridico di pene, è legittimo, nel corso dell'esecuzione, lo scioglimento del detto cumulo, quando occorre procedere al giudizio sull'ammissibilità della domanda di concessione di un beneficio penitenziario. Tale operazione incidentale non v'è ragione non sia effettuata anche nel caso in cui nel cumulo sia compresa una pena relativa a un titolo di reato contemplato nell'elenco di cui all'art. 4-bis, L. n. 354 del 1975 e successive modifiche, sempre che il condannato abbia espiato la parte di pena relativa al delitto ostativo (Cass. Sez. 1, n. 1405 del 14 dicembre 2010).

13. A tale indirizzo se ne contrappone un altro, meno recente, che sostiene l'inscindibilità del cumulo giuridico (Cass. Sez. I, 7 ottobre 2009, n. 41322, Rv. 245057, ric. Francavilla, CED). Per vero, tale arresto – reso in materia di affidamento c.d. “terapeutico” di cui all'art. 94, d.p.r. n. 309/90 - si riferiva al caso, del tutto peculiare, in cui la legge disciplina soglie di accesso ai benefici “terapeutici” differenziate secondo il titolo di reato (la condizione di accesso alla misura *de qua*, relativamente alla pena detentiva inflitta o ancora da espiare, prevede in via alternativa la soglia di sei anni ovvero quattro anni, se si tratti di condanna relativa a titolo esecutivo comprendente reati di cui all'art. 4-bis L. 26 luglio 1975 n. 354).

13.1. Espressamente, la Cassazione ha, poi, osservato che le misure previste dal t.u. stup. (D.P.R. n. 309 del 1990, artt. 90 e 94), obbediscono a logiche e principi del tutto peculiari e diversi dalla disciplina delle altre misure alternative, essendo “mirate” ad offrire ai soggetti condannati, tossicodipendenti o alcooldipendenti in trattamento o che intendano sottoporsi al programma di recupero, uno strumento alternativo al carcere, nella cui applicazione il trattamento terapeutico fa premio sulle esigenze preventive. Tale disciplina di particolare favore contempera, tuttavia, anche le esigenze preventive, cristallizzate nella disposizione che detta più rigorosi limiti di pena in relazione ai condannati per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis, L. n. 354/75, in funzione della maggiore pericolosità dei condannati, normativamente apprezzata sulla base, per l'appunto, del criterio indicato.

13.2. Per tale ragione, secondo il richiamato indirizzo, << la disciplina positiva, per il riferimento operato all'insieme dei reati

compresi nel titolo esecutivo e in funzione della condizione che (anche) uno (solo) di essi corrisponda ad alcuno di quelli indicati dall'art. 4- bis, ord. pen., esclude, alla evidenza, la possibilità della scissione virtuale del cumulo, con imputazione della pena inflitta per i reati in parola alla intervenuta espiazione >> (Cass. Sez. I, 7 ottobre 2009, n. 41322, Rv. 245057, ric. Francavilla, cit.).

13.3. Siffatto orientamento è stato, peraltro, di lì a poco revocato in dubbio – nella stessa materia delle misure “terapeutiche” - da successiva pronuncia che, nel caso di un affidamento terapeutico concesso ai sensi dell'art. 94 del D.P.R. n. 309 del 1990, qualora sopravvenga un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, relativo ad una pena superiore a quattro anni di reclusione e comprensivo di reati indicati dall'art. 4-bis, ord. pen., ha ritenuto non essere di ostacolo lo scioglimento del cumulo ai fini della verifica di ammissibilità di prosecuzione della misura, sempre che il condannato abbia espiaato la parte di pena relativa ai reati “ostativi”. (Cass. Sez. I, 14 dicembre 2010, n. 1405, Rv. 249425, ric. Zingale, CED).

14. In tema di benefici penitenziari, ed alla luce delle coordinate giurisprudenziali sopra evocate, sembra al Collegio preferibile ritenere sempre consentita la scissione del cumulo giuridico di pene, non soltanto perché tale soluzione interpretativa appare coerente con il principio generale del *favor rei*; ma in quanto più aderente alla prospettiva di ripudio del “tipo di autore” quale modello di riferimento per gli istituti penali, nonché per la accentuazione del carattere personale della responsabilità in ambito penale.

15. Pesa, inoltre, la considerazione che la opposta tesi della inscindibilità del cumulo, determinerebbe una non giustificabile diversità di trattamento tra condannati sulla base della pura casualità derivante dall'essere – tali soggetti – sottoposti ad un rapporto esecutivo unico, conseguente al cumulo delle condanne; ovvero di distinte esecuzioni per pene originate da singole e distinte condanne non formalmente cumulate. Una conclusione del genere si porrebbe, invero, in contrasto con i principi costituzionali di ragionevolezza, di uguaglianza (art. 3, Cost.) e inerenti alla funzione risocializzante della pena (art. 27, comma 3, Cost.).

16. Ciò posto, residua, peraltro, ancora un margine di dubbio sulla possibilità di estendere all'istituto della esecuzione domiciliare *de qua* del principio favorevole allo scioglimento del cumulo, considerato che permangono tuttora non sopiti dubbi sulla collocazione sistematica del beneficio di cui alla L. n. 199/2010, ed essendo, in particolare, controverso se esso integri una misura

alternativa alla detenzione ovvero costituisca una modalità esecutiva a quelle affini e tuttavia da quelle distinta e non sovrapponibile. Qualora si propenda per la riconduzione dell'esecuzione domiciliare al *genus* delle misure alternative alla detenzione, più agevole sarà anche la successiva estensione ad essa dei principi in materia di scioglimento del cumulo giuridico di pene; laddove una siffatta operazione ermeneutica troverebbe qualche maggiore difficoltà nel caso di riconosciuta diversità ontologica tra gli istituti in comparazione.

17. Una questione del tutto analoga è stata affrontata nell'elaborazione giurisprudenziale con riferimento alla sospensione condizionata della pena (c.d. "indultino"). La Suprema corte ha riconosciuto che l'istituto previsto dalla legge n. 207 del 2003 si applica sulla base di peculiari presupposti, tanto soggettivi (potendone beneficiare soltanto i condannati che si trovavano in stato di detenzione, ovvero in attesa di esecuzione della pena, alla data di entrata in vigore della legge), che oggettivi. << Pur dovendosi rilevare che la L. n. 207/2003 fa più volte rinvio alle disposizioni in materia di misure alternative alla detenzione ed al principio di meritevolezza, caratteristico delle misure alternative disciplinate dall'ordinamento penitenziario, peraltro occorre considerare che si tratta, sotto altri profili, di un istituto peculiare, del tutto temporaneo, che, in particolare, a norma della L. n. 207 del 2003, art. 7, si applica soltanto ai condannati in stato di detenzione ovvero in attesa di esecuzione della pena alla data di entrata in vigore della legge più volte citata.>> (Cass. Sez. I, 3 aprile 2007, n. 16740, Rv. 236438, Del Tiglio). Con riferimento al caso in cui siano contemporaneamente poste in esecuzione condanne anteriori e posteriori al limite temporale di applicabilità della L. n. 207/2003, la Corte ha stabilito che il rapporto esecutivo permane <<unitario ed immodificato, non essendo consentito operare una scissione "ideale" delle pene concorrenti per determinare su quali, e in quale misura, opera la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena, ricomponendo all'esito il cumulo secondo il nuovo calcolo delle pene eseguibili.>> Il concorso delle pene non può infatti in tal caso essere regolato facendo riferimento all'istituto dello scioglimento del cumulo, ammesso dalla giurisprudenza ad altri fini e per altri istituti penitenziari, << essendo la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena un provvedimento legato ad un preciso momento temporale e ad un preciso limite di pena, il cui superamento lo esclude in toto>> e dovendosi ritenere non una misura alternativa alla detenzione quanto una particolare modalità dell'esecuzione, <<

che avviene non nel luogo di detenzione, ma in stato di libertà, peraltro limitato da consistenti obblighi mutuati in parte da misure coercitive previste dal codice di rito ed in parte dalla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale. >>

18. Anche la disciplina dell' "esecuzione domiciliare" come configurata dalla L. 199/2010 lascia, in effetti, notevoli margini di incertezza quanto alla sua natura e collocazione sistematica, essendo dubbio se il legislatore abbia introdotto una misura alternativa propriamente intesa, assimilabile alla figura della "detenzione domiciliare"; ovvero se si tratti di una mera modalità di esecuzione della pena in forme diverse da quella ordinaria. 18.1. A favore della prima ipotesi spinge la considerazione che proprio la detenzione domiciliare è stata la misura maggiormente interessata, negli ultimi anni, dai più incisivi interventi di rimodulazione dell'ordinamento penitenziario. Dall'originaria tipologia, introdotta nella L. n. 354/1975 per salvaguardare dagli effetti deteriori della esecuzione detentiva alcuni beni e valori di rango costituzionale (la salute, la formazione della personalità, la cura dei figli minori di età), si sono originate per gemmazione, a partire dalla legge n.165/1998 (c.d. "legge Simeone"), ben sette nuove figure che, pur ispirandosi all'originario archetipo, si distinguono ciascuna per specifici presupposti o per particolari finalità, coincidenti in alcuni casi con quelle che giustificerebbero l'applicazione del differimento della pena (art. 47-ter, comma 1-ter, ord.pen.); in altri con le esigenze riguardanti la cura dell'AIDS o di altre gravi deficienze immunitarie (art. 47-quater, ord.pen.); in altri ancora con la tutela della prole (detenzione domiciliare speciale di cui all'art.47-quinquies, ord.pen.) o addirittura con ragioni di natura anagrafica (art. 47-ter, comma 01, ord.pen.).

18.2. Con la legge "Simeone" è stata anche introdotta una figura di detenzione domiciliare "generica" o "di polizia", applicabile a tutti i detenuti salvo alcune eccezioni (condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-bis, ord.pen.; recidivi qualificati di cui all'art. 99, comma 4, c.p.), in relazione a pene (anche residue) non superiori ai due anni, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che la misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta nuovi reati (art.47-ter, comma 1-bis, ord. pen.).

18.3. In altri termini: la misura domiciliare, da istituto di carattere eccezionale, si è progressivamente trasformato e sviluppato in uno strumento *omnibus*, di volta in volta modulato in risposta alle diverse esigenze, a prescindere da ogni considerazione di coerenza del sistema nel suo complesso. E proprio la detenzione domiciliare

“generica”, ispirata a evidenti fini deflattivi della popolazione carceraria, è stata largamente utilizzata dalla magistratura di sorveglianza come prezioso ausilio per il governo dell’esecuzione penale esterna, contribuendo in maniera significativa al contenimento della popolazione detenuta, consentendo l’espiazione della pena in forma alternativa al carcere ad una ampia fascia di condannati a medio-bassa pericolosità sociale.

18.4. Tale importante strumento deflativo si è, per così dire, inceppato nel momento in cui è stata introdotta, con la legge “*ex-Cirielli*”, la preclusione per i recidivi “qualificati” (art. 99, comma 4, c.p.) e certamente la riduzione dell’efficacia deflativa della detenzione domiciliare “generica” rappresenta una non secondaria concausa dell’attuale situazione di sovraffollamento. E’ verosimile che il legislatore, nell’introdurre l’ “esecuzione domiciliare”, abbia inteso ispirarsi proprio alla tipologia della detenzione domiciliare “generica”, attribuendo al nuovo beneficio quella medesima finalità di contenimento del fenomeno del sovrappopolamento detentivo, e massimizzandone l’efficacia con la sterilizzazione – sia pure con riferimento ad una misura destinata a breve presenza nell’ambito dell’esecuzione penitenziaria – della preclusione posta, con riguardo ai recidivi “qualificati”, all’applicazione della detenzione domiciliare di cui all’art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, ord.pen.

18.5. Sembra confortare la ricostruzione dell’ esecuzione domiciliare nei termini di una speciale tipologia di misura alternativa l’osservazione che l’art. 3 della legge n. 199/2010 introduce nel codice penale una nuova circostanza aggravante (la n. 11-*quater* dell’art. 61, c.p.), che prevede un aumento di pena nei confronti di chi abbia commesso un delitto non colposo “durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere”, e tale previsione è riferibile – nell’intenzione del legislatore quale emerge dalla relazione di accompagnamento alla nuova legge - anche alla figura dell’ “esecuzione domiciliare”.

18.6. Ulteriori elementi che avvalorano l’ipotesi della riconducibilità dell’istituto neointrodotta al *genus* delle misure alternative sono indubbiamente la previsione del coinvolgimento del servizio sociale per gli interventi di sostegno e controllo nei confronti dell’ammesso all’esecuzione domiciliare (art.1, comma 6), con previsione analoga a quella posta in relazione agli affidati in prova al servizio sociale; e il rimando operato dall’art. 1, comma 8, della L.199/2010, ad un’articolata serie di disposizioni dell’ordinamento penitenziario e del regolamento di attuazione (D.P.R. 230/2000), soprattutto relative alla disciplina della detenzione domiciliare che

pare costituirne l'archetipo. In particolare, il rinvio è portato alle disposizioni di cui ai commi 4, 4-bis 5, 6, 8, 9 e 9-bis dell'articolo 47-ter, ord. pen., nonché a quelle del medesimo ordinamento che disciplinano l'ipotesi di sopravvenienza di titoli di esecuzione di altra pena detentiva (art.51-bis); la sospensione cautelativa della misura alternativa alla detenzione (art.51-ter); la relativa comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza (art. 58); le ipotesi di divieto e limitazione nella concessione dei benefici penitenziari (art. 58-quater, ad eccezione, come si è detto, del divieto di cui al comma 7-bis di detta disposizione relativo ai condannati cui è stata applicata la recidiva reiterata prevista dall'articolo 99, comma 4, c.p.).

18.7. I numerosi rimandi alla disciplina delle misure alternative alla detenzione e la richiamata "clausola di salvezza" che neutralizza gli effetti preclusivi previsti dal comma 7-bis dell'art. 58-quater, L. n. 354/75 sembrano, in definitiva, delineare i contorni di una misura alternativa *sui generis*, assimilabile alla detenzione domiciliare "generica".

19. Le peculiarità della nuova figura, distintive dell'archetipo cui essa si ispira, sono però coincidenti con i profili che hanno fatto dubitare della sopra indicata sistematizzazione dell' "esecuzione domiciliare", e fatto inclinare molti autorevoli analisti a considerare quest'ultima una misura con i caratteri tipici di una modalità di mera esecuzione della pena in luogo diverso dal carcere.

19.1. Secondo tale impostazione ermeneutica, il beneficio introdotto dalla legge n. 199/2010 è - anche nominalmente - distinto dalla detenzione domiciliare propria (è definito, infatti, "esecuzione presso il domicilio"); è applicabile anche di ufficio e segue una procedura semplificata ("a contraddittorio differito"), certamente poco compatibile con l'esigenza di approfondito esame della personalità dell'interessato che connota la valutazione del giudice sulla applicazione di una misura alternativa, non casualmente adottata dal legislatore con riferimento al c.d. "indultino" (L. 207/2003) e alla liberazione anticipata, cioè a istituti estranei al *genus* delle misure alternative,.

19.2. In secondo luogo, trattasi di istituto di natura eccezionale ed a permanenza cronologicamente circoscritta nel nostro ordinamento, essendo stato introdotto quale modalità alternativa di espiatione della pena a fronte del collasso delle strutture penitenziarie ordinarie per effetto del sovraffollamento. Il legislatore, infatti, spinto dalla logica dell'emergenza, ha adottato un provvedimento temporaneo (il comma 1 comma dell'art. 1, L. 199/2010, stabilisce infatti che la legge resterà in vigore non oltre il 31

dicembre 2013, salvo cessare i propri effetti anche prima di tale data, ove nelle more fosse data completa attuazione al piano straordinario penitenziario ovvero attuata la riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione), prevedendo che *il modo normale* di espiare la pena non superiore a 18 mesi consista nell'esecuzione presso il domicilio.

19.3. Infine, la nuova disciplina rende quasi vincolata l'applicazione del beneficio da parte del magistrato di sorveglianza, che potrà negarlo solo se riscontra nel caso concreto, il pericolo di commissione di nuovi reati o il pericolo di fuga, secondo uno schema di funzionamento che avvicina l'istituto in esame a benefici penitenziari peculiari, quali l' "indultino", piuttosto che alle misure alternative propriamente intese.

20. L'aspetto più controverso è che l' "esecuzione domiciliare", a differenza delle misure alternative, ha esclusiva finalità di deflazione carceraria, non essendo prevista alcuna valutazione da parte del giudice sulla "meritevolezza" del condannato e sulla efficacia rieducativa della misura, benché una interpretazione diffusa nella giurisprudenza di merito tenda ad estendere all'esecuzione domiciliare il principio elaborato dalla sentenza costituzionale n. 255/06 con riferimento al c.d. "indultino", ove si afferma la necessità che il giudice valuti se il beneficio sia adeguato nel caso concreto al grado di rieducazione conseguito dal reo. Tale lettura si scontra, tuttavia, con l'obiezione che si tratta di operazione ermeneutica non sostenuta da un'omogeneità di *genus* né di disciplina tra i due istituti in raffronto (l' "indultino" e l'esecuzione domiciliare), che sono contraddistinti da condizioni applicative e presupposti affatto diversi. Sembra, in particolare, agevole riconoscere che la ragione fondante della sentenza costituzionale n. 255/06 fosse la necessità di adeguare l'istituto censurato ai principi costituzionali evocati dai rimettenti (segnatamente, gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.) alla luce della totale assenza di discrezionalità che contraddistingueva l'applicazione del beneficio anteriormente all'intervento della Corte costituzionale; laddove nel caso dell'esecuzione domiciliare proprio l'esigenza di evitare la "scure" costituzionale ha indotto il legislatore a introdurre il requisito dell'assenza di pericolosità soggettiva valutata dal magistrato di sorveglianza con un certo grado di apprezzamento discrezionale.

20.1. Del resto, anche la detenzione domiciliare "generica" introdotta dalla L. 165/98 a fini dichiaratamente deflazionistici, si limita a richiedere al giudice di verificare l'insussistenza del pericolo di commissione di reati da parte dell'interessato, con previsione

sostanzialmente sovrapponibile a quella presente nell'art. 1 della L. 199/2010. E non vi sono dubbi nella riconducibilità di cui all'art. 47-ter, comma 1-bis, L. 354/75, al *genus* delle misure alternative alla detenzione.

20.2. L'esecuzione della pena presso il domicilio introdotta dalla L. 199/2010 pare, in effetti, obbedire all'esigenza di rimuovere, senza troppo clamore, la preclusione introdotta dalla legge "ex-Cirielli" nella disciplina (proprio) della detenzione domiciliare infrabiennale con riferimento ai condannati recidivi "qualificati" e, in tale ottica di analisi, l'esecuzione domiciliare è, a ben considerare, quanto di più simile alla citata misura alternativa si possa immaginare, condividendone sia la logica deflativa, sia quella quasi esclusivamente preventiva.

21. In tale quadro si colloca dunque il quesito se – nel caso di cumulo giuridico di pene – sia consentito operare lo scioglimento del detto cumulo ed imputare la quota-parte di pena già espiata alla condanna per il reato "ostativo" alla concessione del beneficio di cui alla L. 199/2010.

22. La Cassazione offre – come si è osservato - un precedente con riferimento all' "indultino", nel senso di ritenere tale operazione non consentita, alla luce delle argomentazioni sopra già illustrate. Epperò, l'accoglimento di tale impostazione sembra scontrarsi con la stessa obiezione che la Suprema corte ha posto con riferimento alla possibilità di "esportare" il principio della scindibilità del cumulo giuridico di pene nel campo del beneficio ex L. 207/03: la radicale diversità tra gli istituti evocati (in quel caso, i benefici penitenziari e, appunto, l' "indultino") vi avrebbe ostato. Non si vede perché tale principio non possa valere specularmente, nel senso di escludere, cioè, che il principio affermato dai giudici di legittimità con riferimento alla sospensione condizionata della pena possa valere *tout court* anche per la differente ipotesi dell'esecuzione domiciliare.

23. Per quanto concerne invece le misure alternative, l'elaborazione giurisprudenziale è consolidata nel senso di ammettere sempre lo "scioglimento" del cumulo.

23.1. Inoltre, occorre fare riferimento al *persuasive precedent* rappresentato dall'evocato arresto della Cassazione n. 5158/12, che sembra enunciare un principio di portata universale nella materia dell'esecuzione penale: che è, cioè, conforme a Costituzione la scissione del cumulo giuridico di pene, quale fermo ripudio del "Taetertypus", ed efficace rimedio al pericolo che si determini una ingiustificata diversità di trattamento tra condannati sulla base della

pura casualità derivante dalle vicende dei titoli esecutivi posti in concorrente esecuzione.

23.2. Tale principio è stato ribadito, con riferimento al cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato, del quale è doverosa la scissione ai fini della fruizione dei benefici penitenziari, allorché il condannato abbia espiato per intero la pena relativa ai reati ostativi (Cass. Sez. 1, 19/09/2012, n. 38462 Cc. (dep. 03/10/2012) Rv. 253453, Mele, CED).

24. In definitiva, pur scontando la presa d'atto che sussistano importanti differenze tra l'esecuzione domiciliare introdotta dalla L. 199/2010 e le misure alternative alla detenzione; sembra che essa condivida con il *genus* delle misure alternative non secondari profili, e in particolare ne condivida l'esigenza che il giudice verifichi la compatibilità della concessione del beneficio alla luce degli indicatori del rischio di recidiva. Tale conclusione porta a riconoscere che anche con riferimento alla misura domiciliare prevista dalla "legge Alfano" venga in determinante rilievo il profilo della valutazione della pericolosità soggettiva dell'interessato e, dunque, la questione del rapporto tra il giudizio di pericolosità cristallizzato nella previsione dell'art. 4-bis, L. n. 354/75 e gli spazi che sul detto profilo è costituzionalmente necessario siano lasciati alla valutazione del giudice, alla luce dei principi sanciti dagli artt. 3 e 27, comma 3, della Carta fondamentale.

25. In tale contesto sistematico, non sussistendo ragione per diversamente opinare, sembra giocoforza estendere alla disciplina dell'esecuzione domiciliare quei principi ermeneutici fondamentali che, con riferimento all'esecuzione penale in generale ed ai benefici penitenziari in particolare - sono stati elaborati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in relazione alla valenza delle fattispecie delittuose preclusive dell'accesso ai benefici penitenziari e al temperamento che i principi costituzionali pongono al peso della valutazione legale di pericolosità insita nelle disposizioni dell'art. 4-bis della legge di ordinamento penitenziario. Tra questi ultimi, assume significativo rilievo proprio la scindibilità del cumulo giuridico di pene.

26. Con riferimento alla misura di cui alla L. 199/2010, si assume, pertanto, necessario che il Magistrato di Sorveglianza, nel vagliare l'ammissibilità dell'istanza di applicazione della esecuzione della pena presso il domicilio di cui alla L. 199/2010, proceda, nel caso di cumulo giuridico di pene, alcune delle quali riferibili a condanne per taluno dei delitti indicati nell'art. 4-bis, L. n. 354/75, allo scioglimento

del detto cumulo, imputando la quota parte di pena già espiata al reato “ostativo” alla concessione del beneficio invocato.

27. In questo senso, il reclamo è accolto e gli atti rinviati al Magistrato di Sorveglianza di Vercelli affinché proceda – previa “scissione del cumulo” ed eventuale istruttoria – alla decisione sul merito dell’istanza.

P.Q.M.

VISTI gli artt. 1, comma 3, L. 199/10; art. 4-bis della Legge 26.07.1975, n. 354, 677 e segg. del c.p.p.;

A C C O G L I E

il reclamo proposto nei confronti dell’ordinanza emessa ai sensi della L. 199/10 dal Magistrato di Sorveglianza di Vercelli in data 29.01.2013 e, per l’effetto,

D I S P O N E

Il rinvio degli atti al Magistrato di Sorveglianza di Vercelli affinché provveda, previo scioglimento del cumulo giuridico delle pene in esecuzione, ed esperita l’istruttoria del caso, alla decisione sul merito dell’istanza.

Manda alla Cancelleria per quanto di competenza.

Torino, così deciso il 19 marzo 2013

IL GIUDICE RELATORE
(Dr. Fabio FIORENTIN)

L PRESIDENTE
(Dr.ssa Paola VELLUDO)