

QUESTIONI APERTE

Ostatività penitenziaria/Permessi premio

La decisione

Ordinamento penitenziario - Regime detentivo differenziato - Reati ostativi - Condannato non collaborante - Benefici penitenziari - Reclamo - Liberazione condizionale - Ergastolo ostativo - (Cost. art. 27; C.p., 416-*bis*, 176; L. n. 354 del 26 luglio 1975 artt. 4 *bis*, 30-*bis*, 30-*ter*, 58-*ter*).

Ai fini della valutazione sulla concedibilità dei permessi premio ex art. 30 ter ord. penit. ai condannati non collaboranti, per i delitti ostativi di prima fascia di cui all'art. 4 bis. ord. penit., allorché dagli elementi acquisiti possa escludersi sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che il pericolo di un loro ripristino, il giudice di sorveglianza è tenuto a procedere ad un esame in concreto, e a tutto campo, degli elementi "individualizzanti" del percorso rieducativo del detenuto, dal quale sia desumibile una prognosi attuale e pro futuro a recidere i legami criminali e a non riattivarli, sulla scorta dei principi espressi con la sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE QUINTA, 18 maggio 2022 (ud. 28/02/2022), - VESSICHELLI, *Presidente* - BRANCACCIO, *Relatore* - TAMPIERI, *P.G.*, - *Baranca, Ricorrente*.

L'erosione delle preclusioni assolute a beneficio di valutazioni individualizzanti del percorso rieducativo del detenuto.

La Suprema Corte di Cassazione, nel solco tracciato dalla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale sul tema dell'ostatività prevista dal primo comma dell'art. 4-*bis*. ord. penit. in relazione ai permessi premio ex art. 30 *ter* ord. penit., precisa che, ai fini della valutazione della concedibilità del beneficio dei permessi premio al condannato per i delitti di prima fascia, anche non collaborante, allorché dagli elementi acquisiti possa escludersi sia l'attualità del collegamento con la criminalità organizzata che il pericolo di un loro ripristino, il giudice di sorveglianza è tenuto a compiere una prognosi, attuale e *pro futuro*, di recisione dei collegamenti criminali, attraverso un esame in concreto di elementi di fatto "individualizzanti" del percorso rieducativo compiuto dal detenuto. A tal fine è richiesta una analisi totalitaria ed a tutto campo del percorso di vita *extra* ed *intra* carcerario, in una prospettiva dinamica di rieducazione e recupero del detenuto ispirata all'art. 27 Cost.

The waiver of the absolute exclusion of parole in the context of individualizing the re-educative path of the detainee. Notes to the margin of the sentence n. 240/2022 of the V. Section of the Supreme court of cassation.

According to the Supreme Court of Cassation, in the "grid" established by the 2019 Constitutional Court ruling on the matter of the opening to parole by art. 4-bis. Prison Ordinance, it specifies that, for the purpose of assessing the possibility of granting the benefit of parole for first-degree crimes, even non-collaborators, although from the acquired elements it can exclude both the actuality of the link with organized crime and the danger of a return, the judge of supervision is held to make a prognosis, current and future, of the ex-prisoner, through a specific examination of the "individualizing" elements of the rehabilitation path made by the detainee. To this end, a total and field-wide analysis of the extra-

prison and prison life path, in a dynamic perspective of re-education and recovery of the detainee, inspired by art. 27 Cost.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La modifica del sistema preclusivo a seguito della sentenza 253/19 della Corte Costituzionale. - 3. L'eliminazione della presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato per reati ostativi. - 4. L'analisi individualizzante e la prognosi pro futuro. - 5. Prospettive per il futuro.

1. Premessa. Con la sentenza n. 240/2022 la V Sez. della Corte di cassazione si ritrova nuovamente a dover annullare l'ordinanza emessa dal Tribunale di Milano di reiezione del reclamo *ex art. 30-ter* ord. penit. presentato da un detenuto condannato all'ergastolo, in regime detentivo speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

La sentenza in commento si inserisce nel tortuoso e accidentato percorso – per lo più di matrice giurisprudenziale – che si è tentato di intraprendere per ricondurre la disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., e con sé i diritti e le libertà del condannato per reati ostativi, a quei principi propri della Costituzione che esigono una riformulazione del c.d. sistema del doppio binario *in executivis*, in quanto, quale che sia il reato per cui si procede, non può essere considerata legittima quella pena che non tende alla rieducazione del condannato¹.

Una breve premessa pare, allora, opportuna per ricostruire le evoluzioni e gli interventi che hanno interessato l'art. 4-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975, n. 354².

Mediante l'introduzione della disposizione in commento venne stabilito un doppio regime penitenziario che instaurava un regime speciale di preclusioni per l'accesso ai benefici penitenziari su di un criterio distintivo «sempre ri-

¹ Senza alcuna pretesa di esaustività, sulla funzione rieducativa della pena cfr. DOLCINI, *Pena e Costituzione (Punishment and Constitution)* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1, 3-33; AVERARDI, *La funzione rieducativa della pena*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, 1, 145-166. 2019; FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, 4, 1657-1666. MAGNANESI-RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, nel quale si ricorda come la Corte cost. con la sentenza n. 204/74 qualifichi la rieducazione del condannato come «fine ultimo e risolutivo». In senso parzialmente contrario, Corte cost. n. 257/2006, indica un bilanciamento tra le varie funzioni rilevando che non è possibile fissare aprioristicamente una gerarchia fissa (tra le funzioni della pena) è necessario un «sistema normativamente flessibile» affinché «il sacrificio di una funzione sia il minimo indispensabile per realizzare il soddisfacimento dell'altra».

² FIORIO, *Il doppio binario penitenziario*, in questa *Rivista*, 2018, 1, 3 ss.

conducibile alla natura del reato commesso» e «prevalentemente diretto a diversificare le regole probatorie dettate per l'ammissione alle varie misure³ »per i condannati di reati di mafia, di strage ed eversione; reati particolarmente gravi, denominati appunto ostativi. Nella versione originaria, l'art. 4-*bis* ord. penit., introdotto dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (convertito nella L. 12 luglio 1991, n. 203), operando una bipartizione tra due fasce di reati⁴, assolutamente e relativamente ostativi, disponeva, per i primi⁵, che alcuni dei principali benefici previsti dall'ordinamento penitenziario⁶ potessero essere concessi solo dopo l'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Questa disciplina, successivamente, ha subito un inasprimento con l'emanazione del d.l. n. 306, 8 giugno 1992, con il quale si stabiliva che ai condannati per i delitti di prima fascia⁷ potessero essere concessi i benefici penitenziari a condizione che questi collaborasse con la giustizia⁸. Si assiste così al passaggio da un modello che introduce una preclusione giustificata dalla presenza di alcuni elementi critici di pericolosità, ad un sistema di preclusioni rimosibili soltanto attraverso una condotta qualificata, ovvero la collaborazione⁹. Ad oggi, il quadro normativo di riferimento è stato completamente stravolto¹⁰, potendosi riscontrare nel contenuto-

³ GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *ID.*, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994.

⁴ Per la distinzione originaria cfr. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della Sent. 253/2019 della Corte Cost.*, in *La legislazione penale*, 2020, 2.

⁵ Nello specifico, nel primo gruppo venivano ricompresi i condannati per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale (art. 270-*bis* c.p. e art. 11 L. 29 maggio 1982 n. 304), per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. (associazione di tipo mafioso) ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dal medesimo articolo, nonché per i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di rapina o estorsione) e all'art. 74 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope).

⁶ Nello specifico: l'assegnazione al lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.), i permessi premio (art. 30-*ter* ord. penit.) e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI ord. penit. tra cui l'affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, nelle sue varie articolazioni, e semilibertà ad eccezione della liberazione anticipata.

⁷ Inseriti nel novero dei reati c.d. di "prima fascia" erano ricompresi i delitti con finalità di terrorismo o eversione, i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p., e quelli commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le associazioni mafiose, nonché i delitti di cui all'art. 630 c.p. e all'art. 74 d.P.R. 309/1990.

⁸ Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578; Cass., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 30434.

⁹ Corte cost., n. 68 del 1995.

¹⁰ Per un'esauritiva ricostruzione degli interventi normativi cfr. FIORIO, *Il doppio binario penitenziario*, in questa *Rivista*, 2018, 1. 5-6, cit. «l'art. 4-*bis* ord. penit. è stato inserito, nella legge fondamentale di

re costituito dall'art. 4-*bis* ord. penit. un complesso eterogeneo di reati, anche non tipicamente espressivi di forme di criminalità organizzata o di natura mono-soggettiva¹¹.

Come è noto, nel campo del diritto, più è forte il richiamo di una disciplina alla sponda politica, più è marcata la sua naturale esposizione a profili di incompatibilità col sistema di appartenenza, ovvero quello giuridico, il quale non risponde ad istanze e richiami passionali e populistici, propri della «*nouvelle vague* politico-criminale¹²», ma, piuttosto, ad esigenze di organicità e coerenza sistematica. È per questo che sin dalla sua introduzione la disciplina prevista dall'art. 4-*bis* ord. penit. ha subito una serie di interventi giurisprudenziali¹³ che, pur avendo interessato solo questioni relative a singoli aspetti della disciplina, lasciando inalterato l'impianto generale¹⁴, hanno avuto il pregio di rappresentare il primo passo di un intervento regolatore teso a contenere e limitare l'operatività del sistema preclusivo in commento¹⁵. Ciononostante, il limitato ambito operativo dei suddetti arresti giurisprudenziali ha fatto sì che la disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., rimanesse esposta a censure di

ordinamento penitenziario, dall'art. 1 comma 1 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203 e, poi, successivamente modificato dall'art. 15 comma 1 d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356; dall'art. 1 d.l. 14 giugno 1993, n. 187, conv. dalla l. 12 agosto 1993, n. 296; dall'art. 11 d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4; dall'art. 6 l. 19 marzo 2001, n. 92; dall'art. 11 l. 30 luglio 2002, n. 189; dall'art. 1 l. 23 dicembre 2002, n. 279; dall'art. 15 l. 6 febbraio 2006, n. 38; dall'art. 3 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38; dall'art. 2 comma 27 l. 15.7.2009, n. 94; dall'art. 15 comma 6 l. 23.7.2009, n. 99; dall'art. 7 l. 1° ottobre 2012, n. 172; dagli artt. 3-*bis* comma 1 e 20 comma 4 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. dalla l. 17 aprile 2015, n. 43; dall'art. 1 comma 1 l. 23 febbraio 2015, n. 19.».

¹¹ RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile seguito dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte Costituzionale*, in *Sistema Penale*, 2022, 2 ss.

¹² L'espressione è di MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, 12.

¹³ Per un elenco esaustivo degli arresti giurisprudenziali in tema di ostatività penitenziaria cfr. LONATI, *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni*, in questa *Rivista*, 2022, 21-30.

¹⁴ MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2020, 2, 2.

¹⁵ Sul tema dell'erosione delle rigidità preclusive dell'art. 4-*bis* o.p. cfr. TRAVAGLIA-CICIRELLO, *La funzione rieducativa della pena, le rigidità dell'ergastolo e l'opera correttiva della giurisprudenza costituzionale*, in *DPP*, 2019, 363; ed anche Corte cost. n. 357, 27 luglio 1994; Corte Cost., n. 68, 1 marzo 1995; Corte Cost. n.306, 7 agosto 1993, i cui principi sono stati recepiti nella vecchia formulazione del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis*, ord. pen., in tema di "collaborazione inesigibile"; Corte cost. n. 232 e 213 del 2013; Corte cost. n. 164 e 182 del 2011; Corte cost. n. 239 del 2014; Corte cost. n. 76 del 2017; Corte cost. n. 178 del 2018, sulla ostatività automatica della detenzione domiciliare speciale e ordinaria per le madri di prole di età pari o inferiore a dieci anni; ed infine le note Corte cost. n. 253 del 2019, Ordinanza Corte Cost. n. 97 del 2021, punto 9..

incostituzionalità, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, co. 2; 24, co. 3 e 27, co. 3, Cost., per la sua attitudine ad arrecare «inquietanti *vulnera* alla finalità rieducativa della pena in nome della collaborazione *post rem iudicatum*¹⁶». Non poteva infatti essere dissimulata una certa diffidenza nei confronti di un meccanismo *sui generis* come quello che lega una richiesta istituzionale di collaborazione ad un automatismo assoluto di preclusione, produttivo di conseguenze peggiorative delle condizioni carcerarie. Uno scambio di sospetta natura economica, dove alla libertà corrisponde, come sua *ratio*, la collaborazione con la giustizia. Un *do ut des* alla cui sottrazione si realizza un trattamento disumano e degradante¹⁷, un meccanismo non certo proprio di un sistema ispirato storicamente a principi di garantismo che per loro natura non sono suscettibili di essere mercanteggiati¹⁸.

Recentemente, però, il vento sembra essere cambiato. Ed infatti, già da tempo¹⁹, da Strasburgo spirano richiami ad un garantismo di sostanza²⁰. Inoltre, c'è chi ha rilevato che il muro rappresentato dal sistema delle presunzioni assolute di ostatività è stato scalfito da «colpi di piccone assestati²¹» dal giudice delle leggi, il quale ha deciso di intervenire seguendo la rotta tracciata dalle regole e dai principi internazionali. In particolare, per il tema che qui ci occupa, la Corte costituzionale, attraverso la declaratoria di incostituzionalità dell'art 4-*bis* in relazione all'art. 30-*ter* ord. penit., operato con la sentenza n. 253 del 2019, ha invocato la sostituzione della presunzione assoluta di pericolosità sociale con una presunzione relativa, mettendo finalmente in discussione il dogma oltre che la norma. La regolamentazione della materia, che pesa, e non poco, sul delicato equilibrio politico di compromesso sul quale poggia il nuovo governo, è stata demandata dapprima allo strumento della decreta-

¹⁶ FIORIO, *Ergastolo ostativo*, in *Treccani enciclopedia*, 2019.

¹⁷ ZAGREBLESKY, *La pena detentiva "fino alla fine" e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in *Per sempre dietro le sbarre*, 2019, 16 ss.

¹⁸ In senso analogo sulla impossibilità di scambio tra libertà fondamentali ed interessi statali: «Un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata», *cit.* Corte Cost., n. 317, 4 dicembre 2009, in *Cass. Pen.* 2010, 1729.

¹⁹ Tra i più noti cfr. Corte EDU., Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia; nonché, Id., Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

²⁰ Corte EDU, Viola c. Italia, 13 giugno 2019.

²¹ L'espressione è di PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, 6.

zione d'urgenza, con il d.l. 162/2022²², e – come si vedrà nel prosieguo – successivamente è confluita nella legge di conversione del 30 dicembre 2022 n. 199²³.

2. La modifica del sistema preclusivo a seguito della sentenza 253/19 della Corte Costituzionale. È l'impianto motivazionale della sentenza della Corte cost. n. 253²⁴ che la quinta sezione penale della Suprema corte fa proprio nell'annullare nuovamente la sentenza del Tribunale di Milano, che era stata già preceduta da simile provvedimento di annullamento della Cassazione, con vincolo di rinvio attribuito allo stesso Tribunale di sorveglianza. Ed invero, a fronte del predetto annullamento, con il quale la Suprema corte aveva sollecitato il tribunale milanese allo svolgimento di un'ulteriore istruttoria, avente ad oggetto la valutazione della pericolosità sociale dell'istante, secondo la Corte di legittimità, il Tribunale di sorveglianza di Milano avrebbe abdicato al ruolo di garante del detenuto, ispirandosi ad un proprio malcelato (pre)giudizio morale, richiedendo al condannato un'abiura morale ed interiore, rivolta al proprio passato criminale, in luogo della richiesta verifica in concreto della pericolosità del condannato. Così facendo il Tribunale non avrebbe preso «atto del mutamento» del «quadro normativo accaduto nel caso di specie per effetto della sentenza del 2019 della Corte costituzionale».

²² D.l. n. 162/2022 «*Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali.*»

²³ L. n. 199/2022 recante «*Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di termini di applicazione delle disposizioni del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, e di disposizioni relative a controversie della giustizia sportiva, nonché di obblighi di vaccinazione anti SARS-CoV-2, di attuazione del Piano nazionale contro una pandemia influenzale e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali.*»

²⁴ Tra i contributi sul tema cfr.: PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum Quad. Cost.*, 2020; RUOTOLO, in *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2019; CERASE, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, in *Forum Quad. cost.*, 2020, 1 ss; PELISSERO, *Permesso premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Legis. Pen.*, 2020, 1 ss.; CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1; MEGHINI, *Permesso premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2020, 410 ss.

La Suprema corte osserva come il Tribunale di sorveglianza di Milano, in virtù della natura del mezzo d'impugnazione previsto dall'art. 30-*bis* ord. penit.²⁵, ben avrebbe potuto e dovuto valutare la correttezza della decisione contestata, considerando le sopravvenienze probatorie e normative, con particolare riguardo alle indicazioni interpretative del giudice delle leggi che, ammettendo prova contraria - allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti - ha inteso sostituire la presunzione assoluta di pericolosità sociale in presunzione relativa; in questo, del resto, consisteva il vincolo di rinvio posto con il provvedimento rescindente, effettuato in prima battuta dalla prima sezione della Suprema Corte.

Ed è così, quindi, che, per la Suprema Corte, l'ostinazione argomentativa del Tribunale di sorveglianza di Milano diviene simbolo e pretesto per respingere quella corrente interpretativa carcerocentrica, sorda agli effetti dell'incostituzionalità dichiarata sentenza n. 253 del 2019²⁶.

3. L'eliminazione della presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato per reati ostativi. Com'è noto la predetta sentenza²⁷ pur non inficiando *tout court* il regime delle preclusioni per i reati ostativi, indebolisce la solidità dei regimi preclusivi²⁸ e mette in discussione l'assunto da cui origina l'impianto costituito dal combinato disposto di cui all'arte. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., secondo cui il silenzio del reo equivale, sempre e comunque, a mancata abiura e permanente pericolosità sociale²⁹.

²⁵ L'art. 30-*bis* ord. pen. prevede un mezzo di impugnazione avente natura devolutiva secondo i principi fissati dall'art. 597, comma 1, cod. proc. pen.

²⁶ Nel dettaglio: la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ord. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

²⁷ PUGIOTTO, *La sentenza 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *FQCost*, 2020.

²⁸ PELISSERO, *Permesso premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della Sent. 253/2019 della Corte Cost.*, in *La legislazione penale*, 2020, 1 ss.

²⁹ PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte Costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, 6.

Secondo la Corte costituzionale e, per richiamo espresso, secondo il giudice di legittimità, la presunzione assoluta di pericolosità sociale, che si ricollega alla mancata collaborazione del detenuto, che può ma non vuole collaborare³⁰, non è compatibile con la Carta costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza e della finalità rieducativa della pena. L'assolutezza della generalizzazione imposta dall'art. 4-*bis* ord. penit. deve poter essere contraddetta, in quanto, in caso contrario, impedirebbe «alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto e secondo criteri individualizzanti il percorso carcerario del condannato, ai fini dell'ammissione al permesso premio che ha una peculiare funzione pedagogico-propulsiva³¹». Per di più, la Suprema corte ricorda come non possa contemplarsi un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena in conseguenza della scelta del detenuto di non collaborare.

La sentenza n. 253 della Corte costituzionale ha così stabilito che «la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, non più assoluta, possa essere sì superata, ma solo in forza dell'acquisizione di altri congrui e specifici elementi, che lo stesso condannato ha l'onere di allegare a sostegno della mancanza di attualità e del pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, oltre che sulla base delle dettagliate informazioni ricevute dalle autorità competenti». Ragionare diversamente, secondo la Corte, comporterebbe ulteriori implicazioni quali il sacrificio del diritto al silenzio, nonché lo stravolgimento del criterio costituzionalmente vincolante, in materia di benefici penitenziari, di operare una valutazione individualizzata per ogni detenuto. La Corte prosegue il suo ragionamento osservando che il sistema delle presunzioni assolute, ancor più nel campo dei diritti fondamentali della persona, è irragionevole tutte le volte in cui sia possibile formulare ipotesi reali di accadimenti contrari alle generalizzazioni poste secondo l'*id quod plerumque accidit* che segue la presunzione³².

³⁰ Per le diverse figure di non collaboranti cfr. CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?* Note a margine della Sent. n. 20 del 2022 della Corte Costituzionale, in *Sistema Penale*, 2022, 3 ss.

³¹ Sui principi di proporzionalità, individualizzazione e progressività del trattamento cfr. a Corte cost. n. 255, 4 luglio 2006, nella quale si afferma che «in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena (sentenze n. 445 del 1997 e 306 del 1993) e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari (sentenza n. 504 del 1995)» et al. DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale liberale*, in *DPC*, 2019, 7 ss.

³² Precedenti: Corte Cost. n. 139 del 1982, n. 41 del 1999, n. 139 del 2010, n. 291 del 2010, n. 57 del 2013, n. 185 del 2015, n. 213 del 2013, n. 232 del 2013, n. 268 del 2016, n. 265 del 2019.

Nel caso di specie, richiamando i principi espressi nella sentenza del giudice delle leggi, la Suprema Corte evidenzia come il Tribunale di Milano si sia posto al di fuori di tali confini di legalità costituzionale, pronunciandosi con una motivazione dalla «matrice spiccatamente eticizzante», ispirata da «moralismi» che puntano «all'emenda e del condannato da un punto di vista personale ed intimo».

Il Tribunale di sorveglianza di Milano avrebbe, infatti, omissso quella verifica in concreto degli elementi individualizzanti fermanosi «all'esame del *curriculum* criminale di elevatissimo spessore» del condannato, il quale, pur dovendo essere posto in una dinamica di corretto bilanciamento con il percorso rieducativo intrapreso, non può assorbirlo pregiudizialmente, pena l'esautoramento della funzione di garanzia attribuita dall'ordinamento allo stesso Tribunale di sorveglianza.

Viene ricordato, inoltre, il fallace assunto secondo il quale la scelta di collaborazione con la giustizia equivale a pentimento e, parimenti, una sua omissione dimostra inequivocabilmente la conservazione dei legami con l'organizzazione criminale³³. È così, infatti, che il Tribunale di Milano, prima, ricerca nel ricorrente una qualsivoglia «presa di distanza» dall'organizzazione criminale quale indice di un'ipotetica collaborazione, e, poi, riconduce l'assenza dal «mancato riferimento lessicale del detenuto al termine mafia» ad un collegamento attuale con l'organizzazione criminale.

Per tali ragioni la Suprema corte conclude censurando l'irrelevanza dell'indagine operata dal Tribunale di sorveglianza di Milano, rivolta all'individuazione di quegli elementi che testimoniano l'interiorizzazione di una nuova consapevolezza del condannato. Al contrario, sostiene la Suprema corte, l'indagine necessaria non può che interessare elementi individualizzanti, concreti e attuali³⁴, sulla mancanza di collegamenti passati e sul pericolo del

³³ Sulla mancata corrispondenza tra collaborazione e pentimento cfr. Corte cost. n. 306, del 1993, *cit.* «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione [...] di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale»; nonché alla sentenza Viola c. Italia, 7 ottobre 2019, Corte EDU, nella quale si osserva come «considerare la collaborazione con le autorità quale unica dimostrazione possibile della dissociazione del condannato conduce a trascurare gli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la dissociazione con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia».

³⁴ In senso analogo cfr. Corte cost., ordinanza n. 97/2021, che in tema di ergastolo ostativo specifica che «per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata, e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento sarà quindi necessaria

loro ripristino per il futuro, dai quali «si possa desumere non già un'emenda intima personale ed umana del proprio passato», propria di una sfera di difficile sindacato fattuale «bensì la proiezione attuale a recidere i collegamenti criminali mafiosi e a non riattivarli nel futuro in una prospettiva dinamica di rieducazione e recupero del detenuto monitorata attraverso un esame a tutto campo della sua vita».

4. L'analisi individualizzante e la prognosi pro futuro. La sentenza in commento pur potendo essere iscritta nelle fila delle decisioni orientate alla protezione del nucleo proprio dei diritti e delle libertà fondamentali del reo, tradisce una certa debolezza di spirito, a ben vedere non propria, ma conseguente all'incedere, forse troppo accorto, della pronuncia 253/19 Corte Cost., alla quale espressamente si ispira.

Procedendo con ordine, però, sembra possibile segnalare la pregevole operazione di identificazione, compiuta dalla Corte di legittimità, di quegli elementi, in altre sedi solo richiamati in astratto, utili alla declaratoria di assenza del pericolo di sussistenza e ripristino dei collegamenti criminali. Ed è così che la Suprema corte, dopo aver censurato l'operato del Tribunale di sorveglianza, pone l'accento sulla condotta inframuraria del condannato, sulla mancanza di rilievi disciplinari e sulla partecipazione al progetto di formazione scolastica e alla sua disponibilità al lavoro. È dato poi rilievo al profilo psicologico del reo, ma non già in cerca di un pentimento interiorizzato o di negazione del suo passato, bensì verso la realizzazione di un percorso compiuto dal condannato che si è confrontato con le proprie scelte e le circostanze che lo hanno condotto ad esse - in particolare il difficile contesto economico e la morte del padre - assumendo così una maggiore consapevolezza ed avviando una riflessione sul proprio percorso di vita. Infine, la Corte stigmatizza la genericità di alcuni giudizi negativi formulati nelle relazioni della DDA, riferite all'attualizzazione della verifica di appartenenza mafiosa, contrapponendole, e di fatto subordinandole, alle positive relazioni carcerarie sul percorso rieducativo.

Al netto di tali elementi - la cui individuazione assume un valore positivo in considerazione della funzione nomofilattica propria della Suprema corte - non può che rilevarsi l'ancora presente riverbero del peso stigmatizzante del

l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità de suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino.».

sistema del doppio binario penitenziario e della sua ostinata conservazione³⁵. Emblematico, a tal riguardo, è il rigore probatorio cui è onerato il detenuto che richiede la concessione del permesso premio. Grava infatti sul condannato l'onere di specifica allegazione, in quello che costituisce un sostanziale inversione dell'onere probatorio, in ordine alla rescissione dei rapporti con l'organizzazione criminale³⁶. È proprio questo il punto che sembra essere stato mancato sia dalla sentenza della Corte costituzionale sia dal Giudice di legittimità, in sede di applicazione al caso concreto. L'onere probatorio, che nel caso di specie implica una dimostrazione negativa, non può gravare sul condannato. Piuttosto esso potrebbe essere chiamato a rispondere, disculpandosi, ad eventuali attribuzioni di condotte che dimostrino, ad esempio, la sopravvivenza di un vincolo con il contesto criminale di riferimento. A ciò si aggiungano le valutazioni del tribunale di sorveglianza, le relazioni della pertinente autorità penitenziaria, nonché le informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente, oltre agli ulteriori adempimenti istruttori introdotti con la L. 199/2022. In quest'ottica, il susedito regime probatorio rafforzato³⁷ rischia di vedere compromessa l'operatività della ormai acclarata concedibilità dei permessi premio per i condannati di cui all'art. 4-*bis*³⁸. Tale rischio, che a dir la verità è più che una certezza, è la sopravvivenza di fatto della preclusione assoluta di non concedibilità al condannato non collaborante, determinata da un sistema istruttorio di accertamento della predetta concessione dei benefici penitenziari che, come un palazzo costruito su un terreno cedevole, sembra progettato proprio per fallire.

Peraltro il mancato riferimento nella sentenza in commento al tema in oggetto, che segue il silenzio della Corte costituzionale, trova conforto nelle recenti modifiche operate in sede di legislazione d'urgenza e nella legge di conver-

³⁵ Sul punto appare rilevante il comunicato dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale: «Si auspica che il tema della sicurezza dei cittadini non sia affrontato esclusivamente, né prevalentemente, sul terreno della pena carceraria: [...] il carcere, più di ogni altra tipologia sanzionatoria, genera recidiva, e mette quindi a repentaglio la sicurezza dei cittadini.» in *DPC*, 2018, 1.

³⁶ RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale* 12 dicembre 2019.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Peraltro la presunzione di ostatività rimane assoluta per i condannati in regime di 4-*bis* i quali sono esclusi dal novero dei possibili beneficiari di permessi premio come afferma RUOTOLO in *Riflessione sul possibile seguito dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte Costituzionale*, in *Sistema Penale*, 2022, 3 ss.

sione³⁹. Ciononostante non possono passare inosservate quelle numerose proposte che chiedono una reinversione dell'onere probatorio sul fronte accusatorio. L'ipotesi è quella di una totale abrogazione delle forme collaborative, ovvero di quei «gironi danteschi» costituiti dai commi 1 e 1-ter dell'art. 4-bis ord. penit., mediante un meccanismo di preclusione che operi solo quando sia fornita la prova, da parte dell'accusa, di elementi attuali concreti e specifici fondati su circostanze di fatto espressamente indicate a pena di nullità dell'ordinanza, che dimostrino la presenza di collegamenti con la criminalità⁴⁰. Ciò oltre a ripristinare un contatto con i principi fondanti dell'ordinamento processual penalistico, consentirebbe la riespansione della funzione giurisdizionale del magistrato di sorveglianza, il quale nel sistema attuale rimane vincolato sia agli adempimenti istruttori richiesti dal comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit. sia dalle loro risultanze. Sul punto infine non può non osservarsi come ad un esame attento dell'ultima ordinanza della Corte costituzionale sul tema della modifica dell'art. 4-bis ord. penit.⁴¹ la Corte sembri suggerire proprio una siffatta lettura di impostazione, riferendosi «all'ampliamento delle fonti di conoscenza della magistratura di sorveglianza», e ponendo l'accento sulla previsione di cui al comma 2 dell'art. 4-bis ord. penit. nella parte in cui prevede l'onere in capo al detenuto di fornire elementi di prova contraria nel «caso di indizi, emergenti dall'istruttoria⁴²». In tale passaggio sembrerebbe corretto scorgere quella tanto sperata inversione dell'onere di allegazione gravante sul detenuto, a discapito del meccanismo previsto – in maniera più che infelice – dall'art. 1-bis ord. penit.⁴³

5. Prospettive per il futuro. Volgendo uno sguardo d'insieme alla disciplina ed al futuro prossimo che l'attende, d'obbligo appaiono alcune riflessioni. Infatti, in considerazione del perimetro circoscritto di operatività della declaratoria di incostituzionalità, rivolta al solo permesso premio, e la espressa

³⁹ Cfr. Decreto-legge n. 162/2022 e alla legge di conversione n. 199/2022.

⁴⁰ FIORIO, Convegno organizzato da Amicus Curiae, Università degli Studi di Ferrara - Dipartimento di Giurisprudenza, *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo e la liberazione condizionale*, Ferrara 25.09.2020.

⁴¹ Corte Cost. n. 227, 10 novembre 2022.

⁴² Art 4-bis comma 2 L. 352/75 «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà».

⁴³ GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sistema Penale*, 2022, 17.

menzione da parte del giudice delle leggi di non relazione tra la suddetta declaratoria e la liberazione condizionale - che suona quasi come una *excusatio non petita* - sembra corretto sostenere che, così stando le cose, i principi, ben più ampi e deflagranti, della sentenza Viola della Corte europea dei diritti dell'uomo rimangono inattuati⁴⁴.

L'elefante nella stanza è certamente rappresentato dall'ergastolo ostativo⁴⁵. Al netto delle teorie abolizioniste sull'ergastolo in generale⁴⁶ - forse tanto elevate quanto distanti dall'attuale sostrato politico culturale - la non concedibilità ai condannati alla pena dell'ergastolo per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. pare poter essere considerato un ostacolo superato nel percorso che conduce verso i principi di umanità e proporzionalità della pena; e ciò anche alla luce dell'ordinanza n. 97 del 2019⁴⁷ della Corte costituzionale e dei suoi successivi e recenti sviluppi nell'attuale panorama legislativo. Come è noto, con la predetta ordinanza la Corte aveva richiesto un intervento parlamentare⁴⁸. Il legislatore, al quale è stato concesso «un congruo termine per affrontare la materia⁴⁹», ha invero attuato una vera e propria riformulazione dell'art. 4-*bis* ord. penit., coinvolgendo, di conseguenza, anche l'intera disciplina della concessione dei benefici ai detenuti condannati per reati ostativi⁵⁰.

⁴⁴ PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Legis. Pen.*, 2020, 1 ss.

⁴⁵ Corte EDU, Viola c. Italia, 13 giugno 2019, Ric. n. 77633/16. Su questa sentenza cfr. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena* (Italy's new conviction by the European Court of Human Rights: life sentence without parole violates the principle of humanity of punishment) *Nota a sent. CEDU sez. I 13 giugno 2019 (Marcello Viola vs Italia (n. 2))*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 2, 925-935; SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *DPC*, 2019; MORI-ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *GPW*, 2019; PUGLIESE-VINCENZO, *Riforma dell'ergastolo ostativo: una breccia nel muro di cinta del fine pena mai*, in *Rivista penale*, 2020, 2, 137-140.

⁴⁶ Vedi tra tutti, *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di PALIERO, VIGANÒ, BASILE, GATTA, Milano, 2018, 3.

⁴⁷ RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile seguito dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte Costituzionale*, in *Sistema Penale*, 28 Febbraio 2022; LEGGIERO, *Ancora una questione di costituzionalità concernente l'ergastolo ostativo*, in *Rivista penale*, 2021, 3, 237; MANNA, *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in questa *Rivista*, 2021, 3.

⁴⁸ DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale*, 2021, 11.

⁴⁹ Corte cost. ord. n. 97, 11 maggio 2021, 11.

⁵⁰ Basti pensare che nell'ordinanza 11 maggio 2021, n. 97 Corte Cost. la Corte richiede al legislatore una «più compiuta disciplina che valorizzi l'emersione delle ragioni della mancata collaborazione».

Dall'ordinanza n. 97 del 2021⁵¹ della Corte costituzionale è passato più di un anno⁵² ed il primo appuntamento previsto davanti alla Corte, sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter*, ord. penit., è sfumato per il ritardo parlamentare. Dal canto suo la Camera dei deputati, il 31 marzo 2021, ha approvato una proposta di legge⁵³ il cui esame si è interrotto al vaglio del Senato⁵⁴ a causa del termine inaspettato della precedente legislatura.

Come brevemente accennato, il nuovo Governo ha, invero, proseguito l'iter di riformulazione della disciplina prevista dall'art. 4-*bis* ord. penit. già iniziato dal Governo precedente.

Il risultato di questo lavoro è confluito nel d.l. n. 162 del 31 ottobre 2022 - il quale riprende in larghissima parte il testo della proposta di legge approvata dalla Camera dei deputati - e, giocoforza, nella relativa legge di conversione n. 199 del 30 dicembre 2022. Quest'ultima - eccetto alcune modifiche dell'ultimo minuto, vedi *infra* - non incide in maniera sostanziale sul testo del decreto legge, confermandone l'impianto decisamente di senso opposto rispetto ai contenuti delle richieste comunitarie e della Corte costituzionale.

Sin dal principio, l'emanazione del citato decreto legge è stata segnata da non poche critiche, dirette tanto al contenuto⁵⁵ quanto al mezzo di proposizione

⁵¹ DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema Penale 2021*; GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

⁵² Per la successione dei disegni di legge in materia, Bossio (AC 1951), Ferraresi (AC 3106)273, la proposta di legge Delmastro Delle Vedove (AC 3184) 274, e la proposta di legge Paolini (AC 3315) vedi LONATI, *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni*, in questa *Rivista*, 2022, 76.

⁵³ Disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati il 31 marzo 2022, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge d'iniziativa dei deputati: Bossio e Magi, Ferraresi, Bonafede, Ascari, Sarti, Cataldi, Di Sarno, D'orso, Giuliano, Perantoni, Saitta, Salafia, Scutella, Aiello, Baldino Caso, Migliorino, Palmisano, Dori ed Tripodi,; Del Mastro, Delle Vedove Butti Cianuro, Deidda, Donzelli, Ferro, Foti, Galantino, Lucaselli, Maschio, Montaruli, Prisco, Rotelli, Silvestroni, Varchi e Vinci, Paoloni, Turri, Bis, Di muro, Marchetti, Morrone, Potenti, Tateo e Tomasi; Stampati Camera nn. 1951, 3106, 3184 e 3315).

⁵⁴ Per un primo commento al disegno di legge cfr. FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, in *Il Sole 24 ore*, 9 aprile 2022, ed anche in *Guida Dir.*, 2022.

⁵⁵ Nota dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, *Osservazioni sul d.l. 31 ottobre 2022. n. 162 del 4 novembre 2022*, nella quale si manifestano « [...] preoccupazion(i) per il ricorso ad un decreto-legge in materia penale, il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, che presenta plurimi, preoccupanti profili di illegittimità costituzionale [...] che inaspriscono la disciplina dei c.d. reati ostativi in termini che vanno ben al di là delle indicazioni che erano state date dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 97/2021».

legislativa; autorevole dottrina ha invero osservato come, nel caso di specie, ci si trovi «lontani anni luce dalle ipotesi di straordinaria necessità ed urgenza» invocata ai fini dell’emanazione del decreto legge in parola laddove, piuttosto, sia invece evidente la volontà di salvare l’ergastolo ostativo dalla «scure della Corte costituzionale»⁵⁶.

Sebbene con il d.l. n.162/2022 sembrasse ormai svanita «l’occasione per rivedere in senso restrittivo il catalogo dei reati di prima fascia»⁵⁷ ivi rimanendo inalterato il novero dei reati previsti dal primo comma dell’art. 4-*bis* ord. penit. – e ciò contrariamente a quanto invece richiesto proprio dalla Corte costituzionale⁵⁸ – in sede di conversione il Parlamento ha provveduto a rivedere la *black list* contenuta al primo comma dell’art. 4-*bis* ord. penit., espungendo dal catalogo dei c.d. reati ostativi i delitti contro la pubblica amministrazione e precisamente i delitti previsti dagli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, comma 1, 320, 321, 322 e 322-bis c.p.

La citata operazione di “snellimento” segna, per la prima volta dalla introduzione dell’art. 4-*bis* ord. penit., un intervento di senso contrario alla tendenza accrescitiva dell’elenco dei reati ostativi, cui nostro malgrado siamo stati abituati ad assistere⁵⁹. Questa, però, risulta essere l’unica nota positiva dell’attività di conversione svolta dal Parlamento.

La legge di conversione non modifica, infatti, l’introduzione, effettuata per il tramite del d.l. 162/22, dell’estensione del regime differenziato di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. ai condannati per delitti diversi da quelli ostativi, qualora il giudice di cognizione o dell’esecuzione accerti che questi siano stati commessi per eseguire od occultare uno dei reati ostativi, ovvero per conseguire o assi-

⁵⁶ DOLCINI, *L’ergastolo Ostativo riformato in articolo mortis*, in *Sistema Penale*, 2022, riproduce una relazione tenuta all’incontro “*L’ergastolo ostativo nella società e nell’ordinamento: Silenzio, parla la Corte costituzionale*”, organizzato da Italia Stato di Diritto, dalla Camera penale di Roma e dall’Ordine avvocati di Roma il 4 novembre 2022.

⁵⁷ DOLCINI, *Id.* in *Sistema Penale*, 7 novembre 2022.

⁵⁸ Così, Corte Cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 12 del considerato in diritto. In senso analogo, Corte Cost. n. 97, 11 maggio 2021, cit., punto 10 del ‘considerato in diritto’, nonché, precedentemente, Corte Cost. n. 188, 18 luglio 2019, cit., punto 3 del ‘considerato in diritto’.

⁵⁹ ALESSANDRO RICCI, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale*, 2022, 2, 2.

curare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati⁶⁰.

Quanto al tema dei benefici penitenziari, la novella legislativa ha il pregio di eliminare la presunzione assoluta di sussistenza dei legami con la criminalità organizzata che preclude, al condannato non collaborante, la concessione dei benefici di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., con riferimento a tutti i benefici attualmente esclusi e rispetto a tutti i condannati alla pena detentiva o a quella perpetua, per ogni titolo di reato ostativo⁶¹.

Viene di fatto introdotto un regime probatorio rafforzato e differenziato rispetto a due sottocategorie di reati ostativi, associativi e non associativi⁶². Per i primi, al già gravoso onere di allegazione, gravante sul condannato, degli specifici elementi che consentono di escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti⁶³, viene richiesta la presenza di ulteriori condizioni concomitanti ai fini della concessione dei benefici⁶⁴.

Sono poi richieste una serie di informazioni e pareri da acquisire dalla procura presso il Tribunale che ha emanato la sentenza⁶⁵, - o nei casi di cui all'art. 51 comma 3-*bis* e comma 3-*quater* c.p.p., il parere è richiesto al Procuratore nazionale antimafia ed al pubblico ministero presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado - dal comi-

⁶⁰ La norma riproduce la formulazione dell'aggravante della connessione teleologica prevista dall'art. 61 primo comma n. 2).

⁶¹ LONATI, *Id.*, in *Archivio Penale*, 12 settembre 2022.

⁶² Art. 1 comma 1 lett. a) n. 2 del Decreto-legge n. 162/2022.

⁶³ Laddove il comma 1-bis.1 prevede per i condannati per reati ostativi non connessi alla criminalità organizzata un regime probatorio meno rigoroso consistente nell'allegazione di specifici elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con il contesto criminale specifico.

⁶⁴ - la dimostrazione «(del)l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento»;

- l'allegazione di «elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione»;

- la «revisione critica della condotta criminosa»;

- «la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

⁶⁵ Art.1, lett. a) n. 3 Decreto legge n. 162/2022.

tato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica del luogo di detenzione del condannato, e dall'istituto nel quale l'istante si trova recluso⁶⁶.

Per quanto riguarda la disciplina riguardante la concessione dei permessi premio ex art. 30-ter ord. penit., nell'ipotesi di delitti con finalità di terrorismo, di eversione dell'ordine democratico ovvero delitti di cui all'art. 416 bis c.p., l'art 1 lett. c) del d.l. 162/2022 effettuava una traslazione di competenza ad autorizzare i permessi premio dal magistrato di sorveglianza al Tribunale di sorveglianza. In sede di conversione, tale irragionevole spostamento di competenza è stato però eliminato determinandosi l'integrale ripristino della disciplina ante d.l. n.162/2022. Ulteriore modifica in sede di conversione consiste nell'estensione del regime transitorio di ultrattività dell'istituto della impossibilità-inesigibilità della collaborazione ai «benefici di cui al comma 1 dell'art. 4-bis della citata legge n. 354 del 1975 e la liberazione condizionale...» e quindi non solo alle «misure alternative alla detenzione di cui al capo VI del titolo I della citata legge n. 354 del 1975 e la liberazione condizionale» come invece era stato previsto in sede di decretazione d'urgenza. Vengono così ricompresi nel regime transitorio applicativo tutti i benefici penitenziari, e quindi anche i permessi premio ed il lavoro esterno⁶⁷. Tale modifica implica, per i condannati non collaboranti per delitti ostativi, commessi prima del 31.10.2022, la non applicazione delle condizioni previste dai nuovi commi 1-bis e 1-bis.1 dell'art. 4-bis ord. penit., e pertanto l'applicazione del regime transitorio rappresentato dalla tradizionale previsione del vecchio comma 1-bis⁶⁸.

Infine, per i condannati alla pena perpetua per i cd. reati ostativi, non collaboranti con la giustizia, si prevede la possibilità di accedere all'istituto della liberazione condizionale solo dopo aver scontato trent'anni di pena - e non quindi ventisei come previsto dall'art. 176 c.p. - nel rispetto dei requisiti e del procedimento delineato per l'accesso ai benefici penitenziari⁶⁹. La scelta di

⁶⁶ Gli accertamenti possono altresì riguardare: le condizioni e le attività economiche, il tenore di vita dell'istante e del suo nucleo familiare ed eventuali misure di prevenzione personali o patrimoniali disposte nei loro confronti.

⁶⁷ ALESSANDRO RICCI, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale*, 2022, 8, 6-7.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Vedi prima l'Art. 2, co. 1., (l. b), d.d.l. n. 2574: «2. Fermi restando gli ulteriori requisiti e gli altri limiti di pena previsti dall'articolo 176 del codice penale e fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 8 della

individuare un tempo predeterminato, anche maggiore rispetto a quello previsto dal dato codicistico, indifferente quindi alle vicissitudini inerenti la vita carceraria, e non solo, del condannato, desta forti perplessità e aumenta il sospetto di una sterilizzazione delle pronunce della Corte costituzionale⁷⁰ e della Corte europea dei diritti dell'uomo, che richiedono il necessario e periodico riesame della pena dell'ergastolo⁷¹.

Il lavoro compiuto pare volto, come spesso accade di questi tempi, a salvare il salvabile, conformandosi, allo stesso tempo, alle richieste provenienti da Strasburgo e dalla Corte costituzionale. Quest'ultima, dal canto suo, l'8 novembre 2022, con l'ordinanza n. 227/2022, ha deciso di restituire gli atti al giudice a quo, ovvero alla Corte di cassazione, alla luce dell'entrata in vigore del d.l. del 31 ottobre 2022, n. 162, in quanto «le nuove disposizioni [...] incidono immediatamente e direttamente sulle norme oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, trasformando da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità che impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative a favore di tutti i condannati (anche all'ergastolo) per reati cosiddetti “ostativi”, che non hanno collaborato con la giustizia. Costoro sono ora ammessi a chiedere

legge 29 maggio 1982, n. 304, i soggetti di cui al comma 1 non possono comunque essere ammessi alla liberazione condizionale se non hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea o almeno trenta anni di pena, quando vi è stata condanna all'ergastolo per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. In tal caso, la pena dell'ergastolo rimane estinta e le misure di sicurezza personali ordinate dal giudice con la sentenza di condanna o con provvedimento successivo sono revocate, ai sensi dell'articolo 177, secondo comma, del codice penale, decorsi dieci anni dalla data del provvedimento di liberazione condizionale e la libertà vigilata, disposta ai sensi dell'articolo 230, primo comma, numero 2, del medesimo codice penale, comporta sempre per il condannato il divieto di incontrare o mantenere comunque contatti con soggetti condannati per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale o sottoposti a misura di prevenzione ai sensi delle lettere a), b), d), e), f) e g) del comma 1 dell'articolo 4 del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, o condannati per alcuno dei reati indicati nelle citate lettere», ed in seguito l' Art. 2 comma 1 lett a) D.L. n. 162/2022 rimasto invariato in sede di conversione: «1. I condannati per i delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono le condizioni indicate nello stesso articolo 4-bis per la concessione dei benefici. Si osservano le disposizioni dei commi 2, 2-bis e 3 dell'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975.»

⁷⁰ DE VITO, *Finisce davvero il fine pena mai? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2022.

⁷¹ DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2021, 4, 1497-1505.

i benefici, sebbene in presenza di nuove, stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo⁷²».

In verità, rimangono numerose perplessità circa la conformità costituzionale dell'attuale art. 4-*bis* ord. penit., come modificato dalla L. 199/2022.

Ed infatti, allo stesso modo in cui, nella sentenza in commento, il Tribunale di sorveglianza di Milano si dimostrava sordo agli effetti dell'incostituzionalità dichiarata sentenza n. 253 del 2019 – vendo così “bacchettato” dalla Suprema corte per le argomentazioni «spiccatamente eticizzanti» e i «moralismi» espressi –, il Parlamento fa propri quei moralismi e quelle argomentazioni tese a richiedere la più integrale emenda del condannato e noncurante del richiamo della giurisprudenza costituzionale, il cui senso appare impossibile da fraintendere, modifica in senso peggiorativo la disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. Nel caso di specie, pare che la volontà parlamentare, come spesso accade, abbia voluto esprimere un manifesto politico per il tramite del diritto penale e nella fattispecie in un tema tanto centrale per l'elettorato di appartenenza quanto delicato per la materia che disciplina, suscettibile di incidere direttamente sulle condizioni di vita di persone destinate a passare la maggior parte della loro vita in stato di reclusione.

Il pesante onere di allegazione imposto al condannato ai fini della concessione dei benefici penitenziari, l'obbligo di dimostrazione dell'adempimento delle obbligazioni civili conseguenti alla condanna, la previsione indiscriminata di una medesima istruttoria rafforzata indipendentemente dalla natura del beneficio richiesto, ed ancora, l'eliminazione della previsione relativa alla collaborazione impossibile per i soli condannati per delitti commessi successivamente all'entrata in vigore del d.l. n.162/22, delineano una disciplina, che è quella dell'attuale art. 4-*bis* ord. penit., che sembra prestare il fianco a censure di incostituzionalità sotto il profilo della proporzionalità della pena, dell'eguaglianza nonché della proporzione, individualizzazione e progressività del trattamento⁷³.

In considerazione di tutto ciò e vista, in sede di conversione, la sopravvivenza dello stampo custodialistico della riforma dell'art. 4-*bis* ord. penit., ciò che

⁷² Comunicato stampa dell'8 novembre 2022, dell'Ufficio Comunicazione e Stampa della Corte costituzionale.

⁷³ GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sistema Penale*, 2022.

rimane potrebbe essere auspicare in un nuovo vaglio costituzionale susseguente all'esame del giudice a *quo*; auspicare, sperare, confidare, parole di natura passiva che ben evidenziano l'attuale stato delle cose. Purtroppo, infatti, anche a fronte dei richiami nazionali ed internazionali sui temi del diritto penitenziario e della funzione della pena, ad oggi, non è stato possibile ancora aprire un sincero confronto, scevro da influenze mediatiche e opinioni demagogiche di intento esclusivamente divisivo.

Come osservava Dumas al termine de *Il Conte di Montecristo*, una storia originata da una ingiusta detenzione durata decenni e comminata senza contraddittorio né appello, ciò che rimane è «aspettare e sperare», «aspettare e sperare».

GIORDANO MADDALONI