

LIBERAZIONE ANTICIPATA SPECIALE, REATI OSTATIVI E “SCIOGLIMENTO DEL CUMULO”: LA GIURISPRUDENZA DI MERITO PRENDE LE DISTANZE DALLE APERTURE DELLA SUPREMA CORTE

Nota a Tribunale di Sorveglianza di Torino, ord., 10 febbraio 2015, Pres. Est. Viglino

di Massimo Ruaro

SOMMARIO: 1. Nuovi istituti e vecchi problemi. – 2. Lo scioglimento del cumulo: dalla regola giurisprudenziale ... – 3. ... alle eccezioni normative. – 4. L'irrilevanza della natura “rieducativa” o “clemenziale” della liberazione anticipata speciale. – 5. Il consolidamento della tesi affermativa e la sorte delle istanze rigettate. – 6. I problemi applicativi: il cumulo “sciolto” e “semestralizzato”.

1. Nuovi istituti e vecchi problemi.

L'esame dell'ordinanza con cui il Tribunale di sorveglianza di Torino, prendendo apertamente le distanze dall'orientamento recentemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità, nega lo scioglimento del cumulo ai fini della concessione della liberazione anticipata speciale, regalerà sicuramente al lettore di questa Rivista la classica sensazione del *déjà vu*.

Accade con frequenza regolare, infatti, che il legislatore, “pressato” dalle preoccupazioni legate al sovraffollamento carcerario, ma allo stesso tempo titubante nell'affrontare i rischi e le vischiosità di un provvedimento di clemenza collettiva, tenti un'ibridazione tra l'indulto e una misura di derivazione penitenziaria (è toccato all'affidamento in prova con la l. 1° agosto 2003, n. 207, alla detenzione domiciliare con la l. 26 novembre 2010, n. 199; e, da ultimo, alla liberazione anticipata con il d.l. 23 dicembre 2013 n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10). Per placare le ansie securitarie, una volta venuta alla luce la misura di nuovo conio viene contornata da una serie di preclusioni, finalizzate ad impedire la sua concessione ai condannati più pericolosi (ne fanno quasi sempre le spese, ad esempio i delinquenti abituali e professionali, o i detenuti incappati in un provvedimento *ex art. 14-bis* ord. penit.). Immancabilmente, la più importante di tali preclusioni viene individuata nella condanna per uno dei reati di cui all'*art. 4-bis* ord. penit.; altrettanto immancabilmente, però, non si prevede alcunché – sebbene si tratti di evenienza piuttosto frequente – per regolare l'ipotesi in cui il potenziale fruitore della misura stia scontando una pena determinata con provvedimento di cumulo comprensivo di più titoli, alcuni dei quali relativi a reato ostativo, ed abbia già espiato la porzione di pena ad esso relativa. Cosicché la giurisprudenza viene in breve tempo investita della questione relativa all'applicabilità

del c.d. “scioglimento del cumulo”, istituto tradizionalmente – ma, come si avrà modo di evidenziare, non esclusivamente – associato alle misure alternative alla detenzione.

Se la trama dell’opera tende a ripetersi, è il finale a riservare spesso delle sorprese: in alcune circostanze la giurisprudenza, ricostruito il patrimonio genetico del nuovo istituto, riscontra che gli elementi di affinità con le misure alternative sono sufficienti per poter trapiantare la regola dello scioglimento; altre volte, invece, a riaffiorare è il substrato “clemenziale”, e ciò viene considerato ragione sufficiente per escludere il ricorso a tale regola. Curiosamente, infine, l’analisi delle pronunce – sia di legittimità che di merito – mostra la ricorrente tendenza a richiamare i soli precedenti favorevoli alla soluzione proposta (benché aventi per oggetto una misura diversa), senza dare adeguato risalto a quelli contrari.

2. Lo scioglimento del cumulo: dalla regola giurisprudenziale ...

Prima di esaminare più specificamente le argomentazioni dell’ordinanza, può essere utile sottolineare che la regola dello scioglimento del cumulo in materia di misure alternative manca di un addentellato normativo preciso: per la sua applicazione ci si affida principalmente ad una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale¹ e ad una pronuncia delle Sezioni Unite².

Entrambe le decisioni riconoscono che disgregare il cumulo e considerare espiata per prima la frazione di pena riferibile al reato ostativo è l’unico modo per evitare ingiustificate disparità di trattamento: infatti chi ha avuto la fortuna di scontare disgiuntamente le varie pene – ad esempio perché la sentenza per il reato non ostativo è passata in giudicato in un momento anche di poco successivo all’avvenuta espiazione della pena per la fattispecie ostativa – si troverebbe in una situazione più favorevole rispetto a chi – sempre per circostanze del tutto indipendenti dalla sua volontà – sia stato raggiunto da un provvedimento di cumulo *ex art. 663 c.p.p.* prima della scarcerazione, e si trovi perciò a dover espiare le diverse pene senza soluzione di continuità³.

Per rendere meglio l’idea di come tale disparità di trattamento possa riverberarsi anche sulla concessione della liberazione anticipata speciale⁴, si può fare l’esempio di un soggetto condannato per un unico reato “ostativo” che termini di scontare la pena il 1° aprile 2015 e venga raggiunto due giorni dopo da un nuovo

¹ Cfr. Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 361, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2943.

² Cfr. Cass., Sez. un., sent. 30 giugno 1999, n. 14, in *Cass. pen.*, 2000, p. 570.

³ In termini analoghi, L. CERCOLA, *Liberazione anticipata speciale e scioglimento del cumulo*, in www.archiviopenale.it, 2014, f. 2, p. 3 ss.

⁴ In questa sede, non è rilevante esaminare i dubbi esegetici riconducibili alla previsione della clausola ostativa soltanto nel 1° comma dell’art. 4 d.l. n. 146 del 2013 conv. l. n. 10 del 2014, che si occupa della concessione del beneficio *pro futuro*, e non anche nel 2° comma, che guarda invece ai semestri passati. Sul punto, si rinvia, per opposte conclusioni, a G. GIOSTRA, [I delicati problemi applicativi di una norma che non c’è \(a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale\)](#) in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 3-4, p. 322 ss. e a A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, p. 120.

ordine di esecuzione, concernente il reato “non ostativo”: costui non aveva diritto alla speciale riduzione della pena in relazione alla precedente condanna, ma potrà pur sempre richiederla con riferimento al nuovo ed autonomo titolo. Se, invece, il medesimo ordine di esecuzione fosse stato emesso una settimana prima del fine-pena, e il p.m. avesse tempestivamente provveduto al cumulo, anche la frazione di pena ancora da espiare verrebbe integralmente “contaminata” dalla natura ostativa della precedente condanna, e il soggetto perderebbe la possibilità di ottenere la riduzione anche per i semestri futuri.

È vero che si tratta di un caso limite⁵; ma è altrettanto vero che l’espiazione cumulativa o disgiunta delle pene resta pur sempre un’evenienza sulla quale *possono* incidere *anche* fattori casuali ed estrinseci: fattori che, in numerose occasioni, nel settore penitenziario⁶ come in quello cautelare⁷, hanno portato la Consulta a diagnosticare una violazione dell’art. 3 Cost., e dai quali non sono certamente desumibili indicazioni circa l’effettiva pericolosità o la “meritevolezza” del soggetto.

In definitiva, la posizione del condannato non può essere influenzata «dalle diverse date di irrevocabilità o di esecuzione delle varie sentenze, o dai ritardi nell’effettuazione del cumulo da parte del p.m.»⁸: lo conferma anche l’istituto dell’applicazione della continuazione *in executivis* previsto dall’art. 671 c.p.p., introdotto dal legislatore processuale del 1988 proprio per evitare disparità di trattamento dovute esclusivamente al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna⁹.

3. ... alle eccezioni normative.

Il principio elaborato dalla giurisprudenza non è mai stato formalmente ed integralmente recepito dal legislatore, nonostante le ripetute interpolazioni dell’art. 4-bis ord. penit. Detto *per incidens*, potrebbe rappresentare una buona occasione il recente d.d.l. n. 2798, contenente la «Delega al governo per la riforma del processo penale e dell’ordinamento penitenziario» (Titolo IV), nella parte in cui impone (art. 26 lett. b) la «Revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena».

De iure condito, da talune specifiche previsioni emerge però la consapevolezza legislativa circa l’esistenza e la portata del principio. Si allude agli artt. 90 co. 1° e 94 co. 1° t.u. stupefacenti (così come modificati dal d.l. 30 dicembre, n. 272, conv. l. 21 febbraio 2006, n. 49), in cui, al fine di fissare in quattro anni (anziché in sei) il tetto di

⁵ Cfr. Mag. sorv. Alessandria, ord. 10 febbraio 2015, in *www.personaedanno.it*, 10 febbraio 2015, secondo cui si tratta (addirittura) di una «aberrazione giuridica».

⁶ Cfr. Corte cost., sent. 1° marzo 1995, n. 68, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1777, con nota di A. MACCHIA.

⁷ Cfr. Corte cost., sent. 6 dicembre 2013, n. 293, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4692, con note di T. RAFARACI e L. LUDOVICI. V. anche Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 233, *ivi*, 2011, p. 2980, con nota di L. LUDOVICI.

⁸ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 20 maggio 1998, n. 2932, in *Giust. pen.*, 1999, III, p. 293.

⁹ Sul punto v., per tutti, F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, Torino, 2011, p. 273 ss.

pena per la fruizione delle misure “terapeutiche”, si precisa che tale limite vale se essa è «relativa a *titolo esecutivo comprendente reato* di cui all'articolo 4-bis [...ord. penit.]». Secondo parte della giurisprudenza, la formulazione della norma non lascia dubbi: per fruire del più favorevole limite il cumulo delle pene non può essere sciolto¹⁰. Così come non può essere sciolto per escludere l'applicazione – o per ottenere la revoca anticipata – del regime di sospensione delle ordinarie regole di trattamento, stante l'inequivoca formulazione dell'ultimo periodo dell'art. 41-bis comma 2 ord. penit., come modificato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94. Se, in quest'ultima circostanza, il legislatore è intervenuto per consolidare un orientamento giurisprudenziale già esistente¹¹, con riferimento all'espulsione dello straniero disposta a titolo di sanzione alternativa alla detenzione l'intenzione è stata invece quella di risolvere *ex auctoritate* un contrasto giurisprudenziale¹²: l'art. 6 comma 1 lett. b) d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10 ha modificato l'art. 16 comma 5 d. legisl. 25 luglio 1998, n. 286, stabilendo perentoriamente che «in caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono».

Da questa rapida panoramica si possono ricavare davvero poche indicazioni: parrebbe che i primi due interventi siano interpretabili quali deroghe espresse ad una regola – quella dello scioglimento del cumulo – desumibile implicitamente dal sistema, e che la più recente interpolazione sia invece spiegabile nell'ottica di un rafforzamento di tale regola¹³. Quel che è certo è che l'argomentazione sulla quale questa si fonda – l'esigenza di scongiurare una disparità di trattamento derivante da circostanze casuali – pare oggettivamente insuperabile: essa, oltre a gettare un'ombra sulle ipotesi derogatorie legislativamente previste, induce a valutare con una certa riserva anche gli orientamenti giurisprudenziali che si oppongono allo scioglimento.

4. L'irrilevanza della natura “rieducativa” o “clemenziale” della liberazione anticipata speciale.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 7 ottobre 2009, n. 41322, in CED Cass., n. 245057; in senso contrario, Cass., Sez. I, sent. 3 dicembre 2013, n. 2285, in CED Cass., n. 258403; Cass., Sez. I, sent. 14 dicembre 2010, n. 1405, in *Foro it.*, 2010, pt. II, p. 207, con nota di G. SILVESTRI, in cui si evidenzia che il momento di formazione del giudicato costituisce un «evento sul quale incide [...] un complesso di fattori, anche casuali».

¹¹ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 16 marzo 2004, Tripodi, in *Riv. pen.*, 2005, p. 229; Cass., Sez. I, sent. 20 gennaio 2005, Mazzitelli, in CED Cass., n. 230752; v. anche Cass., Sez. I, sent. 15 ottobre 2009, Della Ventura, in CED Cass., n. 245097, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità della disposizione in esame.

¹² In senso favorevole allo scioglimento, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, sent. 16 settembre 2013, n. 42173, in CED Cass., n. 257169; Cass., Sez. I, sent. 24 maggio 2011, n. 25134, in CED Cass., n. 250344; *contra*, tra le molte, Cass., Sez. I, sent. 20 giugno 2013, n. 35620, in CED Cass., n. 256847; Cass., Sez. I, sent. 15 luglio 2011, n. 47310, in CED Cass., n. 251413.

¹³ Per analoghe conclusioni, A. DELLA BELLA, [Sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati con cumuli di pene comprensivi di quelle irrogate per reati ostativi, ai sensi dell'art. 4 bis o.p.](#), in questa Rivista, 16 giugno 2014; in senso contrario, B. GORS, *La liberazione anticipata speciale*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, a cura di F. CAPRIOLI, Torino, 2015, p. 135.

Mentre – come l’ordinanza in commento si premura di rimarcare – la Suprema Corte ha ritenuto inoperante lo scioglimento del cumulo sia con riferimento al c.d. indultino¹⁴ (benché non univocamente)¹⁵, sia in relazione all’esecuzione della pena presso il domicilio¹⁶, l’orientamento espresso in materia di liberazione anticipata speciale¹⁷, già anticipato da parte della giurisprudenza di merito¹⁸ va invece nel senso dell’operatività della disgregazione.

L’ordinanza in commento reputa che tale soluzione sia «frutto di un inopinato fraintendimento», articolando tale critica sulla base di un ragionamento sillogistico all’apparenza lineare: lo scioglimento del cumulo opera, in assenza di una previsione normativa specifica, soltanto per le misure finalizzate al reinserimento sociale del condannato; la liberazione anticipata, «atipico provvedimento clemenziale», risponde invece unicamente ad impellenti esigenze di deflazione della popolazione carceraria; *ergo*, la regola in esame non è applicabile, come – giustamente – non lo è per altre misure “ibride”, cioè l’indultino e l’esecuzione presso il domicilio.

Ad un’osservazione più approfondita, è anzitutto la premessa maggiore a sollevare qualche perplessità. È sufficiente rilevare come la regola dello scioglimento del cumulo sia costantemente applicata *in executivis* sia in relazione alla sospensione dell’esecuzione *ex art. 656 comma 5 c.p.p.* (nella quale è assente ogni valutazione circa la meritevolezza o la prognosi di reinserimento sociale del condannato)¹⁹, sia con riferimento all’applicazione dei provvedimenti di clemenza collettiva. Quanto all’indulto, è il cumulo giuridico che viene scisso, al fine di distinguere tra i reati

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 16 aprile 2013, n. 20507, in CED Cass., n. 255947; Cass., Sez. I, sent. 7 gennaio 2010, n. 9423, in CED Cass., n. 246822; Cass., Sez. I, sent. 28 ottobre 2008, n. 47005, in CED Cass., n. 242056.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 17 giugno 2008, n. 27786, in CED Cass., n. 240874; Cass., Sez. I, sent. 12 aprile 2006, n. 14563, in CED Cass., n. 233946.

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 15 gennaio 2014, n. 10054, in *www.dirittoegiustizia.it*, 4 marzo 2014; Cass., Sez. I, sent. 13 gennaio 2012, n. 25046, in CED Cass., n. 253335.

¹⁷ Cass. Sez. I, sent. 22 dicembre 2014, n. 53781; Cass., Sez. I, sent. 19 dicembre 2014 n. 3130, in *questa Rivista*, 3 marzo 2015, con nota di E. MONTANI, [La liberazione anticipata speciale 'integrativa' destinata ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis o.p. al vaglio della Cassazione](#) ; conf. Cass., Sez. I, sent. 22 dicembre 2014, n. 53798, *inedita*.

¹⁸ Cfr. Mag. sorv. Vercelli, ord. 27 maggio 2014, in *questa Rivista*, 16 giugno 2014, con nota adesiva di A. DELLA BELLA, [Sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati con cumuli di pene comprensivi di quelle irrogate per reati ostativi, ai sensi dell'art. 4 bis o.p.](#); *contra*, Trib. sorv. Milano, ord. 30 maggio 2014, in *questa Rivista*, 17 luglio 2014, con nota critica di E. MONTANI, [Ancora sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis o.p.](#); Trib. sorv. Catania, ord. 8 ottobre 2014, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 11 novembre 2014, con nota di C. MINNELLA; Mag. sorv. Alessandria, ord. 10 febbraio 2015, *cit.* In dottrina, a favore dell’operatività dello scioglimento, A. DELLA BELLA, [Sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale](#), *cit.*; P. BRONZO, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, in *Arch. pen.*, 2014, f. 2, p. 637 s.; L. CERCOLA, *Liberazione anticipata speciale*, *cit.*, p. 3 ss.; *contra*, F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, Milano, 2014, p. 75; F. FALDI-L. DEGL’INNOCENTI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, p. 54; B. GIORI, *La liberazione anticipata speciale*, *cit.*, p. 134 s.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 25 maggio 2012, n. 22663, in CED Cass., n. 253728.

ostativi e quelli non ostativi all'applicazione dei benefici²⁰; quanto all'amnistia c.d. impropria, basta ricordare che nell'ultimo provvedimento di clemenza (d.p.r. 12 aprile 1990, n. 75), si prevedeva espressamente che «quando vi è stata condanna ai sensi dell'articolo 81 del codice penale, ove necessario, il giudice dell'esecuzione applica l'amnistia secondo le disposizioni del decreto, determinando le pene corrispondenti ai reati estinti»²¹.

Queste considerazioni forniscono uno spunto ulteriore, in grado di mettere in discussione anche la premessa minore del ragionamento impostato nell'ordinanza: non è sufficiente enfatizzare la componente deflativa-clemenziale della liberazione anticipata speciale, a scapito di quella rieducativa, proprio perché, in ogni caso – cioè, anche a voler considerare la neo-nata misura come «una sorta di indulto mascherato»²² – si ricadrebbe in un settore in cui, sempre per scongiurare possibili violazioni dell'art. 3 Cost., trova costantemente applicazione la regola dello scioglimento.

Curiosamente, l'orientamento, richiamato nell'ordinanza, che esclude la scissione del cumulo con riferimento all'indultino *ex* legge 207 del 2003 si fonda sul «qualificante elemento distintivo della sospensione condizionata *rispetto all'indulto*»²³, derivante dal fatto che tale istituto «non incide sulla durata della pena stessa, ma sulle modalità dell'esecuzione, che avviene non in luogo di detenzione, ma in stato di libertà, peraltro limitato da consistenti obblighi [...] mutuati [...] in parte dalla misura alternativa dell'affidamento al servizio sociale»²⁴. Come dire che, relativamente all'indultino, la scissione è stata – discutibilmente – esclusa perché, pur essendo un istituto dalla finalità apertamente clemenziale, “pende” troppo verso il sistema delle misure di natura rieducativa, mentre oggi, relativamente alla liberazione anticipata speciale, la si vorrebbe escludere per la ragione diametralmente opposta.

Ed è altresì significativo che le pronunce in cui si affronta la questione in relazione alla esecuzione presso il domicilio siano motivate – quasi *per relationem* – riprendendo, senza particolari sottigliezze sistematiche, le conclusioni raggiunte a proposito dell'indultino: l'esecuzione domiciliare «ripete nella specificità delle sue previsioni quelle che contraddistinguono la sospensione condizionata»²⁵: argomento

²⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. un., sent. 24 gennaio 1996, n. 2780, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2892, con nota di E. CESQUI; Cass., Sez. I, sent. 5 febbraio 2009, n. 9898, *ivi*, 2010, p. 1837; Cass., Sez. I, sent. 14 dicembre 2010, n. 1399, in CED Cass., n. 249288.

²¹ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 3 luglio 1998, n. 3986, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2562; in dottrina, per tutti, A. MARTINI, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. DE FRANCESCO, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F.C. PALAZZO e C.E. PALIERO, Torino, 2011, p. 211.

²² Nello stesso senso anche L. DEGL'INNOCENTI-F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, 51; P. BRONZO, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, cit., p. 636; in senso contrario, A. DELLA BELLA, [Sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale](#), cit.; C. MINNELLA, *Il “bonus” della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?* in [www.archiviopenale.it](#), 2014, n. 3, p. 3 ss.

²³ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 24 giugno 2005, n. 34279, in CED Cass., n. 232171, in motivazione.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 24 giugno 2005, n. 34279, cit.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 13 gennaio 2012, n. 25046, cit., in motivazione.

che non ha convinto la dottrina, unanimemente schierata a favore dell'operatività dello scioglimento²⁶.

Sempre nella medesima ottica si può comprendere la ragione per cui, in tema di espulsione *ex art. 16 comma 5 d. legisl. 286 del 1998*, il legislatore ha espressamente previsto la regola dello scioglimento: l'orientamento giurisprudenziale che la escludeva aveva infatti buon gioco nell'osservare che tale principio «formatosi in un ambito caratterizzato da interventi legislativi di favore per il condannato *sia in prospettiva rieducativa che meramente clemenziale*, non [può] essere traspost[o] nel caso di specie, in cui non si discute dell'applicazione di un beneficio, *rieducativo o meno*, ma dell'applicazione di una misura sostitutiva della detenzione, che va applicata d'ufficio e senza alcun apprezzamento discrezionale ad opera del magistrato di sorveglianza»²⁷. Ragionando in questi termini, anche l'argomentazione fondata sull'*ubi lex voluit* perde gran parte del suo mordente.

Infine, appare poco calzante anche il richiamo all'orientamento secondo cui il cumulo non dovrebbe essere sciolto qualora i reati ostativi assumano «rilievo non in quanto le pene relative debbano essere in concreto espiate, bensì - ed esclusivamente - in quanto concorrenti alla formazione del cumulo, oggetto del titolo in esecuzione»²⁸: tale indirizzo - a prescindere dalla sua effettiva persuasività - è maturato con riferimento alla già richiamata previsione di cui all'art. 94 co. 1° t.u. stupefacenti, la cui formulazione («pena detentiva [...] relativa *a titolo esecutivo comprendente reato* di cui all'articolo 4-bis [...]») può prestarsi ad un'interpretazione in chiave restrittiva.

5. Il consolidamento della tesi affermativa e la sorte delle istanze rigettate.

Non è dato sapere se la soluzione avanzata nell'ordinanza in commento sia destinata a restare isolata o se essa possa fornire gli spunti per un *revirement* da parte della Suprema Corte. Con un maggiore margine di sicurezza si può invece affermare che, restando così le cose, coloro i quali, nei primi mesi di applicazione della nuova misura, hanno visto la propria istanza rigettata - anche parzialmente - in ragione dell'inscindibilità del cumulo, potrebbero oggi ripresentare la medesima istanza senza incappare nella sanzione dell'inammissibilità che l'art. 666 co. 2° c.p.p. ricollega alla mera riproposizione di una richiesta in precedenza non accolta²⁹.

²⁶ Cfr. L. CESARIS, *sub art.47-ter ord. penit.*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA, Padova, 2011, p. 667; F. FIORENTIN, *Commento alla l. 26 novembre 2010 n. 199*, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 1, p. 52-67; L. SCOMPARIN, *sub art. 1 l. 26 novembre 2010 n. 199*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 333.

²⁷ Così Cass., Sez. I, sent. 20 dicembre 2012, n. 9004, in *Cas. pen.*, 2013, p. 3674, con nota contraria di C. RENOLDI.

²⁸ Cfr. Cass., Sez. I, sent. 7 ottobre 2009, n. 41322, cit., in motivazione.

²⁹ Sul punto, v., emblematicamente, Trib. sorv. Catania, ord. 19 febbraio 2015, in *www.dirittoegiustizia.it*, 7 aprile 2015, con nota di C. MINNELLA, ove, nell'ammettere lo scioglimento, si disattende un precedente contrario del medesimo Collegio: cfr. Trib. sorv. Catania, ord. 8 ottobre 2014, cit.

Com'è noto, infatti, dapprima le Sezioni Unite³⁰ hanno stabilito che l'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme all'art. 7 C.e.d.u. – norma che, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo, include nel principio di legalità in materia penale sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale – impone di considerare quale elemento nuovo, per gli effetti di cui all'art. 666 comma 2 c.p.p., il mutamento giurisprudenziale “qualificato”, facente capo, cioè, alle decisioni delle Sezioni Unite. Successivamente, il principio è stato esteso al mutamento giurisprudenziale, con caratteristiche di stabilità ed univocità, determinato dal normale esercizio della funzione nomofilattica attribuita al Giudice di legittimità³¹. L'obiezione secondo cui, nella situazione in esame, non vi è stato alcun mutamento, ma soltanto l'affermazione e il consolidamento di un indirizzo favorevole all'interessato, pare superabile ricorrendo ad un ragionamento *a fortiori*: quel che importa è l'avvenuta formazione del “diritto vivente” successivamente al rigetto della prima istanza.

Merita inoltre osservare che il solo fatto di ritenere inoperante la causa di inammissibilità di cui all'art. 666 comma 2 c.p.p. non significa obbligare il magistrato di sorveglianza ad accogliere la nuova richiesta: questi potrebbe motivatamente discostarsi dall'orientamento della Suprema Corte, com'è avvenuto nell'ordinanza in esame, e com'è naturale che accada in un sistema non rigidamente vincolato allo *stare decisis*.

6. I problemi applicativi: il cumulo “sciolto” e “semestralizzato”.

L'adesione all'orientamento che ammette lo scioglimento del cumulo impone di esaminare sinteticamente il funzionamento di tale regola con specifico riferimento alla liberazione anticipata speciale.

Pare ovvio, anzitutto, il fatto di considerare espiata per prima la frazione di pena riferibile al reato *ex art. 4-bis* ord. penit. non comporta che, una volta eliminata la preclusione, il condannato possa beneficiare della maggiore riduzione di pena anche per i semestri di pena concernenti le fattispecie ostative. È pur vero che parte della giurisprudenza formatasi in tema di misure alternative ritiene che, una volta operato lo scorporo, «il rapporto esecutivo mantiene la sua unitarietà», per cui, ad esempio, i limiti minimi di pena per l'accesso alle misure alternative devono essere calcolati dall'inizio della carcerazione, e non dal momento in cui il soggetto ha terminato di scontare la pena per il reato ostativo³². Tuttavia, seguendo tale soluzione, il condannato con pena derivante da cumulo verrebbe a trovarsi irragionevolmente in una situazione

³⁰ Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, in in *Guida dir.*, 2010, f. 27, p. 70, con nota di A. MACCHIA, nonché in *Cass. pen.*, 2011, con nota di R. RUSSO.

³¹ Cfr. Cass., Sez. III, sent. 1° aprile 2014, n. 27702, in CED Cass., n. 260232.

³² Cfr. Cass., Sez. I, sent. 14 novembre 2001, n. 45735, in *Giur. it.*, 2003, p. 555, con nota di A. RICCI; in senso contrario, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, sent. 9 aprile 2014, n. 35469, in CED Cass., n. 260539; Cass., Sez. I, sent. 1° aprile 2008, n. 19789, in *Riv. pen.*, 2009, p. 357.

più vantaggiosa rispetto a chi debba scontare più pene in forma disgiunta (il quale potrà ottenere la maggiore riduzione di pena soltanto per i semestri “non ostantivi”): lo scioglimento del cumulo rimuoverebbe una disparità di trattamento per crearne un’altra di segno opposto.

A questo proposito, può essere utile ricordare³³ che, nei primi anni di vigenza della legge penitenziaria – più precisamente, prima dell’approvazione della legge 12 gennaio 1977, n. 1 – anche la disciplina della liberazione anticipata ordinaria prevedeva talune fattispecie ostantive³⁴: la giurisprudenza, nel riconoscere l’operatività dello scioglimento del cumulo, aveva stabilito che «legittimamente la riduzione di pena per liberazione anticipata viene computata non già sulla pena unica risultante dal cumulo, bensì sulle *single pene*»³⁵.

Il cumulo va, pertanto, contemporaneamente sciolto e diviso in semestri: se il semestre risulta riferibile a reato ostantivo, la maggiore riduzione di pena non può essere concessa; al contrario, se la frazione di pena ad esso corrispondente è già stata integralmente espiata, il beneficio può essere riconosciuto con riferimento ai semestri successivi³⁶.

È pressoché inevitabile che dall’operazione risulti un semestre “misto”, cioè solo in parte riferibile alla pena per il reato ostantivo: in casi del genere, è la stessa configurazione “a blocchi” della liberazione anticipata – già ritenuta non contrastante con l’art. 3 Cost.³⁷ – ad impedire qualsiasi ulteriore frammentazione. Cosicché non potranno usufruire del beneficio né coloro che hanno terminato di scontare la frazione di pena per reato ostantivo in corrispondenza degli ultimi giorni del semestre, né coloro che, sfortunatamente, “sforano” per pochi giorni (al limite, anche uno solo) in un semestre quasi totalmente “immacolato”, in quanto riferibile al reato non preclusivo. La soluzione è senz’altro foriera di disequaglianze, ma resta il fatto che qualsiasi altro criterio ispirato al *favor rei* (come il considerare sufficiente che la maggior parte del periodo in considerazione sia riferibile a reato non ostantivo) non potrebbe essere adottato in via pretoria, ma necessiterebbe di adeguata copertura normativa.

Un ulteriore problema derivante dall’adesione alla tesi dello scorporo riguarda l’ipotesi in cui, già concessa la maggiore riduzione di pena in ragione della natura non ostantiva del reato, sopravvenga il provvedimento di cumulo, relativo a fattispecie compresa nell’elenco di cui all’art. 4-bis ord. penit. Nel settore delle misure alternative

³³ Per questa sottolineatura v. A. DELLA BELLA, [Sull’applicabilità della liberazione anticipata speciale](#), cit..

³⁴ Sul punto. V. GREVI, *L’art. 47, comma 2°, ord. penit.: una disposizione da rivedere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 577 ss.; G. GIOSTRA, *Un limite non giustificato in tema di misure alternative*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 435 ss.

³⁵ Cfr. Cass., Sez. I, ord. 7 novembre 1977, n. 2267, in *Cass. pen.*, 1979, p. 1340; v. anche Cass., Sez. I, sent. 17 gennaio 1985, n. 160, *ivi*, 1986, p. 589.

³⁶ Cfr. Cass. Sez. I, sent. 22 dicembre 2014, n. 53781, cit., in motivazione, p. 4; negli stessi termini anche P. BRONZO, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, cit., p. 637; L. CERCOLA, *Liberazione anticipata speciale*, cit., p. 5 s.; perplessa, invece, F. FIORENTIN, *Decreto souotacarceri*, cit., p. 75.

³⁷ Cfr. Corte cost., sent. 16 maggio 1983, n. 137, in *Giur. cost.*, 1983, I, 804, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 54 comma 1 ord. penit., sollevata per contrasto con l’art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede che la riduzione sia frazionabile proporzionalmente all’espiazione di pene di entità non superiore al semestre.

alla detenzione si ritiene – anche se non pacificamente – che, ai fini dell’ammissibilità della prosecuzione in forma extramuraria della pena, sia possibile imputare *ex post* la pena già espiata (per reato non ostativo) alla condanna per reato ostativo³⁸. Non sembra che tale indirizzo sia esportabile nel settore della liberazione anticipata speciale: si finirebbe, infatti, per consentire al condannato di “depurare” la frazione di pena inserita successivamente nel cumulo, e di ottenere così lo speciale beneficio anche per i semestri relativamente ai quali, in assenza del provvedimento *ex art. 663 c.p.p.*, ciò non sarebbe stato possibile.

³⁸ Cfr., in tema di detenzione domiciliare, Cass., Sez. I, sent. 17 gennaio 2012, n. 5158, in CED Cass., n. 251860; in relazione all’affidamento “terapeutico”, Cass., Sez. I, sent. 3 dicembre 2013, n. 2285, cit.; Cass., Sez. I, sent. 14 dicembre 2010, n. 1405, cit.; in senso contrario, Cass., Sez. I, sent. 7 ottobre 2009, n. 41322, cit.