



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto dell'Esecuzione Penale

**IL REGIME ESECUTIVO DIFFERENZIATO *EX* ART. 4-*BIS* L. N. 354
DEL 1975. L'EVOLUZIONE NORMATIVA E IL PERCORSO
ERMENEUTICO DELLA GIURISPRUDENZA
NAZIONALE ED EUROPEA**

RELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Paola Balducci

CANDIDATO

Arianna Grassi

Matricola: 144953

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Maria Novella Masullo

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE.....	VII
-------------------	-----

CAPITOLO I

L'ORIGINE E L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ART. 4-BIS ORD. PENIT.

1. Genesi e <i>ratio</i> dell'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.	1
2. La formulazione originaria della norma e le principali novità del d.l. n. 152 del 1991.....	5
3. La contro-riforma del 1992.	11
3.1. Il c.d. «doppio binario penitenziario»: l'art. 41- <i>bis</i> ord. penit.	13
4. L'esordio della collaborazione con la giustizia: il pentitismo e il trattamento penitenziario <i>ex art. 16-nonies</i> d.l. n. 8/1991.	21
4.1. L'art. 58- <i>ter</i> ord. penit. e i collegamenti con l'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.	28
4.2. L'impulso della Corte costituzionale e gli interventi legislativi in tema di «impossibilità o inesigibilità» di un'utile collaborazione con la giustizia.....	36
5. I reati ostativi: il mutamento di <i>ratio</i> dell'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.	45
5.1. L'espansione legislativa degli anni 2000-2006.....	47
6. L'intervento strutturale del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11.....	49
6.1. I collegamenti con la criminalità organizzata nei delitti di prima e seconda «fascia».	57
7. <i>Focus</i> sul regime procedurale dell'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.	63
8. Le ulteriori modifiche normative del 2012 e del 2015.....	68
8.1. Il c.d. « <i>Codice rosso</i> »: l'inserimento dell'art. 583- <i>quinquies</i> c.p. tra i reati ostativi.	71

9. Il percorso differenziato per gli autori di reati a sfondo sessuale nel sistema odierno.....	72
10. La legge c.d. «Spazzacorrotti».....	77
10.1. La collaborazione processuale <i>ex art. 323-bis</i> , comma 2, c.p.	82

CAPITOLO II

IL PERIMETRO OPERATIVO DELL'ART. 4-BIS ORD. PENIT. NELL'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

1. La finalità rieducativa della pena <i>ex art. 27</i> , comma 3, Cost. e il percorso ermeneutico della giurisprudenza costituzionale.	88
2. I destinatari del regime ostativo: i condannati minorenni e l'attività della Consulta <i>ante</i> e <i>post</i> d.lgs. n. 121 del 2018.....	102
2.1. Imputati e indagati «ostativi».....	110
3. L'ambito oggettivo di applicazione: i benefici penitenziari.	113
3.1. Il lavoro all'esterno e le novità del d.lgs. n. 124 del 2018.	115
4. I permessi premio <i>ex art. 30-ter</i> ord. penit. e i relativi limiti.	119
4.1 La sentenza n. 253 del 2019: l'intervento rivoluzionario della Corte costituzionale.....	123
5. Le misure alternative alla detenzione interessate dalle preclusioni dell'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.: l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà.	132
5.1. La detenzione domiciliare: il comma 01 e 1- <i>bis</i> dell'art. 47- <i>ter</i> ord. penit.	133
5.2. L'art. 47- <i>ter</i> , comma 1 e l'art. 47- <i>quinqies</i> ord. penit.: l'interesse del minore e l'interpretazione della Corte costituzionale.	137
6. I benefici penitenziari esclusi dalle limitazioni di cui all'art. 4- <i>bis</i> ord. penit..	142

6.1. La liberazione anticipata ordinaria e speciale.	146
7. L'art. 4- <i>bis</i> ord. penit. e la liberazione condizionale.....	151
7.1. L'ergastolo «ostativo» e il diritto alla speranza: incostituzionalità e incompatibilità convenzionale.	153
8. Il principio del <i>tempus regit actum</i> e le «norme processuali ad effetti sostanziali».....	161
8.1. Il regime intertemporale nelle modifiche all'art. 4- <i>bis</i> ord. penit.: la sentenza n. 32 del 2020.....	164
9. Questioni controverse: il tentativo.	168
9.1. (<i>Segue</i>)...il giudicato estero.	169
9.2. (<i>Segue</i>)...lo scioglimento del cumulo.....	169
9.3. (<i>Segue</i>)...la particolare tenuità del fatto.	174

CAPITOLO III

LE PROPOSTE DI MODIFICA DELLE COMMISSIONI DI RIFORMA E LE PROSPETTIVE FUTURE

1. Il Consiglio Superiore della Magistratura: la Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza.	179
2. La proposta di intervento della Commissione ministeriale c.d. «Palazzo».....	187
3. Gli Stati Generali dell'esecuzione penale: il Tavolo XVI.	193
3.1. La «Riforma Orlando» e i decreti attuativi.	201
4. L'ergastolo ostativo nell'esegesi giurisprudenziale. Le proposte di modifica.....	206
5. L' <i>ultimatum</i> della Corte costituzionale: l'ordinanza n. 97 del 2021.....	210
6. Un'idea di riforma nelle vesti del legislatore.....	213
7. Oltre la teoria: il «Fine pena: ora» di Elvio Fassone.....	216

CONCLUSIONE.....	219
BIBLIOGRAFIA.....	221
SITOGRAFIA	238
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	239
RINGRAZIAMENTI.....	245

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di offrire una panoramica minuziosa del regime esecutivo differenziato di cui all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, affrontando l'evoluzione normativa e le riforme compulsive che hanno interessato la norma dalla sua introduzione e il decisivo e prezioso contributo della giurisprudenza costituzionale, di legittimità ed europea. La disamina del regime ostativo si avvia con un'analisi teorica della normativa e prosegue in modo dinamico tra le sentenze che hanno inciso sul suo contenuto sino a giungere alle proposte di modifica di cui è impellente l'attuazione.

La scelta di concludere il mio percorso universitario con l'analisi di una norma penitenziaria nasce dall'interesse e dal fascino che ha suscitato in me la materia dell'esecuzione penale. La conclusione del processo di cognizione conduce verso una nuova e diversa realtà, complessa e affascinante, che non si limita ad aprire le porte del carcere, ma proietta il reo all'interno di un percorso rieducativo e riabilitativo. L'ispirazione principale è derivata da una significativa riflessione di Paul Riceurn, il quale ribadisce la necessità di «dire una parola di giustizia a nome del popolo», ossia di punire e condannare dinnanzi al compimento di un delitto, ma contestualmente precisa che «un'altra storia comincia qui»¹. L'affermazione del filosofo coglie il significato della pena trascritto nella nostra Costituzione e induce a pensare che le mura del carcere possono diventare spettatrici di un cammino di riabilitazione del detenuto.

L'obiettivo del presente elaborato è quello di analizzare la posizione dei detenuti cui si applicano le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., i quali in ragione dei reati commessi sono altamente limitati nelle opportunità rieducative. La norma risponde a esigenze preventive e di sicurezza sociale, un nobile intento il cui prezzo è una presunzione legale di pericolosità sociale che, salva la rispondenza a determinate condizioni, considera i condannati immeritevoli e radicalmente incompatibili rispetto a un percorso rieducativo che si sviluppi attraverso misure o benefici *extra moenia*. Il

¹ V. RICEURN, *Il diritto di punire*, a cura di ALICI, Morcelliana, 2012, 84 s.

filo che implicitamente collega ogni capitolo e ogni paragrafo della tesi è rappresentato, invero, da un grande interrogativo: è compatibile la norma di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. alla Costituzione e, più precisamente, al principio del finalismo rieducativo della pena?

L'argomentazione si avvia con il primo capitolo dedicato a genesi e palingenesi della norma penitenziaria. L'introduzione dell'art. 4-*bis* ord. penit. risale a un momento storico emergenziale dovuto a livelli intollerabili di pericolosità sociale raggiunti dalla criminalità organizzata. La crescita esponenziale del fenomeno, che minacciava la sopravvivenza delle istituzioni democratiche, e l'assenza di idonei strumenti per combatterlo hanno determinato l'emanazione del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 che introduceva l'art. 4-*bis* all'interno della legge di ordinamento penitenziario. La linea di progressivo inasprimento si completava con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, che, integrando il già presente art. 41-*bis*, dava luogo ad un binomio generalmente denominato «doppio binario penitenziario»². Le due norme, invero, se applicate congiuntamente, costituiscono un regime esecutivo differenziato riservato agli autori di particolari fattispecie delittuose. La *ratio* originaria dell'art. 4-*bis* ord. penit. coincideva, dunque, con l'intento di contrastare le gravi manifestazioni della criminalità organizzata e neutralizzare i reati sintomatici dell'appartenenza ad associazioni criminali. Gli interventi legislativi succedutesi negli anni, tuttavia, hanno provocato un mutamento di tale *ratio* e hanno condotto alla perdita dell'originaria aspirazione. Il novero dei reati attualmente menzionati dalla norma, invero, non appare legato da alcuna coerenza normativa tanto che si è parlato di una «norma contenitore»³ che si occupa di ogni ipotesi delittuosa ritenuta di particolare allarme sociale. A dimostrazione della costante espansione del catalogo dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. si ricorda la legge c.d. «Spazzacorrotti» che, da ultimo, vi ha introdotto persino i reati contro la pubblica amministrazione.

² V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 12 ss

³ V. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 202.

Il secondo capitolo è dedicato alla trattazione dell'attività giurisprudenziale che ha inteso rimodulare i termini della normativa e adeguare la stessa ai principi costituzionali e convenzionali. Il contributo della Corte costituzionale può considerarsi esternamente significativo nella misura in cui ha permesso la riduzione della distanza tra la norma in esame e il principio del finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. Le decisioni della Consulta coinvolgono sia l'ambito soggettivo che oggettivo di applicazione dell'art. 4-*bis* ord. penit. e riguardano anche aspetti prettamente tecnici come è accaduto con la recente pronuncia – n. 32 del 2020 – concernente il regime intertemporale da applicare nelle modifiche alla disposizione⁴. Un passo decisivo verso il superamento della presunzione assoluta di pericolosità è stato compiuto mediante la sentenza n. 253 del 2019, considerata un intervento rivoluzionario⁵. L'osservazione del percorso ermeneutico seguito dal Giudice delle leggi consente di non dimenticare che l'art. 27, comma 3, Cost. traccia il volto costituzionale della pena e rappresenta il faro che deve guidare l'esecuzione della stessa. Anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha offerto un apporto essenziale in materia, specie con riguardo a quella peculiare figura di ergastolo che deriva dall'applicazione della pena perpetua al condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. – c.d. «ergastolo ostativo». Il giudice europeo si è recentemente espresso sul tema con la sentenza relativa al caso *Marcello Viola c. Italia* con cui ha negato la compatibilità dell'ergastolo ostativo alla Convenzione⁶. Il secondo capitolo dell'elaborato esamina anche ulteriori pronunce della Corte EDU in cui non è direttamente coinvolto lo Stato italiano, ma da cui si ricavano principi portanti della materia – coma è avvenuto nel caso *Vinter c. Regno Unito* e in molti altri⁷. La trattazione si conclude con l'analisi di talune questioni problematiche che interessano

⁴ V. Corte cost., 12.02.2020, n. 32, dep. 26.02.2020.

⁵ V. Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.

⁶ V. Corte EDU, 13.06.2019, *Viola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 77633/2016.

⁷ V. Corte EDU, GC, 09.07.2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/2009; 130/2010; 3896/2010;

l'art. 4-*bis* ord. penit., come il tentativo, lo scioglimento del cumulo, la particolare tenuità del fatto, affrontate alla luce degli interventi giurisprudenziali.

Il terzo capitolo, in chiusura, ha l'obiettivo di approfondire le proposte di modifica presentate dalle diverse Commissioni succedutesi nel tempo. Il riferimento, precisamente, è alla Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, istituita dal Consiglio Superiore della Magistratura, alla Commissione ministeriale c.d. «Palazzo» e, inoltre, merita particolare attenzione lo studio condotto dagli Stati Generali dell'esecuzione penale da cui è discesa l'approvazione della legge delega n. 103 del 2017 – c.d. «Riforma Orlando», la successiva proposta elaborata dalla Commissione ministeriale c.d. «Giostra», lo schema di decreto legislativo presentato e il contenuto dei decreti attuativi. Insieme ai tentativi di intervento sulla normativa viene riportata l'ordinanza emessa dalla Corte costituzionale in data 15 aprile 2021 che assume un'importanza considerevole in quanto conferisce un *ultimatum* al Parlamento per la modifica della disciplina dell'art. 4-*bis* ord. penit. in tema di ergastolo ostativo. Il terzo capitolo si compone, altresì, di un audace tentativo di riforma dell'intera disciplina ostativa da me progettato alla luce delle conoscenze acquisite nel corso della stesura e dello studio approfondito della materia. L'analisi si conclude con una prospettiva pratica della pena e degli effetti del regime esecutivo differenziato di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. ricavata dalla storia raccontata dal magistrato italiano Elvio Fassone nel suo libro «Fine pena: ora». L'obiettivo è quello di andare oltre la teoria e comprendere chi risiede dietro ogni congettura normativa e quanta sofferenza può derivare da una singola norma penitenziaria. Pietro Calamandrei diceva «Bisogna aver visto...», chi va visto tratta ogni questione con una diversa sensibilità e l'intento di Elvio Fassone è quello di aprire uno spiraglio nella vita di ogni lettore per consentire allo stesso di comprendere con coscienza la sua denuncia contro un sistema sanzionatorio e penitenziario divenuto inaccettabile e di cui si esige una riforma, anche in conformità agli impegni internazionali.

Il presente elaborato vuole trasmettere le conoscenze necessarie per comprendere l'evoluzione della norma di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e il progressivo mutamento della sua interpretazione. Il fine ultimo è raggiungere la consapevolezza

delle criticità che connotano la normativa e dell'esigenza di una sua rimodulazione. Il divieto di accesso alle misure extramurarie conduce a una riflessione che trova il suo nucleo nell'art. 27, comma 3, Cost. La risposta punitiva dello Stato, principio sancito a livello costituzionale, deve essere necessariamente bilanciata con il fine rieducativo della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. Gli interventi della Corte costituzionale hanno dimostrato che i principi della Costituzione non conoscono muri, neanche quelli delle carceri, e devono essere costantemente rispettati e valorizzati in modo tale che il carcere non venga considerato un parcheggio per «delinquenti» che rischiano di non liberarsi in nessun modo da questa etichetta. Concludo riportando un'asserzione di Pietro Calamandrei «il carcere non può essere una struttura di persecuzione sociale per la soluzione dei problemi che la società non sa affrontare» e il legislatore deve trovare il coraggio di riaffermare il principio, già supportato da grandi studiosi risalenti, per cui il carcere deve essere invocato come *extrema ratio*, solo così può correggersi opportunamente il regime ostativo vigente e può essere rispettato il finalismo rieducativo della pena.

CAPITOLO I

L'ORIGINE E L'EVOLUZIONE NORMATIVA DELL'ART. 4-BIS ORD. PENIT.

Sommario: 1. Genesi e *ratio* dell'art. 4-bis ord. penit. - 2. La formulazione originaria della norma e le principali novità del d.l. n. 152 del 1991. - 3. La contro-riforma del 1992. - 3.1. Il c.d. «doppio binario penitenziario»: l'art. 41-bis ord. penit. - 4. L'esordio della collaborazione con la giustizia: il pentitismo e il trattamento penitenziario *ex art. 16-nonies* d.l. n. 8/1991. - 4.1. L'art. 58-ter ord. penit. e i collegamenti con l'art. 4-bis ord. penit. - 4.2. L'impulso della Corte costituzionale e gli interventi legislativi in tema di «impossibilità o inesigibilità» di un'utile collaborazione con la giustizia. - 5. I reati ostativi: il mutamento di *ratio* dell'art. 4-bis ord. penit. - 5.1. L'espansione legislativa degli anni 2000-2006. - 6. L'intervento strutturale del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11. - 6.1. I collegamenti con la criminalità organizzata nei delitti di prima e seconda «fascia». - 7. *Focus* sul regime procedurale dell'art. 4-bis ord. penit. - 8. Le ulteriori modifiche normative del 2012 e del 2015. - 8.1. Il c.d. «Codice rosso»: l'introduzione dell'art. 583-quinquies c.p. tra i reati ostativi. - 9. Il percorso differenziato per gli autori di reati a sfondo sessuale nel sistema odierno. - 10. La legge n. 3 del 2019: la c.d. «Spazzacorrotti». - 10.1. La collaborazione processuale *ex art. 323-bis*, comma 2, c.p.

1. Genesi e *ratio* dell'art. 4-bis ord. penit.

L'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 – nota come «legge di ordinamento penitenziario» – prevede un regime esecutivo differenziato che esclude la concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti, selezionate sulla base del titolo di reato, salvo che in presenza di determinate condizioni. La norma risponde a esigenze preventive connesse a gravi forme di criminalità e integra una presunzione legale di pericolosità sociale. I soggetti condannati per i delitti espressamente richiamati dalla norma, in quanto tali, sono considerati immeritevoli e

incompatibili rispetto a un percorso rieducativo che si svolga attraverso misure extramurarie sulla base di logiche presuntive che annullano il valore della valutazione giudiziale⁸. L'esigenza di un simile intervento «selettivo» nacque dalla necessità di contrastare i livelli intollerabili di pericolosità sociale raggiunti dal fenomeno della criminalità organizzata⁹ e, dunque, di neutralizzare la crescita esponenziale dello stesso, che minacciava la sopravvivenza delle istituzioni democratiche. L'alterazione della originaria configurazione dell'ordinamento penitenziario fu, senza dubbio, uno strumento strategico e funzionale nella lotta alla mafia¹⁰.

La genesi dell'art. 4-*bis* ord. penit. ha origini relativamente lontane dalla sua concreta introduzione che si riconoscono in interventi normativi che ne hanno fortemente ispirato la disciplina. Prima tra tutte, la legge c.d. «Rognoni-La Torre»¹¹, cui si riconosce il merito di aver introdotto il delitto di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-*bis* c.p., spiegò effetto anche sulla legge 26 luglio 1975, n. 354. La modifica apportata alla legge di ordinamento penitenziario coinvolgeva il testo del comma 2 dell'art. 47, norma che già precludeva l'accesso all'affidamento in prova ai condannati «per i delitti di rapina, rapina aggravata, estorsione, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione», cui venne introdotto il riferimento al reato di associazione di tipo mafioso. La disposizione citata, che si estendeva anche al regime di semilibertà – per espresso rimando dell'art. 48 comma 3 – ha orientato la disciplina dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario¹². La legge 13 settembre 1982, n. 646, segnò un punto di partenza tangibile nel contrasto al crimine organizzato e la modifica apportata alla norma penitenziaria ha rafforzato la

⁸ V. FIORENTIN, *Prefazione*, in MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, Milano, 2020, XI.

⁹ Così, Corte cost., 22.02.1995, n. 68, dep. 01.03.1995.

¹⁰ V. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in *Giur. pen.*, 2018, 1 ss.

¹¹ V. legge 13 settembre 1982, n. 646.

¹² V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, Milano, 2020, 11 s.

preclusione totale alla concessione di misure extramurarie per determinate categorie di condannati.

Con il finire degli anni Ottanta e l'inizio del nuovo tragico decennio, il progressivo manifestarsi di gravi episodi di criminalità organizzata portò ad una lotta mirata a recidere i vincoli tra gli appartenenti alle organizzazioni criminali. In questo senso, un significativo impulso provenne dalla l. 10 ottobre 1986, n. 663, intervenuta a modifica della legge di ordinamento penitenziario. La legge c.d. «Gozzini» anticipava il meccanismo ostativo ai benefici penitenziari nella misura in cui, mediante il comma 2 dell'art. 47-ter ord. penit., prevedeva che: «La detenzione domiciliare non può essere concessa quando è accertata l'attualità di collegamenti del condannato con la criminalità organizzata o di una scelta di criminalità». La novella legislativa adottò un'impostazione fondata su una valutazione concreta dell'influenza della criminalità organizzata sul condannato in presenza di una richiesta di accesso alla detenzione domiciliare. La scelta di non conformarsi *in toto* all'impostazione della legge c.d. «Rognoni-La Torre» – che contemplava una preclusione assoluta all'accesso alle misure alternative per gli autori di determinati reati – espose la legge c.d. «Gozzini» a numerose critiche. Chi la considerò «eccessivamente permissiva»¹³ si spinse sino ad affermare che «la nuova ondata di criminalità, tanto di piccolo calibro che di tipo mafioso o camorristico, di cui si è costretti a prendere atto in quel periodo, sembra costituire la prova più evidente di una politica penitenziaria sbagliata; si ingenera il dubbio che il modello di sistema ancorato all'idea della pena flessibile non abbia saputo produrre che altra criminalità»¹⁴.

Dopo la promulgazione della legge c.d. Gozzini intervennero le prime modifiche legislative volte a riparare alle controverse novità introdotte. La legge 19 marzo 1990, n. 55 – «Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo

¹³ Così, GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e pene*, 1992, 128.

¹⁴ Così, COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 21 s.

mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale» – inserì un nuovo comma all'interno dell'art. 30-ter ord. penit., successivamente abrogato, che subordinava l'accesso al permesso premio per gli autori di determinati delitti all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata»¹⁵. Un meccanismo probatorio formulato in negativo, più severo di quello previsto dalla legge c.d. «Gozzini» in tema di detenzione domiciliare e avente le sembianze di una *probatio diabolica* per l'interessato¹⁶. Il d.l. 13 novembre 1990, n. 324 – «*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*» – estese il suddetto meccanismo probatorio anche al lavoro all'esterno e alle misure alternative alla detenzione, probabilmente con il precipuo intento di limitare la discrezionalità della magistratura di sorveglianza. L'art. 1 del citato decreto legge stabiliva, invero, che l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà, il lavoro all'esterno e i permessi premio non si dovessero applicare ai condannati per i delitti richiamati al comma 1 dello stesso articolo¹⁷.

Successivamente a un *iter* parlamentare di approvazione alquanto complesso, in cui furono emanati due decreti legge – il d.l. 12 gennaio 1991, n. 5 e il d.l. 13 marzo 1991, n. 76 –, venne compiuto il passo decisivo con l'emanazione del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni in L. 12 luglio 1991, n. 203. Il noto decreto introdusse l'art. 4-bis nel Capo I, Titolo I, della legge 26 luglio 1975, n. 354 – «*Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*» – rubricandolo «*Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*».

¹⁵ La legge 19 marzo 1990, n. 55 inserì il comma 1-bis all'interno dell'art. 30-ter che successivamente venne abrogato dall'art. 1, comma 3, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito con modificazioni in legge 12 luglio 1991, n. 203.

¹⁶ V. CURI, *L. 19 marzo 1990, n. 55. Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità (Commento artt. 13-14)*, in *Leg. pen.*, 1991, 3, 445.

¹⁷ Il comma 3 subordina la concessione dei benefici penitenziari all'espiazione di una parte della pena per una cerchia ristretta di condannati, vale a dire gli autori dei reati di cui agli artt. 575, 628, terzo comma, e 629, secondo comma del codice penale.

L'art. 4-*bis* ord. penit. costituisce, dunque, il punto di arrivo di quell'orientamento favorevole a ritenere che «la linea di difesa dell'ordinamento penitenziario nei confronti della criminalità organizzata dovesse essere costruita differenziando il regime probatorio afferente alla concessione delle varie misure rieducative»¹⁸. L'intervento fu motivato da esigenze di prevenzione generale e di neutralizzazione del pericolo criminale e, in questa logica, si discostava dai lineamenti della legge di ordinamento penitenziario, così come modificata nel 1986, che tendeva ad attribuire particolare pregio alla funzione rieducativa e risocializzante delle misure premiali¹⁹.

2. La formulazione originaria della norma e le principali novità del d.l. n. 152 del 1991.

L'esigenza di introdurre un sistema trattamentale multilivello sulla base dei delitti commessi²⁰ discese, pertanto, dall'emergenza legata *in primis* alla criminalità organizzata di stampo mafioso, ma anche al terrorismo politico e dalla – presunta – pericolosità dei condannati per tali reati. Nella premessa al decreto espressamente si legge della «straordinaria necessità ed urgenza di far fronte a gravissimi fenomeni di criminalità organizzata e di assicurare la difesa della legalità».

La primissima formulazione dell'art. 4-*bis* ord. penit.²¹, invero, negava i benefici del lavoro all'esterno, dei permessi premio e delle misure alternative alla

¹⁸ Così, DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario dagli ideali smarriti della scommessa «anticustodialistica» agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 90; nonché CARACENI, *sub. art. 4-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 44.

¹⁹ V. BARBERO, *La (seconda) audace sentenza in tema di concessione di benefici penitenziari: dalla Consulta un forte richiamo alla finalità rieducativa della pena*, in *Giur. Pen.*, 2019, 2.

²⁰ V. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, cit., 1 s.

²¹ Art. 1, comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152.

detenzione esclusivamente ai condannati per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, per il delitto di cui all'art. 416-*bis* del codice penale e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti normalmente connessi alle attività di tipo mafioso²² – artt. 575, 628 co. 3, 629 co. 2, 630 c. p.²³ e reati di cui agli artt. 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, comma 2, e 74 T.U. stupefacenti²⁴.

La disposizione distingueva i reati all'interno di due «fasce»: i delitti c.d. «di mafia» o di «eversione» nella prima, e i delitti che denotavano una peculiare pericolosità, tassativamente individuati, nella seconda²⁵. Le categorie di reati si differenziavano per il fatto di essere subordinate, rispettivamente, a due diverse condizioni probatorie per l'accesso ai benefici: nell'un caso la prova fu definita «negativa», nell'altro «positiva».

I condannati per delitti di cui alla «prima fascia» venivano ammessi ai benefici suddetti solo se fossero stati acquisiti elementi tali da escludere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva; nell'ipotesi dei reati di «seconda fascia» invece l'ammissibilità era sottoposta all'assenza di elementi che avrebbero fatto ritenere attuali tali collegamenti, cosicché il diniego del beneficio richiesto si sarebbe dovuto basare sulla prova positiva della sussistenza attuale dei collegamenti²⁶.

²² V. TERRACINA, *Il pubblico ministero e l'esecuzione delle pene detentive e pecuniarie*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, 134.

²³ I delitti menzionati, rispettivamente, indicano le fattispecie di: omicidio; rapina aggravata; estorsione aggravata; sequestro di persona a scopo di estorsione.

²⁴ L'art. 74 disciplina la fattispecie di «*Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope*», l'art. 73 disciplina la fattispecie di «*Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope*» e l'art. 80 introduce al comma 2 l'aggravante che si applica nell'ipotesi di «*ingenti quantità*». Le disposizioni sono contenute nel Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309.

²⁵ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 44.

²⁶ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit.

In ogni caso, ai sensi del comma secondo dell'art. 4-*bis*, la valutazione si basava su dettagliate informazioni acquisite dal magistrato di sorveglianza o dal tribunale di sorveglianza per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. Il c.p.o.s., un organo collegiale di natura amministrativa e con funzioni consultive, corrispondeva alla richiesta della magistratura di sorveglianza nel termine di trenta giorni, trascorso il quale il giudice procedeva alla decisione pur in assenza di risposta²⁷.

Il comma terzo, infine, prevedeva che il suddetto termine potesse essere prorogato di ulteriori trenta giorni, «al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte degli organi centrali», qualora il comitato avesse ritenuto sussistenti «particolari esigenze di sicurezza» ovvero nel caso in cui avesse reputato possibile il mantenimento di collegamenti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali.

L'art. 1, ai commi dal 2 al 4, e l'art. 2 del d.l. n. 152/1991 disposero l'aumento delle quote di pena da scontare per accedere a determinati benefici penitenziari, quali il lavoro all'esterno, i permessi premio, la semilibertà e la liberazione condizionale, così rafforzando i meccanismi di preclusione.

L'art. 58-*ter*, rubricato «*Persone che collaborano con la giustizia*», fu introdotto dal quinto comma dell'art. 1 del decreto legge. Si evidenzia che nell'impostazione originaria della norma non si faceva ricorso alla collaborazione con la giustizia come elemento di contrasto all'ostatività dei reati e come clausola di salvezza per i condannati, ciononostante assumeva un peso non trascurabile. In primo luogo, infatti, l'art. 58-*ter* ord. penit. stabiliva che le disposizioni preclusive dei benefici del lavoro all'esterno, dei permessi premio e della semilibertà, rivolte ai condannati per i delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis*, non si sarebbero applicate a «coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati». In

²⁷ V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 14.

secondo luogo, si riscontra il riferimento all'art. 58-*ter* ord. penit. all'interno dell'art. 2, comma 3, del d.l. n. 152/1991, ove venne stabilito che la liberazione condizionale si applicava ai soggetti collaboranti senza la necessità che la quota di pena di almeno due terzi fosse stata espiata²⁸, oltre che in presenza degli ulteriori presupposti di cui all'art. 176 c.p.

In questa prospettiva la collaborazione con la giustizia assunse un significato premiale. Il soggetto condannato accedeva ai benefici penitenziari secondo le regole generali solo in caso di collaborazione *ex art. 58-ter*; se invece fosse rimasto non collaborante sarebbe stato sottoposto alla disciplina più severa²⁹.

Il decreto legge, infine, mediante il sesto comma dell'art. 1, introdusse l'art. 58-*quater*, rubricato «*Divieto di concessione di benefici*». La norma disponeva il diniego delle misure premiali³⁰ nei confronti del «condannato che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'articolo 385 del codice penale», ossia una condotta corrispondente alla fattispecie di evasione, e altresì nei confronti del condannato cui fu revocata una misura alternativa «ai sensi dell'articolo 47, comma 11, dell'articolo 47-*ter*, comma 6, o dell'articolo 51, primo comma». Il divieto di concessione dei benefici operava per un periodo di tre anni. Nel primo caso il termine decorreva dal momento in cui fu ripresa l'esecuzione della custodia o della pena, nel secondo caso da quando fu emesso il provvedimento di revoca della misura premiale. L'art. 58-*quater*, comma 4, invece, si rivolgeva agli autori dei reati di sequestro di persona a scopo di estorsione o con fini eversivi, prevedendo il divieto di accesso, indifferentemente, a tutti i benefici penitenziari di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis*, se questi non avessero espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni.

L'art. 4-*bis* e l'art. 58-*quater* furono inseriti nella legge di ordinamento penitenziario con la finalità di negare le misure premiali a determinate categorie di rei.

²⁸ Così il comma 2 dell'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991.

²⁹ V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 14 s.

³⁰ La disposizione testualmente si riferiva a «L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà».

I primi tre commi dell'art. 58-*quater* sono stati recentemente dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 187 del 2019 nella parte in cui, nel loro combinato disposto, prevedono che «non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale – prevista dall'art. 47-*quinquies* della stessa legge n. 354 del 1975 – e la detenzione domiciliare “ordinaria” – prevista dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere *a*) e *b*), della stessa legge n. 354 del 1975 – al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate nel comma 2 dello stesso art. 58-*quater*»³¹. Assunto che le misure alternative richiamate sono predisposte a tutela della genitorialità e, dunque, si applicano prevalentemente alle detenute madri e, a precise condizioni, anche ai padri in stato di reclusione, la Corte costituzionale ha ritenuto prevalente l'interesse del minore rispetto alla protezione della società dal crimine in quanto, come ha espressamente asserito, «l'arco temporale di un intero triennio [...] è un periodo di tempo lunghissimo nella vita di un bambino»³².

Il quarto comma dell'art. 58-*quater* è stato altresì dichiarato incostituzionale con sentenza n. 229 del 2019, per violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., «nella parte in cui si applica ai condannati a pena detentiva temporanea per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale che abbiano cagionato la morte del sequestrato [e] in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 – Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale –, l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit., nella parte in cui si applica ai condannati a pena detentiva temporanea per il delitto di cui all'art. 289-*bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato»³³. L'intervento è circoscritto alla pena

³¹ Redazione Giurisprudenza Penale, *Incostituzionale il divieto triennale di concessione della detenzione domiciliare speciale al condannato nei cui confronti sia stata disposta la revoca di una misura alternativa*, in *Giur. Pen.*, 2019; Corte cost., 22.05.2019, n. 187, dep. 18.07.2019.

³² Così Corte cost., 22.05.2019, n. 187, dep. 18.07.2019.

³³ Così Corte cost., 9.10.2019, n. 229, dep. 8.11.2019.

detentiva temporanea poiché la Consulta era già intervenuta rispetto alla pena perpetua dell'ergastolo con sentenza n. 149 del 2018³⁴.

In conclusione, il d.l. n. 152 del 1991 rappresentò la prima tappa della metamorfosi della struttura, della funzione e delle stesse logiche ispiratrici della normativa penitenziaria e delineò una disciplina speciale per la concessione dei benefici che fonda la presunzione di pericolosità del condannato su un parametro: il tipo di reato oggetto del titolo detentivo³⁵. La commissione di alcuni reati giustificava, e tuttora giustifica, una presunzione – pressoché assoluta – di pericolosità dei relativi autori. A fronte di pene quantitativamente e qualitativamente uguali, per effetto dell'art. 4-bis, fu predisposta un'offerta trattamentale diversa e corrispondente a percorsi di rieducazione più severi o comunque differenziati rispetto a quelli ordinari, proprio sulla base del fatto che la pericolosità del detenuto doveva essere rapportata non solo all'entità della pena inflitta, ma anche alla natura del reato commesso³⁶. In virtù di tale speciale paradigma entrarono nell'uso comune espressioni quali «reati ostativi», «ergastolo ostativo» o «reclusione ostativa».

L'alterazione della originaria configurazione dell'ordinamento penitenziario fu una risposta a «pericolosi criminali, che dalla segreta organizzazione di uomini e di mezzi, traggono la propria forza e il proprio potenziale di fuoco e di annientamento delle vittime»³⁷, o di una risposta a «forme di criminalità estreme che si oppongono all'esistenza stessa dello Stato di diritto e che non potrebbero essere efficacemente contrastate con gli ordinari strumenti esecutivi previsti per tutti i detenuti»³⁸.

³⁴ V. BARBERO, *La (seconda) audace sentenza in tema di concessione di benefici penitenziari: dalla Consulta un forte richiamo alla finalità rieducativa della pena*, cit., 1.

³⁵ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 44.

³⁶ V. ROMICE, *La collaborazione impossibile.*, cit., 1 ss.

³⁷ V. FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 554; nonché ROMICE, *La collaborazione impossibile*, cit., 3.

³⁸ V. BOBBIO, *Democrazia e segreto*, in BOBBIO, REVELLI (a cura di), Torino, 2011, 8; ROMICE, *La collaborazione impossibile*, cit., 3.

3. La contro-riforma del 1992.

I passaggi normativi che hanno portato all'attuale formulazione dell'art. 4-bis ord. penit. sono molteplici ed ebbero inizio con una prima incisiva riforma del testo della norma introdotta mediante il d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356 – «*Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*».

La riformulazione e sostituzione della disposizione si collocava su una linea di progressivo inasprimento dovuta a ragioni di politica criminale sulla base delle quali si intendeva «adeguare l'intero sistema penitenziario agli ormai intollerabili livelli di pericolosità sociale raggiunti dal triste fenomeno della criminalità organizzata»³⁹. Da un punto di vista temporale, invero, l'intervento fu immediatamente successivo all'attentato al Giudice Giovanni Falcone, che coinvolse anche la moglie Francesca Morvillo e gli agenti di scorta, datato 23 maggio 1992, e immediatamente precedente all'omicidio del Giudice Paolo Borsellino del 19 luglio dello stesso anno.

La modifica legislativa venne provocata dal contesto emergenziale ed ebbe l'intento di rispondere a una duplice esigenza: quella di porre un freno all'attività a stampo mafioso, recidendo i collegamenti fra gli affiliati, da un lato, e quella di stimolare un pentimento degli stessi, dall'altro. A conferma di quanto detto, l'allora Ministro della Giustizia Claudio Martelli, all'indomani del decreto, si espresse in questi termini: «Di queste esigenze si è fatto prioritario carico il decreto legge di ieri. Creando un sistema, volto, per un verso, a sollecitare il pentimento e, per altro verso, ad assicurare a chi si pente un trattamento differenziato e particolarmente favorevole [...]. Si tratta, nella sostanza, di un doppio regime praticamente speculare e che, ove applicato con professionalità, si è certi potrà consentire la rottura di quel muro di omertà che da sempre ha caratterizzato le organizzazioni criminali più agguerrite»⁴⁰.

³⁹ Così Corte cost., 22.02.1995, 68, dep. 01.03.1995.

⁴⁰ V. MARTELLI, *Brevi osservazioni sul decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, contenente misure di contrasto alla criminalità mafiosa*, in *Doc. giust.*, 1992, 616 s.; nonché MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 16 s.

Il Titolo IV del decreto legge, in tal senso, intervenne a modifica dell'ordinamento penitenziario ed ebbe il merito di introdurre l'istituto della collaborazione con la giustizia nella nuova – e attuale – veste di condizione per l'accesso ai benefici per i condannati ai delitti di «prima fascia»⁴¹. L'istituto di cui all'art. 58-ter ord. penit. assunse un peso decisivo e riveste, ancora oggi, un ruolo centrale nella disciplina dei reati ostativi⁴².

Il testo dell'art. 4-bis ord. penit. fu riformulato dall'art. 15 del d.l. n. 306/1992, il quale innanzitutto intervenne sulla rubrica della disposizione che fu così tramutata in quella odierna: «*Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti*».

I delitti richiamati dalla norma restarono suddivisi in due «fasce», ma furono ordinati in tre diversi gruppi sulla base dei requisiti richiesti per la fruizione dei benefici.

I delitti di «prima fascia» erano corrispondenti a quelli già contenuti nella configurazione originaria della norma, ossia quelli consumati avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. e quelli di cui agli artt. 416-bis c. p., 630 c.p. e 74 del T.U. stupefacenti. I reati richiamati erano posti a oggetto dei primi due gruppi cui la norma ricollegava un diverso meccanismo probatorio, ribadendo che tali delitti sono i soli cui la collaborazione con la giustizia si riferiva. In un primo gruppo di ipotesi la collaborazione di cui all'art. 58-ter ord. penit. si considerava come *condicio sine qua non* per l'accesso ai benefici, ossia come requisito essenziale in assenza del quale risultavano precluse le norme premiali ed extramurarie. In un secondo gruppo di ipotesi si richiedeva una collaborazione con la giustizia c.d. «attenuata». Ciò si verificava quando, pur essendo oggettivamente inutile la collaborazione offerta dall'interessato, fossero state riconosciute in sede processuale circostanze attenuanti speciali, vale a dire quelle di cui agli artt. 62, co. 1, n. 6), 114, co. 1 e 116, co. 2, c.p. In tal caso la

⁴¹ V. RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4-bis o.p.: guida pratica per il "condannato ostativo" all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, in *Giur. pen.*, 2020.

⁴² Per un maggior approfondimento v. § 4.1.

collaborazione parziale del condannato veniva equiparata a quella “piena” di cui all’art. 58-ter ord. penit. In entrambi i casi, restava ferma la prova negativa dell’assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

I delitti di «seconda fascia», individuati come ipotesi residuali, coincidevano con i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale e con i delitti di cui agli artt. 575, 628, co. 3, 629, co. 2 c.p. e 73, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell’art. 80, comma 2, del T.U. stupefacenti. Da tali reati si desumeva un grado di pericolosità «qualificato», ma non gravissimo⁴³, per tale ragione il terzo meccanismo probatorio individuato dalla norma richiedeva esclusivamente un onere positivo di attestazione dell’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata per negare la concessione dei benefici, nel senso che in mancanza di prove positive della sussistenza di collegamenti il condannato avrebbe potuto accedere ai benefici penitenziari senza difficoltà alcuna.

Infine, per intervento del d.l. 14 giugno 1993, n. 187 che aggiunse il comma 2-*bis* all’art. 4-*bis* ord. penit., le dettagliate informazioni venivano richieste dal magistrato di sorveglianza o dal tribunale di sorveglianza non più al Comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza, bensì alla questura.

3.1. Il c.d. «doppio binario penitenziario»: l’art. 41-*bis* ord. penit.

Il decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, incise altresì sull’art. 41-*bis* ord. penit.⁴⁴, cui fu aggiunto il secondo comma in virtù dell’art. 19.

La presenza nell’ordinamento penitenziario del binomio costituito dagli art. 4-*bis* e 41-*bis*, dà luogo al c.d. «doppio binario penitenziario»⁴⁵. Le due previsioni

⁴³ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 44.

⁴⁴ V. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all’art.41 bis Ord. Penit.* in CORBETTA, DELLA BELLA, GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica, le riforme del 2009*, Milano, 2009;

⁴⁵ V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione*, in GREVI (a cura di), *L’ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 12 ss.; D’AMBROSIO, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Padova, 2002, 15; CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 486; FIORIO, *Il trattamento*

normative, applicate congiuntamente, determinano una serie di regole *ad hoc* che influenzano sia il piano penale, sostanziale e processuale, sia quello esecutivo della pena⁴⁶.

L'art. 41-*bis* – «*Situazioni di emergenza*» – fece ingresso nella legge di ordinamento penitenziario per il tramite dell'art. 10 della l. n. 663 del 1986, che intervenne in materia di sospensione temporanea delle normali regole di trattamento. Le ragioni che ispirarono la citata legge furono, da un lato, la risocializzazione da attuare mediante strumenti premiali, dall'altro, le esigenze di ordine e sicurezza intese come condizioni imprescindibili per attuare il trattamento rieducativo. In tale prospettiva, la legge introdusse il «*Regime di sorveglianza particolare*» mediante l'art. 14-*bis* ord. penit. con lo scopo di dotare l'amministrazione penitenziaria di uno strumento per ripristinare l'ordine e la sicurezza⁴⁷. Il regime si applicava, e tuttora si applica, ai detenuti – condannati o imputati – che «compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti»; che con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati»; che «si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti».

La legge del 1986, contestualmente all'introduzione dell'art. 41-*bis* e dell'art. 14-*bis*, abrogò quella che era la primissima formulazione in tema di sospensione delle ordinarie regole di trattamento: l'art. 90 ord. penit.⁴⁸, disciplinante le c.d. “carceri

penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: art.4 bis e 41 bis O.P., in BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei reati di mafia*, Torino, 2013.

⁴⁶ V. MOROSINI, *L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, 769.

⁴⁷ V. GIANFILIPPI, CESARI, *sub. art. 14-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 187 ss.

⁴⁸ L'art. 90 ord. pen., introdotto con il d.m. 5 maggio 1977, così recitava: «Quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e di sicurezza, il Ministro per la grazia e giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza».

speciali»⁴⁹. La norma, rubricata «*Esigenze di sicurezza*», aveva natura eccezionale e perseguiva lo scopo di riportare l'ordine e la sicurezza negli istituti – impropriamente definiti «stabilimenti» – mediante l'intervento del Ministro della giustizia cui era demandato il potere di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti in virtù di «gravi ed eccezionali motivi» e per un periodo determinato⁵⁰. Il carattere eccezionale della norma non consentiva di individuare un sufficiente grado di tassatività, appariva, invece, debole e indeterminata e per tale ragione fu abrogata dall'art. 10, comma secondo, della legge n. 663 del 1986 e rimpiazzata dall'art. 41-*bis* ord. penit.

L'art. 41-*bis*, originariamente composto da un unico comma, fu collocato nel Capo IV della legge n. 354/1975, dedicato al «regime penitenziario». La collocazione della norma è significativa, in quanto mette in luce la diversa considerazione rispetto all'art. 90, che invece era posto fra le «disposizioni finali e transitorie» e, pertanto, individuato come norma di chiusura cui ricorrere in via eccezionale⁵¹.

Il primo comma dell'art. 41-*bis* attribuiva, e tuttora attribuisce, al Ministro di grazia e giustizia – *rectius* Ministro della giustizia – la facoltà di sospendere le disposizioni sul trattamento penitenziario nei confronti dell'intero istituto o di parte di esso solo in presenza di eccezionali casi di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, con lo scopo specifico di ripristinare l'ordine e la sicurezza e soltanto per il tempo strettamente necessario a raggiungere tale fine.

Ad una prima lettura non sembra innovativa la formulazione della disposizione, che per lo più tratteggia quanto già previsto dall'art. 90 ord. pen⁵². Immutata è la

⁴⁹ V. DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema di sicurezza*, in PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 133.

⁵⁰ V. CESARIS, *sub. art. 90*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 1196 s.

⁵¹ V. CESARIS, *sub. art. 41-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 536.

⁵² V. PADOVANI, in *Leg. Pen.*, 1987, 145; DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 193.

competenza del Ministro della giustizia, l'indeterminatezza temporale e la connessione fra situazioni di emergenza e l'ordine e la sicurezza. Ciononostante, elemento di rilevante diversità è l'ambito applicativo della norma, circoscritto a «casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza». Il riferimento non è a qualunque episodio di rivolta, bensì solo a quelli connotati da una particolare gravità. La disposizione mira a regolamentare situazioni imprevedibili e, pertanto, nonostante il generico richiamo ad «altre gravi situazioni» si esclude un uso indiscriminato della norma da parte dell'amministrazione penitenziaria. Al di fuori del campo operativo della norma si rinvengono gli ordinari problemi di ordine e di sicurezza che restano demandati al rimedio del regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-bis*.

Lo strumento di cui al primo comma dell'art. 41-*bis* non apparve in grado di fronteggiare la costante e inflessibile minaccia delle organizzazioni criminali, che emerse dai fatti di «agghiacciante gravità»⁵³ che connotarono gli ultimi decenni del Novecento. Il d.l. n. 306/1992, pertanto, inserì un secondo comma all'interno della norma che disciplinava un regime detentivo speciale finalizzato proprio al contrasto della criminalità mafiosa. La disposizione introdotta era così elaborata dal comma 2 dell'art. 19 del decreto: «Quando ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica, anche a richiesta del Ministro dell'interno, il Ministro di grazia e giustizia ha altresì la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, nei confronti dei detenuti per taluno dei delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4-*bis*, l'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dalla presente legge che possano porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e di sicurezza»⁵⁴.

La lettura delle due previsioni normative rende chiara la diversa *ratio* sottesa al primo comma della norma rispetto a quella che spinse il legislatore a introdurre il secondo. L'uno fu immesso nell'ordinamento penitenziario allo scopo di fornire un

⁵³ V. CESARIS, *sub. art. 41-bis*, cit., 537.

⁵⁴ V. DELLA BELLA, *Il "Carcere duro", tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali – presente e futuro del regime detentivo speciale ex art.41 bis O.P.*, Milano, 2016; GALGANI, *L'art. 41-bis ord. penit.*, in LUPÀRIA DONATI, MEZZETTI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Milano, 2020, 1110.

valido strumento per sedare comportamenti di squilibrio interni all'istituto, rappresentato dal ricorso a trasferimenti o trattamenti disciplinari di isolamento⁵⁵. L'altro è il risultato di un'argomentazione molto più complessa che può essere articolata nei seguenti termini. In primo luogo, la scelta di istituire un modello di detenzione differenziato per alcune categorie di detenuti nacque dalla presa di coscienza che all'interno degli istituti penitenziari le organizzazioni criminali continuavano la loro attività. Il terrorismo politico degli anni Settanta e Ottanta aveva insegnato che, sovente, la detenzione carceraria, anche qualora fosse destinata ad avere durata illimitata, portava a conservare e rafforzare i vincoli associativi⁵⁶. Pertanto, l'intento principale del legislatore fu quello di dar vita a un sistema idoneo a recidere i collegamenti fra detenuto e affiliati liberi⁵⁷ e a lenire il ruolo, l'influenza e il prestigio criminale rivestito all'interno dell'organizzazione di appartenenza⁵⁸. Per tale motivo si optò per la drastica riduzione delle opportunità di contatto con il mondo esterno. In secondo luogo, il regime di cui all'art. 41-bis fu indirettamente rivolto a un ulteriore obiettivo, ossia il tentativo di indurre il destinatario a collaborare e cooperare con la giustizia mediante uno strumento di pressione psicologica che incideva sui residui spazi di libertà del soggetto detenuto.

Le ragioni esposte giustificano l'istituzione di un regime che spesso viene definito, da stampa e letteratura, con l'espressione «carcere duro». Quest'ultima, seppur rende esplicito il carattere di rigore con cui fu disegnato e voluto l'istituto, non pare cogliere la vera essenza dello stesso, in quanto il regime non ha natura afflittiva e sanzionatoria, bensì è orientato da esigenze squisitamente preventive.

Le misure di elevata sicurezza imposte dal regime sono vincolate nel contenuto in quanto il legislatore richiede che si pongano in relazione funzionale con lo scopo

⁵⁵ V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 21.

⁵⁶ V. MOROSINI, *L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, cit., 765 e 769.

⁵⁷ V. ROMICE, *Brevi note sull'art. 41 bis O.P.*, in *Giur. Pen*, 2017.

⁵⁸ V. AMATO, *I giorni del dolore, la notte della ragione: stragi di mafia e carcere duro*, Roma, 2012, 83.

preventivo. La sospensione delle regole di trattamento e degli istituti si esprime nei termini meglio precisati dal comma 2-*quater* dell'art. 41-*bis*, così come da ultimo modificato con la l. n. 94 del 2009. Le restrizioni corrispondono, a titolo esemplificativo, alla detenzione all'interno di istituti esclusivamente dedicati a tale categoria di detenuti; alla netta riduzione del numero dei colloqui mensili, tenuti in luoghi attrezzati a evitare il passaggio di oggetti, e dei soggetti esterni ammessi; al controllo audio-visivo e alla registrazione dei colloqui; alla sottoposizione a visto di censura della corrispondenza; all'esclusione da talune attività ricreative; alla limitata permanenza all'aria aperta, ossia per un massimo di due ore al giorno e con un gruppo di socialità ristretto, etc⁵⁹.

La disciplina del regime speciale di cui all'art. 41-*bis* entrò in vigore con efficacia temporale limitata in quanto fu approvata con una data di scadenza che, nel decennio successivo, venne rinnovata periodicamente fino ad arrivare alla definitiva stabilizzazione dell'istituto avutasi con la l. 23 dicembre 2002, n. 279⁶⁰ – «*Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*».

La novella legislativa, inoltre, tentò di attribuire maggior determinatezza al contenuto della sospensione e di risolvere le questioni di legittimità precedentemente evidenziate da pronunce della Corte costituzionale⁶¹ e della Corte Europea dei diritti dell'uomo⁶². La disciplina, per essere costituzionalmente orientata, necessitava della

⁵⁹ V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 23.

⁶⁰ V. PETRINI, L. 23.12.2002, n. 279 - *Modifica degli art. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Il regime "carcere duro" diventa definitivo in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.* 2003, 2, 230; nonché BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale fra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 285.

⁶¹ Cfr. Corte cost., 24.06.1993, n. 349, dep. 28.07.1993; Corte cost., 05.11.1993, n. 410, dep. 23.11.1993; Corte cost., 19.07.1994, n. 357, dep. 27.07.1994; Corte cost., 14.10.1996, n. 351, dep. 18.10.1996; Corte cost., 26.11.1997, n. 376, dep. 05.12.1997.

⁶² Cfr. Corte EDU, 06.04.2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26722/95; Corte EDU, 28.09.2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94; Corte EDU, 21.12.2000, *Rinzivillo c. Italia*, ric. n. 31543/96; Corte EDU, 18.01.2001, *Indelicato c. Italia*, ric. n. 31143/96; Corte EDU, 26.07.2001, *Di Giovine c. Italia*, ric. n. 39920/98; Corte EDU, 24.10.2002, *Messina c. Italia*, ric. n. 33993/96.

revisione o della regolamentazione di taluni aspetti, quali: la formulazione dei presupposti del regime differenziato, ritenuta eccessivamente generica; l'indicazione di limiti alle restrizioni, fino ad allora assenti; l'efficacia temporale del provvedimento ministeriale e la procedura di proroga dello stesso; il regime di impugnabilità del provvedimento; la procedura applicativa del regime. Il tentativo di rispondere a tali esigenze si concretizzò nell'art. 2 della legge che sostituì il comma 2 e il comma 2-*bis* della norma con i commi da 2 a 2-*sexies*, successivamente rimodulati.

Il prevalente contributo all'opera di definizione e integrazione dell'istituto si deve alla l. 15 luglio 2009, n. 94 – «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*» – che, per mezzo dell'art. 2, comma 25, ha dato luogo all'attuale formulazione della disciplina.

La legge ha inciso limitatamente sul comma 2 dell'art. 41-*bis*, la cui modifica di maggior rilievo consiste nell'ampliamento del novero dei destinatari del regime, che oggi è applicabile non solo «nei confronti dei detenuti o internati per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4 *bis*», ma anche agli autori che hanno commesso un delitto «avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso, in relazione ai quali vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con un'associazione criminale, terroristica o eversiva».

Una modifica di maggior spessore ha coinvolto, invece, il comma 2-*bis*, che venne sostituito. La nuova formulazione fissa nel termine di quattro anni la durata del provvedimento ministeriale e di due quella dell'eventuale provvedimento di proroga. Il Ministro della giustizia dispone la proroga del regime di cui al comma 2 sulla base dell'attualità delle esigenze preventive e della permanenza degli elementi che avevano giustificato il decreto applicativo. L'istruttoria propedeutica deve essere completa ed è curata dalla Direzione Generale dei Detenuti e del Trattamento che acquisisce le opportune informazioni⁶³ utili alla decisione, concentrandosi su due criteri di

⁶³ Le notizie sono richieste alla Direzione Distrettuale Antimafia (D.D.A.), alla Direzione Nazionale Antimafia (D.N.A.) e agli organi di Polizia e investigativi (Direzione centrale della Polizia Criminale del Ministero dell'Interno, Direzione Investigativa Antimafia, Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri e Comando Generale della Guardia di Finanza).

riferimento: l'uno di tipo oggettivo, ossia la persistente gravità e attualità delle esigenze di prevenzione riferite all'associazione criminale operante all'esterno; e l'altro soggettivo, cioè la capacità del soggetto di mantenere contatti con il gruppo di appartenenza e di rivestire un ruolo significativo in esso, tenuto conto del profilo criminale del detenuto⁶⁴. La norma precisa che «il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione» o il suo essere venuta meno.

In merito alla procedura di applicazione, che coincide altresì con quella di proroga, le novità più rilevanti si rinvencono nei commi *2-quinquies* e *2-sexies*, sostituiti dalla legge n. 94 del 2009. Il primo dei due commi attribuisce al detenuto o internato nei cui confronti è stata disposta o prorogata l'applicazione del regime di proporre reclamo avverso il provvedimento ministeriale nel termine di venti giorni. Il controllo sull'attività del ministro – e dell'amministrazione penitenziaria – è affidato a un unico organo, allo scopo di evitare disparità di giudizio, ossia il Tribunale di sorveglianza di Roma, la cui decisione è ricorribile in cassazione per violazione di legge. Il comma *2-sexies* contiene, invece, indicazioni procedurali e di forma.

Successivamente al 2009 non si registrano ulteriori modifiche del testo, mentre invece sono stati numerosi gli interventi della Corte costituzionale e della Corte EDU, che si concentrano sulla tutela dei diritti fondamentali della persona e quindi orientano in tal senso la prassi applicativa della norma. Peraltro, si sono moltiplicate le circolari del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria – DAP – che hanno fornito un'interpretazione applicativa del dato normativo e, in taluni casi, hanno inciso direttamente sulla portata della prescrizione, limitando l'esercizio di diritti soggettivi⁶⁵.

⁶⁴ V. MOROSINI, *L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, cit., 774 ss.

⁶⁵ V. MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 9.

4. L'esordio della collaborazione con la giustizia: il pentitismo e il trattamento penitenziario ex art. 16-*nonies* d.l. n. 8/1991.

Il fenomeno del pentitismo in ambito mafioso⁶⁶ fu essenziale per oltrepassare gli insuperabili ostacoli nella repressione della criminalità organizzata causati dalla diffusa omertà che connota l'ambiente, ma anche dalla «elevata capacità criminale degli associati» che «fa sì che nella commissione dei delitti vengano utilizzate tecnologie che rendono estremamente difficoltosa la ricostruzione delle “tracce” del reato»⁶⁷. La rilevanza del fenomeno fu tale che si ritenne che «in assenza di un pentito disposto a testimoniare in giudizio, la realtà associativa della mafia era impossibile da dimostrare»⁶⁸.

L'inizio del pentitismo ha origini antiche, ma formalmente può essere fatto coincidere con il 1984, anno in cui Tommaso Buscetta, latitante in Brasile, ruppe il muro dell'omertà mafiosa e si mise in contatto con il Giudice Giovanni Falcone, esprimendo l'intenzione di cooperare⁶⁹. Questo divenne il caso più rilevante per elementi informativi forniti e per ricadute processuali, anche in ragione della notorietà del protagonista, e la portata dirompente delle dichiarazioni permise di conoscere genesi e palingenesi di Cosa Nostra, così consentendo di dare inizio al maxiprocesso di Palermo del 1986. Le rivelazioni di Tommaso Buscetta, inoltre, innescarono un meccanismo imitativo che portò numerosi altri soggetti a seguire la scia della cooperazione. Nondimeno, la vera novità fu l'assunzione diretta di responsabilità del pentito e la sua visibilità anche processuale⁷⁰. La fine dell'anonimato dei collaboratori

⁶⁶ Preceduto da quello in ambito anti-terroristico. V. d.l. 21 marzo 1978, n. 58 convertito con modifiche in legge n. 91 del 1978; legge temporanea n. 304 del 1982; legge temporanea n. 34 del 1987.

⁶⁷ V. VIGNA, LAUDATI, *Contro la mafia globalizzata il pentito non può appartenere a un solo ufficio*, in *Diritto e Giustizia*, 2001, 31, 8

⁶⁸ V. LUPO, *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Donzelli, 1996, 117.

⁶⁹ V. FALCONE, PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1991, 41; nonché LUPO, *Alle origini del pentitismo: politica e mafia*, in DINO (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, 2006, 127.

⁷⁰ V. METE, *Alessandra Dino (a cura di), Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, in *Sociologica*, Il Mulino, Bologna, 2008, 2.

di giustizia evidenziò una «vistosa crepa dell'edificio dell'organizzazione criminale», costruito sulla base di un patto di omertà, e dunque, fu il segno di un cambiamento culturale e sociale⁷¹.

Il trattamento dei pentiti, in tutta la prima parte dei c.d. «maxiprocessi», avvenne in assenza di un quadro normativo organico. I collaboratori di giustizia ottenevano giovamento solo in sede processuale, mediante l'applicazione di circostanze attenuanti generiche, laddove in sede esecutiva non era predisposto alcun trattamento penitenziario e sanzionatorio più favorevole. L'ordinamento mancava, peraltro, di una disciplina atta a proteggere tali soggetti e i loro familiari che, sovente, erano vittime di attentati.

Nel corso del tempo il legislatore, affidatosi per lo più alla politica dell'emergenza, è intervenuto con leggi *ad hoc* che hanno interessato precisi comparti del crimine in forma associata e, al giorno d'oggi, non ha ancora adottato una regolamentazione unitaria che possa coprire ogni ambito di manifestazione del fenomeno⁷².

Sin dalla prima forma di regolamentazione, la normativa inerente alla collaborazione con la giustizia è retta da una logica di premialità che abbraccia sia la fase processuale sia quella esecutiva e che costituisce il motore della disciplina nel raggiungimento dell'obiettivo di stimolare i membri delle organizzazioni criminali a dissociarsi dalle stesse in cambio di un trattamento sanzionatorio più favorevole. Il fenomeno del pentitismo, pertanto, deve essere letto in chiave utilitaristica poiché i collaboratori di giustizia non sempre sono realmente «pentiti» della propria carriera criminale, ciononostante decidono di cooperare con lo Stato allo scopo di ottenere determinati benefici.

Il primo intervento regolatore, sollecitato dalla fortunata crescita del fenomeno del pentitismo, si è avuto con il d.l. 15 gennaio 1991, n. 8 convertito in legge 15 marzo 1991, n. 82, intitolato «*Nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di*

⁷¹ V. METE, cit., 1 s.

⁷² V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 148.

estorsione e per la protezione di coloro che collaborano con la giustizia». Il legislatore decise così di percorrere un'unica strada, ossia quella della collaborazione con la giustizia, respingendo le tre categorie di «pentitismo» invalse nella normativa anti-terrorismo – la dissociazione, la collaborazione processuale, la collaborazione con la giustizia – e distinte a seconda dell'apporto fornito dall'imputato e dalle conseguenze processuali e premiali⁷³.

Il decreto legge si componeva di un primo capo dedicato alle norme in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione e di un secondo capo con cui introdusse uno statuto speciale di protezione per chi, nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, avesse reso dichiarazioni rilevanti ed eventualmente anche nei confronti dei prossimi congiunti o dei conviventi, con il precipuo scopo di assicurare l'incolumità di tali soggetti.

Il decreto legge in oggetto fu ampliato *in primis* dall'art. 12 della legge 13 febbraio 2001, n. 45 che, successivamente al Capo II e, dunque, in seguito all'art. 16, inserì il Capo II-*bis*, composto dagli artt. 16-*bis* e 16-*ter*, inerente alla protezione dei testimoni di giustizia, che poi fu abrogato dalla l. 11 gennaio 2018, n. 6. A tal riguardo la legge della Regione Sicilia n. 22 del 2014 fornì una chiara definizione di «testimoni di giustizia» individuati – dall'art. 1, comma 2 – come «i soggetti che assumono rispetto al fatto o ai fatti delittuosi in ordine ai quali rendono le dichiarazioni esclusivamente la qualità di persona offesa dal reato, ovvero di persona informata sui fatti o di testimone, purché nei loro confronti non sia stata disposta una misura di prevenzione, ovvero non sia in corso un procedimento di applicazione della stessa».

La medesima legge n. 45/2001, ai sensi dell'art. 14, inserì inoltre all'interno del d.l. n. 8/1991 il Capo II-*ter*, composto dagli artt. dal 16-*quater* al 16-*nonies*, recante il titolo «*Nuove norme per il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia*». L'intervento del legislatore incise sulla fase esecutiva – *rectius* sul trattamento sanzionatorio – dei collaboratori di giustizia e la novità più rilevante fu

⁷³ V. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1982; CASELLI, *Le due guerre. Perché l'Italia ha sconfitto il terrorismo e non la mafia*, VI ed., Milano, 2010.

senza dubbio quella di aver reso autonoma la valutazione per l'accesso ai benefici penitenziari, così come delineato all'art. 16-*nonies*, dall'applicazione delle speciali misure di protezione⁷⁴, al fine di evitare che lo *status* di collaboratore venisse assunto per ragioni di mera convenienza, come *escamotage* per ottenere le misure extramurarie.

Nell'ambito del Capo II-*ter* assume una fisionomia peculiare il trattamento esecutivo del collaborante ai sensi dell'art. 16-*nonies* che, dopo essere stato introdotto nel 2001, fu poi modificato dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 convertito in legge 17 aprile 2015, n. 43. La norma sembra aver sostituito l'abrogato art. 13-*ter* del decreto che sottraeva i collaboranti ammessi al programma di protezione a ogni preclusione ed esclusione dai benefici. L'odierna disciplina non si rivolge più, come anticipato, ai collaboratori sottoposti a speciale protezione, tuttavia risulta ancora improntata a un'ottica derogatoria per la concessione dei benefici. I divieti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., invero, non trovano applicazione nei confronti dei collaboranti *ex art.* 16-*nonies*, e ciò pare confermato dal fatto che il medesimo art. 4-*bis*, comma 1, fa espressamente salva la disposizione dell'art. 16-*nonies*, e allo stesso modo non valgono i limiti di pena previsti dall'art. 58-*ter* ord. penit. per l'accesso alle misure ivi contemplate. La norma, pertanto, disegna un ulteriore regime differenziato per la concessione dei benefici penitenziari, diverso da quello di cui all'art. 4-*bis*, che lo ha preceduto, fondato sulla nozione di collaborazione *ex art.* 58-*ter*.

Il distinto regime subordina a determinate condizioni la concessione di misure quali la liberazione condizionale, i permessi premio e la detenzione domiciliare prevista dall'articolo 47-*ter* ord. penit. e si rivolge a categorie precise di soggetti, ossia si applica «nei confronti delle persone condannate per un delitto commesso per finalità

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 9, comma 2, del decreto legge n. 8 del 1991, «Le speciali misure di protezione sono applicate quando risulta l'inadeguatezza delle ordinarie misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza o, se si tratta di persone detenute o internate, dal Ministero della giustizia - Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e risulta altresì che le persone nei cui confronti esse sono proposte versano in grave e attuale pericolo per effetto di talune delle condotte di collaborazione aventi le caratteristiche indicate nel comma 3 e tenute relativamente a delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale ovvero ricompresi fra quelli di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale e agli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater* ((, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'articolo 600-*quater*.1,)) e 600-*quinquies* del codice penale».

di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale o per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-*bis*⁷⁵, del codice di procedura penale, che abbiano prestato, anche dopo la condanna, taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali». Il novero dei detenuti è distretto nell'ottica di una eccezionalità del regime in oggetto.

Le condizioni suddette sono enucleate nei commi dell'art. 16-*nonies* e, sinteticamente, sono: la proposta o il parere del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo – comma 1⁷⁶; il fatto che il condannato abbia «prestato, anche dopo la condanna, taluna delle condotte di collaborazione che consentono la concessione delle circostanze attenuanti previste dal codice penale o da disposizioni speciali» – comma 1; l'avvenuto ravvedimento⁷⁷ e l'assenza di elementi che possano far ritenere sussistenti i collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva – comma 4; per i provvedimenti che derogano ai limiti di pena di cui agli artt. 176 c. p., 30-*ter* e 47-*ter* ord. penit., il verbale illustrativo dei contenuti della collaborazione ai sensi dell'art. 16-*quater* d.l. n. 8/1991, entro il termine di centottanta giorni da quando l'interessato ha manifestato la volontà di collaborare – comma 4; infine, salvo che nell'ipotesi del permesso premio, l'espiazione di almeno un quarto della pena inflitta ovvero, nel caso dell'ergastolo, di almeno dieci anni di pena⁷⁸.

Dunque, la collaborazione *ex art.* 16-*nonies* deve presentare precise caratteristiche quantitative e qualitative affinché il soggetto possa beneficiare delle

⁷⁵ I delitti di cui agli artt. 416-*bis*, 630, delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, del codice penale, l'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 e l'art. 291-*quater* del d.P.R. n. 73 del 1943.

⁷⁶ Così modificato dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 convertito con modificazioni in l. 17 aprile 2015, n. 43.

⁷⁷ Il ravvedimento «non può essere oggetto di una sorta di presunzione, formulabile sulla sola base dell'avvenuta collaborazione e dell'assenza di persistenti collegamenti del condannato con la criminalità organizzata, ma richiede la presenza di ulteriori e specifici elementi, di qualsivoglia natura, che valgono a dimostrare in positivo, sia pure in termini di mera, ragionevole probabilità, l'effettiva sussistenza»: così Cass., sez. I, 22.05.2018, n. 43256; Cass., sez. I, 14.10.2020.

⁷⁸ V. CESARI, *sub. art.* 58-*ter*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 838 s.

misure ivi indicate. Il fine della scelta legislativa è quello di evitare che i collaboranti protetti godano di un sistema preferenziale di ammissione dei benefici solo per il ricorrere di esigenze di protezione, da loro indipendenti. Ne deriva che il provvedimento è adottato da parte del tribunale o del magistrato di sorveglianza, sulla base della verifica dei presupposti, «senza che a tal fine assuma rilievo l'eventuale provvedimento amministrativo di ammissione dell'interessato a speciali misure di protezione»⁷⁹.

La «collaborazione» che qui viene in rilievo è quella caratteristica del diritto penale sostanziale, non quella ricavabile dall'art. 58-ter ord. penit., e ciò in forza dell'espresso rimando operato dall'art. 16-nonies a «condotte di collaborazione che consentono la concessione di circostanze attenuanti». I comportamenti collaborativi che rilevano in tal senso sono «diretti ad evitare ulteriori conseguenze delle attività delittuose, l'apporto concreto fornito alla polizia e all'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, l'ammissione delle attività criminose compiute, i comportamenti incompatibili con il permanere del vincolo associativo»⁸⁰. Nell'ipotesi in cui la collaborazione sia successiva alla condanna e riguardi fatti diversi da quelli per cui è intervenuta la condanna stessa, il comma 5 della norma richiama i requisiti della collaborazione prescritti all'art. 9, comma 3, del d.l. 8/1991. Da questo rinvio può desumersi la generale necessità che la collaborazione in esame risponda in ogni caso anche ai requisiti di cui all'art. 9, comma 3, e che perciò sia intrinsecamente attendibile e abbia carattere di novità o di completezza o di notevole importanza⁸¹.

⁷⁹ Cass., 13.01.2012, CASELLA, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, 104.

⁸⁰ V. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 262 ss.

⁸¹ Art. 9, comma 3, d.l. n. 8/1991, così modificato dalla l. n. 45/2001: «[...] La collaborazione e le dichiarazioni predette devono avere carattere di intrinseca attendibilità. Devono altresì avere carattere di novità o di completezza o per altri elementi devono apparire di notevole importanza per lo sviluppo delle indagini o ai fini del giudizio ovvero per le attività di investigazione sulle connotazioni strutturali, le dotazioni di armi, esplosivi o beni, le articolazioni e i collegamenti interni o internazionali delle organizzazioni criminali di tipo mafioso o terroristicamente eversivo o sugli obiettivi, le finalità e le modalità operative di dette organizzazioni».

L'entità della collaborazione richiesta sembra essere l'elemento dirimente per l'art. 16-*nonies* d.l. 8/1991 e per il binomio degli artt. 58-*ter*/4-*bis* ord. penit., poiché nel primo caso il legislatore non richiede la semplice cooperazione utile per la ricostruzione della struttura criminale o per la cattura degli affiliati, bensì esige apporti conoscitivi più corposi, tali cioè, da permettere anche l'individuazione delle fonti di reddito, dei collegamenti interni o internazionali e degli scopi dell'organizzazione»⁸².

Nell'arco del medesimo anno il decreto legge n. 8/1991 fu seguito da un ulteriore importante intervento: il d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203.

La collaborazione con la giustizia fu qui valorizzata, innanzitutto, in sede processuale mediante la previsione di un doppio sistema basato da un lato sulla circostanza attenuante speciale della collaborazione *ex* art. 8 del decreto⁸³, ancora in vigore nella previsione di cui al comma 1, e dall'altro sulla circostanza aggravante *ex* art. 7⁸⁴, oggi abrogato dal d.lgs. n. 21/2018, dedicata ai c.d. imputati «irriducibili»⁸⁵. Per converso, in sede penitenziaria, il decreto fornì un rilevante apporto in materia di trattamento penitenziario per i collaboratori di giustizia per mezzo del meccanismo fondato sugli artt. 58-*ter* e 4-*bis* ord. pen⁸⁶.

⁸² V. DI MARTINO, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* 03, f. 1-2, 239.

⁸³ Secondo cui: «Per i delitti di cui all'articolo 416-*bis* del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà».

⁸⁴ Secondo cui «Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà».

⁸⁵ V. AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, in MAIELLO (a cura di), *La Legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, 197.

⁸⁶ V. LUPO, *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 1996, 43.

4.1. L'art. 58-ter ord. penit. e i collegamenti con l'art. 4-bis ord. penit.

L'art. 58-ter ord. penit., rubricato «Persone che collaborano con la giustizia», è stato introdotto dall'art. 1 comma 5 del d.l. n. 152 del 1991, convertito in l. n. 203/1991, e successivamente modificato dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45 e ancora dalla l. 15 luglio 2009, n. 94.

La formulazione originaria della norma coincide prevalentemente con quella odierna. L'art. 58-ter comma 1 prevede che i limiti di pena fissati dagli artt. 21 comma 1, 30-ter comma 4, e 50 comma 2, ord. penit. non si applicano nei confronti dei condannati per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater⁸⁷ dell'art. 4-bis ord. penit. «che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati». La regola si applica alla medesima tipologia di condannati anche in merito alla liberazione condizionale sulla base di quanto disposto dall'art. 2 del decreto legge n. 152/1991.

L'art. 58-ter segnò ufficialmente «l'ingresso nell'ordinamento penitenziario di una nuova premialità»⁸⁸ e rappresentò la prima tappa della «frantumazione dei percorsi alternativi»⁸⁹. Inizialmente fu previsto come «clausola di salvezza» per i condannati ai reati di cui all'art. 4-bis. L'embrionale formulazione di quest'ultima norma non prevedeva alcun rimando diretto all'art. 58-ter e, pertanto, i condannati che avessero collaborato con la giustizia, avrebbero avuto il solo vantaggio di non vedersi applicati i rigidi limiti di pena da espiare per la concessione di alcune tra misure premiali – lavoro all'esterno, permessi premio, semilibertà e liberazione condizionale.

⁸⁷ Nella formulazione originaria dell'art. 58-ter ord. penit. il riferimento era al solo comma 1 dell'art. 4-bis.

⁸⁸ V. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario dagli ideali smarriti della scommessa «anticustodialistica» agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario»*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 108.

⁸⁹ V. BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995, 115.

Il d.l. n. 306 del 1992, convertito in l. n. 356/1992, ebbe il merito di introdurre il riferimento alla collaborazione *ex art. 58-ter* all'interno del primo comma dell'art. 4-*bis* ord. pen., il quale ancora oggi prevede che il lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione – ad eccezione della liberazione anticipata – si applicano ai detenuti e agli internati per reati previsti dallo stesso comma solo in caso di collaborazione con la giustizia⁹⁰, ferme le ulteriori condizioni previste dalla norma – quale l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. L'art. 4-*bis* richiede, dunque, la collaborazione come condizione per la concessione dei benefici penitenziari soltanto per i condannati per i delitti di cui al primo comma in ragione dello spiccato allarme sociale che caratterizza le fattispecie criminose ivi richiamate.

In questo quadro normativo la collaborazione costituisce l'unico presupposto per il superamento di due diverse preclusioni che riguardano, nel caso dell'art. 4-*bis*, la concessione dei citati benefici per una precisa categoria di condannati, nell'art. 58-*ter*, le frazioni di pena da espiare per poter accedere alle misure ivi richiamate.

Un intervento di dettaglio che rese più chiara la disposizione pervenne dalla legge n. 45/2001 che modificò l'*incipit* della norma, sostituendo il più generico «Le disposizioni di...» con «I limiti di pena previsti dalle disposizioni di...». Inoltre, restando nell'ambito degli interventi normativi, lo stretto legale fra l'art. 4-*bis* e l'art. 58-*ter* si avverte nella modifica, di adeguamento sistematico, avutasi con la l. n. 94/2009 che inserì il riferimento anche ai cc. 1-*ter* e 1-*quater*, oltre che al già richiamato al comma 1. Dunque, nel tempo, l'art. 58-*ter* venne inserito in un campo operativo di diversa ampiezza, tanto che si è parlato di «piccola metamorfosi funzionale» subita dalla norma «a causa del cambiamento della cornice in cui si iscrive»⁹¹. Nella visione attuale l'art. 58-*ter* riveste ancora il ruolo di clausola eccezzuativa, ma funge anche da parametro di riferimento per la valutazione delle condotte collaborative.

⁹⁰ Per il riferimento all'art. 323-*bis*, secondo comma, del codice penale v. § 10.1.

⁹¹ V. BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, cit., 115.

La norma include due forme alternative di cooperazione che, in entrambi i casi, devono portare a un contributo decisivo e utile e quindi avere una efficacia innovativa. La prima forma è il c.d. «ravvedimento attivo» e corrisponde all'adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori⁹²; la seconda è, invece, la c.d. «fattiva collaborazione» e si configura quando il condannato ha aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati⁹³.

La condotta collaborativa per essere tale è necessario che coincida con un comportamento attivo del condannato. Pertanto, è ininfluenza la «condotta di chi si limita a costituirsi in carcere spontaneamente»⁹⁴, la semplice ammissione della propria responsabilità o la mera dissociazione. La collaborazione implica indirettamente la dissociazione, ma questo elemento non è espressamente richiamato dalla norma per via delle fattispecie monosoggettive contenute all'art. 4-*bis*. Contestualmente l'assenza della dissociazione assume un significato simbolico poiché denota la scarsa importanza attribuita all'atteggiamento interiore del soggetto.

I motivi della collaborazione, invero, sono irrilevanti dato che il legislatore si rivolge ad un criterio oggettivo per attribuire o meno i risultati premiali ai condannati. Inoltre, la Suprema Corte ha precisato che la collaborazione con la giustizia è un «semplice dato storico, estraneo al procedimento di sorveglianza, per cui al fine di verificare le condizioni di cui all'art. 58-*ter*, il tribunale non deve saggiare la disponibilità del condannato a collaborare, né deve acquisire comportamenti di collaborazione, dovendosi limitare ad accertare se il condannato ha collaborato o non

⁹² V. GASPARI, *Art.58-ter*, in FIORENTIN, SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 735.

⁹³ V. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010, 221

⁹⁴ Cass., sez. pen., 09.05.1994, Marcenò, in *C. pen.* 1995, n. 2278.

con la giustizia»⁹⁵. L'orientamento giurisprudenziale è stato ritenuto «pacificamente contrastante con la lettera della norma»⁹⁶, ma ha trovato diverse conferme.

Il contenuto della collaborazione deve essere concreto e originale, gli elementi forniti non devono poi risultare fuorvianti in quanto, in tal caso, «si determina, *ex post*, una situazione di inammissibilità» al beneficio concesso e l'esecuzione «deve essere interrotta»⁹⁷. La collaborazione deve essere valutata sul piano delle conseguenze di fatto prodotte, che devono tradursi in un danno obiettivo all'organizzazione e ai suoi affiliati⁹⁸. La dissimulazione, la reticenza, la collaborazione deliberatamente limitata o parziale, seppur sincera, a nulla giovano in quanto si ritiene che il soggetto «è tenuto, a prescindere dai risultati, ad adoperarsi con il contributo di tutte le sue conoscenze alle indagini»⁹⁹. L'apporto conoscitivo, infatti, non deve necessariamente determinare l'esercizio dell'azione penale o una sentenza di condanna, ben potendo riguardare anche la fase investigativa, sebbene in questo caso il tribunale di sorveglianza deve formulare una prognosi favorevole in ordine alla raccolta di prove idonee a dimostrare i fatti oggetto di accusa ai fini della valutazione della concretezza e decisività del contributo¹⁰⁰. Infine, è dominante l'orientamento secondo cui la collaborazione deve essere circoscritta «ai fatti e ai reati oggetto della condanna per cui è richiesto il beneficio»¹⁰¹ e, dunque, rilevano solo le condotte collaborative inerenti al reato per cui è in esecuzione la pena o la custodia¹⁰². Gli elementi informativi non possono essere generici, altrimenti verrebbe a crearsi un privilegio per chi, offrendo la propria

⁹⁵ Cass., sez. pen., 13.05.1994, Solinas, in *Cass. pen.* 1995, n. 2686; cfr. Cass., sez. I, 18.10.2007, n. 43659; Cass., sez. II, 04.02.2016, n. 8094; Cass., sez. pen., 21.11.2018, n. 6764.

⁹⁶ V. GUZZALOCA, PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995; MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 156 s.

⁹⁷ V. DELLA CASA, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 131 ss.

⁹⁸ V. CESARI, *sub. art. 58-ter*, cit., 843.

⁹⁹ V. IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995.

¹⁰⁰ Cass., sez. pen., 21.11.2018, Mascia, n. 274804.

¹⁰¹ Cass., sez. pen., 23.09.1996, Grassi, in *Cass. pen.*, 1997, n. 2853.

¹⁰² V. MARTINI, *Leg. Pen.*, 1993, 191, nt. 13.

collaborazione in relazione ad un reato, avrebbe il vantaggio di godere di una sorta di immunità in relazione ad un numero illimitato di altri illeciti¹⁰³. La figura del collaborante c.d. «totale» è estranea al nostro ordinamento, ove con questa espressione si fa riferimento al «soggetto tenuto a prestare il proprio contributo senza limiti di tempo e, soprattutto, senza una precisa correlazione con il delitto – o i delitti, oggetto della condanna che sta alla base della sua detenzione» e, dunque, gli organi inquirenti non posso sollecitare la protrazione della collaborazione di un soggetto su una diversa vicenda criminosa contando sulla possibile revoca dei benefici penitenziari concessi¹⁰⁴.

L'orientamento rigoristico citato è affiancato da approdi giurisprudenziali più morbidi, che prevengono ad affermare la possibilità che la collaborazione abbia a oggetto, oltre ai delitti ostativi, anche «tutti i delitti che siano con questi finalisticamente collegati, sicché non è rispondente alla *ratio legis*». Il riferimento è quindi all'area dei delitti esclusi dalla previsione di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., ma costituenti elementi di un medesimo piano operativo e forme attuative di criminalità organizzata¹⁰⁵ e ciò in quanto l'unicità del reato continuato postula una valutazione *in toto* della personalità del condannato e del suo concreto ravvedimento. Un esempio utile in questo campo proviene dall'art. 16-*nonies* d.l. n.8/1991, ai sensi del quale la collaborazione rileva sia per i fatti oggetto della condanna, sia per fatti diversi. Inoltre, più di recente si è affermato che, ai fini dell'art. 58-*ter*, assumono rilievo «anche gli apporti informativi che hanno consentito la repressione o prevenzione di condotte criminose diverse da esso, in coerenza con la *ratio legis* che ha inteso incentivare il fatto obiettivo della collaborazione»¹⁰⁶.

La figura della piena collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* convive, all'interno del testo dell'art. 4-*bis* ord. pen., con un'ulteriore forma: la collaborazione

¹⁰³ V. FIORENTIN, MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza*, Milano, 2008, 218; CESARI, *sub. art. 58-ter*, cit., 843.

¹⁰⁴ V. CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 505.

¹⁰⁵ Cass., sez. pen., 06.05.1997, Battisti, in *Giust. pen.*, 1998, II, 109. v. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 156.

¹⁰⁶ Cass., sez. I, 08.01.2016, n. 7968; v. CESARI, *sub. art. 58-ter*, cit., 836 ss.

«oggettivamente irrilevante», prevista oggi al comma 1-*bis*. Questa, anche detta «attenuata» o «ininfluente», si raffigura quando la collaborazione offerta sia oggettivamente irrilevante, ma provenga da detenuti o internati per reati di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* cui sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dagli articoli 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, o 114 del codice penale, ovvero la disposizione dell'articolo 116, secondo comma, dello stesso codice. Pertanto, quando il reato commesso, sebbene riconducibile al novero dei delitti di cui al comma 1, sia connotato da un indice di gravità inferiore, in ragione del contributo apprestato o perché il condannato ha mostrato segni tangibili di ravvedimento, la collaborazione offerta è sufficiente anche se concretamente inutile¹⁰⁷, ferma l'acquisizione di elementi che provano l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

La circostanza attenuante comune di cui all'art. 62, numero 6) c.p. si applica a chi ripara integralmente o risarcisce il danno causato dal delitto o a chi si adopera per eliminare o attenuare le conseguenze dannose o pericolose dello stesso. L'art. 4-*bis*, in deroga al codice penale, valuta positivamente la circostanza attenuante anche qualora sia stata posta in essere successivamente alla condanna, laddove invece la norma penale espressamente richiede che la condotta ripartiva sia adempiuta prima del giudizio. Non rileva la mera esecuzione di un capo della sentenza di condanna in quanto comportamento dovuto, bensì l'iniziativa spontanea del condannato ancorché a prescindere da qualsiasi forma di pentimento¹⁰⁸. L'art. 114 c.p. è dedicato, più semplicemente, a chi «abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato». Infine, l'art. 116, secondo comma, si applica nei confronti del concorrente che volle un reato meno grave rispetto a quello commesso. In questa ipotesi può raffigurarsi sia il caso cui, in luogo del reato voluto dal compartecipe, ne

¹⁰⁷ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 67 ss.

¹⁰⁸ «In dottrina sono stati avanzati condivisibili dubbi circa la compatibilità con l'art. 3 Cost. della discriminazione, legata alle condizioni economiche del condannato, derivante dalla previsione in esame» così CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 67 s.

venga commesso uno diverso e più grave, sia il caso in cui vengano commessi entrambi; dunque, il «reato non voluto» diviene elemento per la valutazione della pericolosità del condannato. In termini critici è necessario osservare che la possibilità che la circostanza in questione si concretizzi nella pratica è piuttosto rara, in quanto la maggior parte dei reati ostantivi elencati al comma 1 dell'art. 4-*bis* richiede il dolo specifico.

Presupposto imprescindibile dell'operatività della collaborazione irrilevante, dunque, è che sia stato accertato in sentenza di condanna il ruolo marginale dell'autore tanto da far sì che questo benefici della diminuzione di pena per effetto di una fra le circostanze attenuanti speciali. Il novero dei soggetti destinatari della previsione non sembra includere gli imputati, dato il chiaro riferimento all'emissione di una sentenza, tuttavia si ritiene che assumano rilievo le circostanze attenuanti applicate con sentenza non ancora passata in giudicato in considerazione della presunzione di non colpevolezza che impone di valutare «tutti gli elementi per lui favorevoli emersi nel corso del giudizio, anche non ancora definito»¹⁰⁹.

La collaborazione c.d. «attenuata» è ugualmente idonea al superamento dello sbarramento all'accesso ai benefici penitenziari richiamati al comma 1 dell'art.4-*bis*, ancorché non può essere equiparata alla collaborazione c.d. «piena». L'ipotesi della collaborazione irrilevante, infatti, si colloca al di fuori della nozione *ex art. 58-ter*. La distinzione risiede in un dato di tipo quantitativo¹¹⁰, giacché in riferimento alla seconda non rilevano i motivi personali, né l'effettivo ravvedimento, né la spontaneità dell'apporto informativo, ma conta soltanto la pienezza della collaborazione e la volontà collaborativa certa; il condannato deve «adoperarsi con il contributo di tutte le sue conoscenze alle indagini»¹¹¹. In ogni caso parte della dottrina sostiene che la collaborazione richiesta agli associati deve necessariamente essere parametrata al

¹⁰⁹ V. MARTINI, *Commento all'art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 194.

¹¹⁰ V. MARTINI, *cit.*, 192.

¹¹¹ V. IOVINO, in *Cass. Pen.*, 1993, 1264; IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995.

grado di inserimento nell'organizzazione mafiosa e «rapportata all'accertata partecipazione, essendo logicamente presumibile un indice di conoscenza proporzionato al ruolo»¹¹². La collaborazione «piena» è l'unica realmente idonea a far cadere il limite assoluto all'accesso ai benefici penitenziari per i detenuti di maggior pericolosità sociale. Infatti, secondo un orientamento giurisprudenziale particolarmente rigoroso, i limiti temporali previsti agli artt. 21 comma 1, 30-ter comma 4, 50 comma 2 si ritengono generalmente applicabili anche ai collaboratori irrilevanti nonostante le norme suddette non richiamano il comma 1-bis dell'art. 4-bis¹¹³.

Da un punto di vista procedurale, è necessaria un'opera di coordinamento fra gli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. che, all'interno del testo della prima, risultano essere parzialmente sovrapposti. Ciascuna norma impone un tipo di procedimento diverso per l'accertamento della sussistenza della collaborazione: l'art. 4-bis coinvolge l'attività del c.p.o.s. – comma 2 – ovvero il procuratore distrettuale o nazionale antimafia, su sollecitazione del comitato o di propria iniziativa – comma 3-bis; mentre l'art. 58-ter, al secondo comma, prevede unicamente che l'accertamento sia svolto dal tribunale di sorveglianza.

Da una parte si è sostenuto che il rinvio operato dalla prima norma alla seconda sia limitato alla nozione di collaborazione, dunque al comma 1 dell'art. 58-ter, con conseguente esclusione del comma 2¹¹⁴. Dall'altra, più ragionevolmente, si è evidenziato che all'identità dell'oggetto dell'accertamento dovrebbe corrispondere l'identità della procedura di verifica della sussistenza della collaborazione, da ciò

¹¹² V. GUAZZALOCA, PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 342.

¹¹³ Trib. Sorv. Perugia 20.10.2011, n. 2011/966 SIUS richiamato da EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. Pen.*, 2012, 1220.

¹¹⁴ V. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998.

deducendo che il procedimento utilizzato dovrebbe essere comunque quello dell'art. 58-ter, a prescindere alla tipologia di reato cui si fa riferimento¹¹⁵.

4.2. L'impulso della Corte costituzionale e gli interventi legislativi in tema di «impossibilità o inesigibilità» di un'utile collaborazione con la giustizia.

A questo punto del percorso normativo si inseriscono due fondamentali sentenze della Corte costituzionale, la n. 357/1994 e la n. 68/1995, cui si riconosce il merito di aver coniato l'espressione «impossibilità o inesigibilità» di un'utile collaborazione con la giustizia che successivamente troverà riscontro normativo nelle modifiche della già citata l. 23 dicembre 2002, n. 279 e del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in legge 23 aprile 2009, n. 38, cui si deve l'introduzione del comma 1-bis all'interno dell'art. 4-bis ord. penit.

Le sentenze citate furono parzialmente anticipate, nella loro ideologia, dalla sentenza n. 306/1993 della Corte costituzionale, che si pronunciò in risposta a numerose ordinanze – e dunque riunendo i relativi giudizi – presentate al fine di sollevare questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto la medesima norma, seppur censurata da angolature diverse: l'art. 15 del d.l. n. 306/1992, intervenuto in riforma dell'art. 4-bis ord. penit.

In particolare, fra le varie questioni, la Consulta ritenne di accogliere quelle proposte¹¹⁶ in merito alle modifiche operate dall'art. 15, secondo comma. Infatti, l'art. 15, nell'introdurre il riferimento alla collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* – oltre che alla collaborazione «oggettivamente irrilevante» – all'intero del testo dell'art.

¹¹⁵ V. CAPRIOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, in CAPRIOLI, VINCOLI (a cura di), Torino, 2011, 313.

¹¹⁶ Tribunale di sorveglianza di Firenze, con ordinanza del 17 giugno 1992 (r.o. n. 551/1992); Tribunale di sorveglianza di Cagliari con ordinanza del 2 luglio 1992 (annotata nel registro ordinanze come una pluralità di ordinanze identiche: r.o. nn. da 565 a 580/1992); Tribunale di sorveglianza di Sassari con sei ordinanze identiche emesse il 3 luglio 1992 (r.o. nn. da 539 a 544/1992), nonché con un'ulteriore ordinanza emessa il 10 luglio 1992 (peraltro annotata come una pluralità di ordinanze relative a ciascuno dei soggetti interessati: r.o. nn. da 511 a 527/1992).

4-bis, prevedeva al comma secondo che «nei confronti delle persone detenute o internate per taluno dei delitti indicati nel primo periodo del comma 1 che fruiscono, alla data di entrata in vigore del presente decreto, delle misure alternative alla detenzione o di permessi premio, o siano assegnate al lavoro all'estero, l'autorità di polizia comunica al giudice di sorveglianza competente che le persone medesime non si trovano nella condizione per l'applicazione dell'art. 58-ter. In tale caso, accertata l'insussistenza della suddetta condizione, il tribunale di sorveglianza dispone la revoca della misura [...]». La Corte ha ritenuto di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, secondo comma, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con la legge 7 agosto 1992, n. 356, «nella parte in cui prevede che la revoca delle misure alternative alla detenzione sia disposta, per i condannati per i delitti indicati nel primo periodo del primo comma che non si trovano nella condizione per l'applicazione dell'art. 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando non sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali dei medesimi con la criminalità organizzata». La conclusione della Consulta si basò sul fatto che «la persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata è un indice di pericolosità che può ragionevolmente autorizzare la revoca della misura alternativa», in quanto postula l'incompletezza del processo rieducativo, tuttavia, se «in sede di concessione della misura la pericolosità sociale del condannato è già stata valutata ed in tale valutazione ben può essere stato considerato – pur se all'epoca non espressamente prescritto – l'elemento concernente la persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata», dunque, «è logica conseguenza [...] che la revoca non possa essere legittimamente disposta se non quando sia stata accertata l'attuale esistenza di siffatti collegamenti. Nel contesto di tale verifica, la mancata collaborazione con la giustizia può certo assumere valore indiziante. Ma quando il predetto accertamento dia esito negativo, stabilire che la misura alternativa già concessa debba essere revocata sulla sola base della mancata collaborazione trasmoda in regolamentazione irragionevole della materia»¹¹⁷.

¹¹⁷ Corte cost., 11.06.1993, n. 306, dep. 07.08.1993.

Nel dichiarare illegittimo l'art. 15 d.l. n. 306/1992, la Corte costituzionale elaborò principi cardine dell'intero sistema penale. A questo proposito, in seno al testo della pronuncia, è di particolare rilievo la parte in cui si afferma testualmente che «in materia di benefici penitenziari, questa Corte ha inoltre stabilito il principio che l'effetto della revoca di essi deve essere proporzionato (oltre che al *quantum* di afflittività che da essi è derivato) alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha determinato la revoca (cfr. sentenze nn. 343 del 1987 e 282 del 1989): principio che consegue a quelli di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui l'esecuzione deve essere improntata, i quali a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma (cfr. sentenze nn. 50 del 1980 e 203 del 1991) e 3 della Costituzione. L'uguaglianza di fronte alla pena significa infatti «“proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono» (sentenza n. 299 del 1992)».

Infine, la stessa Corte mise in luce le imprecisioni presenti nei requisiti richiesti dall'art. 4-*bis* allorché affermò che le figure di cui agli artt. 62, n. 6, 114 e 116, c. p., fossero normativamente esigue e che potevano «darsi ipotesi ad esse così prossime sul piano fattuale, da poterne sostenere ragionevolmente l'assimilazione», più precisamente sottolineò che l'ipotesi della collaborazione oggettivamente irrilevante potesse essere assimilata, per identità di *ratio*, alla collaborazione impossibile «perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non consente di conoscere fatti e compartecipi pertinenti al livello superiore».

Sulla scia della significativa sentenza n. 306/1993, il Giudice delle leggi estese in via esegetica il concetto di collaborazione irrilevante sino a elaborare la figura della collaborazione «impossibile o inesigibile» e ciò mediante un percorso che passò *in primis* attraverso la sentenza 19-27 luglio 1994, n. 357.

La Corte costituzionale con la suddetta sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, primo comma, secondo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354 «nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata

partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata».

Le conclusioni della Consulta sembrano essere intimamente legate alle deduzioni del giudice *a quo*¹¹⁸, il quale, nel promuovere il giudizio di legittimità, sostenne il contrasto fra la previsione del secondo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* e il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. Invero, la norma censurata, ritenendo sufficiente la collaborazione oggettivamente irrilevante alla sola condizione che sia applicata una delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62, n. 6, 114 e 116, c. p., conduceva a una irragionevole discriminazione nei confronti di chi aveva partecipato in maniera del tutto secondaria al fatto criminoso tanto da non poter offrire un'utile collaborazione, senza tuttavia essere stato destinatario di alcuna fra le circostanze attenuanti citate dalla norma. L'argomentazione trovava ragion d'essere sia nel fatto che «il riconoscimento delle specifiche attenuanti considerate dalla norma non esaurisce l'area delle situazioni di marginalità della partecipazione a sodalizi criminosi» sia nel fatto che «una di esse - quella del risarcimento del danno - introduce una ulteriore discriminazione tra soggetti a seconda delle loro capacità economiche, senza peraltro rivestire alcun significato ai fini della valutazione del grado di pericolosità sociale del condannato e, quindi, della giustificabilità della irrilevanza del suo apporto collaborativo»¹¹⁹.

Il Giudice delle leggi concordò con la tesi per cui la collaborazione piena *ex art. 58-ter* potesse essere resa impossibile da una partecipazione marginale al fatto, benché non tale da portare all'applicazione della circostanza attenuante *ex art. 114 c.p.* – che concerne la «minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato» – e ciò in quanto, sulla base di un orientamento restrittivo e prevalente della

¹¹⁸ Tribunale di sorveglianza di Bari - giudizio di legittimità costituzionale promosso con ordinanza emessa il 24 gennaio 1994, iscritta al n. 220 del registro ordinanze 1994 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 17, prima serie speciale, dell'anno 1994.

¹¹⁹ Corte cost., 19.07.1994, n. 357, dep. 27.07.1994.

giurisprudenza, «non basta ai fini del riconoscimento di tale attenuante la “minore” efficienza causale dell’attività di un concorrente rispetto a quella degli altri, occorrendo invece una “minima” efficienza causale, tale da configurare l’apporto del concorrente come sostanzialmente trascurabile nel quadro dell’economia generale del reato»¹²⁰. Per converso, al di fuori di tale ipotesi, la disinformazione del concorrente può essere il risultato, non di una partecipazione «minima», ma di un ruolo secondario per quanto non del tutto trascurabile. Il riferimento all’art. 114 c.p. è dunque inappagate giacché l’apporto del compartecipe al reato può essere inservibile e trascurabile anche nel caso in cui la diminuente citata non sia stata riconosciuta, trattandosi, peraltro, di un’attenuante facoltativa.

Il percorso verso l’odierna fattispecie della collaborazione impossibile si completò con la sentenza 22 febbraio-1 marzo 1995, n. 68 con cui la Corte costituzionale dichiarò l’illegittimità dell’art. 4-*bis* primo comma, secondo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354 «nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui l’integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un’utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»¹²¹.

Il Giudice delle leggi considerò la norma censurata, nella parte *de qua*, come contrastante con gli artt. 3 e 27 della Costituzione.

La prima violazione si dedusse dalla necessità di parificare la posizione di colui che, pur non avendo potuto legalmente beneficiare dell’attenuante di cui all’art. 114 c. p., abbia partecipato in maniera marginale all’attività delittuosa con quella di chi sia impossibilitato a prestare un’utile collaborazione per la completezza degli accertamenti e dei risultati conseguiti da parte degli organi inquirenti e nel corso del procedimento.

¹²⁰ Corte cost., 19.07.1994, n. 357, dep. 27.07.1994.

¹²¹ La questione di legittimità costituzionale è stata promossa con n. 2 ordinanze emesse il 15 aprile e il 13 luglio 1994 dal Tribunale di sorveglianza di Roma, iscritte ai nn. 541 e 542 del registro ordinanze 1994 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 39, prima serie speciale, dell’anno 1994.

Infatti, la Consulta, sulla base delle due pronunce precedentemente citate, asserì la doverosità di tale intervento in quanto, una volta consentito l'accesso ai benefici penitenziari al condannato che, per il suo limitato patrimonio di conoscenze, non possa collaborare utilmente con la giustizia, e ciò anche a prescindere dall'avvenuta applicazione in giudizio delle circostanze attenuanti *ex artt.* 62 n. 6, 114 e 116, secondo comma, c. p., è assolutamente naturale pervenire alla medesima conclusione, in virtù dell'identità di *ratio* innanzi detta, «anche nel caso in cui la collaborazione sia impossibile perché i fatti e le responsabilità risultano ormai integralmente accertati nella sentenza irrevocabile».

Dal secondo punto di vista, la conclusione della pronuncia trova fondamento in quelle «serie perplessità» già evidenziate nella sentenza n. 306/1993 in ordine alla vanificazione dei programmi e dei percorsi rieducativi. Invero, considerare «come presupposto per la applicazione di istituti funzionali alla rieducazione del condannato un comportamento che obiettivamente non può essere prestato perché nulla aggiungerebbe a quanto è stato già accertato con la sentenza irrevocabile, equivale evidentemente ad escludere arbitrariamente una serie importante di opportunità trattamentali, con chiara frustrazione del precetto sancito dall'art. 27 della Costituzione e senza alcuna “contropartita” sul piano delle esigenze di prevenzione generale». La funzione rieducativa della pena è un valore insopprimibile e può essere sottoposto ad una determinata condizione soltanto qualora questa sia concretamente esigibile in quanto «un comportamento che il legislatore presupponga come condizionante l'applicazione di istituti costituzionalmente rilevanti, non può che essere frutto di una libera scelta dell'interessato e, quindi, essere in sé naturalisticamente e giuridicamente “possibile”»¹²², raffigurando, altrimenti, una mera preclusione assoluta.

Le *rationes decidendi* delle sentenze della Corte costituzionale n. 357/1994 e n. 68/1995 hanno trovato tipizzazione normativa con le modifiche intervenute con la l. n. 279/2002, che inserì le ipotesi al comma 1, e con il d.l. n. 11/2009 convertito in l. n. 38/2009, che introdusse l'apposito comma 1-*bis* all'interno dell'art. 4-*bis* ord. penit. Il

¹²² Corte cost., 12.03.1999, n. 89, dep. 23.03.1999.

citato comma contiene oggi la disciplina della collaborazione irrilevante, che era regolamentata nel primo comma sin dalla formulazione originaria, e della collaborazione impossibile, nelle due forme delineate dalla Consulta. Dunque, al di là della piena collaborazione *ex art. 58-ter* e della collaborazione oggettivamente irrilevante, i benefici penitenziari possono essere concessi a detenuti e internati di cui al comma 1 del medesimo articolo «purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia».

La collaborazione che si ricava dalle suddette sentenze è chiamata collaborazione «fittizia» e si articola in «inesigibile o impossibile».

La prima forma – anche definita di collaborazione «soggettivamente irrilevante» – si configura quando l'apporto conoscitivo del condannato è inutile e quindi irrilevante in ragione della sua limitata partecipazione all'attività delittuosa e del suo ruolo trascurabile; questa prima figura si deve alla sentenza della Consulta del 1994. In questa evenienza, un primo orientamento giurisprudenziale avvalorò la tesi in base alla quale il soggetto, sebbene non collabori, è gravato di un onere di allegazione, dunque, è tenuto a dimostrare l'impossibilità di un'utile collaborazione con la giustizia¹²³ e a indicarne gli elementi specifici, le circostanze di fatto, oggettive e soggettive, già nell'istanza volta a ottenere le misure premiali. La valutazione, in quanto coinvolge una responsabilità già accertata, si fonda inoltre sulla sentenza di condanna, essendo precluso, per l'intangibilità del giudicato, qualunque apprezzamento da parte degli organi esecutivi. Un orientamento inverso¹²⁴ supporta l'idea per cui sul soggetto interessato non grava alcun onere di allegazione di avvenimenti storici idonei a dimostrare l'impossibilità di un'utile collaborazione con

¹²³ Cass., sez. pen., 18.09.1997, Santarelli, n. 208509; Cass., sez. pen., 06.06.2013, n. 256796.

¹²⁴ Cass., sez. pen., 11.10.1996, n. 2854.

la giustizia, in quanto tali elementi possono essere dedotti dal tribunale di sorveglianza mediante l'esame della documentazione agli atti. L'organo collegiale, a fronte della richiesta di benefici penitenziari da parte di chi è soggetto alle preclusioni di cui agli artt. 4-bis e 58-ter, deve svolgere un accertamento d'ufficio, ove non vi sia piena condotta collaborativa, in ordine alla eventuale oggettiva irrilevanza o impossibilità e ciò indipendentemente dalle prospettazioni difensive.

La seconda tipologia di collaborazione «fittizia» è quella c.d. impossibile – o «oggettivamente inesigibile» – che, introdotta dalla sentenza n. 68 del 1995, si impone quando, l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità effettuato dalla sentenza di condanna, non consente una collaborazione proficua. L'espressione «integrale accertamento delle responsabilità» rimanda alle ipotesi in cui non vi sono aspetti da chiarire in merito sia al numero sia all'identità dei soggetti coinvolti e ciò a prescindere dalle eventuali ragioni processuali per cui uno o più imputati siano stati ritenuti non punibili e, dunque, non siano stati condannati.¹²⁵ L'elemento che necessariamente deve essere acquisito per la valutazione dell'impossibilità è il provvedimento di condanna, da cui risulta l'effettivo accertamento di tutti gli elementi costitutivi dei fatti e di tutte le responsabilità.

La Suprema Corte ha precisato che, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, la valutazione della oggettiva impossibilità a collaborare deve essere fatta con esclusivo riguardo ai fatti contestati nei giudizi di merito e alle responsabilità individuali definitivamente accertate ovvero escluse e, dunque, la verifica è circoscritta entro i limiti del «processo che ha dato origine alla sentenza di condanna definitiva e, quindi, ai soli elementi di fatto rilevanti nella specifica sede processuale, ricostruiti attraverso le contestazioni, l'iter motivazionale della sentenza ed il disposto della stessa»¹²⁶.

¹²⁵ V. RICCI, *“Collaborazione impossibile” e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto “ostativo”*, Padova, 2013, 39.

¹²⁶ Cass, sez. I, 03.05.2016, n. 44163. Di rilievo la precisazione del Trib. Sorv. Milano, 01.12.2018, n. 1345/2018, per cui: «l'inesigibilità di un'utile collaborazione va apprezzata in relazione alle specifiche vicende per cui vi è stata condanna e non alle indeterminabili e ipotetiche ulteriori vicende delinquenziali».

La competenza per la verifica dell'integrazione dei connotati della collaborazione impossibile è affidata al tribunale di sorveglianza, benché l'art. 4-*bis* non disponga nulla in proposito e l'art. 58-*ter*, comma secondo, si riferisca alla sola collaborazione piena. Nonostante ciò, per identità di *ratio*, anche le ipotesi di cui al comma 1-*bis* si ritiene competano al tribunale di sorveglianza in via diretta per le materie rientranti nelle sue attribuzioni e in via incidentale per quelle del magistrato di sorveglianza. Il provvedimento dell'organo collegiale è impugnabile mediante ricorso per cassazione.

Il momento processuale rilevante per la valutazione della sussistenza di una condotta collaborativa pur impossibile o inesigibile coincide con il proponimento dell'istanza da parte dell'interessato al fine di ottenere una misura premiale, a nulla rilevando se il soggetto fosse in grado di fornire un'utile collaborazione nel corso del giudizio di merito¹²⁷. L'eventuale e legittimo silenzio tenuto durante il processo o la possibile dichiarazione di innocenza¹²⁸ non assumono alcuna rilevanza nella valutazione della magistratura di sorveglianza, così come non rileva il medesimo atteggiamento in fase esecutiva, considerato che per la sussistenza della impossibilità o ineleggibilità non si richiede una condotta collaborativa.

Infine, qualora si innesti il dubbio sulla effettiva ricorrenza dei presupposti che integrano una tra le forme di collaborazione – impossibile, inesigibile o irrilevante – è necessario ricorrere alla regola di giudizio del *favor rei* per cui, fra due diversi significati attribuibili ad un dato, deve privilegiarsi quello più favorevole all'interessato e dunque, nel caso di specie, dovrebbe reputarsi sussistente la collaborazione basata sui connotati dubbi¹²⁹.

di cui potrebbe essersi macchiata l'organizzazione criminale (e di cui dunque potrebbe riferire l'appartenente ad essa)».

¹²⁷ Cass., sez. pen., 08.04.2008, Fiorillo, n. 1055, in RICCI, "Collaborazione impossibile", cit., 70.

¹²⁸ «Sono stati, invece, ritenuti infondati i rilievi dei giudici di merito inerenti al caso di mancata collaborazione del detenuto condannato che, proclamandosi innocente, non è in grado di prestare alcun apporto informativo minimamente utile» così CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 69.

¹²⁹ Corte cost., 11.06.1993, n. 306, dep. 07.08.1993; Cass., sez. pen., 2009 n. 29425; Cass. sez. pen., 2011 n. 19759; Cass., sez. pen., 2016 n. 44963; Cass. sez. pen. 2018 n. 7409.

5. I reati ostativi: il mutamento di *ratio* dell'art. 4-bis ord. penit.

Il regime esecutivo differenziato di cui all'art. 4-bis ord. penit. fu ideato sulla base della precipua *ratio* di contrastare le gravi manifestazioni della criminalità organizzata e di rispondere a esigenze di prevenzione generale e di neutralizzazione di reati sintomatici dell'appartenenza ad associazioni criminali¹³⁰. Nell'ordinamento penitenziario, infatti, convivevano – e, in forma diversa, convivono ancora – due regimi trattamentali, l'uno ordinario, idoneo soltanto per i reati comuni o per il trattamento della «delinquenza povera»¹³¹; l'altro speciale, circoscritto all'area della criminalità organizzata. Il paradigma speciale, imperniato su percorsi rieducativi diversificati e maggiormente severi, più precisamente era rivolto, nell'embrionale formulazione dell'art. 4-bis, agli autori di delitti di mafia, di terrorismo, di eversione nonché di quei reati normalmente connessi alle attività di tipo mafioso.

Nel corso del tempo e con l'avvicinarsi dei numerosi interventi normativi, il novero dei reati menzionati nella norma ha subito una consistente e progressiva espansione, tanto che oggi ricomprende fattispecie delittuose che nulla hanno a che fare con il crimine organizzato e che perlopiù coincidono con variegate manifestazioni di criminalità comune a base violenta. La perdita di coerenza rispetto alla *ratio* originaria è innegabile e si deve alla persistente tensione del legislatore verso «i moti incostanti dell'opinione pubblica»¹³². L'ambito operativo del regime speciale sembra essere alimentato, di volta in volta, dalle emergenze criminali oggetto dell'attenzione politica e il quadro complessivo dei reati appare oggi come l'insieme delle fattispecie percepite come allarmanti dal pubblico sentire. In dottrina, si è dato peso alla valenza politico-simbolica della norma che, come generalmente avviene con le disposizioni emergenziali dovute all'incremento della criminalità, è dotata di un forte efficientismo

¹³⁰ V. PRESUTTI, *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 80.

¹³¹ V. ROMICE, *La collaborazione impossibile*, cit., p. 2.

¹³² V. FIORENTIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 561.

simbolico atto a costruire l'immagine di «un legislatore attento e risoluto» e, dunque, vantaggioso per il potere politico¹³³.

L'art. 4-*bis* è passato dall'essere uno strumento strategico nel contrasto di una categoria delimitata di reati, all'essere «norma contenitore»¹³⁴ che si fa carico di ogni ipotesi delittuosa ritenuta di particolare allarme sociale al fine di completare il disegno della repressione penale. Il mutamento di *ratio* si estrinseca proprio nella diversa funzione assegnata alla norma che, nella versione odierna, è volta alla creazione di percorsi differenziati che siano sottratti alla logica rieducativa e piuttosto siano ispirati alla mera retribuzione.

La norma è stata indicata quale cardine del sistema e il suo ampliarsi è stato il frutto, dapprima di semplici aggiunte, poi di aggiustamenti e slittamenti di fattispecie fra i vari commi. L'assetto normativo, sempre in divenire, abbraccia una notevole varietà di reati e di «tipi di autore» la cui introduzione ha, nel tempo, modificato l'architettura della disposizione in un senso sempre più lontano dalla logica originaria.

Sin dalla prima formulazione dell'art. 4-*bis* i reati ostativi apparivano suddivisi in due «fasce»: i delitti che detonavano l'appartenenza a un gruppo criminale nella prima e i reati indicativi di una peculiare pericolosità nella seconda. Il legislatore, ampliando le relative categorie delittuose e facendo perdere di coerenza l'originario disegno, ha conseguentemente modificato la ripartizione che oggi si dirama in tre diverse «fasce», di cui la prima contiene i reati più gravi e corrisponde al comma 1; la seconda, di pericolosità intermedia, si riflette nel comma 1-*ter*; infine, la terza si confà ai commi 1-*quater* e 1-*quinquies* ed è definita «speciale» e di gravità variabile¹³⁵.

Gli interventi legislativi che hanno portato all'odierna formulazione dell'art. 4-*bis* possono essere sinteticamente illustrati. Il primo consistente ampliamento si deve

¹³³ V. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in D'ORLANDO, MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 216.

¹³⁴ V. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011, 202.

¹³⁵ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 46; BITONTI, *L'esecuzione e il diritto penitenziario*, in DIDI (a cura di), Pisa, 2016.

alla legge 23 dicembre 2002, n. 279 con cui si va oltre l'originaria *ratio* di prevenzione del fenomeno mafioso pur restando sempre nel campo dei reati in forma associata e organizzata, anche se di natura non necessariamente mafiosa. Il cambiamento più radicale, che ha inciso sulla stessa struttura ossea della norma, si rinviene nel d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni in legge 23 aprile 2009, n. 38. La novella, oltre a contribuire ad accrescere l'elenco dei reati, ha ristrutturato l'impianto dell'art. 4-*bis* prendendo atto dell'insufficiente chiarezza della norma. Fra gli interventi di rilievo è necessario segnalare, inoltre, la legge 1° ottobre 2012, n. 172, che interviene per rafforzare la tutela dei minorenni sulla spinta della Convenzione per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale proveniente dal Consiglio d'Europa, e altresì il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 convertito in legge 17 aprile 2015, n. 43 con cui appare il riferimento al reato che punisce chi promuove, organizza, dirige, finanzia l'immigrazione illegale. Infine, gli ultimi provvedimenti legislativi registrati sono la legge 9 gennaio 2019, n. 3, anche definita «spazzacorrotti», con cui il legislatore ha aggiunto i delitti contro la pubblica amministrazione all'interno del primo comma dell'art. 4-*bis*, e il c.d. «Codice rosso» che immette, invece, il reato di cui all'art. 583-*quinquies* c.p.

5.1. L'espansione legislativa degli anni 2000-2006.

Il novero dei reati di cui all'art. 4-*bis* è stato interessato, dapprima, da secondarie ed esigue operazioni di modifica succedutesi dal 2000 al 2002 che agirono in risposta a «contingenti emergenze»¹³⁶ e con cui sono state inserite talune fattispecie di contorno nella prima e nella seconda «fascia». Il filo conduttore di tali inserzioni è, in linea generale, la connessione con la *ratio* originaria in quanto trattasi di reati che in parte continuano a collocarsi nell'ambito del crimine in forma organizzata e associativa.

¹³⁶ V. GUAZZALOCA, PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 183.

Le novelle legislative sono così compendiabili: d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4, con cui si introdusse il riferimento all'art. 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I e dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* c.p. e così, dunque, fecero ingresso i delitti a sfondo sessuale nella veste di reati-fine; l. 19 marzo 2001, n. 92, con cui fu immesso l'art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 – testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale –, fra i reati di «prima fascia», e l'art. 291-*ter* del medesimo d.P.R., fra i reati di «seconda fascia»; l. 26 agosto 2002, n. 189, che dà risalto alle condotte, anche in forma aggravata, di cui all'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter* del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – T.U. immigrazione –, in materia di immigrazione clandestina, introducendolo fra i reati di «seconda fascia».

In seguito, ed esattamente con la legge n. 279 del 2002, si procedette ad un primo corposo ampliamento dei reati preclusivi con l'introduzione degli artt. 600, 601 e 602 c.p. all'interno del comma 1 dell'art. 4-*bis* nonché con la rideterminazione dei reati «terroristici» in «delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza». Gli articoli aggiunti alla «prima fascia» hanno a oggetto, rispettivamente, riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di persone e acquisto e alienazione di schiavi.

I reati ivi menzionati sono stati inseriti dalla novella in un'ottica general-preventiva e di maggior tutela dei diritti della persona offesa, specie se vulnerabile. La principale novità della legge è rappresentata dal fatto che le ipotesi criminose inserite nel testo della norma non sono più legate al fenomeno mafioso¹³⁷. Il conseguente offuscamento della *ratio* previgente, pertanto, è indubbio considerando che «i reati di riduzione in schiavitù e alienazione di schiavi, destano soprattutto un elevato allarme

¹³⁷ V. RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4-bis o.p.: guida pratica per il "condannato ostativo" all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, in *Giur. Pen.*, 2020, 3; MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 44 ss.

sociale rappresentando lesioni a beni giuridici fondamentali ritenute intollerabili dalla comunità, più che denotare una significativa pericolosità dell'autore»¹³⁸.

La successiva legge 6 febbraio 2006, n. 38 ha ulteriormente esteso l'ambito operativo della norma introducendo fra i reati di «seconda fascia», e più precisamente al comma 1, quarto periodo, gli artt. 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, c.p. I delitti richiamati propriamente indicano le fattispecie di prostituzione minorile; pornografia minorile, nella forma di sfruttamento diretto, recluta o induzione al fine di dar luogo a esibizioni o spettacoli pornografici ovvero di produrre materiale pornografico e nella forma incidentale di commercio del materiale in oggetto; iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile; violenza sessuale e le relative circostanze aggravanti previste all'articolo successivo; atti sessuali con minorenni; e infine, violenza sessuale di gruppo. La novella del 2006 intervenne in tema di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet, incidendo a tal fine sul codice penale¹³⁹ oltre che sulla legge di ordinamento penitenziario e dando così autonomo ingresso ai delitti a sfondo sessuale all'interno dell'art. 4-*bis* ord. penit.

6. L'intervento strutturale del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11.

L'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 apportava modificazioni al testo del comma 1 dell'art. 4-*bis* e predisponneva una diversa collocazione dei reati a sfondo sessuale all'intero dei vari periodi dello stesso comma. L'intervento di modifica si deve alla susseguente legge di conversione 23 aprile 2009, n. 38 con cui mutò radicalmente la fisionomia della disposizione e si pervenne alla versione finale della sua struttura. La menzionata legge mantenne le modifiche operate dal decreto, ma contestualmente

¹³⁸ V. MANNOZZI, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, in PALAZZO, PALIERO (a cura di), Padova, 2007, 1914.

¹³⁹ V. COTELLI, *Pornografia domestica, sexting e revenge porn fra minorenni. Alcune osservazioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite n. 51815/18*, in *Giur. Pen.*, 2019, 6 ss.

riscrisse l'intero testo dell'art. 4-*bis* dando luogo all'attuale assetto di suddivisione della norma in più commi, ciascuno dedicato a precisi fatti di reato. Il legislatore prese atto della progressiva estensione delle singole categorie di delitti presenti nella disposizione e della scarsa intelligibilità della stessa e, pertanto, decise di ristrutturarne l'impianto mediante la scomposizione in più commi successivi al primo.

Innanzitutto, la novella legislativa ha introdotto, dopo il comma 1, il comma 1-*bis* con cui si accordò uno spazio definito e nitido all'ipotesi della collaborazione impossibile, nella forma della inesigibilità soggettiva e oggettiva, e alla figura della collaborazione «oggettivamente irrilevante» con il richiamo delle anzidette circostanze attenuanti. Il comma 1-*bis* precisava – e precisa, ancora oggi nella formulazione attuale – che, in entrambe le ipotesi ivi citate – collaborazione «fittizia» e irrilevante –, i benefici di cui al comma 1 e, dunque, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI – a esclusione della liberazione anticipata –, potevano essere concesse a condizione che fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

In secondo luogo, la legge introdusse i commi 1-*ter* e 1-*quater*, cui più tardi si sommò il comma 1-*quinquies* per il tramite della l. 1° ottobre 2012, n. 172. La principale novità della novella del 2009 fu la diretta corrispondenza a ogni «fascia» di reati di un comma dedicato a quella categoria delittuosa e alle relative condizioni per la fruizione dei benefici penitenziari. La precedente distinzione fra reati di prima e di seconda «fascia» si concentrava, invero, al primo comma della disposizione, laddove oggi, invece, le varie categorie di reati e i regimi differenziati di ammissione ai benefici a ciascuna collegati sono stati frazionati in più commi con l'obiettivo di facilitarne la lettura e la comprensione¹⁴⁰.

Le fattispecie criminose, successivamente alla novella e ancora nella versione odierna, risultano ripartite in tre diverse «fasce» sulla base di un «giudizio di pericolosità per così dire decrescente, cui corrispondono diversi gradi di possibilità di

¹⁴⁰ V. GIORS, *Diritto penale e servizio sociale*, Torino, 2016, 464.

accesso ai benefici»¹⁴¹. La sequenza di sbarramenti a intensità decrescente occupava, dapprima, i quattro commi di esordio della norma, poi divenuti cinque con l’inserimento del comma 1-*quinqies* dalla legge del 2012. La struttura della norma sembra seguire una logica graduale che si avvia dal regime più severo del primo comma e si conclude con quello più blando del comma 1-*quinqies*. La severità era – ed è – articolata in termini di allarme sociale suscitato dalla singola ipotesi criminosa sulla base del pubblico sentire e di scelte di politica criminale, nonché in termini di condizioni richieste per il godimento dei benefici da parte degli autori dei reati ivi menzionati.

I reati di «prima fascia» corrispondono al comma 1 dell’art. 4-*bis*, il quale ereditò il contenuto dei previgenti primo e secondo periodo della stessa disposizione e, dunque, i reati di maggiore gravità. La rimodulazione dovuta all’attività di novellazione del legislatore sembra aver mantenuto essenzialmente l’idea di fondo, nonostante l’inconfutabile offuscamento delle ragioni di origine. Le fattispecie criminose, infatti, mostrano, in linea di principio, un nesso tra il reo e le manifestazioni del crimine organizzato particolarmente gravi, seppure al contempo abbracciano ipotesi criminali diverse.

Il maggior rigore dei reati di «prima fascia» è dimostrato dall’espressione con cui vengono generalmente definiti, ossia delitti c.d. «assolutamente ostativi»¹⁴². La preclusione ai benefici penitenziari, per questa categoria di rei, ha carattere assoluto in quanto assoluta è la presunzione di pericolosità che grava sul reo, tuttavia viene fatta salva l’eventualità in cui l’autore collabori con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. penit. ovvero versi in una delle ipotesi del comma 1-*bis*, dunque, collaborazione impossibile o irrilevante. Al momento della novella, i delitti rientranti in tale categoria erano: i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico; l’associazione a stampo mafioso *ex art. 416-bis* c. p.; i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle

¹⁴¹ V. MARTINI, in *Leg. pen.*, 1993, 189.

¹⁴² V. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell’art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 1; MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 137.

associazioni in esso previste; i delitti sopra menzionati di cui agli artt. 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 c. p.; l'ipotesi di cui all'art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, in materia doganale, precisamente disciplinante la fattispecie di «Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri»; e, infine, l'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990, avente a oggetto l'ipotesi di «Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope»¹⁴³. Il catalogo in oggetto è ancora presente nel testo, seppur esteso ulteriormente da interventi legislativi successivi, come, da ultimo, il c.d. «Codice rosso» e, soprattutto, la legge n. 3/2019.

I detenuti e gli internati per i delitti considerati al comma 1 sembrerebbero essere destinatari della «convinzione di una rieducazione impossibile» in quanto l'abbandono degli «strumenti tipici della pena risocializzativa»¹⁴⁴ potrebbe essere sintomatico della sensazione di un traguardo di recupero visto come irraggiungibile. In capo ai condannati per determinati reati sorge una «presunzione pressoché assoluta di pericolosità»¹⁴⁵ scaturita da una logica general-preventiva, ma anche di prevenzione speciale e di tutela della sicurezza pubblica¹⁴⁶. La presunzione in oggetto è fondata sull'assunto indimostrato secondo cui la pericolosità del reo è calcolata in base alla natura astratta del reato e ai profili sanzionatori, sorvolando invece su dati rilevanti quali la quantità di pena irrogata, la gravità del fatto e la personalità dell'autore. L'estensione a fattispecie non emblematiche dell'adesione dell'autore a forme di reato associative ha dato luogo all'impiego di strumenti, che seppure pensati per la criminalità organizzata e utilizzati per tamponare le contingenti emergenze del tempo¹⁴⁷, vengono applicati nei confronti di rei, spesso autori di reati individuali, che,

¹⁴³ V. FIORENTIN, in *Giust. pen.*, 2003, III, p. 447; CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 59.

¹⁴⁴ V. PRESUTTI, *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., 83.

¹⁴⁵ V. GUZZALOCA, in *Delitti e pene* 1992, f. 3, 130.

¹⁴⁶ V. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in MAZZA, VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 396; MARANDOLA, BENE, *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 957.

¹⁴⁷ V. FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza"*, cit., 396.

in forza dell'ampia sensibilità mostrata dal legislatore nel recepire istanze di particolare allarme sociale, divengono bersaglio della rinuncia alla rieducazione. L'unica via d'uscita, in tutti i casi delineati dal comma 1, è la collaborazione con la giustizia congiunta all'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, oltre che le ipotesi peculiari di cui al comma 1-*bis*. La centralità dell'apporto collaborativo ha destato qualche perplessità in quanto sembra dirigere un sistema improntato sulla funzione rieducativa della pena verso una «precisa identità retributiva»¹⁴⁸ laddove l'aspetto retributivo si confà al trattamento riservato a tali soggetti. Nonostante la collaborazione possa essere considerata indice sintomatico del distacco del soggetto dal consorzio di appartenenza e, dunque, della redenzione dello stesso, è bene tenere presente la diversa fisionomia della rieducazione e della collaborazione e il fatto che queste non si implicano vicendevolmente per la «chiara caratterizzazione fenomenica della prima» e la «dimensione squisitamente interiore» della seconda. Nel corso del tempo, gli interventi di ridimensionamento della Corte costituzionale¹⁴⁹ e la continua estensione della norma a fattispecie di reato aventi carattere individuale e comunque non legate all'ambiente associativo hanno contribuito alla perdita di centralità della collaborazione e hanno portato alla conseguente considerazione di tale regime come un semplice circuito esecutivo di maggior rigore, non sempre improntato al contrasto del crimine organizzato.

I reati di «seconda fascia», successivamente al testo coordinato del 2009, sono ricompresi nel comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis* ord. pen., il quale contiene prevalentemente i delitti menzionati al quarto periodo, primo comma, del testo anteriore della stessa norma. Le fattispecie di tale categoria sono di minore gravità rispetto alle prime e al momento della novella, sinteticamente, erano: l'omicidio; la forma più attenuata della prostituzione minorile; la divulgazione di materiale pornografico; il turismo sessuale minorile; la rapina aggravata; l'estorsione aggravata; il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri nella forma aggravata dell'art. 291-*ter* del d.P.R. n. 43 del 1973;

¹⁴⁸ V. GUAZZALOCA, PAVARINI, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 182.

¹⁴⁹ V. BERNASCONI, *Il decreto «antiscarcerazioni»*, in BARGIS (a cura di), Torino, 2001, 127.

la produzione, il traffico e la detenzione illecita di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 306 del 1990, limitatamente all'ipotesi aggravata dall'art. 80, comma 2, dello stesso decreto, ossia in tutti i casi in cui il fatto riguardi ingenti quantità delle suddette sostanze; e infine, l'associazione a delinquere finalizzata al compimento di determinati reati, quali quelli a sfondo sessuale, i reati in tema di immigrazione clandestina – art. 12, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* del d.lgs. n. 286 del 1998 – nonché quelli rientranti nella sezione I, Capo III, Libro II del codice penale, dedicata ai delitti contro la persona individuale. Il catalogo in oggetto è stato integrato da interventi successivi al 2009, ma anche in parte modificato dalla sua consistenza originaria come, ad esempio, in relazione alla «migrazione» dei reati di terrorismo dalla precedente «seconda fascia» – ossia quella di cui al quarto periodo del primo comma della formulazione anteriore – alla prima, dovuta all'esigenza di mostrare, agli occhi dell'opinione pubblica, maggiore efficienza nel contrasto di fenomeni di peso crescente e ciò dinanzi a clamorose manifestazioni di terrorismo, come quella datata 11 settembre 2001, che necessariamente richiesero un inasprimento del regime carcerario – dato dalla convivenza degli artt. 4-*bis* e 41-*bis*.

I delitti di «seconda fascia» prendono il nome di delitti c.d. «relativamente ostativi» in quanto la condizione di fruibilità dei benefici di cui al comma 1 non è invalicabile come nel caso dei reati di «prima fascia» e coincide con l'assenza di elementi tali da far ritenere sussistenti collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Il presupposto richiesto si presenta sotto forma di «prova positiva», invero, l'ottenimento dei benefici sarà negato solo qualora venga dimostrata la sussistenza dei suddetti collegamenti e, pertanto, intervenga prova positiva degli stessi. L'eterogeneità delle fattispecie ivi considerate ha dato luogo a talune critiche in merito alla difficoltà di verificare l'assenza di collegamenti con entità esterne, in particolare modo, in dottrina, ha sollevato perplessità il richiamo della criminalità terroristica in relazione alla configurabilità di legami con associazioni di questa matrice in capo a condannati per reati comuni di «seconda fascia» compiuti sicuramente senza il fine terroristico poiché altrimenti collocati nel novero dei reati di cui al comma 1.

La novella del 2009 ha, infine, introdotto il comma 1-*quater* all'interno del testo dell'art. 4-*bis* con cui fece ingresso il peculiare regime esecutivo dedicato a detenuti o internati per i delitti sessuali ivi richiamati. La disposizione prevede che «per i delitti di cui agli articoli 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater* e, qualora ricorra anche la condizione di cui al medesimo comma 1¹⁵⁰, 609-*octies* del codice penale» i benefici penitenziari di cui al primo comma possono essere concessi in virtù dei «risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80¹⁵¹ della presente legge». L'introduzione di una disciplina *ad hoc* per i delitti di natura sessuale fu accolta con favore data l'impossibilità di adattare il requisito della collaborazione con la giustizia – previsto per i delitti di cui al comma 1 – ai c.d. *sex offenders* che si connotano per una struttura prevalentemente monosoggettiva e difficilmente legata a contesti di criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Inoltre, la previsione di una approfondita osservazione della personalità effettuata sugli autori dei reati a sfondo sessuale risulta essere particolarmente opportuna in ragione delle problematiche psicologiche che sovente interessano tali soggetti¹⁵².

Il legislatore ha inteso, da un lato, mettere in risalto il peculiare disagio psicologico e caratteriale degli autori dei reati sessuali, dall'altro, ha mostrato sensibilità nei confronti di fattispecie di reato che, sebbene non rientranti fra quelle più gravi di cui al primo comma o intermedie di cui al comma 1-*ter*, si ritengono essere particolarmente offensive e dolorose per le vittime che, per lo più donne, necessitano di una precipua tutela per la propria incolumità. La previsione di un percorso esecutivo *ad hoc*, nonostante si sgancia dalla *ratio* della norma in quanto si discosta dal crimine

¹⁵⁰ L'inciso «qualora ricorra anche la condizione di cui al medesimo comma 1» è stato soppresso dall'art. 2, comma 27, lett. a), n. 2), della L. 15 luglio 2009, n. 94.

¹⁵¹ Art. 80, comma 4, ord. pen.: «Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica, nonché di mediatori culturali e interpreti, corrispondendo ad essi onorari proporzionati alle singole prestazioni effettuate».

¹⁵² V. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 3; PRELATI, GUAZZALOCA, *La gestione della pena nella fase esecutiva*, Milano, 2017.

organizzato, conserva la presunzione di pericolosità incentrata sul concetto di «tipo di autore» ove non fronteggiata con strumenti specialistici. La consapevolezza della problematicità della categoria dei c.d. *sex offenders* è cresciuta nel tempo e si è manifestata da un punto di vista legislativo e giurisprudenziale, portando il legislatore a intervenire su un piano sostanziale, processuale ed esecutivo¹⁵³.

In conclusione, il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni in l. 23 aprile 2009, n. 38 ha dato luogo a una profonda riorganizzazione della norma che ne ha definitivamente modificato la struttura. La novella generò ampie perplessità in ordine alla sua immediata applicazione – dunque anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore – che fu contestata per via della natura «peggiorativa» dell'estensione delle preclusioni ad altre fattispecie penali. Il dibattito giurisprudenziale si orientò per ritenere «processuale» la natura della norma e dunque soggetta al principio del *tempus regit actum*. Gli indirizzi della giurisprudenza di legittimità, che nel tempo si sono mossi in diverse direzioni, sono stati del tutto chiariti e orientati nell'unica via oggi percorribile dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 32 del 2020, ha sancito il divieto di applicazione retroattiva delle modifiche di specie. Il principio ha carattere generale e dunque trova applicazione anche nei confronti del mutamento normativo peggiorativo della novella del 2009 per tutti quei fatti commessi in data anteriore alla sua entrata in vigore¹⁵⁴.

¹⁵³ V. GIULINI, *Un detenuto ibernato: l'autore di reato sessuale tra tutela dei diritti e prospettiva di difesa sociale*, in GATTI, GUALCO (a cura di), *Carcere e Territorio*, Milano, 2003, 441; GIULINI, *Il reato sessuale. Problematica, epidemiologia e principi generali di trattamento*, in GIULINI, XELLA (a cura di), *Buttare la chiave?* Milano, 2011, 3.

¹⁵⁴ V., sul punto, il dibattito giurisprudenziale: Cass., sez. I, 11.11.2009, n. 46649; Cass, sez. I, 12.11.2009, n. 46924; Cass, sez. I, 24.11.2009, n. 1135.

6.1. I collegamenti con la criminalità organizzata nei delitti di prima e seconda «fascia».

Nei delitti di «prima fascia» – ossia quelli elencati al comma 1 dell’art. 4-*bis* – l’ottenimento dei benefici penitenziari è subordinato all’acquisizione di elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, cui si somma il requisito della condotta collaborativa piena ovvero dell’impossibilità o della irrilevanza della collaborazione con la giustizia come delineata al comma 1-*bis*. La prova richiesta si esprime, dunque, in termini negativi, essendo necessario provare l’inesistenza dei suddetti collegamenti.

Il contenuto probatorio era articolato in questi termini già dall’entrata in vigore della norma e i rilievi critici, che furono prontamente sollevati da dottrina e giurisprudenza, sono ancora oggi attuali.

I caratteri anomali della prova «negativa» hanno fatto parlare di snaturamento del sistema probatorio come «mezzo di discriminazione e di indurimento della misura afflittiva»¹⁵⁵ e l’articolazione della prova come necessaria dimostrazione dell’inesistenza di un fatto induce a incrementare la consapevolezza che si tratta di una «prova diabolica». Non si richiede di attestare gli attuali collegamenti con la criminalità organizzata del detenuto o dell’internato, quanto piuttosto se questi possano essere esclusi. L’operazione gnoseologica postulata è «estremamente problematica, ai limiti, per l’appunto, dell’impossibilità»¹⁵⁶ anche perché, dato che la norma richiede una dimostrazione concreta dell’insussistenza di collegamenti, non è da escludere il rischio che gli stessi vengano ritenuti sussistenti «in conseguenza di semplici sospetti, congetture o dicerie, in quanto tali non suscettibili di prova contraria»¹⁵⁷.

¹⁵⁵ V. MOSCONI, in *Delitti e Pene* 1991, f. 2, 146; IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata. Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 202*, in *Cass. Pen.*, 1992, 2, 440.

¹⁵⁶ V. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998; DEGL’INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, cit., 395.

¹⁵⁷ V. SAMMARCO, in *R. it. dir. proc. pen.*, 1994, 903.

Il difetto della prova – per così dire «a discarico» – si ripercuote sul detenuto o internato e ciò ha fatto parlare di «inversione dell'onere della prova»¹⁵⁸ in quanto tale onere grava sul soggetto interessato su cui si riflette negativamente l'assenza della medesima. L'eliminazione dal testo normativo del riferimento alla «certezza» dell'insussistenza di legami – avutasi con legge. n. 279/2002 – avrebbe dovuto temperare la regola di giudizio nel senso di considerare sufficiente ad escluderli «un apprezzabile grado di probabilità» che non vi siano¹⁵⁹, ma non sono pochi i dubbi sulla portata concreta della modifica¹⁶⁰.

La Suprema Corte ha sostenuto, sin dall'introduzione dell'art. 4-*bis*, la necessità di una simile prova, ossia ha ritenuto esservi un vero e proprio obbligo di dimostrare che i collegamenti con la criminalità organizzata, certi al momento della commissione del fatto, siano venuti meno¹⁶¹. In difetto, gli eventuali progressi trattamentali dell'interessato sono irrilevanti¹⁶² e, dunque, permanendo la presunzione di pericolosità, il beneficio deve essere negato.

In merito all'oggetto della prova è necessario specificare il significato che la giurisprudenza ha assegnato al termine «collegamenti», i quali, non presuppongono «necessariamente uno stabile inserimento del condannato in un'associazione di tipo mafioso penalmente rilevante», ma si ritengono sussistenti in presenza di «qualsiasi voglia rapporto o relazione con ambienti o persone appartenenti alla criminalità organizzata, anche se non condannate o imputate per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.»¹⁶³. Non si ritengono, tuttavia, sufficienti i rapporti di parentela con persone

¹⁵⁸ V. CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 498.

¹⁵⁹ V. PETRINI, *L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli articoli 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Il regime del carcere duro diventa definitivo in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2003, 2, 235.

¹⁶⁰ In tal senso BERNASCONI, in DI CHIARA (a cura di), *Il processo fra politiche di sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 291.

¹⁶¹ Cass., sez. pen., 22.11.1991, Malfattore, in *G. it.*, 1993, II, n. 312.

¹⁶² Cass., sez. pen., 11.12.1991, Musitano, in *R. pen.*, 1992, n. 1094; Cass., sez. pen., 13.04.1992, Romano, n. 190431.

¹⁶³ Cass., sez. pen., 26.06.1992, Zagaria, *C. pen.* 94, n. 400; IOVINO, 1995, cit., 22.

coinvolte in «“faide” locali»¹⁶⁴. La Suprema Corte ha evidenziato come la presunzione in merito alla permanenza del vincolo associativo non derivi da una finzione di carattere giudico, ma da una massima di esperienza, considerato che è stato attestato come lo stato detentivo non impedisca la persistenza del contatto con il sodalizio criminale, non escluda la partecipazione attiva all'intero dello stesso e, dunque, non produca l'automatica cessazione del rapporto¹⁶⁵.

La valutazione è di competenza del magistrato o del tribunale di sorveglianza, a seconda di chi sia il giudice investito della richiesta di fruizione di un determinato beneficio, ancorché resta ferma la competenza unica del tribunale di sorveglianza in relazione alla decisione sulle condotte collaborative.

Un elemento che certamente è oggetto di verifica è la sentenza di condanna per reati associativi. Si discute, inoltre, in merito all'esistenza di un onere di allegazione in capo all'interessato. La questione è oggetto di una disputa giurisprudenziale in cui, la parte maggioritaria della giurisprudenza di legittimità, pone a carico del condannato l'onere di indicare nell'istanza specifici elementi idonei a dimostrare l'insussistenza dei predetti collegamenti; la parte minoritaria, invece, sostiene che sia compito della magistratura di sorveglianza procedere a deduzioni ed esami sulla base dello studio degli atti, con la conseguenza che deve dichiararsi illegittima la declaratoria di inammissibilità emessa *de plano* dal presidente.

La decisione della magistratura di sorveglianza si basa altresì sulle dettagliate informazioni acquisite, ai sensi del comma 2 dell'art. 4-*bis*, per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. La richiesta delle informazioni ha natura obbligatoria, quale atto dovuto, ma il «parere» acquisito non è vincolante in quanto è consentito al giudice di sorveglianza di dissentire dalle conclusioni del comitato fornendo adeguata

¹⁶⁴ Cass., sez. pen., 08.06.1992, Avignone, n. 191029.

¹⁶⁵ Cass., sez. I, 22.10.2015, n. 46065.

motivazione, che deve essere «idonea, rigorosa e dettagliata»¹⁶⁶. L'assenza di vincolatività trova ragione nella natura amministrativa del comitato e, pertanto, nel superamento delle riserve inerenti alla compatibilità della normativa con il diritto di difesa. La Corte costituzionale ha rimosso ogni perplessità asserendo che «la verifica quanto all'esistenza di elementi in grado di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva è di esclusiva ed inderogabile competenza della magistratura di sorveglianza»¹⁶⁷.

Il comitato deve fornire risposta entro il termine di trenta giorni che decorrono dalla richiesta di informazioni della magistratura di sorveglianza, trascorsi i quali il giudice decide ancorché in difetto delle stesse. Può essere disposta la proroga di ulteriori, e improrogabili, trenta giorni, ai sensi del comma 3, quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambienti extranazionali.

Le «dettagliate informazioni» devono esporre fatti specifici e concreti e devono riguardare un gruppo criminale espressamente individuato. Dall'area della informazione rilevanti si escludono gli elementi generici che non si basano su dati di fatto, le mere ipotesi o le supposizioni, anche legate ai rapporti di parentela del ricorrente con persone coinvolte in gruppi criminali locali. Il comitato è tenuto, inoltre, a illustrare le fonti delle informazioni fornite e dare precipua motivazione delle proprie conclusioni, la quale è tanto più utile alla magistratura di sorveglianza quanto più è meticolosa.

Il magistrato o il tribunale di sorveglianza, in presenza di informazioni degli organi di polizia assertive della sussistenza del legame fra l'interessato e il sodalizio criminale e in assenza di elementi che offrono prova positiva della pur allegata inesistenza di rapporti, non hanno l'onere di supportare la decisione di rigetto con la

¹⁶⁶ V. MARANDOLA, *Art. 4-bis*, in FIORENTIN, SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 78 s.

¹⁶⁷ Corte cost., n. 7.10.2011, n. 271 dep. 21.10.2011.

dimostrazione della effettiva esistenza dei suddetti rapporti¹⁶⁸. Dunque, il giudice di sorveglianza non ha l'onere di motivare la reale sussistenza dei collegamenti, ma è comunque tenuta a valutare gli elementi addotti dalla difesa¹⁶⁹. Il giudice compie un'attività investigativa piena, in quanto può acquisire anche dati ulteriori presso autorità diverse dal comitato, ma è tenuto a effettuare una valutazione critica di ogni fonte di convincimento e a verificare la «logicità, compiutezza e idoneità»¹⁷⁰ dei dati ricevuti e acquisiti.

L'analisi del requisito della prova «negativa» della sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva mette in evidenza i punti di contrasto con la normativa costituzionale e in particolare con gli artt. 24, comma 2 e 27, comma 3, Cost. Il primo, che tutela il diritto alla difesa, è lesa dalla regola probatoria basata sull'inversione dell'onere della prova e dalla qualificazione del reo sulla base del titolo di reato. Il secondo, che sancisce il finalismo rieducativo della pena, è lesa dall'impossibilità di dare valore nella decisione ai progressi trattamentali del detenuto.

I detenuti e gli internati per delitti di «seconda fascia» – enucleati al comma 1-ter dell'art. 4-bis – sono ammessi ai benefici penitenziari di cui al comma 1 del medesimo articolo «purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». La prova richiesta si articola in termini positivi – non più negativi come per i reati di cui al comma 1 – e, dunque, il diniego di fruizione delle misure premiali può discendere soltanto dalla dimostrazione della sussistenza dei collegamenti con il crimine organizzato che, sebbene la norma non lo specifichi, si ritiene debbano essere attuali.

La valutazione è di competenza del magistrato o tribunale di sorveglianza investito della richiesta di concessione dei benefici.

¹⁶⁸ Cass., sez. pen., 21.12.1993, Braico, in *C. pen.*, 1995, n. 398.

¹⁶⁹ Cass., sez. pen., 13.04.1992, Giampaolo, in *G. it.*, 1993, II, n. 1994.

¹⁷⁰ Cass., sez. pen., 25.05.1992, Liberati, in *C. pen.*, 1993, n. 2922.

L'onere probatorio grava sul giudice di sorveglianza che, ai sensi del comma 2-*bis*, deve acquisire dettagliate informazioni presso il questore – non più comitato provinciale – ferma in ogni caso la possibilità di decidere una volta trascorsi trenta giorni dalla richiesta. La figura del questore fu introdotta con il d.l. 14 giugno 1993, n. 187 coordinato con la legge di conversione 12 agosto 1993, n. 296, allo scopo di alleggerire le procedure per reati di minore allarme sociale e valorizzare, allo stesso tempo, l'organo più significativo della struttura di polizia.

La richiesta di informazioni, anche in questo caso, ha natura obbligatoria, quale atto dovuto a pena di nullità del provvedimento, tuttavia resta non vincolante il contenuto dell'informativa per le medesime ragioni sopra illustrate. La magistratura di sorveglianza, invero, può avvalersi di ulteriori elementi – es. la condotta intramuraria del condannato – e pervenire ad una conclusione diversa purché motivata in termini rigorosi e dettagliati, tuttavia, qualora il giudice, attenendosi agli elementi raccolti, reputasse esistente il mantenimento del rapporto criminale non potrà prendere in considerazione gli eventuali risultati positivi del percorso rieducativo del ricorrente.

La Suprema Corte, in assenza dell'espressa richiesta di prove inconfutabili, ha ritenuto sufficienti i «meri indizi» per fondare l'esistenza di un rapporto con il sodalizio criminale. La norma *de qua*, invero, parla genericamente di «elementi», il che lascia intendere che il legislatore ha reputato adeguata «qualsiasi circostanza di fatto dalla quale i predetti collegamenti possano essere desunti»¹⁷¹. Il concetto di «collegamenti» è il medesimo rispetto a quello illustrato, dunque, è sufficiente un qualunque rapporto con luoghi o soggetti appartenenti alla criminalità organizzata, non rilevando, tuttavia, i semplici rapporti di parentela con persone coinvolte in faide locali.

Sull'onere di allegazione, in corrispondenza con quanto accade in merito ai reati di «prima fascia», la parte maggioritaria della giurisprudenza di legittimità pone a carico del condannato l'onere di delineare nell'istanza introduttiva gli elementi specifici dell'inesistenza di collegamenti. In ogni caso, altre deduzioni possono essere ricavate d'ufficio mediante lo studio degli atti. L'istanza del ricorrente, infatti, è un

¹⁷¹ Cass., sez. pen., 24.09.1992, Papalia, in *C. pen.* 1994, n. 1651.

mero atto di impulso cui necessariamente segue l'attività istruttoria della magistratura di sorveglianza.

In conclusione, il concetto di prova positiva è coerente con un sistema processuale improntato al «rigetto di ogni presunzione di responsabilità o pericolosità».

7. Focus sul regime procedurale dell'art. 4-bis ord. penit.

I profili procedimentali che guidano la decisione della magistratura di sorveglianza sull'istanza del detenuto o dell'internato sono regolamentati, come anticipato, dalle disposizioni degli ultimi quattro commi dell'art. 4-bis ord. penit.

Tra gli aspetti che devono essere approfonditi rientra, innanzitutto, il riferimento al comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica. Il comma 2 dell'art. 4-bis stabilisce che, ai fini della decisione in merito alla concessione o non dei benefici penitenziari, la competente magistratura di sorveglianza deve richiedere dettagliate informazioni al c.p.o.s. L'organo assume un ruolo centrale nel procedimento in quanto fonte unica delle informazioni su cui si fonda la decisione del giudice di sorveglianza, tuttavia, si dubita della sua totale imparzialità in ragione della preposizione funzionale del c.p.o.s. alla tutela della sicurezza pubblica. L'attività cardine di difesa sociale del comitato induce a dubitare della effettiva raccolta di informazioni altresì a favore del condannato, essendo più probabile che questo riscontri indici di pericolosità in ogni detenuto¹⁷², e, contestualmente, ad alimentare le perplessità concorre la composizione dell'organo, formato dal prefetto, dal questore, dal sindaco del comune capoluogo, dal presidente della provincia, dai comandanti provinciali della Guardia di finanza, dell'Arma dei carabinieri e del Corpo forestale dello Stato, oltre che da esponenti delle pubbliche amministrazioni, della magistratura, delle strutture di pubblica sicurezza che possono essere di volta in volta invitati a

¹⁷² V. IOVINO, in *C. pen.*, 1992, 440; FIORIO, *G. it.* 93, II, 315.

partecipare da parte del prefetto¹⁷³. Infine, non è prevista alcuna procedura di controllo sull'attività del comitato ed è assente una disciplina atta a regolamentare l'attività investigativa dello stesso in quanto, essendo un organo amministrativo, «può procedere in segreto ed in completa assenza di contraddittorio con l'interessato»¹⁷⁴ con conseguente lesione del diritto di difesa. L'eventuale informativa dei carabinieri rispetto al parere del comitato non ha autonoma rilevanza considerato che il procedimento è necessariamente collegiale e non sono ammesse iniziative indipendenti dei singoli organi. L'ultimo periodo del comma 2 precisa testualmente che al comitato «può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto», tale puntualizzazione appare superflua dato che il prefetto, anche in precedenza, poteva invitare a partecipare il direttore dell'istituto¹⁷⁵.

Il comitato provinciale competente è individuato sulla base del «luogo in cui il detenuto si trova non già al momento in cui presenta la domanda, ma in quello in cui il tribunale di sorveglianza formula la richiesta di informazioni»¹⁷⁶.

Il potere decisionale della magistratura di sorveglianza è inibito per il termine di trenta giorni che decorrono dal momento in cui al comitato perviene la richiesta di dettagliate informazioni, successivamente, in assenza di risposta ovvero in luogo di un parere incompleto o, al contrario, esaustivo, il giudice di sorveglianza decide motivando adeguatamente. Il suddetto termine è automaticamente prorogato – in seguito a comunicazione al giudice – qualora ricorrano le condizioni individuate dal comma 3 della norma, ossia in presenza di particolari esigenze di sicurezza o di sospetti collegamenti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali. La *ratio* della proroga è consentire agli organi di polizia di usufruire di un intervallo di tempo

¹⁷³ Così l'art. 20 della legge 1° aprile 1981, n. 121, modificato dal d.lgs. 27 luglio 1999, n. 279 e dalla legge 6 febbraio 2004, n. 36.

¹⁷⁴ V. GUAZZALOCA, PAVARINI, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 325; SAMMARCO, in *R. it. d. proc. pen.* 1994, 905.

¹⁷⁵ V. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario dagli ideali smarriti della scommessa «anticustodialistica» agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 98, nt. 61.

¹⁷⁶ Cass., sez. pen., 24.03.1992, Adelfio, in *C. pen.*, 1993, n. 1555.

più ampio per esperire accertamenti più complessi o che comportano il coinvolgimento di autorità diverse da quelle strettamente locali. Se la comunicazione viene inviata tardivamente – ossia dopo la scadenza dei primi trenta giorni – l’eventuale decisione del giudice di sorveglianza intervenuta ne frattempo, rende inefficace la proroga. Eventuali proroghe successive alla prima non sono ammissibili.

Il coinvolgimento del c.p.o.s. è delimitato alle ipotesi criminose di cui al comma 1 dell’art. 4-*bis*. Infatti, ai sensi del comma 2-*bis*, per i delitti inseriti al comma 1-*ter* le dettagliate informazioni sono richieste esclusivamente al questore. La presente disposizione è stata introdotta con il d.l. 14 giugno 1993, n. 187 convertito con modificazioni in legge 12 agosto 1993, n. 296 e avente l’obiettivo di snellire la procedura per reati di minore allarme sociale, valorizzando allo stesso tempo la figura di rilievo del questore.

In conclusione, il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356, ha introdotto all’interno dell’art. 4-*bis* il comma 3-*bis* all’interno dell’art. 4-*bis*, ritenuto «norma di chiusura del sistema»¹⁷⁷. La disposizione immette un ulteriore divieto di concessione di benefici penitenziari applicabile a detenuti e internati per qualsivoglia delitto doloso¹⁷⁸. L’estensione del raggio d’azione della norma conduce a ritenere capovolto il rapporto regola-eccezione configurabile nei primi commi dell’articolo. Il comma 3-*bis* prevede che le misure premiali non possono essere concesse a detenuti e internati per delitti dolosi «quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d’iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3»¹⁷⁹.

¹⁷⁷ V. BERTELOTTO, in *C. pen.*, 1993, 2389.

¹⁷⁸ V. GUAZZALOCA, PAVARINI, cit., 189.

¹⁷⁹ Art. 4-*bis*, comma 3-*bis*, l. n. 354 del 1975.

La norma si riferisce a «quei condannati la cui pericolosità sociale, pur non potendo essere presunta dal titolo del reato commesso, sia ricavabile dal mantenimento dei collegamenti con il sodalizio criminoso»¹⁸⁰. Tuttavia, è possibile delimitare l'ambito operativo della norma in quanto, atteso che le attribuzioni delle procure antimafia sono circoscritte all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p. p., può ritenersi che solo in merito ai delitti ivi indicati le procure medesime siano in grado di fornire informazioni al giudice di sorveglianza.

Dal tenore letterale del comma 3-*bis* si dedurrebbe l'attribuzione alle procure antimafia di una sorta di «potere di veto», insindacabile e insuperabile, tale da privare di autonomia la magistratura di sorveglianza che si dovrebbe limitare a prendere atto delle valutazioni altrui. L'informativa sembrerebbe avere forza vincolante poiché non consentirebbe al giudice di discostarsi dai risultati della stessa rendendo superfluo qualunque suo contributo. L'assunto esposto ha dato luogo a innumerevoli criticità e difficoltà esegetiche che la giurisprudenza di legittimità ha cercato di appianare. I principali aspetti problematici riscontrati, in dottrina e giurisprudenza, riguardano la mancata precisazione che le informazioni provenienti dalle procure antimafia debbano essere «dettagliate» con la conseguenza che sarebbe teoricamente ammissibile una comunicazione «apodittica o solo apparentemente motivata, e carente di qualsiasi riferimento a circostanze concrete»¹⁸¹, inoltre, a ciò si aggiunge l'impossibilità del giudice di sorveglianza di decidere in assenza di riscontro da parte degli organi investigativi e, dunque, il contributo «non si presta ad essere surrogato, né, tanto meno, superato, tramite il ricorso ad altri elementi di prova»¹⁸². La disposizione articolata in questi termini può essere giustificata se si considera lo «sforzo di tutelare la segretezza delle indagini sulla criminalità organizzata ancora in corso», ma resterebbe in ogni caso priva di logicità e coerenza sul piano della legittimità costituzionale e della

¹⁸⁰ V. PRESUTTI, in PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 85.

¹⁸¹ V. BERLOTTI, in *C. pen.* 93, 2389.

¹⁸² V. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998, 135.

compressione di ogni spazio di autonomia della magistratura di sorveglianza. Parte della dottrina ha suggerito di non ravvisare nell'informativa delle procure un obbligo per il giudice di conformare la propria decisione al contenuto della stessa, bensì di «configurare un onere di motivazione rafforzato nel caso in cui il giudice intenda discostarsene»¹⁸³.

La Suprema Corte, in prima battuta, ha mirato a ricondurre le informative delle procure antimafia agli stessi parametri elaborati per quelle emesse dal Comitato provinciale e, dunque, di non considerare le stesse «alla stregua di un parere obbligatorio e vincolante»¹⁸⁴. Il giudice di sorveglianza, pertanto, ha il compito di controllare rigorosamente «la logicità, la compiutezza e l'idoneità»¹⁸⁵ delle informative ottenute e di darne conto con adeguata motivazione. Il provvedimento che aderisce meramente alle stesse è illegittimo a causa dell'assoluta carenza di motivazione e sarebbe annullato con rinvio in caso di ricorso per cassazione avverso di esso¹⁸⁶. La Suprema Corte è giunta ad assegnare al procuratore antimafia l'onere di fornire la «prova» concreta ed efficiente attestante l'attualità di collegamenti tra il condannato e organizzazioni criminali, riconoscendo, al contempo, al giudice di sorveglianza di trarre elementi di valutazione anche da altre fonti. Il cospicuo orientamento giurisprudenziale ha consentito di superare il dato testuale della norma, seppure la dottrina non abbia mancato di sollevare ulteriori perplessità¹⁸⁷.

¹⁸³ V. FIORENTIN, in FIORENTIN 2012_A, 585.

¹⁸⁴ Cass., sez. pen., 27.02.2008, Gagliardi, in *R. pen.* 09, n. 209; Cass., sez. pen., 09.01.2009, Calcagnile, in *R. pen.* 09, n. 1469.

¹⁸⁵ Cass., sez. pen., 10.02.1993, Palladine, in *C. pen.* 93, n. 2385; cfr. Cass., sez. pen., 01.07.1993, Altomonte, in *C. pen.* 94, n. 2216; Cass., sez. pen., 20.09.1993, Giacalone, n. 195291.

¹⁸⁶ Cass., sez. pen., 02.07.1993, Corrao, cit.

¹⁸⁷ Cfr. GUAZZALOCA, PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995, 364.

8. Le ulteriori modifiche normative del 2012 e del 2015.

La legge 1° ottobre 2012, n. 172 è stata posta a ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, firmata a Lanzarote il 25 ottobre 2007. L'iter parlamentare di approvazione della legge è stato alquanto complesso poiché ha richiesto un triplice intervento di Camera e Senato, iniziato nel 2009 e terminato tre anni dopo.

Nel ratificare la «Convenzione», il legislatore ha disposto norme di adeguamento dell'ordinamento interno volte a incidere sul codice penale¹⁸⁸ – ove sono state introdotte nuove fattispecie di reato, sul codice di procedura penale e sulla legge 26 luglio 1975, n. 354 – ossia la legge di ordinamento penitenziario. L'intento della «Convenzione» era quello sollecitare gli Stati, da un lato, a prevedere misure di recupero funzionali alla prevenzione della recidiva per gli autori di reati sessuali nei confronti di minorenni e, dall'altro, a consentire ad ogni condannato l'accesso ai programmi rieducativi a loro dedicati.

La portata novativa delle norme di adeguamento interno rileva, nell'ambito di interesse, in relazione alla legge di ordinamento penitenziario. In attuazione degli artt. 16 e 17 della Convenzione di Lanzarote, il legislatore, mediante l'art. 7 della novella, ha modificato il testo dell'art. 4-*bis*, cui sono state aggiunte sei nuove fattispecie delittuose e un nuovo comma – il comma 1-*quinqies*, e conseguentemente ha introdotto la nuova disposizione dell'art. 13-*bis*.

Le fattispecie di reato in oggetto, tutte dedicate alla tutela delle vittime minorenni, sono state inserite al comma 1-*quater* dell'art. 4-*bis* e, dunque, insieme alle ulteriori ipotesi criminose a sfondo sessuale soggette a un percorso trattamentale differenziato. La finalità perseguita è proprio quella di ampliare il catalogo dei delitti per cui l'accesso ai benefici è subordinato ai risultati positivi dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno. Con la

¹⁸⁸ V. PITTARO, *Ratificata la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minorenni contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: le modifiche al Codice penale*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 4, 403.

novella si introducono, precisamente, i delitti di: prostituzione minorile – art. 600-*bis*; pornografia minorile – art. 600-*ter*; detenzione di materiale pornografico – art. 600-*quater*; turismo sessuale – art. 600-*quinqüies*; nonché le fattispecie di corruzione di minorenni – art. 609-*quinqüies* – e di adescamento di minorenni – art. 609-*undecies*.

Il legislatore del 2012, nel rispondere all'intento della «Convezione», ha inoltre aggiunto il comma 1-*quinqüies* all'interno dell'art. 4-*bis*. Il nuovo comma caratterizza ulteriormente il percorso di accesso ai benefici penitenziari per i *sex offenders* responsabili di condotte illecite in danno di minori di età, infatti, è espressamente disposto che la concessione delle misure alternative, dei permessi premio, nonché l'ammissione al lavoro all'esterno per detenuti e internati macchiatisi di delitti contro la libertà sessuale nei confronti di minorenni sono subordinate alla positiva partecipazione al programma di riabilitazione e sostegno specifico di cui all'art. 13-*bis*. Il comma 1-*quinqüies* precisa che la valutazione, positiva o meno, spetta al magistrato o al tribunale di sorveglianza, a seconda della competenza per l'istanza proposta.

Il raggio d'azione del nuovo comma si estende anche al di là dei reati già previsti dall'art. 4-*bis* in quanto si applica, oltre ai già menzionati artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quinqüies*, 609-*quater*, 609-*quinqüies* e 609-*undecies*, nonché agli articoli 609-*bis* e 609-*octies* del codice penale, anche all'ipotesi di cui all'art. 600-*quater*.¹ relativa alla «pornografia virtuale» che non è soggetta alla disciplina differenziata. Il requisito in questione si applica anche ai reati di prima e seconda «fascia», essendo un ulteriore elemento di valutazione laddove la persona offesa dal reato sia un minore d'età¹⁸⁹.

La norma del comma 1-*quinqüies* deve essere coordinata con la disposizione di cui all'art. 13-*bis*, introdotta con la medesima novella del 2012, e originariamente rubricata «*Trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali in danno di minori*». Sulla base della formulazione della norma, il soggetto, detenuto o internato, condannato per uno dei delitti ivi richiamati, ha la facoltà di sottoporsi a programmi di

¹⁸⁹ V. CONSULICH, *Convezione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà sessuale dei minori (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2013, 797; nonché FIORENTIN, *Trattamento penitenziario severo per i sex offenders*, in *Guida al diritto*, 2012, 43, 110.

trattamento psicologico aventi finalità di recupero e di sostegno. La partecipazione è valutata ai fini della concessione dei benefici ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1-*quinquies*¹⁹⁰.

La legge 17 aprile 2015, n. 43, che ha convertito con modificazioni il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 e la l. 23 febbraio 2015, n. 19 hanno apportato modifiche aggiuntive al testo dell'art. 4-*bis*¹⁹¹.

La prima, modificando il relativo decreto legge, ha introdotto nel testo dello stesso l'art. 3-*bis* che a sua volta ha provveduto alla modifica del comma 1 dell'art. 4-*bis* con l'inserito, fra i delitti di prima «fascia», del riferimento all'art 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni. Le condotte della disposizione introdotta, afferenti al tema della immigrazione clandestina, hanno a oggetto la promozione, la direzione, l'organizzazione, il finanziamento o il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero il compimento di altri atti «diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente» sia nella forma comune – comma 1 – sia in quella aggravata – comma 3.

La seconda novella, rubricata «*Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'articolo 416-ter del codice penale*», ha, invece, disposto l'introduzione fra i reati di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* della fattispecie di «scambio elettorale politico-mafioso» di cui all'art. 416-*ter* c.p.

¹⁹⁰ V. BERTOLINO, *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 186; FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo d'insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuale direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

¹⁹¹ V. VARRASO, *Esteso (ancora) l'elenco dei reati previsti dall'art. 4-bis ord. pen.*, in BACCARI, LA REGINA, VARRASO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, 483.

8.1. Il c.d. «Codice rosso»: l'inserimento dell'art. 583-*quinquies* c.p. tra i reati ostativi.

La legge 19 luglio 2019, n. 69, denominata «*Codice rosso*», è intervenuta in un contesto di rafforzamento della tutela per le vittime di violenza domestica e di genere. Le modifiche apportate dalla novella hanno interessato il codice penale, il codice di procedura penale e altre disposizioni, fra cui la norma di esecuzione penale di cui all'art. 4-*bis* della legge di ordinamento penitenziario.

In relazione all'ambito esecutivo, la novella ha aggiunto all'interno dei commi 1-*quater* e 1-*quinquies* dell'art. 4-*bis* il neo-introdotta art. 583-*quinquies* c.p. L'art. 12 del c.d. «*Codice rosso*», invero, ha inserito nel codice penale, dopo l'art. 583-*quater*, l'art. 583-*quinquies* disciplinante il nuovo delitto di «Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso» e, contestualmente, ha inserito il neo-articolo all'interno della legge di ordinamento penitenziario¹⁹².

La condotta sanzionata consiste nella deformazione o nello sfregio permanente del viso e l'azione è punita più severamente delle lesioni c.d. gravissime, ossia con la pena detentiva da otto a quattordici anni di reclusione.

Il trattamento esecutivo dell'autore del reato in oggetto è equiparato a quello dei *sex offenders*. Dunque, la concessione dei benefici penitenziari per il reo è subordinata, ai sensi del comma 1-*quater*, all'osservazione della personalità condotta collegialmente per almeno un anno e, ai sensi del comma 1-*quinquies*, qualora il reato sia stato commesso a danno di minori d'età, alla partecipazione al programma di riabilitazione e sostegno specifico di cui all'art. 13-*bis* ord. pen¹⁹³.

Conseguentemente, il testo del primo comma dell'art. 13-*bis* è stato integrato con il riferimento al delitto di cui all'art. 583-*quinquies* c.p. e ulteriormente arricchito

¹⁹² V. CASALNUOVO, COELLA, *Il nuovo reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso introdotto dal codice rosso*, in *Rivista penale*, 2019, 11, 983 ss; nonché BORASI, *Prime considerazioni sul "codice rosso"*, in *Rivista penale*, 2019, 9, 739 ss.

¹⁹³ V. CASALNUOVO, COELLA, *Il codice rosso: guida operativa alla L. n. 69 del 2019*, Piacenza, 2019.

mediante l'inserimento degli artt. 572 e 612-*bis* c.p., rispettivamente corrispondenti ai reati di «*Maltrattamenti contro familiari o conviventi*» e «*Atti persecutori*».

9. Il percorso differenziato per gli autori di reati a sfondo sessuale nel sistema odierno.

Il binario trattamentale specifico per i *sex offenders* è delineato nei commi 1-*quater* e 1-*quinqües* dell'art. 4-*bis* ord. penit. La disciplina, come anticipato, è stata introdotta da una catena di interventi normativi che, da un lato, ha innovato la norma arricchendola di diversi e ulteriori requisiti, dall'altro, ha via via esteso la categoria degli autori di reati che violano la libertà sessuale. La previsione di un percorso *ad hoc* trae origine dal presupposto per cui la condotta deviante è dovuta a un disagio psicologico e personologico che rende necessaria una strategia trattamentale specifica e altresì richiede quale obbligatorio il vaglio della personalità e, dunque, della pericolosità intrinseca del reo.

Il comma 1-*quater* ha fatto ingresso per il tramite del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella l. 23 aprile 2009, n. 38. In ossequio alla formulazione normativa dello stesso, l'accesso ai benefici penitenziari, per la suddetta tipologia criminale, è subordinato a un anno di osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente «anche con la partecipazione¹⁹⁴ degli esperti di cui al quarto comma dell'art. 80»¹⁹⁵ ord. penit.

Il comma 1-*quinqües* è stato introdotto, invece, dalla legge 1° ottobre 2012, n. 172 ed è espressamente proiettato verso gli autori di reati a sfondo sessuale commessi a danno di minori d'età. La valutazione del riconoscimento delle misure premiali è compiuta dal giudice di sorveglianza sulla base della positiva partecipazione a programmi trattamentali specifici di cui all'art. 13-*bis* ord. penit.

¹⁹⁴ V. SCOPARIN, *Con la differenziazione trattamentale dei sex offenders confermato il ruolo degli psicologi nel contesto penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2013, 84.

¹⁹⁵ Così testualmente il comma 1-*quater* dell'art. 4-*bis* l. n. 354/1975.

I delitti per cui sono richieste le condizioni dei commi su illustrati per la fruizione dei benefici sono stati individuati da due principali interventi legislativi ispirati da logiche diverse: la legge n. 38 del 2009, emanata per offrire una maggiore tutela della libertà sessuale e per fronteggiare il crescente fenomeno di offesa della stessa e contenere i rischi di recidiva, e la legge n. 172 del 2012, avente l'obiettivo di elaborare misure di protezione indirizzate a vittime particolarmente vulnerabili quali i minorenni. A seguito delle modifiche, la c.d. «terza fascia» non può essere posizionata all'ultimo posto in quanto a grado di pericolosità e di gravità, dapprima considerato più lieve, ma deve essere ricondotta «a una tipologia di delitti di media caratura».¹⁹⁶

La tipologia criminale si compone dei seguenti reati: prostituzione minorile – art. 600-*bis*; pornografia minorile – art. 600-*ter*; detenzione di materiale pornografico – art. 600-*quater*; turismo sessuale – art. 600-*quinquies*; violenza sessuale – 609-*bis* – e le circostanze aggravanti della disposizione seguente; atti sessuali con minorenni – art. 609-*quater*; violenza sessuale di gruppo – art. 609-*octies*; nonché le fattispecie di corruzione di minorenni – art. 609-*quinquies* – e di adescamento di minorenni – art. 609-*undecies*. Dopo l'intervento del c.d. «Codice rosso», alle ipotesi criminose richiamate si somma anche l'art. 583-*quinquies* disciplinante la fattispecie di «*Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso*».

I delitti contro la libertà sessuale sono talvolta collocati all'interno di altri commi dell'art. 4-*bis* richiedenti a loro volta requisiti diversi per l'accesso ai benefici. Nell'eventualità in cui un delitto sia inserito all'interno del comma 1 e, al contempo, nel comma 1-*quater* e/o 1-*quinquies*, le condizioni per la fruizione delle misure premiali che dovranno essere verificate saranno molteplici. Si richiederà contemporaneamente la collaborazione con la giustizia o le condizioni alternative di cui al comma 1-*bis*, l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica ed eversiva, l'osservazione della personalità per almeno un anno e/o la partecipazione al programma di riabilitazione *ex art. 13-bis*. Allo stesso modo occorrerà procedere nel caso di innesto dei suddetti delitti nel comma 1-*ter* e nel comma 1-*quater*

¹⁹⁶ V. CAPITTA, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2012, 12.

e/o 1-*quinqües*. Sembra ragionevole ritenere, parallelamente, che i requisiti del comma 1-*quater* non operino in relazione ai reati sessuali previsti quali reati fine di un'associazione a delinquere dal comma 1-*ter*. In tal caso a rilevare è la commissione del reato in forma associata, non il compimento di un reato lesivo della libertà sessuale che, invece, ha consistenza autonoma.

La prima condizione inderogabile per i *sex offenders* è l'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno e prevista dal comma 1-*quater*. L'attività di osservazione è contemplata, ai sensi dell'art. 13 ord. pen.¹⁹⁷, per tutti i condannati e gli internati e ha il precipuo scopo di «rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato»¹⁹⁸. Sulla base delle modifiche apportate all'art. 13 dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, con i dati raccolti si da luogo a un programma rieducativo, integrato e modificano nel corso della detenzione, la cui prima formulazione è redatta entro sei mesi dall'inizio dell'esecuzione. La fondamentale differenza fra il programma trattamentale generico di cui all'art. 13 e quello di riabilitazione specifico del comma 1-*quater* risiede nel fatto che nel secondo caso l'osservazione deve obbligatoriamente protrarsi per almeno un anno, un termine perentorio e prefissato nel minimo¹⁹⁹.

Nell'arco di tempo di un anno devono svolgersi sia l'osservazione, sia la predisposizione dell'intervento trattamentale in quanto i due profili operano in simbiosi. L'osservazione della personalità deve poter condurre a un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità del reo dovuta anche alla funzionalità degli interventi trattamentali offerti.

La norma non specifica il *dies a quo* del termine annuale che potrebbe coincidere, in astratto, con l'inizio dell'esecuzione in carcere ovvero con il momento eventualmente anteriore di custodia cautelare o di diverso contatto con gli organi

¹⁹⁷ V. CARACENI, BERNASCONI, *sub.art. 13*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 164 ss.

¹⁹⁸ Art. 13, comma 2, l. n. 354/1975.

¹⁹⁹ V. MARANDOLA, BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 958.

chiamati a svolgere l'osservazione. L'opinione maggioritaria depone a favore dell'orientamento per cui l'inizio dell'osservazione coincide con l'esecuzione della pena in carcere e perviene a tale conclusione prendendo le mosse dal disposto dell'art. 13, comma 3, che indica come momento iniziale l'esecuzione della pena, e dall'art. 13-*bis* che riserva il trattamento psicologico solo alle persone condannate. A priori, il problema controverso è se possano essere fatti rientrare i soggetti imputati nel raggio operativo del comma 1-*quater* – ma anche del comma 1-*quinqies*. La norma si riferisce a «detenuti e internati» e alcuni da tale precisazione hanno messo in evidenza la mancata menzione dei «condannati» e hanno dedotto l'ampliamento della disciplina agli imputati. La posizione, tuttavia, è opinabile e non condivisa dalla gran parte della giurisprudenza²⁰⁰.

L'osservazione di cui al comma 1-*quater* si attegge a diritto del condannato e, pertanto, l'amministrazione penitenziaria ha l'onere di predisporre le risorse adeguate e di attivarsi tempestivamente, non potendo gravare sul recluso l'eventuale inefficiente della stessa.

Il gruppo di osservazione e trattamento svolge collegialmente l'attività di osservazione ed è presieduto dal direttore dell'istituto, composto dal personale dell'amministrazione, con l'integrazione del personale specializzato di cui all'art. 80, comma 4, ord. penit. Il tenore letterale della norma suggerisce che gli esperti in materie quali psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria, criminologia clinica, nonché i mediatori culturali e gli interpreti devono necessariamente essere presenti con conseguente obbligo dell'amministrazione carceraria di dispendere risorse per avvalersi di professionisti esterni. Un'interpretazione diversa fa leva sul termine «anche» considerandolo un elemento di flessibilità della norma, nel senso che si invita a integrare l'*equipe* multidisciplinare, ma solo ove possibile e proficuo²⁰¹. In ogni caso,

²⁰⁰ Cass., sez. I, 21.01.2010, n. 8092; Cass., sez. I, 03.06.2010, n. 30497; Cass., sez. I, 22.05.2013, n. 27853; Cass., sez. I, 14.05.2015, n. 13210; Cass., sez. I, 19.05.2016, n. 34754; Cass., sez. I, 14.10.2016, n. 3259; Cass., sez. I, 07.11.2018, n. 12138; Cass., sez. I, 09.04.2019, n. 39985.

²⁰¹ V. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art.41 bis Ord. Penit.* in CORBETTA, DELLA BELLA, GATTA (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica, le riforme del 2009*, Milano, 2009, 442.

l'assenza degli esperti non può essere addebitabile al recluso e dunque non può pregiudicare l'ammissione ai benefici dello stesso.

L'attività di osservazione della personalità è unitaria, è svolta da tutti i membri dell'*equipe*, i quali possono anche non essere presenti a ogni operazione, ma coltivare contatti individuali con il condannato. Conclusosi l'anno di osservazione – ovvero l'ulteriore tempo che si ritiene essere necessario – tutti i professionisti e gli operatori coinvolti devono sottoscrivere la relazione finale facendone propri i risultati, le analisi e il giudizio. Il contenuto della valutazione conclusiva deve formarsi nei modi indicati dalla legge, non è sufficiente un giudizio positivo sulla buona condotta carceraria o un parere del direttore o del consiglio di disciplina, né una perizia psichiatrica esterna, ma è necessario che il giudizio sia tecnico, pregnante e specifico. La valutazione ha a oggetto, inoltre, la pericolosità del reo che, nel caso di giudizio positivo, deve essere attenuata, inesistente o comunque governabile con l'espiazione in regime alternativo²⁰².

La magistratura di sorveglianza, che decide dell'istanza per il godimento del beneficio, deve valutare la relazione finale dell'osservazione senza comunque essere vincolata all'eventuale riscontro positivo e deve decidere anche sulla base del tipo di misura da applicare e dei presupposti richiesti per la stessa. Il giudice ha sempre l'obbligo di motivare adeguatamente e coerentemente.

Il percorso trattamentale per l'ottenimento dei benefici è ancora più ristretto per gli autori di reati a sfondo sessuale che abbiano agito a danno di minori d'età. Il comma 1-*quinquies* introduce una seconda condizione, che si somma al requisito dell'osservazione scientifica della personalità di cui al comma 1-*quater*, ossia «la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 13-*bis*» ord. penit.²⁰³ L'eterogeneità dei soggetti destinatari della previsione comporta un lavoro mirato degli esperti del trattamento psicologico che dovranno calibrare l'intervento

²⁰² V. MARANDOLA, cit., p. 960; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 68; CORTESI, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel "pacchetto sicurezza"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1069.

²⁰³ V. CARACENI, BERNASCONI, *sub.art. 13-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019, 174 ss.

terapeutico di sostegno psicologico sulla base della condotta posta in essere e del fine del soggetto – considerato che alcuni soggetti nascondono anomalie nelle abitudini sessuali, altri meri interessi economici.

La norma non sembra perfettamente sovrapponibile al disposto dell'art. 13-*bis*, che dopo le modifiche apportate dal c.d. «*Codice rosso*» oggi si estende anche ad altre due fattispecie non ricomprese nell'art. 4-*bis*: l'art. 572 c.p. – maltrattamenti contro familiari o conviventi – e l'art. 612-*bis* c.p. – atti persecutori.

La partecipazione ai programmi di recupero è una rimessa a una scelta del detenuto o dell'internato, essendo deducibile una mera facoltà dal disposto dell'art. 13-*bis*. Tuttavia, la formulazione letterale del comma 1-*quinquies* induce a ritenere inderogabile il carattere del presupposto preclusivo poiché si prevede che la magistratura di sorveglianza sia tenuta a valutare la positiva partecipazione ai programmi, nonostante l'interessato non abbia l'obbligo di prenderne parte. Invero, il rifiuto a partecipare del soggetto potrà essere valutato negativamente dal giudice ai fini dell'ammissione alla misura. L'eventuale mancata predisposizione di appositi percorsi da parte dell'amministrazione penitenziaria non può arrecare pregiudizio al detenuto, né inibire a priori l'accesso alle misure premiali²⁰⁴.

10. La legge c.d. «Spazzacorrotti».

Il *modus operandi* del legislatore è sostanzialmente rimasto inalterato a partire dalle prime interpolazioni al catalogo dei reati di cui all'art. 4-*bis* e trova il suo perno nello sforzo di «inseguire ogni volta l'ennesima emergenza»²⁰⁵. Le riforme compulsive che si sono succedute sono sempre state tese verso l'irrigidimento dello strumento repressivo e lo sviluppo dell'elenco dei reati sembra, oggi, privo di una reale coerenza

²⁰⁴ V. SCOMPARIN, *L. pen.*, 2013, 87.

²⁰⁵ V. BERNASCONI, *Il decreto «antiscarcerazioni»*, in BARGIS (a cura di), Torino, 2001, 126; CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 59.

criminologica²⁰⁶. L'intensa attività normativa, invero, ha trasformato la norma in una sorta di «indice» di quelle fattispecie delittuose che il legislatore, nel tempo, ha ritenuto talmente allarmanti da richiedere in ogni caso il transito per il carcere del condannato²⁰⁷.

La preoccupazione del legislatore per l'emergenza dovuta al fenomeno della corruzione pubblica ha provocato un ulteriore intervento sui reati preclusivi di cui all'art. 4-bis, avutosi, precisamente, mediante l'emanazione della legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante «*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*». La novella, meglio nota come «legge spazzacorrotti», ha arricchito il tessuto della norma con l'innesto di un'ulteriore tipologia criminale, ritenuta essere a elevato tasso di pericolosità, quella dei reati contro la pubblica amministrazione anche definiti delitti dei c.d. colletti bianchi²⁰⁸. Nell'elenco delle fattispecie neo-introdotte rientrano: il peculato – art. 314, comma 1 c.p.; la concussione – art. 317 c. p.; l'induzione indebita a dare o promettere utilità ex art. 318-*quater* c. p.; e, infine, la corruzione in ciascuna delle sue forme delineate dagli artt. 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p. che, rispettivamente, disciplinano la corruzione per l'esercizio della funzione, la corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio, la corruzione in atti giudiziari, l'istigazione alla corruzione.

I delitti menzionati sono tendenzialmente di natura monosoggettiva e, dunque, si discostano notevolmente dal modello dei reati associativi, specialmente se di stampo mafioso. Le fattispecie penali, infatti, hanno a oggetto prevalentemente condotte illecite individuali di funzionari pubblici che abusano dei propri poteri o violano i loro

²⁰⁶ V. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, 2, 2015.

²⁰⁷ V. TERRACINA, *Il pubblico ministero e l'esecuzione delle pene detentive e pecuniarie*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, 134.

²⁰⁸ V. MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione «sostanziale» delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. pen. e legge «spazzacorrotti»)*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 2 s.; PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni di riforma*, in *Arch. pen.*, 2018, 1.

doveri d'ufficio per perseguire un interesse privato, proprio o altrui²⁰⁹. Sugli autori dei delitti contro la pubblica amministrazione grava la presunzione assoluta di pericolosità, tipica dei condannati ai delitti di «prima fascia», la quale può essere superata esclusivamente mediante la collaborazione con la giustizia *ex art. 323-bis*, comma 2, c.p., norma conseguentemente introdotta dalla medesima novella a fianco dell'art. 58-*ter* ord. penit.

I riflessi sull'ambito dell'esecuzione penale coinvolgono, prima ancora della fruizione dei benefici penitenziari in sé e della connessa condotta collaborativa sulla base di quanto si ricava dall'art. 4-*bis*, una diversa disposizione: l'art. 656, comma 9 c.p.p. La disposizione processuale regola l'esecuzione delle pene detentive e si connota per un articolato meccanismo sospensivo, sancito dai cc. 5 e seguenti. Dinanzi a una condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni – o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del t.u. stupefacenti²¹⁰ –, anche quale residuo di maggior pena, il pubblico ministero sospende l'ordine di esecuzione e il condannato ha la facoltà di presentare, nel termine di trenta giorni, istanza volta all'ottenimento di una fra le misure alternative indicate nella norma. Il sistema delineato consente di arginare il fenomeno delle c.d. «porte girevoli» – ossia la permanenza in carcere per chi è destinato a uscirne poco dopo – e, dunque, evita che sul condannato si ripercuotano gli effetti desocializzanti che inevitabilmente colpiscono chi transita in istituto penitenziario. La sospensione dell'esecuzione, per espresso disposto del comma 9, lett. a) del medesimo articolo, non si applica ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., oltre che nei confronti dei condannati per i delitti di cui agli artt. 423-*bis*, 572, comma 2, 612-*bis*, comma 3, 624-*bis* c.p. Il rimando operato nei confronti degli autori per i reati di cui all'art. 4-*bis* fa sì che, dopo la novella del 2019, la deroga alla sospensibilità operi anche rispetto ai condannati per delitti contro la pubblica amministrazione, così

²⁰⁹ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 60.

²¹⁰ Testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni.

aggravando il regime ostativo²¹¹ e imponendo «l'“assaggio di carcere” ai condannati per i delitti suddetti»²¹².

La scelta legislativa di equiparare le condotte criminali legate alla funzione pubblica e le fattispecie dell'associazionismo di stampo mafioso o terroristico ha suscitato non pochi rilievi critici in merito alla coerenza dell'innesto e alla legittimità costituzionale della presunzione assoluta di pericolosità. Il contrasto analizzato dalla Corte costituzionale è afferente al principio di ragionevolezza/uguaglianza – di cui all'art. 3 Cost. – e il principio avente a oggetto il finalismo rieducativo della pena ex art. 27, comma 3, Cost. Il Giudice delle leggi non mette in dubbio la discrezionalità legislativa nella selezione della ipotesi criminose che suggeriscono la previsione di un periodo di carcerazione in attesa della decisione sulla concedibilità o meno della misura alternativa in ragione della particolare pericolosità sottesa a taluni reati e posta a fondamento della ragione ostativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione²¹³. Tuttavia, da un saldo orientamento della Corte costituzionale si ricava che è sempre necessario che la presunzione di pericolosità sia ragionevolmente fondata, invero, la prima di uno sciame di sentenze di accoglimento che vi ha fatto seguito ha evidenziato che le presunzioni legali, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie o irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»²¹⁴. La gravità e il disvalore dei reati contro la pubblica amministrazione non sembra giustificare la presunzione assoluta di pericolosità, non essendo presente alcuna evidenza – tralasciando la mutevole gravità della misura

²¹¹ V. PAPAGNO, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*, in FLORA, MARANDOLA (a cura di), Pisa, 2019, 140.

²¹² V. FIORENTIN, in *Guida dir.*, f. 7/2019, 93.

²¹³ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, f 2/2019, 109.

²¹⁴ Corte cost., 07.07.2010, n. 265, dep. 21.07.2010.

edittale della pena, di per sé non significativa – che avvalorò la «necessità di un forzoso “assaggio di pena” e di una previa osservazione in carcere»²¹⁵.

La recente giurisprudenza costituzionale²¹⁶ ha accolto le predette perplessità e le argomentazioni riportate, rilevando in più casi il contrasto dell'art. 4-*bis* ord. penit. con gli artt. 3 e 27 Cost. La generalizzazione della elevata pericolosità sociale, ad avviso della Corte, può essere riscontrata prevalentemente nell'adesione a organizzazioni di tipo mafioso considerato che tale forma criminale implica e presuppone «necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità – per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice – vincolo che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere»²¹⁷. Il ristretto disvalore delle varie condotte di infedeltà dei funzionari alla pubblica amministrazione non consente di ampliare con facilità la generalizzazione della presunzione di pericolosità anche a tali ipotesi. Il prioritario obiettivo della Corte costituzionale di «risparmiare il carcere al condannato»²¹⁸ non sembra avere ragione di cedere data l'assenza di indicatori idonei a spingere verso l'abbandono dell'obiettivo.

Dunque, si coglie di qui la possibile violazione dell'art. 3 Cost., che travolge altresì l'indebita compressione del principio rieducativo *ex* art. 27, comma 3, Cost. e del principio del “minimo sacrificio necessario” che limita il ricorso alla massima sanzione. Le considerazioni svolte sono suscettibili di essere estese anche alle altre

²¹⁵ V. MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 109; in termine parzialmente analoghi l'Ordinanza della Sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913, con la quale la Cassazione ha giudicato «rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale della l. n. 354 del 1975, art. 4-*bis*, comma 1, nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio».

²¹⁶ Corte cost., 19.03.2012, n. 68, dep. 23.03.2012.

²¹⁷ Corte cost., 25.02.2015, n. 48, dep. 26.03.2015.

²¹⁸ Corte cost., 13.12.1989, n. 569, dep. 22.12.1989; v. anche Corte cost., 06.02.2018, n. 41, dep. 02.03.2018.

ipotesi criminose che via via sono state introdotte nell'elenco dell'art. 4-*bis* sulla scorta di una valutazione di "allarme sociale" avulsa da ogni referente empirico.

10.1. La collaborazione processuale ex art. 323-*bis*, comma 2, c.p.

La legge 9 gennaio 2019, n. 3, c.d. «legge spazzacorrotti», con l'introduzione dei delitti contro la pubblica amministrazione fra i reati ostativi qualificati di «prima fascia», ha altresì aggiunto il riferimento alla circostanza attenuante ex art. 323-*bis*, comma 2, c.p. quale nuova forma di collaborazione. La norma è inserita all'interno del Libro II del codice penale, sotto il Titolo II, Capo I, dedicato ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Il primo comma prevede un semplice sconto di pena in ragione della particolare tenuità del fatto oggetto di uno dei delitti ivi richiamati, il secondo comma, invece, introduce una circostanza attenuante ad effetto speciale, che impropriamente viene definita «causa di non punibilità della collaborazione processuale»²¹⁹, la cui applicazione comporta, non la totale esclusione della pena, ma la sua diminuzione da un terzo a due terzi.

La collaborazione di cui all'art. 323-*bis*, comma 2, c.p. è riservata ai responsabili dei delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* c.p., che si sono efficacemente adoperati dopo la commissione del delitto «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite». La prima forma è corrispondente a quella dell'art. 58-*ter* ord. pen., la seconda, invece, è più estesa in quanto si compone anche del recupero di somme e di altre utilità che siano il profitto dell'accordo delittuoso. La *ratio* sottesa al meccanismo premiale è meramente opportunistica in quanto coincide con «l'interesse a garantire un'efficace funzione investigativa ed una rapida conclusione del processo» ritenuta prevalente «rispetto l'esigenza di assicurare la

²¹⁹ V. STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch. pen.* 2019, n. 2. 1.

pretesa punitiva nei confronti di uno dei correi»²²⁰. Il carattere premiale della presente forma di collaborazione, secondo il legislatore, sarebbe giustificato anche in fase esecutiva per la – presunta – minore capacità a delinquere del soggetto che abbia collaborato successivamente al compimento del fatto di reato.

L'integrazione della collaborazione processuale *ex art. 323-bis*, comma 2, c.p. all'interno del comma 1 dell'*art. 4-bis* pone una rilevante questione interpretativa in merito all'ambito operativo della speciale attenuante. La norma penale abbraccia un gruppo di reati contro la pubblica amministrazione non esattamente coincidente con il novero dei delitti ostativi della medesima tipologia previsti nel testo dell'*art. 4-bis*. Resterebbero, infatti, esclusi il peculato – *art. 314 c.p.* e la concussione - *art. 317 c.p.*, menzionati fra i reati ostativi, ma non destinatari dello sconto premiale dovuto alla collaborazione processuale.

In tale contesto è bene notare che il rinvio all'*art. 323-bis*, comma 2, c.p. è collegato alla collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* mediante la preposizione disgiuntiva «o», il che evoca un rapporto alternativo fra i due modelli senza la possibilità di riservare l'uno o l'altro a specifiche fattispecie.

La soluzione evidenziata appare la più plausibile, ma, al contempo, dà vita a una seconda questione problematica avente concernente la modalità di accertamento delle condotte collaborative ai fini del superamento delle preclusioni per la concessione dei benefici penitenziari previsti dal comma 1 dell'*art. 4-bis*. La valutazione della ricorrenza e della rilevanza della collaborazione con la giustizia ivi prevista – ossia *ex art. 58-ter* – è attribuita alla competenza del giudice di sorveglianza. Il quesito emerso è volto a comprendere se tale competenza debba essere estesa anche alla nuova forma di collaborazione di cui all'*art. 323-bis*, comma 2, c.p. o se, invece, la collaborazione processuale possa considerarsi sussistente in sede esecutiva solo qualora sia stata già accertata dal giudice di merito in sede di cognizione. Il dubbio sorge a causa della mancanza di una precisa specificazione del legislatore, considerato che la disciplina di cui al comma 2 dell'*art. 58-ter* – regolante la modalità di accertamento – si riferisce

²²⁰ V. STURZO, *ibidem*.

espressamente alla forma di collaborazione di cui al comma 1 della stessa norma e, dunque, non può ritenersi direttamente applicabile all'ipotesi dell'art. 323-*bis*, comma 2.

L'idea di una esegesi estensiva, tuttavia, sembrerebbe essere supportata dal fatto che l'accertamento della collaborazione è preliminare alla concessione dei benefici penitenziari che è di unica competenza della magistratura di sorveglianza. Il vaglio del giudice di sorveglianza si esplicherebbe in modo differente a seconda che il giudice di merito abbia o meno concesso l'attenuante *ex art. 323-bis*, comma 2, nella sentenza di condanna. Nella prima ipotesi, si limiterebbe a recepire la sentenza della fase di cognizione, invece, nella seconda ipotesi metterebbe in atto il potere di verificare la sussistenza o meno della condotta integrante la collaborazione processuale *ex art. 323-bis*, comma 2, posta in essere sia precedentemente, che successivamente, la decisione di condanna.

Secondo una lettura alternativa, la suddetta collaborazione sarebbe utile per il superamento delle preclusioni di cui all'art. 4-*bis* solo se riconosciuta nella fase del giudizio, da parte del giudice di merito, peraltro limitatamente alla corruzione, in tutte le sue manifestazioni, e all'indebita induzione di dare o promettere utilità, applicandosi negli altri casi la collaborazione *ex art. 58-ter*. La supposizione di una seconda visione nasce dalla difficoltà di esigere e attuare in capo al condannato in stato di detenzione talune delle condotte collaborative descritte dalla norma. In questo modo si ridurrebbe l'ampiezza del vaglio attribuito al giudice di sorveglianza e l'area operativa dello stesso che dovrebbe unicamente analizzare il dispositivo della sentenza. La giurisprudenza di legittimità, nell'incertezza dell'intento del legislatore, sembra propendere per la prima soluzione poiché un'impostazione come la seconda si esporrebbe a censure di costituzionalità – in merito al principio di ragionevolezza – e tuttalpiù sarebbe stata plausibile se il riferimento al neo-introdotta articolo fosse stato inserito al comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* come ampliamento delle ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante.

Un ulteriore profilo di incongruenza si ravvisa nell'impossibilità strutturale di prestare una condotta collaborativa per chi è autore di un reato monosoggettivo come

il peculato o la concussione. La presente problematica trova fondamento nella considerazione che il regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* è stato pensato per le fattispecie di reato associative in cui la condotta collaborativa rappresenta un prezioso elemento per le autorità poiché sono molteplici i rei da individuare. Il medesimo quesito si è posto rispetto a tutte le altre fattispecie individuali elencate nel catalogo dell'art. 4-*bis* ord. penit. ed è stato risolto dalla Corte di cassazione, prima ancora dell'introduzione nell'elenco dei delitti contro la pubblica amministrazione. La Suprema Corte ha considerato possibile la collaborazione con la giustizia «anche in relazione ai reati monosoggettivi, in cui non vi siano altri correi da individuare», ma in questa ipotesi «il contributo deve essere più pregnante e non può consistere nella sola confessione, specie se il responsabile è stato già individuato, ovvero nella ricostruzione di particolari secondari per l'accertamento della verità»²²¹.

²²¹ Cass., sez. I, 18.07.2007, n. 43659.

CAPITOLO II

IL PERIMETRO OPERATIVO DELL'ART. 4-BIS ORD. PENIT. NELL'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

Sommario: 1. La finalità rieducativa della pena *ex art. 27*, comma 3, Cost. e il percorso ermeneutico della giurisprudenza costituzionale. – 2. I destinatari del regime ostativo: i condannati minorenni e l'attività della Consulta *ante* e *post* d.lgs. n. 121 del 2018. – 2.1. Imputati e indagati «ostativi». – 3. L'ambito oggettivo di applicazione: i benefici penitenziari. – 3.1. Il lavoro all'esterno e le novità del d.lgs. n. 124 del 2018. – 4. I permessi premio *ex art. 30-ter* ord. penit. e i relativi limiti. – 4.1. La sentenza n. 253 del 2019: l'intervento rivoluzionario della Corte costituzionale. – 5. Le misure alternative alla detenzione interessate dalle preclusioni dell'art. 4-*bis* ord. penit.: l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà. – 5.1. La detenzione domiciliare: il comma 01 e 1-*bis* dell'art. 47-*ter* ord. penit. – 5.2. L'art. 47-*ter*, comma 1 e l'art. 47-*quinquies* ord. penit.: l'interesse del minore e l'interpretazione della Corte costituzionale. – 6. I benefici penitenziari esclusi dalle limitazioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. – 6.1. La liberazione anticipata ordinaria e speciale. – 7. L'art. 4-*bis* ord. penit. e la liberazione condizionale. – 7.1. L'ergastolo «ostativo» e il diritto alla speranza: incostituzionalità e incompatibilità convenzionale. – 8. Il principio del *tempus regit actum* e le «norme processuali ad effetti sostanziali». – 8.1. Il regime intertemporale nelle modifiche all'art. 4-*bis* ord. penit.: la sentenza n. 32 del 2020. – 9. Questioni controverse: il tentativo. – 9.1. (*Segue*)...il giudicato estero. – 9.2. (*Segue*)...lo scioglimento del cumulo. – 9.3. (*Segue*)...la particolare tenuità del fatto.

1. La finalità rieducativa della pena ex art. 27, comma 3, Cost. e il percorso ermeneutico della giurisprudenza costituzionale.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha rivestito un ruolo centrale nell'evoluzione della concezione della pena come orientata al finalismo rieducativo del condannato nel contesto dell'esecuzione penale e non solo. Il Giudice delle leggi, partendo da un'interpretazione «minima» della rieducazione, ha progressivamente consolidato una visione polifunzionale della pena in cui lo scopo afflittivo e intimidatorio si contempera con il fine rieducativo²²², a sua volta articolato in modelli esecutivi «iperdifferenziati»²²³.

Il sistema processuale penale propugnato dalla codificazione del 1930²²⁴ si imperniava su una rigida logica custodialistica ove la pena detentiva era posta al centro dell'impianto sanzionatorio quale strumento per isolare i soggetti autori di reati considerati meritevoli della privazione della libertà personale²²⁵. La successiva approvazione della Costituzione, risalente al 1948, ha sancito nuovi principi e valori e, in particolare, ha introdotto un'interpretazione moderna della funzione della pena e dei diritti dell'imputato. La norma cardine, nell'ambito dell'esecuzione penale, è l'art. 27, comma 3, Cost., il quale dispone che la pena non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e deve tendere alla rieducazione del condannato – la previsione è in parte speculare a quanto previsto dall'art. 3 CEDU secondo cui «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». L'odierna formulazione della norma è figlia di un acceso dibattito che ha caratterizzato le sedute dell'Assemblea costituente in cui emersero le diverse posizioni della scuola classica del diritto penale e della scuola positiva: la prima, ostinata sostenitrice della funzione

²²² Così, Corte cost., 24.06.1970, n. 124, dep. 09.07.1970.

²²³ V. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 148.

²²⁴ Il codice penale, c.d. Codice Rocco, nella sua versione originaria, fu approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398.

²²⁵ V. VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, 675.

generalpreventiva e retributiva della pena; la seconda, invece, estremamente convinta dell'assoluta importanza del valore della rieducazione²²⁶. L'equilibrio fra le due opposte posizioni fu rintracciato nell'ordine letterale della norma, in quanto fu inserito dapprima il riferimento al divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e, solo successivamente, il rimando alla funzione rieducativa della pena. Il coordinamento finale, dunque, attenuò il contributo positivistico e portò a recepire l'esigenza di rieducazione del condannato come uno dei possibili e generici scopi della norma.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, sul piano interpretativo, si ritenne che la sanzione penale conservasse il carattere afflittivo e retributivo e che l'uso del termine «tendere» dimostrasse chiaramente la mera eventualità della funzione rieducativa. La nuova finalità della pena, anche se espressamente costituzionalizzata, dunque, non trovò subito favorevole riscontro nella disciplina positiva anche a causa dell'assente previsione di risposte sanzionatorie alternative alla detenzione²²⁷.

Il dibattito sul tema caratterizzò gli anni Sessanta e permise di spianare la strada verso la concezione polifunzionale della pena avente *in primis* carattere retributivo, ma, in sede di applicazione ed esecuzione, anche di prevenzione generale, speciale, rieducativa e risocializzante.

In questo periodo ha inizio l'arduo compito della Corte costituzionale di adeguare la rigida normativa del 1930 ai principi di uno stato laico, democratico e pluralista in cui «il diritto penale ha una funzione non meramente repressiva e di contenimento del crimine ma altresì pedagogica e di ingegneria sociale». Ne seguì, dunque, il prezioso apporto della giurisprudenza costituzionale, generalmente compendiabile in uno schema ideale che distingue quattro diversi periodi: il primo, che va dal 1956 al 1975 – anno in cui entra in vigore la legge di ordinamento penitenziario; il secondo, dal 1975 al 1991, anno in cui ha inizio la proliferazione della legislazione di emergenza, legata al periodo degli anni di piombo e alla lotta alla criminalità

²²⁶ V. D'AMICO, *Art. 27*, in BIFULCO, CELOTTO (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Milano, 2006, 563 ss.

²²⁷ V. DOLCINI, PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989.

organizzata; il terzo, ossia dal 1992 al nuovo millennio, ove è evidente che, a seguito dell'attività di emergenza – e, in particolare, del binario trattamentale degli art. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. –, si sia verificato il mutamento del concetto di rieducazione rispetto a talune categorie di «tipi di autore»²²⁸; infine, l'ultimo periodo, che ha inizio con il nuovo millennio, in cui vengono ribaditi i principi affermati in precedenza e, al contempo, si evolve il concetto di rieducazione.

L'iniziale intervento della Consulta fu cauto e prudente e ascriveva la finalità rieducativa alla sola fase esecutiva della sanzione. L'orientamento costituzionale si evinceva, segnatamente, in due emblematiche sentenze, ossia la n. 48 del 1962 e la n. 12 del 1966. In particolar modo, con la seconda sentenza la Corte asserì di riconoscere il pregnante significato morale e sociale del principio della rieducazione del condannato, elevato al rango di precetto costituzionale, ridimensionandone, al contempo, la portata e sottolineando la non indispensabilità del fine medesimo. La Consulta, invero, chiamata a verificare la conformità della pena pecuniaria al carattere rieducativo sancito dalla Costituzione, concluse precisando l'impossibilità di «negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale»²²⁹. La Corte, nella medesima sentenza, osservò che il trattamento sanzionatorio doveva rispondere ai connotati della umanità e della civiltà e attribuire un limite alla pena allo scopo di impedire che l'afflittività superasse «il punto oltre il quale [la pena] si pone in contrasto col senso di umanità»²³⁰. La funzione rieducativa della pena, tuttavia, finiva per essere svalutata, non potendo essere intesa «in senso esclusivo e assoluto», e l'istanza retributiva continuava a essere dominante.

²²⁸ Così, PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale*, cit. 150.

²²⁹ Così, Corte cost., 04.02.1966, n. 12, dep. 12.02.1966.

²³⁰ Così, Corte cost., 04.02.1966, n. 12, dep. 12.02.1966.

Gli anni Settanta importarono un progressivo mutamento di prospettiva tale che l'art. 27, comma 3, Cost. venne elevato a criterio essenziale di politica criminale e posto a fondamento di numerose novelle legislative fra cui, innanzitutto, la riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975. Gli effetti della differente concezione del finalismo rieducativo della pena furono colti dalla giurisprudenza costituzionale che, nel corso del tempo, si schierò a favore di un modello di esecuzione della pena flessibile e restio ad accogliere presunzioni assolute di non rieducazione²³¹.

Una prima pronuncia significativa di questo decennio è ravvisabile nella n. 167 del 1972 in cui venne riconosciuta l'applicabilità del principio rieducativo alle misure di sicurezza a fronte di precedenti decisioni della Corte in cui la medesima applicabilità era stata negata. Nel testo della sentenza, invero, si legge che «qualsiasi intervento coercitivo in tema di libertà personale, ricollegabile al fatto reato, sia pure ai fini di una prevenzione speciale, come è quello delle misure di sicurezza, non può sottrarsi a finalità socialmente apprezzabili, quali il senso di umanità nel trattamento e la possibilità di determinare nel soggetto colpito un impulso diretto al suo recupero sociale»²³². Una seconda sentenza degna di nota è la n. 204 del 1974, ove la Corte, pronunciandosi in tema di liberazione condizionale *ex art. 176 c. p.*, ha ribadito la centralità della rieducazione individuando la stessa come vero e proprio «diritto» del condannato. Una volta verificatesi le condizioni prescritte dall'art. 176 c. p., invero, il condannato ha diritto a che «il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale»²³³.

²³¹ V. FASSONE, *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della "pena costituzionale"*, in DOLCINI, FASSONE, GALLIANI, PINTO DE ALBUQUERQUE, PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 49; nonché MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del «doppio binario» e prassi applicativa*, Milano, 2020, 99.

²³² Così, Corte cost., 21.11.72, n. 167, dep. 28.11.1972.

²³³ Così, Corte cost., 27.06.1974, n. 204, dep. 04.07.1974. Con la stessa sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 176 nella parte in cui attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale, con la conseguenza che sarà concessa non più in relazione a scelte

È inoltre doveroso soffermarsi sulla sentenza n. 264 del 1974, con cui la Corte affermò la legittimità della pena perpetua dell'ergastolo e la conformità dell'art. 22 c. p. alla Costituzione sulla base del fatto che «l'art. 27 della Costituzione, usando la formula “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole»²³⁴. La Corte, contestualmente, ha asserito la compatibilità dell'istituto della liberazione condizionale *ex art. 176 c. p.* con lo *status* di ergastolano, atteso che questo consentiva – e consente – l'effettivo reinserimento del soggetto nel consorzio civile²³⁵.

Il principio rieducativo fu assunto, poco dopo, quale criterio ispiratore della prima rilevante riforma dell'ordinamento penitenziario operata dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 e del successivo regolamento²³⁶ poi abrogato dal d.P.R. n. 230/2000. La novella ha fornito un significativo contributo all'impegno di dar corpo al finalismo rieducativo della pena e, a conferma della scia intrapresa, si orientò nella stessa direzione la successiva legge 10 ottobre 1986, n. 663. L'attività di novellazione ha consentito di superare la concezione della pena legata a istanze meramente retributive e afflittive e ha plasmato un nuovo modello di trattamento penitenziario²³⁷ – misurato sulla persona del condannato – teleologicamente orientato a soddisfare il fine

discrezionali del potere politico, ma in base ad una decisione dell'autorità giudiziaria che, con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, accerterà se il condannato abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento.

²³⁴ Così, Corte cost., 21.11.1974, n. 264, dep. 22.11.1974.

²³⁵ Alle sentenze menzionate se ne aggiungono molte altre, come, a titolo esemplificativo, la n. 179 del 1973, che a sua volta richiama la n. 124 del 1970; la n. 110 del 1974, in relazione alla revoca anticipata di misure di sicurezza; la sentenza n. 274 del 1983, in materia di liberazione anticipata; la decisione n. 313 del 1990; etc.

²³⁶ Regolamento approvato con d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431.

²³⁷ V. MACRILLÒ, *La giurisdizione di sorveglianza*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019, 402 ss.

rieducativo e risocializzante attribuito alla pena dall'art. 27, comma 3, Cost. Le disposizioni del codice di procedura penale, approvato con d.P.R. 22 settembre 1988, n. 447, si pongono in posizione complementare rispetto alla nuova organizzazione dell'ordinamento penitenziario. Il legislatore abbandonò la precedente dimensione amministrativa dell'esecuzione penitenziaria²³⁸ e valorizzò il ruolo della magistratura di sorveglianza configurando un autonomo procedimento – il procedimento di sorveglianza – idoneo a modificare la pena in ossequio alle forme individualizzate del trattamento alternativo, paramtrate sul condannato, e, dunque, predisposto all'adozione di provvedimenti incidenti sulla pena stabilita nella sentenza di condanna²³⁹. La giurisdizionalità nella materia penitenziaria è essenziale per garantire il rispetto del principio di legalità e si atteggia a presidio della legalità in carcere in quanto oggetto di controllo del giudice di sorveglianza è la conformità dell'azione penitenziaria alla promozione della finalità rieducativa²⁴⁰. Il procedimento di sorveglianza – regolato, in particolare, dagli artt. 666 e 678 c.p.p.²⁴¹ – si basa sulla verifica dei risultati del trattamento rieducativo e sulla conoscenza della personalità del condannato, dunque, tende verso l'attuazione della pena nella sua dimensione costituzionale e si oppone a una concezione ineluttabile della pena detentiva.

²³⁸ V. DALIA, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di GREVI, Bologna, 1982, 255; nonché BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Indice pen.*, 1969, 265 ss.

²³⁹ V. PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 129 ss.

²⁴⁰ V. MARGARA, *Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di GREVI, Bologna, 1982, 204; DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 2928.

²⁴¹ L'art. 10 della legge 12 gennaio 1977, n. 1 aveva inserito, sotto il Titolo II della legge n. 354 del 1975, il Capo II-bis contenente gli artt. 71-71-sexies che disciplinavano il procedimento di sorveglianza. Successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, l'art. 236 disp. att. cod. proc. pen. sancisce l'inapplicabilità delle suddette disposizioni a fronte delle nuove previsioni sul procedimento di sorveglianza contenute del codice di procedura penale. Sul tema cfr. CERESA, GASTALDO, *Esecuzione*, in CONSO, GREVI, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014, 1132 ss.

Il nuovo scenario fu congegnato sulla figura del detenuto in quanto persona ed essere umano e come tale titolare di diritti, poteri e facoltà. Il carcere smise di essere luogo di segregazione e isolamento, bensì venne concepito come centro di formazione sociale in cui il detenuto o l'internato può esplicare e sviluppare la propria personalità e identità, compatibilmente con la situazione di privazione della libertà personale.

In seguito alla riforma di ordinamento penitenziario, l'attività della Corte costituzionale proseguì verso un periodo di valorizzazione del finalismo rieducativo della pena mediante pronunce aventi a oggetto, prevalentemente, le misure alternative alla detenzione e le regole di contorno. Si osservi, in primo luogo, la decisione n. 274 del 1983 con cui la Consulta introdusse in via additiva la possibilità di concedere la riduzione di pena detentiva della liberazione anticipata²⁴² anche al condannato all'ergastolo che avesse partecipato attivamente all'opera rieducativa al fine di stimolare e incentivare lo stesso alla concreta collaborazione in quanto «finalità, questa, che il vigente ordinamento penitenziario persegue per tutti i condannati a pena detentiva, compresi gli ergastolani»²⁴³. Inoltre, fra le altre sentenze, si ricordi la n. 282 del 1989 in cui la Consulta – sulla scorta dell'analoga decisione n. 343 del 1987, inerente all'affidamento in prova al servizio sociale – si pronunciò in tema di revoca della liberazione condizionale e, precisamente, riguardo al peso da attribuire alle preclusioni subite nel periodo di effettiva realizzazione della misura sostitutiva ai fini della determinazione della residua pena detentiva, seppur sia intervenuta revoca in fase successiva. La Corte mise qui in rilievo l'importanza di un giudizio prognostico sulla rieducabilità – e, implicitamente, sulla pericolosità – del condannato – compiuto dal tribunale di sorveglianza – non solo in fase di concessione della misura, ma anche in sede di revoca della liberazione condizionale allo scopo di determinare la quantità di pena detentiva ancora da scontare e, dunque, fondato sui comportamenti tenuti durante

²⁴² La liberazione anticipata comporta la riduzione di quarantacinque giorni della pena detentiva residua da espiare ogni semestre di attiva partecipazione all'opera rieducativa.

²⁴³ Così, Corte cost., 21.09.1983, n. 274, dep. 21.09.1983.

l'espiazione in via alternativa e sulla condotta che ha dato luogo alla revoca²⁴⁴. Con l'occasione, il Giudice delle leggi precisò l'impossibilità di stabilire a priori una statica gerarchia tra le finalità costituzionalmente assegnate alla pena, bensì sottolineò la necessità di individuare di volta in volta a quale finalità, e in che limiti, debba essere data prevalenza.

Gli anni Novanta e la legislazione d'emergenza – con cui, primo fra tutti, è stato introdotto l'art. 4-*bis* ord. penit. mediante il d.l. n. 152/1991 – hanno incrementato gli interventi della giurisprudenza costituzionale e hanno dato inizio al c.d. terzo periodo. Precisamente, sono state – e sono ancora – molteplici le pronunce della Corte costituzionale in relazione alla disciplina dell'art. 4-*bis*. Si osservi che il contenuto della citata norma, pur non essendo privo di profili di illegittimità che pian piano sono stati puntualizzati dalla Consulta, generalmente è stato ritenuto compatibile con il precetto di cui all'art. 27, comma 3, Cost.,

In principio, si riscontra il susseguirsi di una serie di ordinanze significative concernenti taluni aspetti dell'art. 4-*bis*, già emersi come problematici. La prima in ordine temporale fu l'ordinanza n. 271 del 1992 che coinvolse la questione inerente alla necessità di acquisire elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva al fine di ottenere la riduzione di pena per il tramite della liberazione anticipata – richiesta dal comma 1 dell'art. 4-*bis* – e inerente, altresì, alla presunzione della sussistenza dei suddetti collegamenti derivante dal parere affermativo del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza ancorché «apoditticamente» dedotto. Qui la Consulta, pur dichiarando infondata la questione, sposò un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità secondo cui «la verifica quanto all'esistenza di elementi in grado di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva è di esclusiva e inderogabile competenza della magistratura di sorveglianza, con la conseguente qualificazione dell'informativa come atto obbligatorio ma non vincolante, potendo il giudice, per un verso, trarre da altre fonti gli elementi di valutazione, e per un altro verso, dissentire, purché con appropriate

²⁴⁴ V. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale*, cit., 147.

proposizioni interpretative, dal parere del comitato»²⁴⁵. Nello stesso verso seguirono altre ordinanze da parte della Corte costituzionale quali le nn. 413 del 1992, 483 del 1992, 83 del 1993.

Il rapporto fra finalità rieducativa e preclusioni di cui all'art. 4-*bis* è stato precipuamente valorizzato e difeso dal Giudice delle leggi mediante un vasto numero di sentenze, successivo al 1990, che seguì l'unitario obiettivo di superare il conflitto tra le preclusioni rieducative introdotte dalla legislazione d'emergenza e il principio di rieducazione e individualizzazione della pena. Il fine fu perseguito dalla Corte mediante la neutralizzazione dell'automatismo dei meccanismi preclusivi quali la mancata concedibilità di benefici penitenziari o la revoca iniqua degli stessi per determinate tipologie di rei.

In primo luogo, va rievocata la sent. n. 306 del 1993 ritenuta essere «autentica pietra angolare del sub-sistema ermeneutico-costituzionale sulla filosofia della pena»²⁴⁶ in quanto segnò il definitivo superamento di quell'orientamento giurisprudenziale che ancorava il finalismo rieducativo alla sola fase esecutiva. La pronuncia, intervenuta in risposta a molteplici questioni di legittimità sollevate con riguardo all'art. 15 del d.l. 306/1992 che modificò l'art. 4-*bis* ord. penit., dichiarava l'illegittimità della norma di riforma nella parte in cui prevedeva che dovesse essere revocata la misura alternativa alla detenzione, eventualmente concessa prima dell'entrata in vigore del decreto, se goduta da soggetto che non collaborante *ex art.* 58-*ter* ord. penit. anche in mancanza di accertamento dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

In tale sentenza, inoltre, la Corte costituzionale espresse, sulla scia delle precedenti pronunce, la piena consapevolezza della polifunzionalità della pena e dell'essenzialità della finalità rieducativa. L'evoluzione del percorso ermeneutico seguito dalla giurisprudenza costituzionale ha portato alla chiara individuazione delle

²⁴⁵ Così, Corte cost., 03.06.1992, n. 27, dep. 12.06.1992.

²⁴⁶ Così, PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale*, cit. 153; cfr. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 100.

funzioni che la Costituzione assegna alla pena, ossia, da un lato, «la prevenzione generale e la difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retribuitività» e, dall'altro, la prevenzione speciale e la rieducazione, «che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo»²⁴⁷. Quest'ultima finalità – precisò la Corte – può essere sacrificata per prevalenti esigenze di sicurezza collettiva, senza tuttavia che «il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale» possa completamente oscurare e pregiudicare la finalità rieducativa consacrata dalla Costituzione. Dunque, il legislatore può «– nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»²⁴⁸. Infine, la sentenza n. 306 del 1993 anticipò concettualmente quanto poi espressamente disposto in seguito²⁴⁹ in tema di estensione della collaborazione irrilevante tale da ricomprendere la figura della collaborazione «impossibile o inesigibile» e motivò la riflessione sulla base della iniqua preclusione delle opportunità pedagogiche e rieducative nei confronti di chi non abbia incolpevolmente collaborato.

Sulla stessa linea si collocò la successiva sent. n. 504 del 1995 in cui la Corte, ribadendo l'importanza del contributo rieducativo del permesso premio nel percorso di reinserimento del condannato in società, dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 4-*bis* nella parte in cui non consentiva la concessione di ulteriori permessi premio ai condannati che non si trovassero nelle condizioni di cui all'art. 58-*ter* anche qualora ne avessero già usufruito prima dell'entrata in vigore della norma e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata²⁵⁰.

L'attività della Corte costituzionale proseguì con la sent. n. 445 del 1997 che adeguò il percorso rieducativo a un principio di «progressività trattamentale» o, meglio,

²⁴⁷ Così, Corte cost. 11.06.1993, n. 306, dep. 08.07.1993.

²⁴⁸ La sentenza 306/1993 cita a sua volta la Corte cost., 26.06.1990, n. 313, dep. 02.07.1990. L'assunto sembra dare conferma a quanto disposto con la precedente sent. n. 274 del 1983 che ha concesso l'applicazione della liberazione anticipata anche ai condannati all'ergastolo.

²⁴⁹ V. *supra*, Cap. 1, § 4.2; cfr. sent. n. 357 del 1994 e n. 68 del 1995.

²⁵⁰ V. Corte cost., 11.12.1995, n. 504, dep. 14.12.1995.

a un «divieto di regressione trattamentale» perseguendo l'obiettivo di «realizzazione della personalità». La sentenza, invero, dichiarò l'illegittimità dell'art. 4-*bis* nella parte in cui non consentiva la fruizione del beneficio della semilibertà ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della più rigorosa disciplina introdotta dall'art. 15 d.l. 306/1992, avessero maturato esperienze positive «in sé sintomatiche di un percorso rieducativo difficilmente regredibile»²⁵¹ e per i quali fosse già stata accertata l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, e ciò a causa del difetto della condotta collaborativa richiesta dalla nuova disciplina²⁵². Identico principio fu ripreso poco dopo dalla sent. 137 del 1999 in relazione al beneficio del permesso premio²⁵³.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, nel periodo della legislazione di emergenza, ha reso evidente il consolidamento del principio rieducativo, da un lato, e l'ancora esistente difficoltà di coordinamento tra difesa sociale e istanze rieducativo-trattamentali, dall'altro. Le novità introdotte – *in primis* – con il d.l. 152 del 1991 – e poi con il d.l. 306 del 1992 – si orientavano, invero, in modo pressoché esclusivo alla difesa sociale e a istanze di prevenzione generale rispetto alle forme più allarmanti di criminalità organizzata. La stessa sentenza n. 306 del 1993 sottolineò come la nuova propensione verso l'individuazione normativa di «tipi di autore» – raccolti all'interno dell'art. 4-*bis* – per cui sono precluse le offerte trattamentali fosse il frutto di una drastica azione del legislatore finalizzata alla tutela della sicurezza collettiva e alla prevenzione generale «nella convinzione che per il contenimento del crimine

²⁵¹ Così, Corte cost., 16.12.1997, n. 445, dep. 30.12.1997.

²⁵² «La Corte ha ritenuto che, ove sia stata la stessa condotta penitenziaria a consentire di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire, la innovazione legislativa che vieta la concessione di misure alternative alla detenzione finisce per atteggiarsi alla stregua di un meccanismo a connotazioni sostanzialmente ablativo, riproducendo così quei caratteri di "revoca" non fondata sulla condotta colpevole del condannato che la Corte stessa ha già censurato». In questi termini, Cass. Pen. 1998, 1310.

²⁵³ V. Corte cost., 14.09.1999, n. 137, dep. 22.04.1999. Qui la Corte costituzionale «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...] nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 [...], convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata».

organizzato fosse necessaria una decisa inversione di tendenza»²⁵⁴. In questa fase ermeneutica, dunque, il disvalore sociale di cui è carica una condotta illecita si riverbera sulla «sorte» penitenziaria dell'autore del reato e provoca una differenziazione del regime di esecuzione secondo la categoria di detenuti considerata.

Il nuovo millennio fu inizialmente caratterizzato da una fase di stallo della Corte costituzionale nell'accoglimento delle questioni di legittimità, la quale si adagiò sui principi di diritto già espressi in passato. A titolo esemplificativo, la sent. n. 273 del 2001 ha respinto la questione dell'applicabilità retroattiva delle novità introdotte dalla legge «peggiorativa» n. 279 del 2002, che ha ampliato il novero dei delitti ostativi di cui all'art. 4-*bis*; il medesimo tema è stato affrontato, con esito analogo, dall'ord. n. 280 del 2001 in riferimento ai soggetti destinatari di una sentenza di condanna già definitiva al momento dell'entrata in vigore della citata novella; invece, con l'ord. n. 308 del 2001 è stata affrontata la questione con riguardo ai condannati già in esecuzione pena²⁵⁵ – e nello stesso senso l'ord. n. 108 del 2004. La sent. n. 135 del 2003 ha dichiarato infondata la questione inerente alla concessione della liberazione condizionale al soggetto condannato per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, sollevata in relazione all'art. 27, comma 3, Cost. La Corte ha ivi precisato che la preclusione in oggetto non discende in modo automatico e assoluto dalla norma censurata, bensì è ancorata alla scelta del condannato di non collaborare con la giustizia, essendo tale opzione assunta a «criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il “sicuro ravvedimento” del condannato»²⁵⁶ a condizione, ovviamente, che «la scelta se prestare o meno la collaborazione sia oggettivamente e giuridicamente possibile»²⁵⁷.

²⁵⁴ Così, Corte cost., 11.06.1993, n. 306, dep. 08.07.1993.

²⁵⁵ V. Corte cost., (sent.) 05.01.2001, n. 273, dep. 20.07.2001; Corte cost., (ord.) 05.07.2001, n. 280, dep. 23.07.2001; Corte cost., (ord.) 12.07.2001, n. 308, dep. 25.07.2001; Corte cost., (ord.) 24.03.2004, n. 108, dep. 02.04.2004.

²⁵⁶ Così, Corte cost., 05.01.2001, n. 273, dep. 20.07.2001 citata nel testo della sent. n. 135 del 2003.

²⁵⁷ Così Corte cost., 09.04.2003, n. 135, dep. 24.04.2003.

La seconda fase del nuovo millennio della giurisprudenza costituzionale si connota per un'attività scandita dalla progressione verso il superamento della presunzione assoluta di pericolosità – che domina l'art. 4-*bis*. In merito al diritto penale sostanziale e processuale, la Corte ha eliminato gli automatismi in materia di custodia cautelare ovvero in ordine al bilanciamento tra circostanze o ancora in tema di circostanze aggravanti e recidiva²⁵⁸. Relativamente all'ambito esecutivo e, più precisamente, all'art. 4-*bis*, sono numerose le questioni su cui la Corte si è pronunciata.

Innanzitutto, si è intravisto qualche spiraglio con la sent. n. 257 del 2006 che intervenne successivamente alle modifiche apportate dalla legge n. 251 del 2005, la c.d. «ex Cirielli» e che seguì la *ratio decidendi* delle precedenti sent. nn. 445 del 1997 e 137 del 1999 con cui fu impostato il «divieto di regressione trattamentale»²⁵⁹. La pronuncia ha dichiarato illegittimo l'art. 30-*quater* nella parte in cui prevedeva che non potessero essere concessi ulteriori permessi premio ai condannati recidivi che, prima dell'entrata in vigore della citata legge, avessero già raggiunto «uno stadio del percorso rieducativo adeguato al godimento dei permessi premio»²⁶⁰. Altrimenti, la conseguenza sarebbe stata l'incorrere in un arresto ingiustificato dell'iter trattamentale e, dunque, in una violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. Un importante nodo concettuale è stato risolto dalla sent. n. 78 del 2007 che ha dichiarato incostituzionali gli artt. 47, 48, 50 ord. penit. nella parte in cui venivano interpretati nel senso di vietare la concessione delle misure alternative ivi previste per i condannati extracomunitari che si trovavano irregolarmente sul territorio dello Stato – dunque, entrati illegalmente nel territorio dello Stato o privi del permesso di soggiorno²⁶¹. Alle menzionate declaratorie di

²⁵⁸ V. Corte cost., 14.04.2010, n. 139, dep. 16.04.2010; Corte cost., 07.07.2010, n. 265, dep. 21.07.2010; Corte cost., 09.05.2011, n. 164, dep. 12.05.2011; Corte cost., 19.07.2011, n. 231, dep. 22.07.2011; Corte cost., 18.04.2012, n. 110, dep. 03.05.2012; Corte cost., 25.03.2013, n. 57, dep. 29.03.2013; Corte cost., 03.07.2013, n. 213, dep. 18.07.2013; Corte cost., 16.07.2013, n. 232, dep. 23.07.2013; Corte cost., 25.02.2015, n. 48, dep. 26.03.2015; Corte cost., 14.04.2015, nn. 105 e 106, dep. 18.04.2015; Corte cost., 08.07.2015, n. 185, dep. 23.07.2015; Corte cost., 24.02.2016, n. 74, dep. 07.04.2016; Corte cost., 21.06.2017, n. 205, dep. 17.07.2017.

²⁵⁹ Principio che si ricava dalle sent. nn. 445 del 1997 e 137 del 1999.

²⁶⁰ Così, Corte cost., 21.06.2006, n. 257, dep. 04.07.2006.

²⁶¹ V. Corte cost., 05.03.2007, n.78, dep. 16.03.2007.

illegittimità si sommano altresì le incisive sent. nn. 249 del 2010 e 125 del 2016 che hanno espunto dall'art. 656, comma 9, lett. a) – regolante il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione per determinate categorie di rei – sia l'art. 624-*bis* c. p. – «Furto in abitazione e con strappo» – sia tutti quei delitti aggravati dalla circostanza c.d. «di clandestinità», pur lasciando fermo il riferimento all'art. 4-*bis* ord. penit.

Il biennio 2018-2019 è stato un periodo estremamente innovativo per la giurisprudenza costituzionale, avendo risvegliato un senso di maggior consapevolezza. Il Giudice delle leggi, invero, ha rielaborato il paradigma costituzionale della pena attraverso un percorso scandito da coraggiose sentenze, sintomatiche di una riflessione acuta e non priva di compromessi tra diritti fondamentali del singolo e interessi della collettività²⁶². Le plurime sentenze – oltre dieci – hanno investito temi quali gli autori dei reati di mafia e gli ergastolani «ostativi», i condannati minorenni, i condannati per reati di sequestro di persona a scopi estorsivi o eversivi, le misure alternative come la detenzione domiciliare speciale, le pronunce in tema di legalità della pena, etc. In particolare, tra le numerose sentenze della Corte costituzionale che hanno interessato il settore esecutivo e, soprattutto, il regime ostativo di cui all'art. 4-*bis*, l'apice è stato raggiunto con la sentenza n. 253 del 2019 che è il risultato di diciotto anni di riflessioni e valutazioni e ha portato al superamento definitivo dell'assolutezza della presunzione di pericolosità sociale per il condannato non collaborante²⁶³ – vedi *infra* § 4.

Il percorso ermeneutico seguito dalla giurisprudenza costituzionale ha consentito l'elaborazione dell'odierna concezione della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. e, avendo colto le anomalie del sistema normativo, ha scolpito con accuratezza il volto della funzione pedagogica, rieducativa e risocializzante della sanzione. Il sostegno della Corte costituzionale è servito ad adattare il regime esecutivo al «nuovo» impianto sanzionatorio e a conciliare la normativa con il finalismo rieducativo della pena nelle sue varie declinazioni. L'orientamento ermeneutico ha trasmesso la sostanziale indifferenza verso la *ratio*

²⁶² V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 3 ss.

²⁶³ V. Corte cost., 22.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.

politica e le indicazioni politico-criminali supportate di volta in volta dal legislatore²⁶⁴ senza, tuttavia, disprezzare le importanti istanze di tutela della sicurezza collettiva che necessitano di essere adeguatamente equilibrate con le complementari istanze pedagogiche.

2. I destinatari del regime ostativo: i condannati minorenni e l'attività della Consulta *ante e post* d.lgs. n. 121 del 2018.

L'art. 79 della legge di ordinamento penitenziario disponeva che le norme della medesima legge potessero trovare applicazione nei confronti dei condannati minori degli anni diciotto finché non fosse intervenuta normativa *ad hoc*. L'iniziale assenza di un apposito sistema legislativo contraddiceva la specificità dello *status* di minorenni e portava ad amalgamare la disciplina trattamentale prevista per gli adulti proprio nella fase esecutiva che è il segmento processuale a vocazione prettamente pedagogica²⁶⁵. Nonostante i numerosi disegni di legge presentati in Parlamento, il problema fu totalmente ignorato nel quarantennio successivo alla legge n. 354 del 1975, tanto che si parlò di «immobilismo del legislatore»²⁶⁶. Il discorso è completamente diverso se si guarda alla giurisprudenza e, più precisamente, agli interventi della Corte costituzionale²⁶⁷ che decideva in deroga all'art. 79 ord. penit. nelle ipotesi in cui il

²⁶⁴ V. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale*, cit., 169 s.

²⁶⁵ Così, CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018.

²⁶⁶ Così, DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018., 3.

²⁶⁷ La Corte cost., 05.11.2019, n. 263, dep. 06.12.2019 così si esprime: «Il contrasto con i richiamati principi costituzionali è stato, infatti, ravvisato in relazione alla preclusione della sospensione del processo per messa alla prova, nell'ambito del processo minorile, quando l'imputato abbia chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato (sentenza n. 125 del 1995); al divieto di disporre misure alternative alla detenzione per l'esecuzione di pene detentive derivanti da conversione di pena sostitutiva (sentenza n. 109 del 1997); all'esclusione della possibilità di concedere permessi premio nel biennio successivo alla commissione di un delitto doloso (sentenza n. 403 del 1997); alle condizioni soggettive per l'applicazione delle sanzioni sostitutive della pena detentiva (sentenza n. 16 del 1998); alla previsione della necessaria espiazione di una determinata quota di pena ai fini della concessione dei permessi premio (sentenza n. 450 del 1998); alla preclusione triennale dei benefici per il condannato nei

rispetto dello stesso avrebbe portato alla violazione di principi costituzionali, quali l'art. 27, comma 3, o l'art. 31, comma 2, Cost²⁶⁸. Le argomentazioni delle pronunce costituzionali prendono le mosse dalla considerazione per cui, contrariamente alla scelta posta alla base dell'art. 79 ord. penit., il trattamento esecutivo minorile deve essere legislativamente differenziato rispetto a quello predisposto per la detenzione degli adulti.

La Corte, in questo contesto, consapevole dell'*impasse* normativa, intervenne su singole disposizioni dell'ordinamento penitenziario, prevalentemente quelle «già criticabili in assoluto per gli automatismi da esse previsti, [che] se applicate ai minori degradano irrimediabilmente, ponendosi in evidente linea di collisione con il dettato costituzionale»²⁶⁹. Un esempio è dato dalla sentenza n. 436 del 1999 con cui la Corte ha pronunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 2, nella parte in cui vietava, per il periodo di tre anni, la concessione di misure alternative ai condannati minorenni nei cui confronti fosse intervenuta revoca di altra misura²⁷⁰ e ha ricordato che il divieto automatico e generalizzato di fruizione dei benefici penitenziari si pone in contrasto con «il criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude siffatti rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso, in presenza delle condizioni generali costituenti i presupposti per l'applicazione della misura, della idoneità di questa a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile». La medesima direzione fu intrapresa dalla Corte costituzionale in ulteriori pronunce aventi

cui confronti sia stata revocata l'applicazione di una misura alternativa (sentenza n. 436 del 1999), nonché, più recentemente, al divieto di sospensione delle pene detentive brevi, di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale (sentenza n. 90 del 2017)».

²⁶⁸ L'art. 31, comma 2, Cost. prevede che «[La Repubblica] Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo».

²⁶⁹ Così, DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, cit., 3.

²⁷⁰ La Corte cost., 22.11.1999, n. 436, dep. 01.12.1999, così dispone «Deve pertanto essere dichiarata la illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 58-*quater* dell'ordinamento penitenziario – da cui discende il divieto di concessione delle misure di cui al comma 1 ai condannati nei cui confronti sia stata revocata una delle misure alternative previste dal comma 2, per il periodo triennale stabilito dal comma 3 –, nella parte in cui si riferisce ai minorenni».

sempre l'obiettivo di tutelare il minore d'età, considerato che l'assenza di ogni diversificazione nel regime trattamentale tra adulti e minorenni comprometteva «quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutivezza della personalità del minore e la preminente funzione educativa richiedono»²⁷¹.

In seguito alle sollecitazioni pervenute anche a livello internazionale, l'inerzia del legislatore nell'attivarsi per la predisposizione di un ordinamento penitenziario minorile è culminata nel d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 emanato in attuazione dell'art. 1, commi 82, 83 e 85 della legge n. 103 del 2017 ed intitolato «Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni».

Il novero delle norme che, ai sensi dell'art. 79 ord. penit., si applicava ai minori d'età sottoposti a misure penali si componeva altresì dell'art. 4-*bis* ord. penit., della cui effettiva applicabilità si è ampiamente dubitato a causa delle importanti ripercussioni sull'ambito rieducativo e risocializzante dei soggetti minorenni. Le perplessità in materia furono apparentemente risolte dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, uno dei tre²⁷² decreti attuativi della legge delega n. 103 del 2017. Il decreto legislativo disponeva all'art. 2, comma 3, che per l'affidamento in prova al servizio sociale, l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, la detenzione domiciliare, la semilibertà, l'affidamento in prova in casi particolari – c.d. misure penali di comunità²⁷³ –, i permessi premio e l'assegnazione al lavoro all'esterno «si applica [ai minorenni] l'articolo 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni». Il soggetto minore d'età, condannato per uno dei reati di «prima fascia» elencati al comma 1 dell'art. 4-*bis*, potrà dunque beneficiare delle misure premiali

²⁷¹ Così, Corte cost., 16.03.1992, n. 125, dep. 25.03.1992.

²⁷² Il riferimento è ai decreti legislativi nn. 121, 123, 124 del 2018, attuativi della legge delega n. 103 del 2017.

²⁷³ Le citate «misure premiali di comunità» sono espressamente individuate dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 121 del 2018 e corrispondono a «l'affidamento in prova al servizio sociale, l'affidamento in prova con detenzione domiciliare, la detenzione domiciliare, la semilibertà, l'affidamento in prova in casi particolari. La dicitura «misure premiali di comunità» identifica le misure alternative alla detenzione minorili.

specificate solo in seguito alla collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ovvero in caso di inesigibilità, impossibilità, irrilevanza della collaborazione sulla base delle condizioni richieste dal comma 1-*bis* e comunque in presenza di elementi idonei ad escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

La previsione in oggetto fu introdotta per dare attuazione all'art. 1, comma 85, lett. p), n. 5 e 6 della citata legge delega che chiedeva di adeguare le norme dell'ordinamento penitenziario alle «esigenze educative dei detenuti minori di età» sulla base di precisi criteri enunciati, fra cui rilevano, nel caso di specie, i numeri 5 e 6²⁷⁴. Il primo di tali parametri richiedeva l'ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, invece, il secondo l'«eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento».

Il risultato che è scaturito dalle indicazioni normative, ossia la menzionata estensione del regime ostativo del 4-*bis* ord. penit. ai condannati minorenni – disposta dall'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121 del 2018 –, ha via via portato ad accrescere il sospetto che la scelta del legislatore delegato avesse oltrepassato il confine stabilito dal dettato normativo di riferimento. Inoltre, unitamente alla critica di aver peccato di eccesso di delega, si alimentava il dubbio inerente alla piena compatibilità della scelta ai principi costituzionali e, in particolare, alla finalità rieducativa del condannato di cui all'art. 27, comma 3, Cost.²⁷⁵ Le argomentazioni presentate a sostegno dell'estensione della disciplina ai minorenni sono di difficile condivisione e si rintracciano nella Relazione

²⁷⁴ Il n. 5, lett. p), comma 85, art. 1 della legge n. 103 del 2017 richiede l'«ampliamento dei criteri per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, con particolare riferimento ai requisiti per l'ammissione dei minori all'affidamento in prova ai servizi sociali e alla semilibertà, di cui rispettivamente agli articoli 47 e 50 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni»; invece, il n. 6 si riferisce alla «eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento».

²⁷⁵ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 58.

di accompagnamento in cui si legge che, per «mantenere indenne dalla riforma la disciplina di cui all'art. 41-*bis* della legge n. 354 del 1975, individuato dalla legge di delega quale criterio generale che deve orientare tutti gli interventi in materia di ordinamento penitenziario, ivi compreso quello minorile (comma 85 dell'art. 1 della legge n. 103 del 2017)»²⁷⁶, si rende necessario consentire l'applicabilità dell'art. 4-*bis* ord. penit. ai minorenni, norma cui il citato art. 41-*bis* ord. penit. rinvia²⁷⁷.

Ogni incertezza venutasi a creare intorno alla scelta legislativa è stata risolta dall'illuminato intervento della Corte costituzionale mediante la sentenza n. 263 del 2019. La Consulta fu adita dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria, in funzione di tribunale di sorveglianza, a seguito della presentazione di un'istanza di concessione della detenzione domiciliare da parte di un soggetto condannato quando era minorenne per il reato di cui all'art. 416-*bis* c. p. e per reati in materia di armi. Il giudice *a quo* valutò, invero, la preclusione legale all'ammissione a misure di comunità per il soggetto che, pur dovendo espiare una pena residua pari a circa un anno, non aveva collaborato con la giustizia e, dunque, chiese alla Corte di verificare il contrasto della disciplina – introdotta dall'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121 del 2018 – con gli artt. 2, 3, 27, comma 3, 31, comma 2, 76 e 117, comma 1, Cost.

L'accurata analisi della Consulta ha condotto alla decisione di accogliere la questione di legittimità costituzionale e alla constatazione che l'estensione ai minori della regola secondo cui i condannati per i reati di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* possono accedere alle misure premiali solo attraverso la collaborazione con la giustizia – salvi i casi di collaborazione irrilevante o impossibile – contrastava con taluni principi costituzionali.

²⁷⁶ Relazione illustrativa del d.lgs. n. 121 del 2018 in attuazione dell'art. 1, commi 82, 83 e 85 della legge n. 103 del 2017, pagina 4.

²⁷⁷ Così, CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit.

In primo luogo, la sentenza n. 263 del 2019 disponeva la violazione della norma censurata dell'art. 76 Cost.²⁷⁸ nella misura in cui non erano stati rispettati i principi e criteri direttivi impartiti dalla legge delega n. 103 del 2017. Quest'ultima chiedeva²⁷⁹, invero, di soddisfare la duplice esigenza di ampliare l'accesso alle misure alternative e di eliminare ogni automatismo e preclusione nell'applicazione dei benefici penitenziari ai condannati minorenni, viceversa, il legislatore delegato riduceva la possibilità di accedere alle misure extramurarie a tale categoria di condannati per via dell'estensione delle condizioni previste dall'art. 4-*bis*. La Corte, dando seguito al percorso evolutivo intrapreso dalle precedenti pronunce e dagli interventi legislativi, precisava che «la disposizione censurata appare in aperta distonia non solo rispetto al senso complessivo dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di esecuzione minorile, ma anche con le direttive impartite dal legislatore delegante»²⁸⁰.

In secondo luogo, fra le violazioni costituzionali individuate dal giudice *a quo*, fu accertato il contrasto con l'art. 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost. in ordine alla preclusione alla fruizione dei benefici penitenziari fondata su una presunzione assoluta di pericolosità radicata esclusivamente sul titolo di reato. La finalità rieducativa, invero, rispetto ai minori d'età, «è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente»²⁸¹ e, dunque, la lettura congiunta degli artt. 2, 3, 27, comma 3 e 31, comma 2, esprimeva l'esigenza «di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante»²⁸². L'operatività del regime ostativo di cui al 4-*bis* rispetto ai detenuti minorenni comportava la preminenza delle finalità di prevenzione generale e di difesa sociale su quelle di educazione e risocializzazione e la conseguente violazione dei principi di

²⁷⁸ L'art. 76 della Costituzione così recita: «L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti».

²⁷⁹ All'art. 1, comma 85, lett. p), nn. 5 e 6 della legge n. 103 del 2017.

²⁸⁰ Così, Corte cost., 05.11.2019, n. 263, dep. 06.12.2019.

²⁸¹ Così, Corte cost., 27.04.1994, n. 168, dep. 28.04.1994.

²⁸² Così, Corte cost, cit., n. 263.

proporzionalità e individualizzazione della pena che regolano il nuovo ordinamento penitenziario minorile²⁸³.

In conclusione, la Corte costituzionale, dichiarando illegittimo l'art. 2, comma 3, d.lgs. 121 del 2018 per contrasto con gli artt. 76, 27 e 31 Cost., sancì l'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, nell'ipotesi di reati ostativi commessi da soggetti minori d'età. Nei confronti di tale categoria di rei non possono valere presunzioni di sorta, neanche relative, bensì deve essere il tribunale di sorveglianza a verificare volta per volta la pericolosità sociale del condannato e l'effettiva meritevolezza delle misure premiali, tenendo opportunamente conto «delle ragioni della mancata collaborazione, delle condotte concretamente riparative e dei progressi compiuti nell'ambito del percorso riabilitativo»²⁸⁴.

Il destino della disposizione sottoposta al vaglio di costituzionalità era prevedibile considerando l'andamento delle precedenti pronunce – di accoglimento – del Giudice delle leggi²⁸⁵ e, in particolare, la sentenza 28 aprile 2017, n. 90 che tentò di sopperire alle mancanze del legislatore e, ancora una volta, di adeguare il trattamento del minore condannato ai principi costituzionali di recupero e di rieducazione²⁸⁶.

La Corte, con la citata decisione, escluse l'operatività dei limiti di sospensione dell'ordine di carcerazione previsti dall'art. 656, comma 9, c. p. p. – dunque, anche il riferimento all'art. 4-*bis* – nei confronti dei condannati minorenni. Com'è noto, l'art. 656, comma 5, c. p. p. prevede che nel caso in cui la pena da spiare rientri nei limiti delle c.d. pene detentive brevi, il pubblico ministero è tenuto a disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione e assegnare un termine di trenta giorni al condannato affinché

²⁸³ V. BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *Sistema penale*, 2019.

²⁸⁴ Così, Corte cost, cit., n. 263; nonché BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni*, cit.

²⁸⁵ V. CARACENI, *Preclusioni assolute ex art. 58-quater ord. pen. e detenzione domiciliare speciale: verso una nuova declaratoria di incostituzionalità?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 263.

²⁸⁶ V. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Dir. pen. cont.*, f 7-8, 2017, 219.

possa richiedere al tribunale di sorveglianza l'applicazione di una delle misure alternative individuate dalla norma. L'adozione di tale provvedimento è esclusa, ai sensi del comma 9 del medesimo articolo, nei confronti delle persone condannate per determinati delitti, fra cui quelli inclusi nell'art. 4-*bis*. In assenza di apposita normativa dedicata alla fase esecutiva per i minori d'età, la previsione codicistica si considerava applicata anche alle persone non ancora diciottenni al momento della commissione del fatto. L'intervento della Corte costituzionale fu sollecitato nell'ottica del rispetto dei «principi che informano il sistema di giustizia minorile»²⁸⁷, in cui prevale la funzione rieducativa e di recupero sociale del minore. La Consulta ritenne fondata la questione di legittimità come prospettata dal giudice *a quo*²⁸⁸ e, dunque, accertò il contrasto della norma censurata con gli artt. 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost. Il cuore della giustizia minorile è costituito da valutazioni fondate su prognosi individualizzate che siano plasmate sulle specificità personologiche del soggetto e che siano in grado di predisporre meccanismi di recupero del minore deviante²⁸⁹. Invero, il rito penale ordinario e quello delineato per i minorenni sono due procedimenti profondamenti diversi e – la Corte precisò che – i principi ispiratori del secondo non devono venir meno anche in fase di esecuzione penale al fine di valorizzare il trattamento rieducativo per la personalità *in fieri* del minore. Il perseguimento di tale obiettivo impone il superamento di qualsiasi automatismo e delle presunzioni di pericolosità radicate esclusivamente sul titolo di reato commesso²⁹⁰, prediligendo, invece, la valutazione del singolo caso concreto operata dagli organi giurisdizionali e la valorizzazione delle relative esigenze educative²⁹¹.

²⁸⁷ V. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile*, cit., 216.

²⁸⁸ La questione è stata promossa da Corte d'appello di Milano, sezione per i minorenni, con ordinanze del 19 febbraio e del 13 maggio 2016, rispettivamente iscritte ai nn. 80 e 154 del registro ordinanze 2016 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 16 e 36, prima serie speciale, dell'anno 2016.

²⁸⁹ Così, Corte cost., 22.02.1989, n. 78, dep. 03.03.1989.

²⁹⁰ V. Corte cost., 22.11.1999, n. 436, dep. 01.12.1999.

²⁹¹ V. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile*, cit., 218.

2.1. Imputati e indagati «ostativi».

L'art. 4-*bis* ord. penit. individua quali destinatari del regime ostativo «detenuti e internati»²⁹². Nella prima categoria, non essendovi alcuna espressa allusione ai soli soggetti condannati, vi rientrano anche gli imputati e gli indagati, ossia coloro che sono in attesa di sentenza definitiva e il cui processo penale è ancora in corso. Imputati e indagati sono «detenuti» in quanto sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere che, ai sensi dell'art. 275, comma 3, c. p. p., è eseguita obbligatoriamente – «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»²⁹³ – qualora sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinati reati, espressamente menzionati nella norma e corrispondenti altresì ai delitti richiamati dall'art. 4-*bis*. La qualità soggettiva dei detenuti, dunque, viene in rilievo già in una fase preliminare in quanto l'applicazione del regime ostativo si fonda sul mero sospetto di pericolosità sociale documentato da informazioni ricavate dagli organi di polizia²⁹⁴.

Il sistema di preclusioni opera nei confronti di imputati e indagati solo rispetto al lavoro all'esterno disciplinato dall'art. 21 ord. penit., unico beneficio cui possono aspirare fra quelli indicati dall'art. 4-*bis*, in coincidenza di tale *status*. Qualora il reato oggetto di imputazione rientri fra quelli previsti dal comma 1, l'assegnazione al lavoro all'esterno, sebbene di difficile concedibilità a causa della gravità dei reati considerati

²⁹² All'interno della categoria degli «internati» vi rientrano i soggetti cui sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva in conseguenza a una condanna per uno dei delitti indicati all'art. 4-*bis* ord. penit. I benefici che vengono in considerazione per gli internati sono: l'ammissione al lavoro all'esterno, le licenze, la semilibertà e i provvedimenti in materia di pubblica sicurezza. Così, MARANDOLA, *Art. 4-bis*, in AA. VV., *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di FIORENTIN, SIRACUSANO, Milano, 2019, 51. Qualche perplessità nell'individuare «il collegamento tra la misura di sicurezza detentiva e l'ipotesi criminosa autonomamente considerata» è stata manifestata da CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 41; nonché da CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 526.

²⁹³ V. Art. 275, comma 3, c. p. p.

²⁹⁴ V. TRONCONE, *I provvedimenti di natura preventiva e punitiva*, in *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015, 237.

dalla norma²⁹⁵, potrà essere eventualmente ottenuta in virtù di condotta collaborativa ex art. 58-ter ord. penit. – o 323-bis c. p., nei casi in cui l'accusa sia di reato contro la pubblica amministrazione. Il presente contesto offre l'opportunità di notare come la norma abbia creato uno squilibrio tra condannato e imputato, posto che il primo sembra trovarsi in una posizione deteriore rispetto al secondo. Nel processo penale di cognizione, invero, all'imputato che sia accusato di taluno dei delitti considerati dall'art. 4-bis – così come a qualunque altro imputato – è garantito il diritto al silenzio, laddove, nella fase esecutiva della pena, la medesima garanzia è sostituita da un onere di collaborazione che grava sul soggetto condannato. Il principio *nemo tenetur se detegere* – «nessuno è tenuto ad accusare sé stesso» – si tramuta, dunque, in *carceratus tenetur alios detegere* – «il carcerato è tenuto ad accusare altri»²⁹⁶.

La collaborazione impossibile prevista dal comma 1-bis, per i medesimi delitti di cui al comma 1, invece, deve distinguersi a seconda che si tratti di «limitata partecipazione al fatto criminoso» ovvero di «integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità». Nel primo caso la norma richiede che sia intervenuta sentenza di condanna, non necessariamente passata in giudicato, nel secondo caso, invece, si richiede «sentenza irrevocabile»²⁹⁷. Conseguentemente, l'ipotesi della collaborazione c.d. «soggettivamente inesigibile» trova applicazione nei confronti dell'imputato che sia stato giudicato da sentenza non definitiva; mentre, la seconda ipotesi è valevole solo per il condannato in quanto tale, ossia destinatario di sentenza divenuta irrevocabile. Il comma 1-bis richiama altresì l'ipotesi della collaborazione oggettivamente irrilevante,

²⁹⁵ V. MARANDOLA, *Art. 4-bis*, cit., 51; cfr. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in AA. VV., *L'ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI, Milano, 1994, 122. In senso contrario all'estensione del regime ostativo all'imputato cfr. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 41.

²⁹⁶ V. FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, 2016, 188.

²⁹⁷ V. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in *Giur. Pen.*, 2018, 30; nonché Cass.pen. Sez. 1, n. 40044 del 2013.

i cui presupposti la rendono compatibile con lo *status* di imputato poiché richiedono l'emissione di una sentenza di condanna anche non irrevocabile.

Nessun problema di coordinamento si riscontra nell'eventualità in cui l'imputato o l'indagato sia perseguito per uno dei reati elencati al comma 1-*ter* in quanto la norma richiede esclusivamente l'assenza di elementi tali da far ritenere sussistenti collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Al contrario, qualche perplessità si registra riguardo l'applicabilità agli imputati delle preclusioni di cui commi 1-*quater* e 1-*quinqies* dell'art. 4-*bis*. In merito all'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per un anno, richiesta dal comma 1-*quater*, parte della letteratura e della giurisprudenza ha sostenuto che l'attività di osservazione è intrinsecamente legata all'art. 13 ord. penit. che postula la predisposizione di un programma trattamentale per tutti i condannati, lasciando fuori il termine più generico di «detenuti». Secondo altri, considerato che la norma non prescrive un *dies a quo* del termine annuale, si deve ritenere che l'osservazione scientifica della personalità abbia inizio nel momento in cui il soggetto viene privato della propria libertà personale, ancorché in forma cautelare. In questo secondo caso, l'attività di osservazione avrebbe inizio anche anteriormente l'esecuzione della pena, tuttavia si osservi che l'argomentazione riportata non è univocamente accolta. Il punto è controverso, inoltre, con riferimento alla partecipazione a programmi riabilitativi richiesta dal comma 1-*quinqies*, con la conseguenza che il soggetto imputato sarebbe privato dalla possibilità di fruire dell'unico beneficio cui ha diritto in tale fase processuale – ossia, il lavoro all'esterno – in ragione del mero titolo di reato di cui è accusato²⁹⁸.

²⁹⁸ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 80; nonché GIORIS, *Commenti articolo per articolo*, in *L. p.*, 2009, 470 s.

3. L'ambito oggettivo di applicazione: i benefici penitenziari.

Il regime differenziato regolato dall'art. 4-*bis* ord. penit. si definisce «ostativo» poiché non consente – dunque, «osta» – a detenuti e internati per determinati delitti di godere dei benefici penitenziari espressamente individuati dalla norma. Le preclusioni operano, più precisamente, qualora non risultino soddisfatte le condizioni richieste dalla previsione normativa e differenziate sulla base del titolo di reato.

Tra i benefici oggetto di esclusione si annoverano l'assegnazione al lavoro all'esterno *ex art. 21* ord. penit., i permessi premio *ex art. 30-ter* ord. penit. e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge di ordinamento penitenziario, esclusa la liberazione anticipata. Precisamente, il catalogo delle misure alternative precluse dalla norma comprende l'affidamento in prova al servizio sociale *ex art. 47* ord. penit., la detenzione domiciliare, considerata alla luce delle dovute censure operate dalla Corte costituzionale, e la semilibertà *ex art. 50* ord. penit. Con esclusivo riferimento agli internati, si annoverano fra le misure alternative oggetto di preclusione altresì le licenze di cui all'art. 53 ord. penit.

Il novero dei benefici penitenziari che non possono essere applicati alla categoria dei detenuti e degli internati di cui all'art. 4-*bis* comprende, altresì, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi – non superiori a diciotto mesi. La misura è stata introdotta dalla legge 26 novembre 2010, n. 199, che si inserisce in un vivo contesto emergenziale dovuto alla pressante problematica del sovraffollamento carcerario. Elaborata al fine di permanere nell'ordinamento per una durata limitata, idonea a consentire l'attuazione del piano carceri predisposto dal Governo, diviene permanente per mezzo del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 10.

Infine, la disciplina differenziata si manifesta nell'ambito dei colloqui visivi e telefonici che, seppure non afferenti ai benefici penitenziari veri e propri, comportano una limitazione delle ordinarie regole di trattamento. I detenuti e gli internati per i reati di cui al primo periodo del primo comma dell'art. 4-*bis* possono fruire di non più di quattro, anziché di sei, colloqui mensili: ciò è espressamente previsto dalla normativa

regolamentare e, precisamente, dall'art. 37, comma 8, reg. es. Nonostante le critiche dei commentatori²⁹⁹, le Sezioni Unite della Corte di cassazione³⁰⁰ hanno ritenuto coerente tale limitazione con il principio di individualizzazione del trattamento penitenziario – sancito dall'art. 1, comma 2, ord. penit. – in virtù della valutazione di particolare pericolosità di taluni soggetti già operata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 4-*bis*³⁰¹.

A contrario, il regime ostativo non si applica con riguardo ai permessi di necessità di cui all'art. 30 ord. penit., al rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della pena disciplinato, rispettivamente, agli artt. 146 e 147 c. p., alle misure alternative alla detenzione previste per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria di cui all'art. 47-*quater* e all'affidamento in prova terapeutico ai sensi dell'art. 94 t.u. stupefacenti³⁰². Non sono contemplate dall'art. 4-*bis* le misure di sicurezza che si ritengono assoggettate alla disciplina generale³⁰³.

L'attività della giurisprudenza costituzionale, di legittimità ed europea ha inciso sensibilmente sull'ambito oggettivo di applicazione della norma e ha progressivamente temperato il regime ostativo adeguando la sua area operativa a istanze di notevole valore.

²⁹⁹ In senso critico v. FILIPPI, *Disapplicato il nuovo regolamento penitenziario perché lesivo dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 630; FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *G. mer.*, 2009, 1339.

³⁰⁰ Cass., Sez. Un., n. 25079/2003. Per un commento v. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi dei detenuti, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. Pen.*, 2004, 1362.

³⁰¹ V. MARANDOLA, *Art. 4-bis*, cit., 68.

³⁰² Per un approfondimento v. §6.

³⁰³ V. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in AA. VV., *L'ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI, Milano, 1994, 123; CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 526.

3.1. Il lavoro all'esterno e le novità del d.lgs. n. 124 del 2018.

Il trattamento penitenziario si compone di elementi considerati essenziali per la rieducazione del condannato, delineati espressamente all'interno dell'art. 15, comma 1, ord. penit. La formulazione del secondo comma porta a considerare il lavoro, tra i vari elementi, quello che assume le vesti di pilastro fondamentale e imprescindibile, in quanto si legge che «ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro». Il condannato detiene, dunque, un vero e proprio diritto allo svolgimento dell'attività lavorativa in una delle sue declinazioni – ossia, all'interno ovvero all'esterno del carcere – disciplinate dagli artt. 20 ss. ord. penit.

L'assegnazione al lavoro all'esterno è regolata dall'art. 21 ord. penit. – e dall'art. 48 del d.P.R. n. 230 del 2000, il c.d. Regolamento di esecuzione – e consiste nell'attribuire a detenuti – anche imputati – e internati la possibilità di svolgere attività lavorativa al di fuori dell'istituto penitenziario. Una simile opportunità contribuisce sensibilmente alla crescita e alla responsabilizzazione dell'interessato e arricchisce il suo percorso rieducativo, favorendone il reinserimento in società e nel mondo esterno.

Il legislatore del 1975 introdusse l'istituto in esame con l'intento di forgiare una modalità esecutiva trattamentale avente una forte valenza rieducativa, sicché ai tempi della versione originaria della norma si parlava di «una modalità di esecuzione della sanzione penale che comporta[va] soltanto che il luogo ove il detenuto presta la sua attività lavorativa, anziché essere all'interno dell'istituto, si trova all'esterno»³⁰⁴. Poco dopo, l'idea iniziale del legislatore fu delusa sia dall'incapacità dell'amministrazione penitenziaria di organizzare e di gestire i posti di lavoro, sia dall'eccessiva accortezza con cui veniva applicato l'istituto³⁰⁵. La stessa formulazione della norma poneva alcuni limiti applicativi che mossero il legislatore verso la modifica della disciplina – innanzitutto, con la legge n. 663 del 1986.

³⁰⁴ Così, BENEDETTI, *Rass. penit. crim.*, 1983, 337.

³⁰⁵ V. SANTALUCIA, MARCHETTI, *sub art. 21*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 340; cfr. MONTELEONE, *F. it.*, 1986, I, 1442.

La valutazione complessiva dell'odierna disciplina del lavoro all'esterno conduce alla consapevolezza che l'istituto da «modalità trattamentale vera e propria si [sia] significativamente spostato nell'aera gravitazionale di una modalità esecutiva attenuata»³⁰⁶ e, dunque, si sia avvicinato al concetto di misura alternativa alla detenzione. La dottrina, *in primis*, non mancò di evidenziare la progressiva trasformazione del lavoro all'esterno in misura alternativa, mettendo in luce le difficoltà di accesso all'istituto e la complessità della sua concreta esplicazione³⁰⁷. Inoltre, lo stesso legislatore ha dimostrato di riconoscere la somiglianza quando, nel limitare la concessione di determinati benefici a precise categorie di rei, ha subordinato il lavoro all'esterno alle stesse condizioni restrittive predisposte per le misure alternative. L'istituto *de quo*, in buona sostanza, ha finito per essere equiparato ad una sorta di misura alternativa³⁰⁸ – definita «impropria» da taluno³⁰⁹ – ma, contestualmente, non potendo essere totalmente disattese le scelte sistematiche del legislatore, è necessario rammentare che sussistono ancora notevoli differenze relative ai presupposti e alle modalità di concessione del lavoro all'esterno³¹⁰.

Le limitazioni nell'applicazione dell'istituto discendono, prevalentemente, dalla premura del legislatore di soddisfare esigenze di sicurezza che, precisamente, trovano riscontro positivo nella previsione di cui al primo comma dell'art. 21. La norma citata dispone, invero, che i detenuti e gli internati che si trovano in stato di reclusione per uno dei delitti indicati ai commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit. possono essere assegnati al lavoro all'esterno dopo l'espiazione di almeno un terzo

³⁰⁶ Così, PAVARINI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, in GREVI (a cura di), Padova, 1994, 219.

³⁰⁷ V. PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002, 219 ss.; VIOLI, *Il finalismo rieducativo della pena*, in AA.VV., *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di BALDUCCI, MACRILLÒ, Milano, 2019, 729.

³⁰⁸ V. PETRINI, *L. p.*, 1990, 449 s.; PATRONO, *Doc. giust.*, 1994, 1181.

³⁰⁹ V. MONTELEONE, *L. p.*, 1987, 130 s.; BENEDETTI, *Leg. giust.*, 1988, 187.

³¹⁰ V. SANTALUCIA, MARCHETTI, *sub art. 21*, cit., 341.

della pena e, comunque, di non oltre cinque anni, ovvero, nel caso di condannati all'ergastolo, dopo almeno dieci anni.

L'assegnazione al lavoro all'esterno, come anticipato, appartiene al novero dei benefici preclusi, ai sensi dell'art. 4-*bis*, a determinate categorie di detenuti e internati. Per tali soggetti, la fruizione del beneficio è subordinata, non solo all'espiazione dei precisi limiti di pena stabiliti dal comma 1 dell'art. 21, ma anche alla valutazione dei presupposti indicati all'art. 4-*bis* e ivi differenziati a seconda della tipologia di reato commesso. L'eventuale collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* fa cadere il divieto e il soggetto, seppure condannato per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis*, può essere assegnato al lavoro all'esterno.

La preclusione si estende anche nei confronti di chi sia autore di un delitto doloso, diverso da quelli elencati nei commi dell'art. 4-*bis*, quando il Procuratore nazionale, o quello distrettuale, antimafia abbia comunicato l'attualità di collegamenti tra lo stesso e la criminalità organizzata – così dispone il comma 3-*bis* dell'art. 4-*bis*.

Il legame fra l'art. 21 e il regime ostativo è rafforzato da ulteriori limitazioni contenute nell'art. 58-*quater* e in questo introdotte successivamente alle modifiche del biennio 1991-1992. La prima riguarda i condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di terrorismo, eversione ovvero di estorsione che hanno cagionato la morte del sequestrato – artt. 289-*bis* e 630 c. p. Il comma 4 dell'art. 58-*quater* dispone che tali soggetti non possono accedere ad alcuno dei benefici penitenziari indicati al comma 1 dell'art. 4-*bis* se non abbiano espiaato almeno i due terzi della pena ovvero, nel caso di condanna all'ergastolo, almeno ventisei anni³¹¹. La seconda concerne i condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* che siano stati ritenuti colpevoli di una condotta punibile ai sensi dell'art. 385 c. p. – «Evasione» – ovvero nei cui confronti sia stata disposta la revoca di misura alternativa; nell'ipotesi *de qua* opera il divieto di concedere il lavoro all'esterno per il periodo di tre anni. La terza limitazione comporta l'impossibilità di ottenere il beneficio per il periodo di cinque anni e opera nei confronti di chi, condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, abbia commesso un delitto

³¹¹ Per un approfondimento sul tema e un'analisi degli interventi della Corte costituzionale in tal senso v. *infra* § 5 ss.

doloso – punito o punibile con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni – durante lo svolgimento del lavoro all'esterno – così prevedono i commi 5 e 7 dell'art. 58-*quater*³¹².

L'espressione «assegnazione al lavoro all'esterno» deve essere letta, inoltre, alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124³¹³ in materia di lavoro di pubblica utilità. Già con la legge 9 agosto 2013, n. 94 il legislatore introdusse nel sistema del lavoro penitenziario l'istituto del lavoro di pubblica utilità per mezzo del comma 4-*ter* inserito all'interno dell'art. 21. La figura introdotta rappresentava – e rappresenta, tuttora – un'ipotesi di attività lavorativa volontaria e gratuita svolta a favore della collettività nell'ambito del trattamento rieducativo e compiuta all'interno – purché non coincida con la gestione di servizi – ovvero all'esterno del carcere³¹⁴.

La riforma del 2018 ha scelto di valorizzare la peculiare figura del lavoro di pubblica utilità introducendo una disposizione autonoma e specificatamente dedicata alla stessa: l'art. 20-*ter* ord. penit. – con conseguente modifica del comma 4-*ter* dell'art. 21. La particolare attenzione riservata alla figura in esame si ricava altresì dalla conseguente modifica dell'art. 15 ord. penit. – operata dal d.lgs. n. 123 del 2018 – che ha comportato l'inclusione della «partecipazione a progetti di pubblica utilità» tra gli elementi essenziali del trattamento penitenziario.

In riferimento ai reati ostativi la norma si esprime in termini diversi a seconda della tipologia di delitti considerata e, dunque, della pericolosità del suo autore. In primo luogo, l'art. 20-*ter*, comma 6, vieta lo svolgimento di attività di pubblica utilità all'esterno dell'istituto per i «detenuti e gli internati per il delitto di cui all'articolo 416-*bis* del codice penale e per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso

³¹² V. SANTALUCIA, MARCHETTI, *sub art. 21*, cit., 343.

³¹³ Il d.lgs. n. 124 del 2018, insieme ai decreti legislativi nn. 121 e 123 del 2018, è attuativo della legge delega n. 103 del 2017.

³¹⁴ V. FIORENTIN, *Vita detentiva. Le novità introdotte con la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Il Penalista*, Milano, 2018; cfr. anche TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in AA.VV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di GREVI, Bologna, 1981.

previste». Nei confronti di tali soggetti il divieto deve considerarsi assoluto in quanto non superabile mediante la collaborazione *ex art. 58-ter* a causa del mancato inserimento del lavoro di pubblica utilità nell'*art. 4-bis* tra i benefici fruibili in caso di collaborazione³¹⁵. Al contrario, un trattamento di favore è riservato a detenuti e internati per i delitti di cui all'*art. 4-bis*, diversi da quelli del primo periodo del comma 6 dell'*art. 20-ter*. Nel proseguo della disposizione, invero, si legge che, in questo caso, la decisione è rimessa al magistrato di sorveglianza il quale, nel valutare la possibilità di assegnare un soggetto al lavoro di pubblica utilità svolto all'esterno dell'istituto, tiene «prioritariamente» conto «delle esigenze di prevenire il pericolo di commissione di altri reati, della natura del reato commesso, della condotta tenuta, nonché del significativo rapporto tra la pena espiata e la pena residua»³¹⁶. La scelta legislativa si discosta da quanto previsto in relazione al lavoro all'esterno e trova la sua *ratio* nell'intento di stimolare lo svolgimento di prestazioni gratuite e volontarie in favore della collettività e, dunque, incrementare il percorso rieducativo del reo favorendo il contatto con il mondo esterno e il rientro in società.

4. I permessi premio *ex art. 30-ter* ord. penit. e i relativi limiti.

La legge 10 ottobre 1986, n. 663 introdusse l'istituto dei permessi premio mediante l'immissione dell'*art. 30-ter* all'interno della legge di ordinamento penitenziario, colmando così una lacuna del precedente sistema che non contemplava strumenti atti a permettere il contatto tra il detenuto e l'ambiente sociale e familiare all'esterno se non in caso di estrema urgenza³¹⁷. Il legislatore del 1975, invero, aveva codificato solo la possibilità di accordare i c.d. «permessi di necessità» o «ordinari» disciplinati dall'*art. 30* ord. penit. Questi possono essere concessi – su autorizzazione

³¹⁵ V. FIORENTIN, *La riforma penitenziaria*, Milano, 2018, 111; ripreso da CARACENI, *sub. art. 4-bis*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 49.

³¹⁶ *Art. 20-ter*, comma 6, legge n. 354 del 1975.

³¹⁷ V. FIORENTIN, *I permessi ordinari e premiali*, in FIORENTIN, MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza: la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008.

del magistrato di sorveglianza e con le relative cautele – a ciascun detenuto o internato, senza alcuna differenziazione dovuta al titolo di reato, nel caso di pericolo imminente di un familiare o di un convivente ovvero nel caso di eventi familiari di particolare gravità – comma 2³¹⁸. I permessi ordinari sono considerati «mero strumento di umanizzazione della pena, idoneo a soddisfare soltanto il primo dei due principi enunciati dal 3° comma dell'art. 27 Cost.»³¹⁹, non rientrano nel trattamento individualizzato del reo e non sono strumenti di rieducazione.

Al contrario, i permessi premio si connotano per il carattere della premialità e, dunque, possono essere concessi soltanto ai condannati³²⁰ che siano «qualificati», ossia ai soggetti che abbiano tenuto regolare condotta e che non risultino socialmente pericolosi. Il comma 8 dell'art. 30-ter precisa il significato che deve attribuirsi all'espressione «regolare condotta» e pone l'accento sull'aver manifestato, durante la detenzione, «senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali»³²¹. Inoltre, i condannati per essere ammessi al beneficio devono soddisfare i limiti di pena stabiliti dalle lettere a), b), c) e d) del quarto comma³²²– v. *infra*.

L'art. 30-ter, comma 1, prevede che, ai suddetti soggetti qualificati, possa essere concessa la possibilità di trascorrere un periodo di tempo fuori dall'istituto penitenziario avente durata non superiore a quindici giorni per volta e, comunque, nel massimo di quarantacinque giorni per ogni anno di espiazione pena³²³. Il permesso premio – rilasciato dal magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto – ha

³¹⁸ V. FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2016, 173 s.

³¹⁹ Così, D'ONOFRIO, SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004.

³²⁰ Si precisa che sono esclusi dalla concessione dei permessi premio gli internati, per i quali sono previste apposite licenze dall'art. 53 ord. penit., e i condannati in stato di detenzione domiciliare o sottoposti alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale.

³²¹ Art. 30-ter, comma 8, legge n. 354 del 1975.

³²² V. RAIMONDI, *Le misure alternative alla detenzione. Le istanze del condannato*, Milano, 2013.

³²³ L'art. 30-ter, comma 2, ord. penit. prevede che «Per i condannati minori di età la durata dei permessi premio non può superare ogni volta i trenta giorni e la durata complessiva non può eccedere i cento giorni in ciascun anno di espiazione».

lo scopo di consentire al condannato di «coltivare interessi affettivi, culturali e di lavoro»³²⁴ ed è uno strumento di elevato significato simbolico, poiché consente di dare peso ai progressi trattamentali del condannato e di adempiere al finalismo rieducativo della pena³²⁵.

Il comma 4 dell'art. 30-ter, come anticipato, stabilisce dei limiti di pena, più o meno stringenti, per talune categorie di soggetti. La lett. a) si riferisce semplicemente all'entità di pena irrogata nella sentenza di condanna fissando il limite in quattro anni di reclusione; la lett. b) interviene nei casi in cui il periodo di detenzione stabilito in sentenza sia superiore a quattro anni, in tale ipotesi il soggetto deve scontare almeno un quarto della pena per poter essere ammesso ai permessi premio. La lett. d) segue il medesimo principio e chiede al soggetto condannato all'ergastolo di scontare almeno dieci anni di pena per raggiungere il medesimo scopo. Le restrizioni concernono, infine, i condannati per i reati elencati ai commi 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis in quanto la lett. c) del comma 4 dell'art. 30-ter richiede l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni.

La versione originaria della norma già conteneva il riferimento ai «condannati per reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di criminalità organizzata, nonché per il reato indicato nell'articolo 630 del codice penale» per i quali, oltre ai limiti di pena, il comma 1-bis richiedeva altresì l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. La necessità di una simile precisazione venne meno a seguito dell'introduzione dell'art. 4-bis da parte del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 che, conseguentemente, abrogò il citato comma 1-bis.

La formulazione odierna, dunque, postula l'espiazione di una determinata frazione di pena e indirettamente rimanda anche ai requisiti di accesso ai benefici penitenziari richiesti dai singoli commi dell'art. 4-bis, differenziati a seconda della tipologia e della gravità del reato commesso. I presupposti cui si fa riferimento sono la

³²⁴ Art. 30-ter, comma 1, legge n. 354 del 1975.

³²⁵ V. CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 175.

collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. penit. ovvero l'impossibilità, l'inesigibilità o l'irrelevanza della condotta collaborativa *ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*, e ancora l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva – sotto forma di prova negativa o positiva in base al reato considerato; infine, l'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per un anno ai sensi del comma 1-*quater*.

La necessità che ricorra il requisito della collaborazione con la giustizia, al di fuori delle ipotesi di cui al comma 1-*bis*, ha suscitato perplessità sia in dottrina che in giurisprudenza con preciso riguardo alla presunzione assoluta di pericolosità sociale che grava sul condannato ostativo anche qualora sia stata accertata l'assenza di collegamenti tra questo e la criminalità organizzata. L'incessante dibattito e, soprattutto, la decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Violi*³²⁶ hanno spinto la Corte costituzionale a compiere un passo coraggioso verso il superamento del regime delle preclusioni assolute di pericolosità sociale del detenuto non collaborante per il tramite della sentenza n. 253 del 2019³²⁷ – v. *infra* § 4.

In conclusione, si rammenta che a queste preclusioni si aggiunge quanto previsto dall'art. 58-*quater* ord. penit. – cfr. *supra* § 3.1. – che vieta ai condannati colpevoli dei delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p., nel caso in cui abbiano cagionato la morte del sequestrato, di accedere ai benefici di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, se non abbiano effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, nel caso dell'ergastolo, almeno ventisei anni – cit. comma 4. Inoltre, a norma dei commi 5 e 7, si applica il divieto di concessione di benefici per la durata di cinque anni nei confronti di colui che, condannato per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, abbia commesso un

³²⁶ Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 13 giugno 2019, *Marcello Viola c. Italia*. In questa sentenza, la Corte si è pronunciata in materia di preclusioni all'accesso alla liberazione condizionale operanti nei confronti dei soggetti condannati per reati ostativi.

³²⁷ V. Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.

delitto doloso – punito o punibile con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni – durante la fruizione di un permesso premio³²⁸.

4.1 La sentenza n. 253 del 2019: l'intervento rivoluzionario della Corte costituzionale.

Il 23 ottobre 2019, dopo diciotto anni³²⁹ intervallati da riforme legislative, dibattiti dottrinali e giurisprudenziali e riflessioni aventi a oggetto l'esecuzione della pena, la Corte costituzionale ha compiuto un passaggio fondamentale³³⁰. Non erano mancate, invero, pronunce inerenti alla presunzione assoluta di pericolosità sociale, declinata nei vari ambiti della giustizia penale, ma ciò che sorprende della sentenza n. 253 del 2019 è il ragionamento seguito dalla Corte che appare rivoluzionario e deciso a superare l'impostazione fino ad allora vigente.

La Consulta, con tale sentenza, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., per contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui non prevede che possano essere concessi i permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* 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.

La questione di legittimità è stata promossa per mezzo di due ordinanze: l'una proveniente dalla Prima Sezione della Corte di cassazione, l'altra dal Tribunale di sorveglianza di Perugia³³¹. Entrambe le ordinanze di rimessione pongono la questione in relazione a detenuti per reati di criminalità organizzata, trattandosi di soggetti

³²⁸ V. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte Costituzionale*, L. p., 2020, 4.

³²⁹ Il tempo trascorso a partire dal d.l. n. 152 del 1991 con cui è stato introdotto l'art. 4-*bis* nella legge di ordinamento penitenziario.

³³⁰ V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 111.

³³¹ Le ordinanze sono la n. 57913 del 2018 e la n. 725 del 2019. La Corte costituzionale ha ritenuto di poter riunire le due ordinanze in quanto evocano i medesimi parametri costituzionali.

condannati per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c. p. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste. Entrambe le ordinanze, seppure seguendo percorsi argomentati parzialmente diversi, rilevano che la preclusione ai permessi premio *ex art. 4-bis* si traduce nella violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza, e dell'art. 27, comma 3, Cost., per via dell'impedimento a perseguire il fine rieducativo della pena e a giovare di uno strumento risocializzante estremamente valido. Infine, entrambe le ordinanze mettono a confronto la preclusione *ex art. 4-bis* e il regime delle presunzioni predisposto per la fase cautelare dall'art. 275 c. p. p. In particolare, il Tribunale di sorveglianza di Perugia evidenzia che nella fase cautelare sussiste una presunzione di pericolosità *iuris et de iure* nei confronti degli indiziati del reato di cui all'art. 416-*bis* che comporta l'impossibilità di fronteggiare le esigenze cautelari con misura diversa dalla custodia in carcere e ciò perché «la valutazione è svolta quasi nell'immediatezza del fatto o, comunque, in un momento non lontano dalla sua supposta commissione»³³². Invece, nella fase esecutiva di una pena divenuta definitiva dovrebbe essere attribuito un ruolo centrale al decorso del tempo che può condurre a mutamenti della personalità del detenuto e del contesto esterno al carcere e, dunque, come ribadisce il Tribunale, la presunzione di pericolosità posta a base del divieto di concessione del permesso premio dovrebbe avere carattere relativo³³³.

I confini stabiliti dalle ordinanze di rimessione sono stati approfonditi, da un lato, e ampliati, dall'altro, nella sentenza della Corte costituzionale. L'ampliamento si rinviene, innanzitutto, nell'attribuire la decisione non solo ai condannati per reati legati al crimine organizzato, bensì anche agli autori di tutti gli altri reati previsti all'art. 4-*bis*, comma 1³³⁴. In secondo luogo, in ossequio al principio di uguaglianza, la pronuncia si estende a tutti i detenuti, dunque, non solo ai condannati alla pena dell'ergastolo, ma

³³² Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.

³³³ V. Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019. Sul punto v. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., 9.

³³⁴ La Corte costituzionale ha esteso la declaratoria, in via consequenziale, in virtù dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale».

anche alla reclusione – restano, invece, esclusi gli internati. Contestualmente, il Giudice puntualizza che la sentenza riguarda solo i permessi premio e non interessa le misure alternative alla detenzione e la liberazione condizionale che restano estranei al superamento del regime di preclusione.

La Consulta sottolinea in motivazione che non è di per sé irragionevole presumere che sussistano collegamenti con la criminalità organizzata in ragione della mancata collaborazione con la giustizia, purché si preveda che tale presunzione possa essere superata da prova contraria. Non è la presunzione stessa a risultare costituzionalmente illegittima, poiché è plausibile che il condannato non collaborante «mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza», bensì la sua assolutezza che può essere superata solo mediante la collaborazione con l'autorità giudiziaria³³⁵. L'argomentazione riflette la logica sottesa alla sent. n. 306 del 1993, in cui il Giudice delle leggi aveva considerato irragionevole valutare il ravvedimento di un soggetto sulla base della scelta di collaborare o meno con la giustizia, essendo questa estranea al processo rieducativo e ben potendo essere «il frutto di scelte opportunistiche»³³⁶. Il ragionamento è consolidato nella sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo inerente al caso *Viola c. Italia* ove, nel sancire la contrarietà alla convezione dell'ergastolo ostativo, si afferma lo stesso principio³³⁷.

La preclusione assoluta così formulata non consente di adempiere al principio di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* e alla funzione rieducativa della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.* sotto tre diversi profili evidenziati dalla Corte.

Il primo profilo attiene alla strumentalizzazione del detenuto non collaborante per finalità investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'esecuzione della pena e comportano ulteriori conseguenze afflittive. L'art. 4-bis ord. penit. incide impropriamente sull'*iter* esecutivo del recluso, imponendo una sorta

³³⁵ V. CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *O. Cost.*, 2020, 217 ss.

³³⁶ Così, Corte cost. 11.06.1993, n. 306, dep. 08.07.1993.

³³⁷ V. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., 10.

di «ricatto trattamentale» articolato nella cessione di informazioni utili al fine di non incorrere in un trattamento esecutivo peggiorativo. In questo modo, la norma in esame dà luogo a «una deformante libertà di non collaborare»³³⁸ dissonante rispetto all'orientamento della giurisprudenza costituzionale³³⁹ che individua il diritto al silenzio nella fase dell'esecuzione della pena come corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost.³⁴⁰ Il fatto che la libertà di collaborare si trasformi in un «onere di collaborare» – con il rischio, peraltro, di determinare autoincriminazioni – comporta, dunque, il sicuro contrasto della disciplina con i principi di ragionevolezza, di proporzionalità della pena e della sua tendenziale funzione rieducativa³⁴¹.

Il secondo profilo è rappresentato dalla sottrazione alla magistratura di sorveglianza del potere di valutare l'evoluzione della personalità e il percorso rieducativo seguito dal condannato all'interno dell'istituto carcerario. La richiesta di ottenere il permesso premio è dichiarata inammissibile *de plano*, senza alcuna analisi delle condizioni del detenuto, contrariamente all'assunto³⁴² secondo cui è «criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari», tanto più rilevante dinnanzi a presunzioni di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso³⁴³. L'effetto

³³⁸ Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019; nonché sul punto v. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., 10.

³³⁹ V. Corte cost., sent. 07.05.2008, n. 165, dep. 20.05.2008; ordinanze n. 282 del 2008 e n. 33 del 2002.

³⁴⁰ Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019. La Consulta ha inoltre precisato, sulla base delle precedenti pronunce, che il diritto al silenzio «si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo».

³⁴¹ V. DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. pen. di fronte alla Costituzione. Nota a Corte Cost., 04 dicembre 2019, n. 253*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, f. 1, 2020, 0259B; nonché cfr. FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio. Nota a Corte Cost., 04 dicembre 2019, n. 253*, in *Cass. Pen.*, f. 3, 2020, 1019; SANTANGELO, *Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso premio o il permesso di sperare? Nota a Corte Cost., 04 dicembre 2019, n. 253*, in *Cass. Pen.*, f. 7-8, 2020, 2777.

³⁴² L'assunto deriva da precedenti sentenze della Corte costituzionale, in particolare cfr. Corte cost., 22.11.1999, n. 436, dep. 01.12.1999; 22.02.2017, n. 90, dep. 28.04.2017; 21.06.2018, n. 149, dep. 11.07.2018.

³⁴³ Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.

della inammissibilità della richiesta del detenuto non collaborante, inoltre, disincentiva la sua adesione al percorso rieducativo, ben potendo «arrestare sul nascere il percorso risocializzante, frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada»³⁴⁴. Per di più, è necessario ribadire che la precedente giurisprudenza della Corte costituzionale³⁴⁵ ha sovente sottolineato la funzionalità dello strumento del permesso premio che, oltre a consentire al detenuto di reinserirsi nella vita sociale, permette agli operatori penitenziari di esaminare gli effetti sul condannato del temporaneo ritorno in libertà. In conclusione, anche sotto il secondo profilo, è evidente la violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

Infine, relativamente al terzo profilo, rileva la *ratio* dell'effetto generalizzante su cui si fonda la presunzione assoluta. La Corte costituzionale ha rimarcato che una presunzione può legittimamente considerarsi assoluta quando risponde a «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»³⁴⁶. Altrimenti, specie quando limita un diritto fondamentale dell'individuo, comporta una violazione del principio di uguaglianza.

Nel caso di specie, l'elemento non trova riscontro in ragione della concreta possibilità di smentire e confutare l'assolutezza della presunzione e di formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. La generalizzazione veniva giustificata dalla considerazione per cui la mancata collaborazione del soggetto condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di «contesto mafioso» è indice della sua permanenza all'interno della organizzazione criminale di riferimento. La deduzione si fonda su un dato dell'esperienza, ossia sul fatto che «l'appartenenza ad una associazione di stampo

³⁴⁴ Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.

³⁴⁵ V. Corte cost., 04.04.1990, n. 188, dep. 12.04.1990; 02.06.1995, n. 227, dep. 06.06.1995; 11.12.1995, n. 504, dep. 14.12.1995; 16.12.1997, n. 445, dep. 30.12.1997.

³⁴⁶ V. Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019 che richiama le seguenti sentenze: 19.10.2016, n. 268, dep. 15.12.2016; in precedenza: 08.07.1982, n. 139, dep. 27.07.1982; 22.02.1999, n. 41, dep. 25.02.1999; 14.04.2010, n. 139, 16.04.2010; 07.07.2010, n. 265, dep. 21.07.2010; 04.10.2010, n. 291, dep. 08.10.2010; 25.03.2013, n. 57, dep. 29.03.2013; 03.07.2013, n. 213, dep. 18.07.2013; 16.07.2013, n. 232, dep. 23.07.2013; 08.07.2015, n. 185, 23.07.2015.

mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminoso, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo»³⁴⁷. La Consulta, al fine di palesare l'irragionevolezza della presunzione in discorso, riprende le riportate argomentazioni del Tribunale rimettente relative al raffronto tra la preclusione *ex art. 4-bis* e il regime delle presunzioni predisposto in fase cautelare. In quest'ultimo contesto, l'immediatezza del fatto o, comunque, la sua vicinanza temporale legittimano la presunzione *ex art. 275*, comma 3, c. p. p., per cui nessuna misura, diversa dalla custodia cautelare in carcere, è idonea a sopperire alle eventuali esigenze cautelari insorte³⁴⁸. In fase esecutiva, invece, in forza del parametro costituzionale di cui all'art. 27 Cost., il decorso del tempo deve essere preminente elemento di valutazione per la magistratura di sorveglianza in quanto può comportare trasformazioni nella personalità del detenuto e nell'ambiente esterno al carcere³⁴⁹.

La conseguenza, ancora una volta, è l'irragionevolezza della presunzione assoluta *ex art. 4-bis* ord. penit., dovuta alla presupposta «immutabilità» della personalità del detenuto e del contesto esterno di riferimento e alla lesione dell'art. 3 e 27, comma 3, Cost.

In ossequio all'impegno di rivoluzionare l'impostazione dell'art. 4-*bis*, la Corte costituzionale ha delineato un regime probatorio rafforzato sotto alcuni punti di vista. Il § 9 della sentenza, invero, è dedicato alla regolamentazione dei criteri guida stabiliti per la magistratura di sorveglianza e alla precisazione del contenuto dell'onere della prova, gravante, in parte, in capo al detenuto.

³⁴⁷ Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019; in materia cautelare v. Corte cost., sentenze: 25.02.2015, n. 48, dep. 26.03.2015; 03.07.2013, n. 213, dep. 18.07.2013; 25.03.2013, n. 57, dep. 29.03.2013; 09.05.2011, n. 164, dep. 12.05.2011; 19.07.2011, n. 231, dep. 22.07.2011; ord. 08.03.2017, n. 136, dep. 12.06.2017.

³⁴⁸ Cfr. Corte cost., sent. 07.07.2010, n. 265, dep. 21.07.2010; ord. 08.03.2017, n. 136, dep. 12.06.2017.

³⁴⁹ La Corte costituzionale si riferisce all'ipotesi in cui «l'associazione criminale di originario riferimento, ad esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione»; così la sentenza n. 253 del 2019.

Il giudice, all'atto della decisione sulla concessione della misura, è chiamato, fra le altre cose, ad acquisire «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» e, in tale attività, è supportato da tutte le autorità competenti in materia e dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, fonte di «dettagliate informazioni»³⁵⁰. Il giudice di sorveglianza verifica anche la condotta carceraria del condannato tenuta nel corso dell'espiazione della pena e il contesto sociale esterno in cui il detenuto sarebbe autorizzato a rientrare, sia pure temporaneamente ed episodicamente. Più rigida la previsione del comma 3-*bis*, art. 4-*bis*, secondo il quale i benefici penitenziari non possono essere concessi quando il Procuratore nazionale – o distrettuale – antimafia comunica, d'iniziativa o su segnalazione del competente comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

Premesso ciò, la Consulta asserisce che «l'acquisizione in parola è [...] fattore imprescindibile, ma non sufficiente». Il regime probatorio «rafforzato», invero, impone l'acquisizione non solo di elementi che escludono la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino «tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali». Il secondo aspetto è logicamente collegato al primo ed evita che venga vanificato l'interesse alla prevenzione della commissione di nuovi fatti criminosi, tutelato dall'art.4-*bis*.

La Corte costituzionale, dunque, con la sentenza n. 253 del 2019 stabilisce l'estensione dell'oggetto della prova e, contestualmente, pone a carico del condannato che richiede il beneficio l'onere di allegazione in ordine a entrambi gli elementi³⁵¹ – ossia, l'esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino. In tono critico, tuttavia, è stato sostenuto che il richiamato onere di allegazione si trasforma in inversione dell'onere della prova quando il comitato provinciale fornisce informazioni articolate in senso negativo: in tal

³⁵⁰ Così, art. 4-*bis*, comma 2, l. n. 354 del 1975.

³⁵¹ V. sul tema FIORENTIN, *Collaborazione "impossibile": grava sul condannato l'onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia penitenziaria*, in *C. Pen.*, 2008, 2566 ss.

caso, invero, spetta al detenuto «fornire veri e propri elementi di prova a sostegno»³⁵². Il regime probatorio, seppure si fonda sulla valutazione discrezionale della magistratura di sorveglianza, appare costruito in termini di prova contraria e, dunque, di *probatio diabolica* – specie nell’ipotesi di comunicazione negativa ricevuta dal Procuratore nazionale antimafia o dal Procuratore distrettuale. Il problema è accentuato relativamente alla dimostrazione del secondo elemento, ossia dell’insussistenza del pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, che difficilmente potrà essere provato. L’ostacolo principale, in questo stato, risiede nel fatto che si tratta di giudizio prognostico che, come precisato, deve tener conto delle circostanze ambientali e personali.

L’asserita estensione del *thema probandum* rischia, pertanto, di vanificare il significato e l’obiettivo della sentenza in esame³⁵³. La via d’uscita potrebbe essere quella delineata da chi ritiene che il riferimento alla prova dei futuri collegamenti con la criminalità organizzata sia «una sorte di “intromissione” nella regola di giudizio della magistratura di sorveglianza che, per ogni decisione che adotta, già opera valutazioni prognostiche»³⁵⁴. La riflessione proviene dalla considerazione per cui il dispositivo della sentenza non richiede l’inversione dell’onere della prova – che si deduce dalla motivazione –, bensì che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti». Invero, se la Corte avesse realmente previsto un’inversione dell’onere della prova avrebbe rinnegato lo stesso consolidato orientamento costituzionale basato su i due pilasti della centralità del giudizio del magistrato di sorveglianza e degli effetti del trascorrere del tempo sulla personalità del

³⁵² Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019. In tal senso, già Cass. pen., sez. I, 12 maggio 1992, n. 1639.

³⁵³ V. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2019.

³⁵⁴ Così, BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Dir. pen. proc.*, 2020.

detenuto³⁵⁵. L'unica lettura della pronuncia che non genera a sua volta incostituzionalità è la seguente: l'inversione dell'onere della prova non può che corrispondere a un mero onere di allegazione del detenuto che deve, pertanto, coniugarsi con il dovere del magistrato di sorveglianza di valutare tutti gli elementi in suo possesso.

In conclusione, la pronuncia ribadisce che, data la forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale, la presunzione di pericolosità sociale del detenuto non collaborante, pur non più assoluta, non potrà certamente essere superata per via della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, piuttosto dovranno essere acquisiti altri, congrui e specifici elementi.

La disciplina relativa alla concessione dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter* ord. penit. è sottratta dal meccanismo «ostativo» previsto dall'art. 4-*bis* in riferimento al reato di associazione mafiosa e ai delitti legati al contesto mafioso. Inoltre, visto l'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 – «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale» –, si estende la decisione anche ai detenuti per i delitti contemplati all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., diversi da quelli di cui all'art. 416-*bis* c. p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

La Corte costituzionale, dunque, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i reati ivi richiamati possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti³⁵⁶.

³⁵⁵ PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi*, cit., 15.

³⁵⁶ Così, Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.

5. Le misure alternative alla detenzione interessate dalle preclusioni dell'art. 4-bis ord. penit.: l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà.

L'art. 4-bis ord. penit. esclude l'applicazione delle misure alternative alla detenzione ai detenuti e agli internati per i delitti annoverati nella stessa disposizione che non rispondano alle condizioni predisposte per superare l'ostatività della disciplina. Il comma 1, in particolare, si riferisce alle misure alternative previste dal capo VI della legge di ordinamento penitenziario, con esclusione della liberazione anticipata che, invece, si applica a tali categorie di detenuti.

Il capo VI si apre con la disposizione dedicata all'affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 ord. penit. Il superamento dell'ostatività, relativamente a tale misura, non è subordinato ad alcuna condizione suppletiva rispetto a quelle già stabilite dall'art. 4-bis. Non è richiesto un particolare *quantum* di pena da espiare, né qualunque altro requisito, pertanto si ritiene che l'affidamento in prova possa essere concesso al responsabile di uno dei delitti citati nella norma sulla base delle condizioni generali di ammissione ai benefici penitenziari indicate dallo stesso art. 4-bis³⁵⁷. In sintesi, nell'affidamento in prova al servizio sociale il beneficiario si trova in stato di libertà ma, per non vedersi revocata la misura, è tenuto a rispettare le prescrizioni disposte dal giudice di sorveglianza che rappresentano il contenuto del trattamento sostitutivo dell'esecuzione detentiva.

L'analisi si esaurisce brevemente anche rispetto alla semilibertà, disciplinata dagli artt. 48, 50, 51 ord. penit. La misura alternativa, talvolta definita «modalità particolare di esecuzione della pena»³⁵⁸, comporta un certo grado di libertà per il beneficiario che è autorizzato a trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto penitenziario per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale. L'applicazione del regime di semilibertà presuppone

³⁵⁷ V. SIRACUSANO, PRESUTTI, *sub. art. 47*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 611;

³⁵⁸ V. DEGLI INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, 2010, Milano, 161 ss.; DELLA CASA, PRESUTTI, *sub. art. 50*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 725 ss.;

l'evoluzione positiva del trattamento penitenziario e l'espiazione di una quota di pena stabilita in via differenziata³⁵⁹ dall'art. 50 ord. penit. Il comma 2 prevede che, fuori dai casi di cui al primo comma³⁶⁰, il condannato beneficia della misura dopo l'espiazione di almeno metà della pena. Per quanto concerne il condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter*, 1-*quater* dell'art. 4-*bis*, la norma precisa che l'ammontare di pena da espiaire equivale ad almeno due terzi di essa. Infine, l'ultimo periodo del comma 2³⁶¹ esclude l'applicazione della semilibertà in funzione surrogatoria dell'affidamento in prova ai condannati per i delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis*.

5.1. La detenzione domiciliare: il comma 01 e 1-*bis* dell'art. 47-*ter* ord. penit.

La detenzione domiciliare è disciplinata dall'art. 47-*ter* ord. penit. e consiste nell'attribuire al condannato, beneficiario della misura, la possibilità di espiaire la pena presso il proprio domicilio ovvero presso altro luogo pubblico di cura, assistenza e accoglienza. La detenzione domiciliare è ispirata da una *ratio* quasi interamente umanitaria che prescinde dalla finalità rieducativa e si articola in vari commi dedicati a soggetti qualificati, salva la disposizione del comma 1-*bis*. La categoria dei destinatari della misura spazia fra soggetti in età giovanile o avanzata, gravate da responsabilità genitoriale ovvero in condizioni di salute particolari.

Il comma 01, così denominato perché preposto al comma 1 dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, è rivolto ai condannati ultrasettantenni. A prescindere dall'entità della pena, i soggetti che hanno superato i settanta anni di età non si

³⁵⁹ Cass., sez. I, n. 45896/2014.

³⁶⁰ L'art. 50, comma 1, prevede che: «Possono essere espiaite in regime di semilibertà la pena dell'arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale».

³⁶¹ L'art. 50, comma 2, ultimo periodo prevede che: «Tuttavia, nei casi previsti dall'articolo 47, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell'articolo 4-*bis* può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena».

ritengono compatibili con il carcere e sono ammessi, dunque, alla misura della detenzione domiciliare³⁶². La regola, tuttavia, reca importanti eccezioni attinenti all'eventuale pericolosità sociale del condannato che si ravvisa nei casi in cui il soggetto si sia reso responsabile di uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. ovvero nei casi in cui il soggetto sia stato punito per uno dei delitti «previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, e dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, dall'articolo 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale»³⁶³. Il rinvio all'art. 4-*bis* assume un preciso significato che è stato esplicitamente evidenziato dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 1541 del 2017. La pronuncia, invero, rende chiaro che il rinvio all'art. 4-*bis* non comporta il coinvolgimento dei requisiti richiesti dalla norma, bensì costituisce un utile sintesi dei reati espressivi di una maggiore pericolosità sociale. La massima estrapolata dalla citata sentenza è altamente esplicativa e si articola in questi termini: «Il condannato per uno dei delitti “ostativi”, indicati nell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975 n. 354 non può fruire della detenzione domiciliare, neanche se ultrasettantenne, in quanto il catalogo dei divieti fissati dall'art. 47-*ter*, comma 1, della medesima legge opera mediante rinvio recettizio alla suddetta disposizione nella sua mera formalità di elencazione di reati, escludendo la possibilità di ritenere operanti le relative deroghe»³⁶⁴.

L'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*³⁶⁵, disciplina, invece, la detenzione domiciliare che comunemente viene definita «ordinaria o generica» in virtù della *ratio* «umanitaria» che contraddistingue gli altri commi della norma, destinati a soggetti particolari. Il

³⁶² V. SPAVENTI, GHEZZI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale*, in AA.VV., *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di BALDUCCI, MACRILLÒ, Milano, 2019, 602 s.; v. anche CESARIS, *sub. art. 47-ter*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 657 ss.

³⁶³ Così, art. 47-*ter*, comma 01, l. n. 354 del 1975. Alle ipotesi citate si aggiunge, all'ultimo periodo del comma in esame, anche il caso in cui il condannato ultrasettantenne «sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale».

³⁶⁴ Cass., sez. I, 28.11.2017, n. 1541, in C.E.D. Cass., n. 271986.

³⁶⁵ Il comma 1-*bis* è stato immesso all'interno dell'art. 47-*ter* mediante la legge 27 maggio 1998, n. 165, è stato sostituito dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251 ed infine è stato novellato dall'art. 2 del decreto-legge n. 78 del 2013, come convertito, con modificazioni, nella legge n. 94 del 2013.

comma 1-*bis* estende l'applicazione della detenzione domiciliare ai condannati a pena detentiva non superiore a due anni, anche se costituente residuo di maggior pena, e a prescindere dalle condizioni di cui al comma 1, quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. L'ultimo inciso della norma introduce un limite alla previsione *de qua* in quanto stabilisce l'inapplicabilità della stessa ai destinatari di pene inflitte per i reati di cui all'art. 4-*bis*. Il rinvio alla disposizione da ultimo citata ha acceso un dibattito circa il recepimento o meno dell'intera disciplina di cui all'art. 4-*bis*. Nel primo caso, la conseguenza sarebbe l'assorbimento delle previsioni eccezionali contenute nella norma e la concessione della detenzione domiciliare «ordinaria» allorché ricorrano le condizioni previste dalla stessa – es. collaborazione con la giustizia; nel secondo caso, il rinvio alla disciplina ostativa sarebbe limitato a recepire l'elenco dei reati e la detenzione domiciliare non sarebbe mai applicabile ancorché ricorressero le condizioni delineate all'art. 4-*bis*³⁶⁶. Deve rilevarsi che il diritto vivente ha optato per la seconda alternativa, più severa e più restrittiva³⁶⁷, e l'orientamento è stato confermato da una recente pronuncia della Corte costituzionale: la sentenza n. 50 del 2017.

La questione di legittimità è stata promossa dalla Corte di cassazione con ordinanza del 18 febbraio 2019, n. 89 in cui viene prospettato il contrasto tra l'art. 47-*ter*, comma 1-*bis*, ord. penit. e gli artt. 3 e 27, commi 1 e 3, Cost. La Suprema Corte fonda il proprio ragionamento su due punti focali. Il primo è rappresentato dall'irragionevolezza della presunzione assoluta di pericolosità, intollerabile nei confronti di autori di reati non indicativi di alti livelli di capacità criminale – come, ad esempio, «una rapina compiuta da un elemento isolato valendosi di una pistola

³⁶⁶ V. LEO, *Detenzione domiciliare ordinaria: non illegittima la preclusione per i reati di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020.

³⁶⁷ In questo senso, v. Cass. pen., Sez. I, n. 20145 del 27/04/2011, in *C.E.D. Cass.*, n. 250277 secondo cui: «In tema di misure alternative alla detenzione, è causa ostativa all'applicazione della detenzione domiciliare la condanna irrevocabile per uno dei delitti indicati nell'art. 4 bis ord. penit., a nulla rilevando, a tal fine, la inesigibilità della collaborazione con la giustizia, posto che il rinvio operato dalla disposizione sulla detenzione domiciliare è al catalogo di reati di cui all'indicato articolo e non al suo contenuto».

giocattolo e con profitto irrilevante o quasi»³⁶⁸. Il secondo coincide con una riflessione che porta a un ulteriore profilo di irragionevolezza relativo alla graduazione dei divieti. Il giudice *a quo* si chiede perché, per un medesimo fatto, è possibile concedere una misura non custodiale, come l'affidamento in prova, ma non invece una misura custodiale, come la detenzione domiciliare, che contribuirebbe maggiormente a frenare e a contenere la pericolosità del soggetto³⁶⁹.

La Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza delle questioni sollevate dalla Suprema Corte per mancanza di un'effettiva violazione della legittimità costituzionale. La pronuncia assume un rilievo notevole in quanto attesta che la preclusione derivante dal rinvio all'art. 4-*bis* da parte dell'art. 47-*ter*, comma 1-*bis* non è manifestamente irragionevole ed è conforme alla funzione rieducativa della pena.

La decisione trova fondamento in una duplice argomentazione che segue i due profili evidenziati dal giudice rimettente. La Consulta, innanzitutto, rammenta che il soggetto tenuto a scontare la pena con trattamento intramurario è stato sottoposto a giudizio prognostico conclusosi con esito non favorevole e, dunque, lo stesso non si trova neppure nelle condizioni utili per essere affidato in prova al servizio sociale. La situazione discende dal concreto giudizio di inidoneità che «ha concluso per l'impossibilità di contenere il rischio della commissione di nuovi reati, anche ricorrendo alle puntuali e tipiche prescrizioni della misura dell'affidamento»³⁷⁰. In secondo luogo, la Consulta afferma che l'asserita contraddittorietà della disciplina censurata da parte del giudice *a quo* non è fatto che rileva ai fini della garanzia della ragionevolezza. Invero, il soggetto scarsamente pericoloso, che incontra la preclusione in esame, ha comunque l'opportunità di accedere a misure diverse e qualora ciò non fosse possibile, la ragione risiederebbe «nella erroneità della premessa»³⁷¹, nel senso che si ravvisano nei suoi confronti elementi sintomatici di un'apprezzabile pericolosità.

³⁶⁸ Così, LEO, *Detenzione domiciliare ordinaria*, cit.

³⁶⁹ V. LEO, *Detenzione domiciliare ordinaria*, cit.

³⁷⁰ Così, Corte cost., 09.01.2020, n. 50, dep. 12 marzo 2020.

³⁷¹ Così, Corte cost., 09.01.2020, n. 50, dep. 12 marzo 2020.

In conclusione, la Corte chiarisce che la presunzione non riguarda la pericolosità, bensì l'inefficacia rieducativa e preventiva di una misura³⁷².

5.2. L'art. 47-ter, comma 1 e l'art. 47-quinquies ord. penit.: l'interesse del minore e l'interpretazione della Corte costituzionale.

La detenzione domiciliare, ai sensi del primo comma dell'art. 47-ter ord. penit., può essere concessa a determinate categorie di soggetti «qualificati» e ivi individuati che, condannati alla pena della reclusione – o dell'arresto – non superiore a quattro anni, anche se parte residua di maggior pena, possono scontare la stessa presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza o, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in case-famiglia protette.

In particolare, la lett. a) è rivolta a «donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente» e la lett. b) è dedicata al «padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole»³⁷³.

La previsione è stata introdotta al fine di superare la risalente impostazione secondo cui la detenuta madre poteva tenere presso di sé i figli sino all'età di tre anni³⁷⁴. L'attenzione è rivolta al preminente interesse dei minori e l'obiettivo è proprio quello di evitare che gli stessi permangano all'interno dell'istituto penitenziario e vengano influenzati dalla negatività dell'ambiente carcerario in una fase della vita nevralgica

³⁷² Così, Corte cost., 09.01.2020, n. 50, dep. 12 marzo 2020.

³⁷³ Così recita l'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b). In merito alla lett. b) v. *infra* Corte cost., 25.10.2018, n. 211, dep. 22. 11. 2018 e, in senso analogo rispetto alla lett. a), Corte cost., 10.06.2009, n. 177, dep. 12.06.2009.

³⁷⁴ La precedente formulazione dell'art. 11 ord. pen, dedicato al «servizio sanitario», prevedeva al comma 9 la possibilità per le madri di tenere presso di sé i figli fino all'età di tre anni. Negli anni successivi cambia la logica del legislatore che, mettendo in primo piano la tutela del minore, introdusse con la legge n. 663 del 1986 la misura della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter riservata, tra gli altri, alla donna incinta e alla madre di prole di età inferiore ad anni tre con lei convivente. La successiva legge n. 296 del 1993 innalza il limite a cinque anni e, infine, la legge n. 165 del 1998 porta lo stesso a dieci anni di età.

per lo sviluppo psico-fisico³⁷⁵. Dunque, proprio per sventare timore che le conseguenze della condizione carceraria materna o paterna gravino, seppure indirettamente, sul figlio minore d'età, si favorisce la convivenza con la prole e il mantenimento di una continuità di vita.

Il medesimo fine è stato perseguito nell'introduzione della detenzione domiciliare «speciale» di cui all'art. 47-*quinquies* ord. penit. La norma è stata immessa nella legge di ordinamento penitenziario con la legge 8 marzo 2001, n. 40 con cui il legislatore ha predisposto una tutela rafforzata per il rapporto parentale genitoriale e per l'interesse del minore a non perdere il contatto con la propria figura di riferimento. La maggiore apertura della disciplina si coglie già nella precisazione per cui la misura può essere concessa quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47-*ter* e, dunque, al di là dei limiti di quest'ultima disposizione. I presupposti, sinteticamente, sono l'età della prole non superiore ai dieci anni, l'assenza del pericolo di recidiva, la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli e, infine, l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo³⁷⁶. Il comma 7 della disposizione, in maniera analoga alla forma ordinaria di detenzione domiciliare, prevede che la misura può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto qualora la madre sia deceduta o impossibilitata «e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre»³⁷⁷. La Suprema Corte ha ribadito l'interpretazione

³⁷⁵ V. VIOLI, *Il finalismo rieducativo della pena*, in AA.VV., in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di BALDUCCI, MACRILLÒ, Milano, 2019, 757.

³⁷⁶ La legge 21 aprile 2011, n. 62 ha inserito il comma 1-*bis* all'interno dell'art. 47-*quinquies* il quale stabilisce che l'espiazione della quota di pena richiesta per la fruizione della detenzione domiciliare speciale (un terzo o, nel caso di condanna all'ergastolo, quindici anni) può avvenire «presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli. In caso di impossibilità di espiazione della pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, la stessa può essere espiaata nelle case-famiglia protette, ove istituite».

³⁷⁷ L'inciso è stato aggiunto dal legislatore del 2001 accanto ai requisiti già previsti dall'art. 47-*ter* ed è stato altamente criticato in quanto individua la figura paterna in termini di residualità. V. CESARIS, *sub. art. 47-quinquies*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 704 ss; CESARIS, MARCHETTI, *sub. art. 21-bis*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 348 ss;

restrittiva circa l'assoluta impossibilità della madre di provvedere alla prole e ha chiarito che, ai fini della concessione della detenzione domiciliare ordinaria o speciale al padre detenuto, il citato presupposto può essere ritenuto sussistente solo se legato a condizioni di salute, di lavoro o di altra natura sempre riguardanti la persona della madre³⁷⁸.

La misura della detenzione domiciliare in forma ordinaria di cui all'art. 47-ter, comma 1, lett. a) e b) e in forma speciale di cui all'art. 47-quinquies, in origine, non si applicava ai detenuti e agli internati per reati di cui all'art. 4-bis ord. penit. che non avessero ossequiato le condizioni previste dalla norma. Il cambio di rotta è avvenuto nell'ultimo decennio con una sequenza di pronunce della giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo, la sentenza n. 177 del 2009 affronta il tema dei regimi differenziati ed estende l'applicazione della disciplina di favore di cui art. 47-sexies ord. penit. Quest'ultima norma, invero, stabilisce un limite temporale più lungo – di dodici ore – in cui le detenute madri, ammesse alla detenzione domiciliare speciale, possono allontanarsi volontariamente dal domicilio senza incorrere in revoca o in condanna ex art. 385 cod. penit. La Consulta, con la menzionata decisione, estende il regime anche a condannate beneficiarie della detenzione domiciliare ex art. 47-ter, comma 1, lett. a) e ciò in virtù della *ratio* della norma derogatoria³⁷⁹. Circa un decennio più tardi, la Corte costituzionale termina il processo di equiparazione della detenzione domiciliare «ordinaria» e speciale mediante l'estensione della previsione dell'art. 47-sexies anche ai padri detenuti cui sia stata applicata la detenzione domiciliare ex art. 47-ter, comma 1, lett. b) – così ha disposto la sent. n. 211 del 2018³⁸⁰.

³⁷⁸ V. Cass. pen., sez. I, 16.02.1994, n. 849, in *Giust. pen.*, 1995, II, 35; nonché Cass. pen., sez. I, 19.12.2017, n. 25164, in *Riv. pen.*, 2018, 701 ss.

³⁷⁹ V. Corte cost., 10.06.2009, n. 177, dep. 12.06.2009.

³⁸⁰ V. Corte cost., 25.10.2018, n. 211, dep. 22. 11. 2018. Sull'argomento v. SIBILLO, *Detenzione domiciliare 'ordinaria' del padre di prole di età inferiore a 10 anni ed evasione: la Corte Costituzionale limita la rilevanza penale del fatto all'allottamento superiore a 12 ore, come nell'ipotesi della detenzione domiciliare 'speciale'*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

Successivamente alla pronuncia costituzionale del 2009, la Consulta torna ad affrontare il tema degli automatismi con due sentenze: la n. 31 del 2012 e la n. 7 del 2013³⁸¹. Il nucleo della questione attiene all'applicazione della pena accessoria a contenuto interdittivo della decadenza dalla responsabilità genitoriale in caso di condanna, nel caso di specie, per i reati di cui agli artt. 566 e 567³⁸². L'automatismo con cui si applica la pena accessoria compromette pesantemente l'interesse del minore e preclude «al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria»³⁸³.

La via segnata dalle pronunce della Corte costituzionale ha condotto verso la molto attesa sentenza n. 236 del 2014 che dichiara illegittima la preclusione all'accesso alla detenzione domiciliare speciale predisposta nei confronti delle detenute madri condannate per reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen³⁸⁴.

La questione di legittimità era stata promossa dal Tribunale di sorveglianza di Firenze³⁸⁵ che asseriva l'incompatibilità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. rispetto agli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui vietava la concessione della misura di cui all'art. 47-*quinquies* ord. penit. alle condannate madri di prole di età non superiore a dieci anni che non collaborassero con la giustizia³⁸⁶.

³⁸¹ V. Corte cost., 23.02.2012, n. 31, dep. 12.02.2012; Corte cost., 16.01.2013, n. 7, dep. 23.01.2013.

³⁸² V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, Milano, 2020, 105.

³⁸³ Così, Corte cost., 23.02.2012, n. 31, dep. 12.02.2012.

³⁸⁴ V. sul tema CASSIBBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in *Arch. Pen.*, 2014; TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.*, 2014; CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Arch. Pen.*, 2014.

³⁸⁵ Il Tribunale di sorveglianza di Firenze ha sollevato la questione di legittimità con ordinanza del 31 gennaio 2013, iscritta al n. 103 del registro ordinanze 2013.

³⁸⁶ V. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.

Il Giudice costituzionale ha ritenuto «prioritario» l'interesse³⁸⁷ «di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile 'normale' con la madre (o, eventualmente, con il padre)»³⁸⁸. Il giusto bilanciamento tra l'interesse legato alla difesa sociale e quello inerente alla tutela del minore si rinviene nell'attività di verifica del giudice di sorveglianza che, di volta in volta, deve accertare la sussistenza del pericolo di commissione di ulteriori delitti da parte della condannata. La disciplina censurata, dunque, è stata ritenuta lesiva dei parametri costituzionali evocati dal giudice *a quo* in virtù del fatto che incide su un valore preminente quale quello della tutela dell'interesse del minore. La conclusione è avvalorata dal fatto che il minore è soggetto estraneo «tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare»³⁸⁹ e, dunque, subirebbe e pagherebbe le conseguenze negative di errori altrui³⁹⁰.

La Corte costituzionale, nel dichiarare illegittimo l'art. 4-*bis* rispetto alla detenzione domiciliare speciale, ha esteso la declaratoria, in via consequenziale, anche alla detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b) in ragione delle identiche finalità dei due istituti³⁹¹.

Il percorso garantista della giurisprudenza costituzionale non si è arrestato alla pronuncia esaminata, bensì è proseguito con la sentenza n. 76 del 2017 e la sentenza n.

³⁸⁷ L'esigenza che la pretesa punitiva non arrechi nocumento al valore della tutela del minore trova riconoscimento a livello costituzionale (artt. 29, 30, 31, Cos.), ma anche sovranazionale (art. 3, comma 1, Convenzione sui diritti del fanciullo e art. 24, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

³⁸⁸ Così, Corte cost., 22.10.2014, n. 239, dep. 22.10.2014.

³⁸⁹ Così, Corte cost., 22.10.2014, n. 239, dep. 22.10.2014.

³⁹⁰ V. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in DOLCINI, FASSONE, GALLIANI, PINTO DE ALBUQUERQUE, PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 157; SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, 3940.

³⁹¹ La Corte costituzionale ha esteso la declaratoria alla detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter*, comma 1. Lett. a) e b) in applicazione dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

18 del 2020³⁹². La prima estende l'applicabilità del comma 1-*bis* dell'art. 47-*quinquies* ord. penit. anche alle detenute madri condannate per reati di cui all'art. 4-*bis*³⁹³. Si rammenta che il citato comma 1-*bis* attribuisce alle detenute madri la possibilità di scontare la quota di pena richiesta dal comma 1 presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri – denominato ICAM – ovvero presso il proprio domicilio qualora non sussista pericolo di fuga o di recidiva. Con la sentenza n. 18 del 2020, il Giudice costituzionale è intervenuto in tema di detenzione domiciliare speciale e di figli minori, aventi età superiore ai dieci anni, affetti da disabilità. Già la sentenza n. 350 del 2003 aveva attribuito alle detenute madri e ai padri, destinatari della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, comma 1, la possibilità di accudire il figlio portatore di handicap ancorché avente età superiore al limite stabilito dalla norma. Considerata l'identità di *ratio* della detenzione domiciliare ordinaria e speciale, l'intervento della Corte costituzionale ristabilisce l'equilibrio e, pertanto, consente l'applicazione della misura qualunque sia l'età della persona svantaggiata³⁹⁴.

6. I benefici penitenziari esclusi dalle limitazioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

Il catalogo delle preclusioni *ex art. 4-bis* ord. penit. è alleggerito da determinati benefici penitenziari cui il regime ostativo non si applica. Oltre ai permessi di necessità di cui all'art. 30 ord. penit., si annoverano la sospensione dell'esecuzione di cui agli

³⁹² Alle menzionate sentenze va aggiunta, inoltre, la seguente pronuncia: Corte Cost., 22.05.2019, n. 187, dep. 18.07.2019 che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, commi 1, 2 e 3, della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...], nella parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinquies* della stessa legge n. 354 del 1975, al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate nel comma 2 dello stesso art. 58-*quater*».

³⁹³ V. Corte cost., 08.03.2017, n. 76, dep. 12.04.2017. Per un commento v. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 08 maggio 2017.

³⁹⁴ V. Corte cost., 15.01.2020, n. 18, dep. 14.02.2020. Per un commento v. LEO, *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in *Sistema Penale*, 17 febbraio 2020.

art. 146 e 147 c. p. e 47-ter, comma 1-ter³⁹⁵ ord. penit. e la detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, comma 1 nei casi di grave infermità fisica del detenuto in ragione dell'ovvia prevalenza dello spirito umanitario rispetto a istanze di tutela collettiva³⁹⁶.

Inoltre, l'esclusione riguarda l'affidamento in prova c.d. «terapeutico» di cui all'art. 94 t.u. 309/1990 che, in origine disciplinato dall'art. 47-bis ord. penit., non appartiene al novero delle misure di cui al capo VI della legge di ordinamento penitenziario e, dunque, è estraneo alle limitazioni di cui all'art. 4-bis. L'assunto sembra, da un lato, confermato dall'art. 58-quater, che ai primi commi si limita a menzionare l'affidamento in prova *ex* art. 47, dall'altro, smentito dalla formulazione dell'art. 656, comma 9, c. p. p. Quest'ultimo, invero, non consente che, nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, possa essere disposta la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui al comma 5, il quale espressamente si riferisce anche al beneficio dell'affidamento in prova «particolare». La logica conseguenza è che anche nei confronti dei soggetti affidati in prova ai sensi dell'art. 94 t.u. stupefacenti e condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-bis non si applica la sospensione dell'esecuzione in ossequio al comma 9. Il raccordo tra le norme, infine, potrebbe indurre a ricomprendere la misura in esame tra le preclusioni del regime ostativo. Tuttavia, è stato sostenuto che l'abrogazione dell'art. 47-bis ord. penit. è esplicativa della estraneità dell'affidamento in prova «terapeutico» dall'area delle misure alternative del capo VI e, dunque, lo *status* di pericolosità che appartiene all'autore di reati di cui all'art. 4-bis, seppure non gli consenta di essere ammesso alla sospensione dell'ordine di esecuzione, non produce effetti negativi sul piano dell'applicazione della

³⁹⁵ In riferimento al comma 1-ter dell'art. 47-ter ord. penit., si precisa che la Corte costituzionale, con sentenza 20.02.2019, n. 99, dep. 19.04.2019 ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, 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, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 del medesimo art. 47-ter».

³⁹⁶ V. Cass. pen., 28.04.2001, n. 2491.

misura. Autorevole dottrina³⁹⁷ ha perfino sostenuto che la *ratio* di favore che regola lo *status* di tossicodipendente dovrebbe escludere il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, anche in presenza di autori di reati di cui all'art. 4-*bis*³⁹⁸. Il differente trattamento imposto nei confronti di chi può beneficiare della suddetta sospensione e di chi, seppur tossicodipendente, non può accedervi, suscita molte perplessità in ordine alla legittimità costituzionale con specifico riguardo all'art. 3 Cost.³⁹⁹ I dubbi si acuiscono se si considera che la sospensione dell'ordine di esecuzione, per espressa deroga del comma 9 dell'art. 656 c. p. p., si applica nei confronti dei condannati «ostativi» che, al momento del passaggio in giudicato della sentenza, stiano seguendo un programma di recupero agli arresti domiciliari *ex art. 89 t.u. stupefacenti* e non invece nei confronti di chi stia affrontando il medesimo percorso riabilitativo pur senza essere assoggettato a misura cautelare.

L'estraneità alle limitazioni di cui all'art. 4-*bis* dell'affidamento in prova terapeutico riguarda, in ogni caso, solo coloro che, autori di reati ostativi, sono stati condannati a pena detentiva inferiore ad anni quattro, anche quale residuo di maggior pena⁴⁰⁰. Lo prevede espressamente il comma 1 dell'art. 94 t.u. stupefacenti che fissa il diverso limite di anni sei di reclusione, anche quale residuo di maggior pena, per i condannati per reati distinti da quelli indicati all'art. 4-*bis*. In merito alla diversa entità di pena richiesta, si osservi un recente ricorso per cassazione in cui è stata fatta valere la violazione del finalismo rieducativo della pena e della tutela della salute, l'illegittimità dell'automatismo con cui viene preclusa la misura terapeutica ai

³⁹⁷ V. MACCORÀ, *La disciplina dell'art. 656 c.p.p.*, in PRESUTTI, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (Legge 27 maggio 1998, n. 165)*, Padova, 1999, 94.

³⁹⁸ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 50.

³⁹⁹ V. FIORIO, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 163 s.

⁴⁰⁰ Per completezza, si precisa che se nel corso di un affidamento terapeutico *ex art. 94 t.u. stupefacenti* sopravviene un provvedimento di unificazione di pene concorrenti, relativo ad una pena superiore a quattro anni di reclusione e comprensivo di taluno dei reati indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit., questo non è di ostacolo allo scioglimento del cumulo ai fini della verifica di ammissibilità di prosecuzione della misura, sempre che il condannato abbia espiato la parte di pena relativa ai reati ostativi: Cass. pen., sez. I, n. 24721/2015; Cass. pen., sez. I, n. 1405/2010; v. contra Cass. pen., sez. I, n. 41322/2009.

condannati per reati ostativi a pena superiore ai quattro anni e l'irragionevolezza della differenziazione delle condizioni formali di accesso al beneficio. Nonostante la – arbitraria – validità delle argomentazioni, il ricorso è stato rigettato dalla Suprema Corte sul presupposto che la disciplina dell'art. 94 tollera diversificazioni e che queste non sono irragionevoli se basate sulla diversa carica di disvalore di una condotta e sulla maggiore pericolosità del suo autore⁴⁰¹.

In ultima analisi, non rientra nel campo delle preclusioni di cui all'art. 4-*bis* la disciplina delle misure alternative alla detenzione previste per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria. La regolamentazione si rintraccia nell'art. 47-*quater* ord. penit. il cui comma 9 dispone l'applicabilità dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare a prescindere dai divieti di concessione previsti dall'art. 4-*bis*. La disposizione è coerente con la priorità attribuita alle esigenze di cura e assistenza rispetto all'interesse della collettività e all'incentivo della collaborazione. La norma, tuttavia, sembra equivoca laddove prevede che restino fermi gli accertamenti dei commi 2, 2-*bis* e 3 dell'art. 4-*bis* in quanto, implicitamente, sminuisce il valore della deroga operata nei confronti dei malati di immunodeficienza acquisita. Nell'ipotesi in cui il soggetto «qualificato» sia responsabile di un delitto indicato all'art.4-*bis*, il dato normativo sembra chiedere al giudice di sorveglianza un accertamento preliminare obbligatorio e, conseguentemente, autorizza l'organo giudicante a non concedere la misura qualora vengano acquisite informazioni dal c.p.o.s. o dal questore che attestino la sussistenza di legami con la criminalità organizzata. L'interpretazione offerta appare l'unica plausibile e razionale, nonostante mostra la difficoltà di armonizzazione della disciplina e rende palese la presenza di dubbi di illegittimità, che si manifestano anche con riguardo alle preclusioni comunque previste per i malati, seppur gravissimi, «comuni»⁴⁰².

⁴⁰¹ V. Cass., pen., sez. I, 16.06.2020, n. 20702.

⁴⁰² V. FIORIO, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, cit., 88; FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002.

6.1. La liberazione anticipata ordinaria e speciale.

L'art. 4-*bis*, comma 1 ord. penit., nel prevedere la sua applicazione alle misure di cui al capo VI della legge di ordinamento penitenziario, esclude espressamente la liberazione anticipata *ex art.* 54 ord. penit. Questa può essere considerata una «sanzione positiva» o una «estinzione parziale della pena»⁴⁰³ dato che rispecchia una natura più premiale che alternativa al carcere⁴⁰⁴.

La liberazione anticipata, invero, consiste nella riduzione dalla pena residua da espiare di quarantacinque giorni per ogni semestre in cui il condannato ha dimostrato di partecipare attivamente all'opera rieducativa⁴⁰⁵. La verifica è operata seguendo il criterio della «semestralizzazione», cioè mediante una valutazione frazionata di semestre in semestre, da parte del magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 69-*bis* ord. penit.⁴⁰⁶ L'effetto rieducativo della misura è apprezzabile in quanto l'idea di ottenere un vantaggio incentiva comportamenti di segno positivo e incoraggia la risocializzazione. Nonostante ciò, la Corte costituzionale, nella sentenza n. 306 del 1993, ha sostenuto che l'apertura di tale beneficio ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* non rappresenta altro che «una valvola di sfogo» per garantire la compatibilità dell'intera disciplina dei reati ostativi all'art. 27, comma 3 Cost. in quanto salvaguardia, seppure in misura limitata, la funzione rieducativa della pena⁴⁰⁷.

⁴⁰³ V. FLORA, *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Novissimo Digesto It.*, vol. V, Torino, 1980, 104 ss.

⁴⁰⁴ V. MINERVA, *Ordinamento penitenziario 1) Diritto penale*, in *Encl. Giur. Treccani*, Roma, 1991, 9; SPAVENTI, GHEZZI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale*, in AA.VV., *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di BALDUCCI, MACRILLÒ, Milano, 2019, 559.

⁴⁰⁵ V. sul tema CASARONI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, 45. Inoltre, v. Cass. pen., sez. I, n. 20158 del 2017.

⁴⁰⁶ L'art. 69-*bis* ord. penit. è rubricato «Procedimento in materia di liberazione anticipata» e dispone l'adozione della misura da parte del magistrato di sorveglianza che adotta apposita ordinanza in camera di consiglio senza la presenza delle parti.

⁴⁰⁷ V. Corte cost. 11.06.1993, n. 306, dep. 08.07.1993. Cfr. GAITO, *Limiti applicativi per la liberazione anticipata?*, in *G. it.*, 1993, 549.

La liberazione anticipata può essere concessa ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1 solo in presenza di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e, quindi, in virtù di previa richiesta da parte del magistrato di sorveglianza all'organo provinciale competente. L'asserzione deriva dall'ordinanza n. 271 del 1992 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità relativa all'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, sollevata rispetto agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., proprio nella parte in cui prevede che le istanze intese all'ottenimento della riduzione di pena *ex art.* 54 ord. penit. posso trovare accoglimento soltanto se vengono acquisiti i suddetti elementi⁴⁰⁸.

Infine, nell'ambito della liberazione anticipata ordinaria si riscontra una limitazione rispetto ai condannati «ostativi» discendente dal fatto che a tale categoria di rei non si applicano le novità – introdotte dal d.l. 1° luglio 2013, n. 78 convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94 – in tema di «pre-computo» dei giorni di liberazione anticipata, effettuato dal pubblico ministero, per ogni semestre di custodia cautelare sofferta o di pena dichiarata fungile rispetto al titolo da eseguire – v. art. 656, comma 4-*bis*, c. p. p.

L'emergenza dovuta al sovraffollamento carcerario, insieme alle sollecitazioni ricevute a livello europeo⁴⁰⁹, hanno indotto il legislatore a emanare il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 convertito in l. 19 febbraio 2014, n. 10⁴¹⁰ con cui fu introdotta la liberazione anticipata speciale, una misura avente natura eccezionale e derogatoria

⁴⁰⁸ V. Corte cost., ord. 03.06.1992, n. 271, dep. 12.06.1992.

⁴⁰⁹ La principale pressione a livello europeo è derivata dalla sentenza: Corte EDU 08.01.2013, *Torreggiani c. Italia* con cui la seconda sezione della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia nel giudizio promosso da Torreggiani ed altri, riconoscendo la violazione dell'art. 3 della Convenzione in forza del sovraffollamento delle carceri in cui gli interessati erano stati ristretti. La Corte, per mezzo della sentenza pilota, ha identificato la natura strutturale della violazione, sollecitando il nostro Paese all'individuazione di rimedi idonei (anche di tipo compensativo o risarcitorio), ed accantonando per la durata di un anno la trattazione di cause consimili. V. LEO, *Prime valutazioni della Corte Costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, nt. 2.

⁴¹⁰ Il decreto legge fu varato come misura straordinaria per fronteggiare il problema del sovraffollamento penitenziario e per individuare rimedi compensativi e risarcitori per i detenuti che avessero subito una detenzione inumana e degradante, in violazione dell'art. 3 CEDU.

rispetto alla omologa forma ordinaria.⁴¹¹ La misura si connotava per il carattere temporaneo, stabilito nel termine di due anni dalla data di entrata in vigore del decreto, e si presentava come più favorevole per il detenuto rispetto alla liberazione anticipata ordinaria poiché comportava la detrazione di una maggiore frazione di pena uguale a settantacinque giorni per ogni semestre in cui il condannato avesse dato prova della partecipazione all'opera rieducativa. La nuova misura, inoltre, consentiva l'ulteriore detrazione retroattiva di trenta giorni ai condannati che, a decorrere dal 1° gennaio 2010, avessero già usufruito della liberazione anticipata *ex art. 54 ord. penit.*, purché avessero mantenuto costante la partecipazione all'attività rieducativa.

Per quanto concerne i condannati «ostativi», la formulazione originaria del decreto prevedeva l'applicabilità della misura a ogni categoria di condannato, ivi compresi i responsabili di reati di cui all'art. 4-*bis*. L'art. 4, comma 4 del decreto chiedeva che in queste ipotesi fosse osservato un onere probatorio rafforzato, coincidente con la prova «di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità». Senonché, la legge di conversione ha abrogato la menzionata disposizione e ha introdotto nell'*incipit* dell'art. 4, comma 1 l'espressa esclusione dei condannati per i delitti indicati all'art.4-*bis* dalla concessione della liberazione anticipata speciale⁴¹².

La Suprema Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 d.l. n. 146/2013, così come modificato dalla legge di conversione n. 10 del 2014, sollevata rispetto agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui esclude i condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* dalla disciplina relativa alla liberazione anticipata speciale. La motivazione risiede nella peculiarità del regime immesso che, attinente alla versione più favorevole di un beneficio che già è applicabile

⁴¹¹ V. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 2014; IOVINO, *La liberazione anticipata speciale*, in CONTI, MARANDOLA, VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, 69.

⁴¹² V. CARACENI, *sub art. 4-bis*, cit., 50.

a tutti i condannati, può essere legittimamente sottoposto a limitazioni in ragione della maggiore pericolosità della suddetta categoria di rei⁴¹³.

La modificazione della previsione inerente ai condannati «ostativi» ha determinato il sorgere di una questione controversa relativa al regime intertemporale applicabile all'istanza di concessione della misura presentata precedentemente alla legge di conversione, ossia nell'arco di tempo che va dal 2010 al 2013. La giurisprudenza di legittimità, data la natura processuale dell'istituto, ha escluso che la norma del decreto legge nella parte non riprodotta nella legge di conversione potesse avere efficacia ultrattiva e, dunque, non ha ritenuto applicabile la disposizione non più in vigore ancorché più favorevole. La Suprema Corte ha giustificato tale conclusione considerando, da un lato, l'impossibilità di applicare il principio di irretroattività della legge più favorevole a materia estranea al diritto sostanziale, dall'altro, la non riferibilità delle regole attinenti alla successione di leggi nel tempo alla disposizione di un decreto legge non recepita in sede di conversione⁴¹⁴. Altra parte della giurisprudenza di legittimità ha sinteticamente ritenuto che, in sede di merito, la preclusione della liberazione anticipata speciale opera nei confronti dei condannati *ex art. 4-bis*, tuttavia, è necessario procedere allo scioglimento del cumulo per verificare se sia stata espiata frazione di pena riferibile al reato ostativo e se, per l'eventuale porzione di pena residua relativa a reati diversi da quelli di cui all'*art. 4-bis*, ricorrono i requisiti per la concessione del suddetto beneficio⁴¹⁵.

Ulteriore questione si è sviluppata intorno alla disciplina della liberazione anticipata speciale relativamente ai condannati per reati di cui all'*art. 4-bis* minorenni al momento del compimento del fatto delittuoso. Il Tribunale per i minori di Milano,

⁴¹³ Cass. pen., sez. I, n. 48570 del 2017. Inoltre, v. MARANDOLA, *Art. 4-bis*, in AA. VV., *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di FIORENTIN, SIRACUSANO, Milano, 2019, 61.

⁴¹⁴ Cass. pen., sez. I, n. 3130/2014; Cass. pen., sez. I, n. 3407/2014; Cass. pen., sez. I, n. 18709/2015; Cass. pen., sez. I, n. 4451/2015. V. MARANDOLA, *Art. 4-bis*, cit., 61; 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.*, f. 3-4, 2014, 322.

⁴¹⁵ Cass. pen., sez. I, n. 53781/2014; Cass. pen., sez. I, n. 1655/2014; Tds Catania, 19.02.2015; Tds Udine, 16.03.2016.

intervenuto quale giudice di reclamo proposto avverso un provvedimento del magistrato di sorveglianza, ha adito la Corte costituzionale sollevando questione di legittimità dell'art. 4 d.l. n. 146/2013 in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 31, comma 2 Cost. Il giudice *a quo* riteneva che la mancata applicazione della liberazione anticipata speciale nei confronti di soggetti minori d'età al momento del fatto avrebbe comportato «un contrasto del dettato normativo di cui all'art. 4 della legge 10 del 2014 [...] con l'esigenza di flessibilità e di protezione dell'infanzia e della gioventù (garantite dagli artt. 3 e 31 II co. della Costituzione) che caratterizza il trattamento del detenuto minorenni»⁴¹⁶. In sostanza, il rimettente sosteneva che gli anzidetti soggetti minorenni avrebbero dovuto giovare della maggiore riduzione di pena di settantacinque giorni introdotta dalla liberazione anticipata speciale per il tempo di un biennio, altrimenti verificandosi un contrasto con l'assodato principio per cui il trattamento dei minorenni deve essere differenziato rispetto a quello degli adulti per ragioni inerenti alla formazione della personalità del minore.

La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione sollevata dal giudice *a quo* per via dell'insufficiente esposizione dei motivi che giustificano il contrasto tra la norma censurata e i parametri costituzionali evocati e per la contraddittorietà dell'oggetto della proposta declaratoria di illegittimità rispetto agli argomenti evidenziati nell'ordinanza di rimessione⁴¹⁷. La Consulta denota, dall'esposizione del rimettente, la non piena consapevolezza e conoscenza della struttura della neo introdotta disciplina e il mero obiettivo di recuperare la propria discrezionalità valutativa nella concessione della misura in favore del detenuto minorenni al momento del fatto⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Tribunale per i minorenni di Milano, ordinanza del 10.03.2015, iscritta al n. 138 del registro ordinanze 2015.

⁴¹⁷ V. LEO, *Prime valutazioni della Corte Costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3; nonché PACE, «*Il buono, il brutto e il cattivo*» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. *Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, 1 ss.

⁴¹⁸ V. Corte cost., 27.01.2016, n. 32, dep. 17.02.2016.

7. L'art. 4-bis ord. penit. e la liberazione condizionale.

La liberazione condizionale è un istituto di diritto penale sostanziale disciplinato dall'art. 176 c. p. e collocato nel titolo dedicato alla «estinzione del reato e della pena»⁴¹⁹. La misura viene concessa nei confronti di chi abbia mostrato, nel corso dell'espiazione, un sicuro ravvedimento⁴²⁰ e abbia scontato una frazione di pena stabilita in via differenziata dalla norma penale⁴²¹. Inoltre, l'ultimo comma dell'art. 176 c. p. richiede che siano state adempiute le obbligazioni civili derivanti dal reato ovvero che il condannato abbia dimostrato di essere nell'impossibilità di soddisfarle.

Il divieto di cui all'art. 4-bis si estende interamente alla misura della liberazione condizionale per espressa previsione dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991 il quale, successivamente alla modifica operata dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, dispone al primo comma che «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 i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici ivi indicati». Inoltre, il secondo comma precisa che, ferme le ulteriori condizioni annoverate all'art. 176 c. p., è comunque richiesta

⁴¹⁹ Per quanto riguarda la natura giudica dell'istituto v. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017; DEL RE, *La disciplina della liberazione condizionale tra logica sanzionatoria e logica di trattamento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1978, 381; CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, Padova, 1979; IOVINO, *Sulla diversa natura giudica della liberazione condizionale generale e speciale*, in *Cass. pen.*, 1991, 2091.

⁴²⁰ La Corte di cassazione ha offerto un importante contributo interpretativo in relazione al requisito del sicuro ravvedimento, ex multis si rammenta quanto precisato in *Cass. pen.*, sez. I, 17.07.2012, n. 34946: «[...] ai fini della concessione della liberazione condizionale, la nozione di “ravvedimento” comprende il complesso dei comportamenti concretamente tenuti ed esteriorizzati dal soggetto durante il tempo dell'esecuzione della pena, obiettivamente idonei a dimostrare, anche sulla base del progressivo percorso trattamentale di rieducazione e di recupero, la convinta revisione critica delle pregresse scelte criminali e a formulare in termini di “certezza” – o di elevata e qualificata probabilità confinante con la certezza – un serio, affidabile e ragionevole giudizio prognostico di pragmatica conformazione della futura condotta di vita del condannato all'osservanza delle leggi, in precedenza violate».

⁴²¹ L'art. 176 c. p. stabilisce che la liberazione può essere concessa se il condannato «ha scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni» ovvero, se si tratta di recidivo ex art. 99 c. p., «almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli». Infine, se si tratta di soggetto condannato all'ergastolo, «almeno ventisei anni di pena».

l'espiazione di almeno i due terzi della pena temporanea – a differenza della meno rigida quota di «metà» della pena.

La menzionata previsione induce a ritenere superabile il divieto di concessione e il più elevato limite di pena fissato solo ove siano state osservate le condizioni previste dall'art. 4-*bis*. Nell'ipotesi di collaborazione proficua trova applicazione la regola generale secondo cui, salvi gli altri requisiti, la liberazione condizionale può essere concessa se sia stata espia almeno metà della pena⁴²². Si precisa che alla condotta collaborativa piena sono equiparate la collaborazione irrilevante ovvero quella impossibile sulla base di espressa disposizione della Consulta, sent. n. 68 del 1995⁴²³. In un simile contesto, l'elemento della collaborazione concretamente esigibile, secondo altra pronuncia della Corte costituzionale, rappresenta un vero e proprio «indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato»⁴²⁴, così consentendo di accertare la persistenza o meno della pericolosità sociale del condannato senza stravolgere gli elementi costitutivi della liberazione condizionale.

Inoltre, con la pronuncia n. 39 del 1994 il Giudice costituzionale ha chiarito che il rinvio operato all'art. 4-*bis* da parte dell'art. 2 del decreto, avendo natura meramente formale, fa sì che le modifiche intervenute nel testo e l'evoluzione interpretativa dell'art. 4-*bis* producono immediatamente i loro effetti anche rispetto alla liberazione condizionale⁴²⁵.

⁴²² Cass. pen., sez. I, 19.11.1997, n. 209371; contra Cass. pen., sez. I, 13.04.2010, n. 246669 secondo cui soltanto un'effettiva collaborazione può derogare al più severo limite di due terzi di pena espia per l'accesso alla liberazione condizionale.

⁴²³ In tema di collaborazione impossibile v. Corte cost., 22.02.1995, n. 68, dep. 01.03.1995 con cui la Consulta ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, primo comma, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 [...], nella parte in cui non prevede che i condannati per i delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, possano essere ammessi alla liberazione condizionale anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata».

⁴²⁴ Così, Corte cost., 05.07.2001, n. 273, dep. 20.07.2001.

⁴²⁵ V. Corte cost., 07.02.1994, n. 39, dep. 17.02.1994.

7.1. L'ergastolo «ostativo» e il diritto alla speranza: incostituzionalità e incompatibilità convenzionale.

Il legislatore, mosso dall'intento di adeguarsi ai parametri costituzionali che respingono il concetto del «fine pena mai», ha esteso l'applicazione della liberazione condizionale *ex art. 176 c. p.* anche agli ergastolani che abbiano espiato almeno ventisei anni di pena. Il raggiungimento della quota necessaria è incentivato dall'applicazione a tali soggetti anche della liberazione anticipata *ex art. 54 ord. penit.* che conduce alla progressiva riduzione dell'entità della pena.

L'asserito obiettivo di superare la presunzione di «non recuperabilità» del condannato a pena perpetua non è stato ottemperato, invece, nei confronti degli ergastolani per i reati di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. L'assenza di collaborazione con la giustizia conduce alla totale impossibilità per gli stessi di accedere alla misura della liberazione condizionale, vanificando anche la concessione della liberazione anticipata, da sola incapace di incidere su tempi e modalità dello *status detentionis*. Il consequenziale effetto deplorabile e iniquo prende il nome di ergastolo «ostativo»: da taluni definito come «frutto velenoso di una miscela perversa»⁴²⁶, laddove altri hanno parlato non di pena di morte, ma di «morte della pena»⁴²⁷.

I condannati all'ergastolo per alcuni gravi delitti, come quelli in materia di criminalità organizzata o di terrorismo, possono evitare il carcere perpetuo e, quindi, godere dei benefici penitenziari e della liberazione condizionale soltanto collaborando con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. Ove la condotta collaborativa non possa essere prestata per oggettiva irrilevanza o per impossibilità, le misure premiali potranno essere ottenute solo dopo che sia stata offerta la prova – definita

⁴²⁶ Così, NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *R. it. dir. proc. pen.*, f. 4, 2017, 1509.

⁴²⁷ Così, PADOVANI, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, t. I, Milano, 2018, 30.

«diabolica»⁴²⁸ – dell’assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

L’art. 4-*bis* ha implicitamente introdotto una diversa forma di ergastolo che si pone a fianco a quello «comune», ma che presenta «caratteri di più ben verosimile e difficilmente evitabile perpetuità»⁴²⁹. Le condizioni di accesso alla liberazione condizionale e alla misura alternativa della semilibertà – l’unica concedibile – sono molto più rigide per l’ergastolano ostativo rispetto a quello comune poiché non è sufficiente il sicuro ravvedimento *ex art. 176 c. p.* o l’esito positivo del trattamento rieducativo *intra moenia* o, ancora, una prognosi positiva di non recidività, bensì si richiede un’unica e inflessibile condizione: la collaborazione con la giustizia. In difetto, le porte del carcere sono inesorabilmente serrate *sine die* e vige una «presunzione assoluta di persistente pericolosità del condannato non collaborante»⁴³⁰.

Se di per sé è necessario un considerevole sforzo per rendere compatibile la disciplina semplice della pena perpetua ai principi costituzionali, problematica relativamente alla funzione rieducativa e risocializzante della pena, è chiaro che la rigidità della disciplina dell’ergastolo ostativo solleva ancor più riserve. Il Giudice delle leggi aveva considerato la misura della liberazione condizionale quale valvola di sfogo essenziale per ritenere compatibile l’ergastolo «comune» alla finalità rieducativa della pena *ex art. 27, comma 3, Cost.* e, più in generale, ai principi costituzionali⁴³¹. L’impossibilità di estendere la medesima soluzione all’ergastolo ostativo ha provocato un *deficit* insanabile dovuto alla priorità assegnata alle esigenze di sicurezza collettiva e di prevenzione generale rispetto alla valutazione della personalità del detenuto e della

⁴²⁸ Così definita da FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *R. it. dir. proc. pen.*, f. 4, 2017, 1505 ss. e da NEPPI MODONA, cit.; GATTA, *Superare l’ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1495 ss.

⁴²⁹ V. DOLCINI, *L’ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *R. it. dir. proc. pen.*, f. 4, 2017, 1500 ss.

⁴³⁰ V. DOLCINI, cit. che sottolinea come l’art. 4-*bis* ord. penit., più che premiare la collaborazione, finisce per sanzionarne l’assenza; v. analogamente, FLICK, *Ergastolo ostativo*, cit.

⁴³¹ V. Corte cost., 21.11.1974, n. 264, dep. 22.11.1974.

evoluzione del suo percorso di riabilitazione e rieducazione⁴³². In questa prospettiva, è stato ritenuto violato il principio di separazione dei poteri, dato l'annullamento del potere decisionale del giudice di sorveglianza, e il diritto di difesa espresso in termini di libertà dell'imputato di scegliere se collaborare o meno con la giustizia⁴³³ – si considerano gli artt. 24 e 111 Cost.

La questione di legittimità è stata sollevata dinnanzi la Corte costituzionale che si è pronunciata con la sentenza n. 135 del 2003. Il giudice *a quo*⁴³⁴ asseriva l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. nella parte in cui vieta a chi sia stato condannato all'ergastolo per uno dei delitti ivi previsti di accedere alla liberazione condizionale, se non previa collaborazione con la giustizia. La Consulta ha escluso l'illegittimità costituzionale di tale forma di ergastolo e si è pronunciata in termini negativi⁴³⁵. La motivazione del Giudice si fonda sul presupposto che la preclusione di pericolosità di cui all'art. 4-*bis* non può essere intesa in senso assoluto se si considera che la scelta di collaborare o meno con la giustizia è rimessa al soggetto interessato. Nella visione della Corte la mancata collaborazione è segno inequivocabile della persistenza dei legami tra il soggetto e la criminalità organizzata ed è sufficiente per denotare la pericolosità del condannato senza che possano in alcun modo valere le eventuali ragioni per cui il detenuto ha deciso di adottare una condotta non collaborativa⁴³⁶.

⁴³² V. GALLIANI, *Ponti, non muri: in attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *R. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1158; FIORENTIN, in *Dir. pen. cont.*, 2018, f. 3, 13; GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, cit., 4, secondo cui «la fattispecie collaborativa prevista dall'art. 4-*bis* strumentalizza la persona detenuta per il conseguimento di utili risultati investigativi, fuori da qualunque disegno rieducativo».

⁴³³ V. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-*bis*, co. 1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, imm modificabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, 1222 secondo il quale un regime giuridico così congegnato «non potrà mai ritenersi costituzionalmente ammissibile». V. anche GALLIANI, *Ponti, non muri*, cit., 1174 s.; VARRASO, in *Giust. pen.*, 2004, I, 86 che individua altresì il contrasto con l'art. 6 CEDU.

⁴³⁴ Tribunale di sorveglianza di Firenze, ordinanza 6.03.2002, iscritta al n. 502 del registro ordinanze 2002.

⁴³⁵ V. Corte cost., 09.04.2003, n. 135, 24.04.2003.

⁴³⁶ V. DE MINICIS, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1273 secondo cui l'equiparazione fra «sicuro ravvedimento» e collaborazione rappresenta una mera *fictio iuris* e non un affidabile «parametro legale» su cui adagiarsi.

L'eccezione di legittimità proposta nel 2002 e decisa con la sent. n. 135 del 2003 fu l'ultima questione sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale nei successivi quindici anni dalla presa di posizione della medesima in tema di ergastolo ostativo. L'eccessiva rigidità della pronuncia sembra aver generato un atteggiamento rinunciatorio nella magistratura di sorveglianza che ha preferito adagiarsi sull'insindacabile giudizio e sulla esplicita normativa. In mancanza di una interpretazione costituzionalmente orientata e di sforzi esegetici proficui, ha sorpreso come nessun giudice, né di Cassazione, né di sorveglianza, abbia espresso il dubbio circa la legittimità della disciplina in un arco temporale così ampio⁴³⁷.

Il passaggio epocale in materia si registra nella recente giurisprudenza europea e, in particolare, nella sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo relativa al caso *Viola c. Italia* – «eppure qualcosa di muove»⁴³⁸, «il cielo si tinge di viola»⁴³⁹. La Corte di Strasburgo, in occasione del ricorso presentato dall'ergastolano Marcello Viola, si è pronunciata per la prima volta in tema di ergastolo «ostativo» contro l'Italia accendendo la speranza in tutti i c.d. «fratelli minori» del ricorrente, ossia gli ergastolani ostativi che versano in identica situazione⁴⁴⁰.

La giurisprudenza sovranazionale affronta la questione in esame da circa un decennio: partendo dal leading case *Kafkaris c. Cipro* del 2008, sviluppatosi intorno all'impossibilità di rilascio per revisione della pericolosità sociale del condannato a pena perpetua⁴⁴¹; al caso *Vinter c. Regno Unico* del 2012, in cui vengono chiariti i

⁴³⁷ V. GALLIANI, *Ponti, non muri*, cit., 1185 s.

⁴³⁸ V. GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit.

⁴³⁹ V. SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo*, in *Arch. Pen.*, 3, 2019.

⁴⁴⁰ V. 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 *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

⁴⁴¹ V. Corte EDU, GC, 12.02.2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/2004. Sul punto v. FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti il giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 14. Al caso citato sono seguiti altri casi analoghi, tra cui: Corte EDU, 10.02.2009, *Streicher c. Germania*, ric. n. 40384/2004; Corte EDU, 03.11.2009, *Meixner c. Germania*, ric. n. 26958/2007; Corte EDU, 05.04.2011, *Torkoly c. Ungheria*, ric. n. 4413/2006; Corte EDU, *Todorov c. Bulgaria*, ric. n. 19552/05; Corte EDU, 23.08.2011, *Simenoc c. Bulgaria*, ric. n. 21980/2004; Corte EDU, 08.11.2011, *Dimitrov e Ribov c.*

criteri da rispettare per la comprimibilità della pena all'ergastolo⁴⁴²; a titolo informativo, si rammentano altresì i casi *Öcalan (n. 2) c. Turchia* e *Trabelsi c. Belgio* risalenti al 2014⁴⁴³; *Murray c. Paesi Bassi* del 2017⁴⁴⁴; *T.P. e A.T. c. Ungheria e Matiošaitis e altri c. Lituania* datati 2017⁴⁴⁵; più recente il caso *N. T. c. Russia*⁴⁴⁶ e l'elenco potrebbe ancora proseguire. Il filo conduttore dei casi menzionati è rappresentato dall'identità logica della decisione cui è pervenuta la Corte EDU, la quale sottolinea l'importanza della rieducazione, oltre che della dignità della pena, anche per il soggetto condannato all'ergastolo e la necessità di predisporre meccanismi di riesame che consentano di valutare la perdurante pericolosità del detenuto e, in caso di esito positivo, di assicurare allo stesso porzioni di libertà. Volendo riportare le parole della Corte di Strasburgo, il principio estrapolato sulla base del diritto europeo e di quello internazionale è così compendiabile: «a tutti i detenuti, compresi gli ergastolani, deve essere offerta la possibilità di riabilitarsi e la prospettiva della rimessione in libertà, ove la riabilitazione venisse realizzata»⁴⁴⁷.

L'epigono della evoluzione della giurisprudenza sovranazionale è rappresentato dalla sentenza pronunciata in occasione del caso *Viola c. Italia*, con cui

Bulgaria, ric. n. 34846/2008; Corte EDU, 24.01.2012, *Iordan Petrov c. Bulgaria*, ric. n. 22926/2004; Corte EDU, 14.02.2012, *Kostov c. Bulgaria*, ric. n. 30009/2008.

⁴⁴² V. Corte EDU, 17.01.2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/2009; 130/2010; 3896/2010; e successivamente, Corte EDU, GC, 09.07.2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*. Sul tema v. PINTO DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in DOLCINI, FASSONE, GALLIANI, PINTO DE ALBUQUERQUE, PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 221.

⁴⁴³ V. Corte EDU, 18.03.2014, *Öcalan (n. 2) c. Turchia*, ric. nn. 24069/2003, 197/2004, 6201/2006; 10464/2007; Corte EDU, 04.09.2014, *Trabelsi c. Belgio*, ric. n. 140/2010.

⁴⁴⁴ V. Corte EDU, GC, 26.04.2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ric. n. 10511/2010. Si rileva che in questo caso il soggetto condannato all'ergastolo era un infermo di mente.

⁴⁴⁵ V. Corte EDU 04.10.2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, ric. nn. 37871/2014, 73986/2014; Corte EDU, 23.05.2017, *Matiošaitis e altri c. Lituania*, ric. nn. 22662/2013, 51059/2013, 58823/2013, 59692/2013, 59700/2013, 60115/2013, 69425/2013, 72824/2013.

⁴⁴⁶ V. Corte EDU, 02.06.2020, *N. T. c. Russia*, ric. n. 1472/2011

⁴⁴⁷ Così, Corte EDU, GC, 09.07.2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*; § 114.

i Giudici di Strasburgo dichiaravano l'incompatibilità convenzionale del sistema normativo da cui discende il meccanismo dell'ergastolo ostativo.

La questione di legittimità, come anticipato, venne sollevata dinnanzi la Corte EDU da parte del sig. Marcello Viola. Il ricorrente era stato condannato per la prima volta a dodici anni nel 1999 da parte della Corte d'Assise d'appello di Palmi, nell'ambito del processo relativo alla c.d. «prima faida di Taurianova», per poi essere oggetto di una seconda pronuncia, proveniente dalla Corte di Assise d'appello di Reggio Calabria, con cui viene condannato all'ergastolo «ostativo» per il delitto di associazione di stampo mafioso e altri reati, tra cui anche delitti di sangue, aggravati dall'essere stati commessi con metodo mafioso⁴⁴⁸. Dopo aver trascorso sei anni in regime speciale *ex art. 41-bis* ord. penit., nel 2006 il Tribunale di sorveglianza dell'Aquila accolse il reclamo proposto avverso l'ulteriore proroga del regime sulla base della mancanza di adeguata motivazione relativa alla persistenza di contatti con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza e, conseguentemente, il ricorrente viene trasferito in un circuito di Alta sicurezza. Negli anni successivi, ogni istanza di accesso ai benefici penitenziari o alla liberazione condizionale venne rigettata in ragione dell'insussistenza di una condotta collaborativa con la giustizia, unico elemento, secondo la magistratura, in grado di dimostrare la cessazione definitiva del legame tra il detenuto e le associazioni mafiose. In seguito all'ulteriore rigetto della Corte di cassazione, ed esauriti i ricorsi interni, nel 2016 il Viola si rivolse alla Corte EDU invocando plurime violazioni della Convenzione⁴⁴⁹.

Il ricorrente lamentava di essere sottoposto ad una pena «incomprimibile», che qualificava come inumana e degradante, e di essere «vittima» di una irreversibile presunzione legislativa di pericolosità, superabile soltanto per mezzo di una effettiva

⁴⁴⁸ La prima sentenza di condanna risale al 10 febbraio 1999; la seconda è datata 5 marzo 2002 ed è relativa al c.d. processo Taurus.

⁴⁴⁹ V. SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di viola*, cit., 3, il quale, sinteticamente, espone le norme ritenute violate dal ricorrente: «artt.: 3 CEDU, sostenendo che l'ergastolo ostativo fosse permanente, non offrendogli alcuna possibilità di liberazione anticipata; 5, § 4, CEDU, perché la detenzione non sarebbe mai stata considerata legittima, sulla base di una valutazione nel merito; 6, § 2, CEDU, in materia di diritto al silenzio, ritenuta una conseguenza della presunzione di innocenza; 8 CEDU, inerente all'obbligo di collaborazione con la giustizia, che violerebbe l'integrità morale della persona».

collaborazione con la giustizia⁴⁵⁰. Inoltre, lo stesso si considerava avvolto da un senso di angoscia dato dalla consapevolezza che, a prescindere dall'andamento del percorso rieducativo, il suo comportamento sarebbe stato sempre e comunque ininfluenza e insuscettibile di valutazione da parte della magistratura di sorveglianza.

La Corte di Strasburgo, al termine di un'attenta disamina delle argomentazioni delineate dalle parti, ha dichiarato la violazione dell'art. 3 CEDU, che sancisce il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti.

Il Giudice ha considerato la pena dell'ergastolo astrattamente compatibile con la Convenzione, a condizione che i singoli ordinamenti adottino meccanismi di revisione della pena perpetua che consentano alle autorità nazionali di valutare il percorso riabilitativo del detenuto e la sussistenza di motivi che giustificano la protrazione della detenzione. Il principio della dignità umana, invero, impedisce «di privare una persona della libertà, senza lavorare allo stesso tempo al suo reinserimento e senza fornire alla stessa la possibilità di riconquistare un giorno questa libertà»⁴⁵¹. L'esigenza di un meccanismo di riesame si sviluppa intorno alla consapevolezza che la personalità del detenuto non resta congelata al momento in cui fu commesso il reato, bensì può evolversi nel corso dell'esecuzione della pena in ossequio alla funzione rieducativa che spinge il condannato a rivedere in maniera critica il suo percorso criminale. La Corte EDU ha riconosciuto la particolare gravità dei delitti per cui il ricorrente è stato condannato ma, contestualmente, ha ritenuto che nulla potesse giustificare eccezioni alla disposizione di cui all'art. 3 della Convenzione, che proibisce in maniera assoluta le pene inumane e degradanti⁴⁵².

In tema di collaborazione con la giustizia, è pacifica la facoltà dello Stato di pretendere la prova della dissociazione dall'ambiente criminale, purché l'unico

⁴⁵⁰ «A riguardo, argomenta che il sistema italiano obbliga il condannato a collaborare con la giustizia, in quanto un eventuale rifiuto lo escluderebbe *a priori* da ogni percorso di reinserimento e da ogni possibilità di accedere alla liberazione condizionale», così Corte EDU, 13.06.2019, *Viola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 77633/2016.

⁴⁵¹ Corte EDU, 13.06.2019, *Viola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 77633/2016.

⁴⁵² Corte EDU, 13.06.2019, *Viola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 77633/2016.

strumento prospettabile non coincida con l'attività collaborativa. La Corte dubita della libertà e della volontarietà della scelta collaborativa, così come delineata nell'ordinamento italiano per tali categorie di condannati, e sottolinea le variabili che possono incidere sulla stessa: da un lato, il condannato potrebbe collaborare con le autorità per ragioni opportunistiche e senza che ciò simboleggi una reale dissociazione dall'organizzazione mafiosa; dall'altro, i motivi che frenano l'attività collaborativa di un soggetto non sono necessariamente legati alla persistente adesione a valori criminali, bensì possono essere legati, ad esempio, al timore per l'incolumità propria o dei propri familiari. L'assenza di collaborazione comporta una presunzione assoluta di pericolosità che priva il condannato di ogni prospettiva realistica di liberazione.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha concluso asserendo che l'ergastolo ostativo «limita eccessivamente la prospettiva di rilascio dell'interessato e la possibilità di riesame della pena»⁴⁵³ e non rispetta le esigenze dell'art. 3 della Convenzione.

In seguito a una pronuncia di tale calibro, le sorti costituzionali dell'ergastolo ostativo si rimettono nuovamente in gioco. In questo contesto, la Corte costituzionale ha già mosso i primi passi verso il superamento della presunzione assoluta di pericolosità sociale, come dimostra la sentenza n. 253 del 2019, e ha ribadito, in più occasioni, la rilevanza dei principi di individualizzazione, progressività e flessibilità della pena derivanti dall'art. 27, comma 3, Cost., i quali devono garantire il graduale reinserimento in società anche del condannato all'ergastolo⁴⁵⁴. I progressi tangibili hanno acceso la speranza di un futuro accoglimento di questioni di costituzionalità inerenti all'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e la speranza sembra essere divenuta realtà se si guarda all'ultimo comunicato stampa della Corte costituzionale, datato 15 aprile 2021. Dinnanzi alle questioni di legittimità sollevate dalla Corte di cassazione «sul regime applicabile ai condannati alla pena dell'ergastolo per reati di mafia e di contesto

⁴⁵³ Corte EDU, 13.06.2019, *Viola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 77633/2016.

⁴⁵⁴ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di GIOSTRA, DELLA CASA, Vicenza, 2019, 56 s. L'autrice riprende le seguenti sentenze: Corte cost., 22.10.2014, n. 239, dep. 22.10.2014; Corte cost., 08.03.2017, n. 76, dep.12.04.2017; Corte cost., 04.07.2018, n. 174, 23.07.2018.

mafioso che non abbiano collaborato con la giustizia e che chiedano l'accesso alla liberazione condizionale»⁴⁵⁵, la Consulta ha rilevato che la disciplina ostativa è in contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, della Costituzione e con l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Tuttavia, considerato che «l'accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata»⁴⁵⁶, la Corte ha rinviato la trattazione delle questioni a maggio 2022 cosicché il legislatore possa intervenire adeguatamente. La problematica relativa all'ergastolo ostativo non è più «una questione che busa (invano) alla porta del legislatore italiano»⁴⁵⁷, piuttosto è entrata irruenta pretendendo una risposta definitiva.

8. Il principio del *tempus regit actum* e le «norme processuali ad effetti sostanziali».

Le norme processuali sopravvenute sono regolate dal principio del *tempus regit actum*, secondo cui si applica la legge vigente al momento della decisione o del compimento di un determinato atto. Nel diritto sostanziale, il corrispondente principio si rintraccia nell'art. 2 cod. penit., ove il primo comma, in combinato disposto con l'art. 25, comma 2 Cost., dispone l'irretroattività della norma incriminatrice sopravvenuta, e il quarto comma, in ossequio al criterio del *favor rei*, dispone l'applicazione della norma più favorevole per il condannato.

Una parte della dottrina sostiene che il principio del *tempus regit actum* sia entrato in crisi alla luce della diffusa convinzione per cui la disciplina processuale

⁴⁵⁵ V. Corte cost., c.c. 15 aprile 2021, in *Sistema penale*, 15 aprile 2021; v. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

⁴⁵⁶ V. Corte cost., c.c. 15 aprile 2021, in *Sistema penale*, 15 aprile 2021; v. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

⁴⁵⁷ Così, FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti il giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 6.

sarebbe assimilabile per certi versi a quella sostanziale⁴⁵⁸. In letteratura sono numerosi gli orientamenti che propendo verso un parziale temperamento ispirato al *favor rei* relativamente a quei casi in cui l'applicazione della norma processuale produce effetti diretti sul bene fondamentale della libertà dell'individuo⁴⁵⁹. Il progressivo superamento del principio processuale ha portato «ad assimilare sempre più la problematica concernente le disposizioni procedurali alla più garantita disciplina relativa alle disposizioni penali»⁴⁶⁰. Inoltre, si è postulata l'estensione alle norme processuali del principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2 Cost. sulla base della formulazione letterale della norma che si riferisce alla «legge in base alla quale taluno può essere punito», ambito in cui rientrerebbero sia la legge penale sostanziale, sia quella processuale se si considera che «si è puniti in forza di una legge non soltanto con riferimento al titolo [...] ma altresì alle modalità del procedimento con cui le ragioni di punibilità sono accertate e la pena è irrogata e applicata»⁴⁶¹.

La questione coinvolge anche le norme esecutive che, secondo una parte minoritaria della dottrina, possono essere considerate norme sostanziali poiché incidenti sui modi di privazione della libertà personale⁴⁶². L'indirizzo minoritario trova fondamento nella considerazione per cui il verbo «punire», impiegato nell'art. 25, comma 2 Cost., deve essere inteso in senso talmente esteso da ricomprendere anche il «trattamento» punitivo⁴⁶³. Le eventuali modifiche *in peius* delle norme esecutive, sia in

⁴⁵⁸ V. NOBILI, *Art. 25, co.1*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 186; nonché CHAUVEA, HELIE, *Teorica del codice penale*, I, trad. it., Napoli, 1863, 18.

⁴⁵⁹ V. NOBILI, *Art. 25, co.1*, cit., 186, secondo cui «ragioni di convenienza e di equità» aveva consigliato «di regolare siffatta materia [processuale] secondo le norme di diritto sostantivo, nel senso di dare la prevalenza alla legge più favorevole».

⁴⁶⁰ Così, BRICOLA, *Commento all'art. 25 comma 2 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 298 ss.

⁴⁶¹ Così, GALLO, *Interpretazione della Corte Costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 215.

⁴⁶² V. BRICOLA, *Commento all'art. 25 comma 2 Cost.*, cit., 231; MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, Milano, 2020, 127.

⁴⁶³ V. BRICOLA, *Commento all'art. 25 comma 2 Cost.*, cit., 231.

riferimento ad un eventuale inasprimento del regime carcerario, sia in relazione agli istituti rieducativi e risocializzanti, non dovrebbe applicarsi in via retroattiva. L'orientamento illustrato, inoltre, postula un raccordo tra l'art. 25 Cost. e con l'art. 27, comma 3 Cost. in ragione dell'adeguamento dell'esecuzione alla personalità del reo e dello svolgimento di essa in base ad un «trattamento progressivo» insuscettibile di stravolgimenti normativi che vanifichino i risultati ottenuti⁴⁶⁴.

In senso avverso, l'indirizzo maggioritario non riconosce natura sostanziale alle norme penitenziarie in virtù del fatto che, per il loro contenuto, sono ritenute essere più vicine alle norme processuali. Di conseguenza, tale orientamento considera applicabile alle norme concernenti l'esecuzione delle pene detentive il principio del *tempus regit actum* – ai sensi dell'art. 11 disp. att. cod. civ. – secondo cui l'efficacia della legge coincide con la sua vigenza⁴⁶⁵.

Nella stessa direzione si è espressa la giurisprudenza di legittimità, ribadendo l'autonomia della materia penitenziaria rispetto alle norme penali.

Dubbia la posizione della Corte costituzionale che, sino alla sentenza del 2020, non si era mai pronunciata in modo chiaro sulla natura delle norme penitenziarie, evitando di prendere una decisione in materia⁴⁶⁶. L'unica presa di posizione indiretta si coglie nella sentenza n. 257 del 2006, in cui si precisa che l'art. 27, comma 3 Cost. impone un generale divieto in capo al legislatore di provocare mutamenti legislativi che rendano vani «gli sforzi compiuti dal singolo condannato per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione»⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ V. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 279.

⁴⁶⁵ V. PAGLIARO, voce *Legge penale: c) Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1067.

⁴⁶⁶ V. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 2722.

⁴⁶⁷ Così, Corte cost., 21.06.2006, n. 257, dep. 04.07.2006. In dottrina v. VALENTINO, *Esclusioni "eccellenti", in tema di liberazione anticipata e speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2015.

8.1. Il regime intertemporale nelle modifiche all'art. 4-bis ord. penit.: la sentenza n. 32 del 2020.

La problematica e dibattuta questione inerente alla natura sostanziale o processuale delle norme penitenziarie è accentuata rispetto all'art. 4-bis ord. penit. e, in particolare, nei casi in cui il catalogo di reati indicati nella norma si arricchisce di nuove fattispecie penali. La giurisprudenza di legittimità è stata chiamata più volte a pronunciarsi in merito alla disputa e ha prevalentemente concluso negando la natura di norma penale alle estensioni del regime di cui all'art. 4-bis. La presa di posizione definitiva proviene dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, dovendo decidere in merito all'introduzione del reato di cui all'art. 609-bis c. p. nel novero dei reati ostativi, hanno chiaramente ribadito la natura sostanziale, e non processuale, delle interpolazioni alla norma penitenziaria e hanno escluso la soggezione delle novità al divieto di irretroattività⁴⁶⁸. Si è concluso che le disposizioni esecutive di pene detentive soggiacciono al principio del *tempus regit actum* e non invece alle regole dettate in materia di successione di leggi penali nel tempo di cui agli artt. 2 c. p. e 25, comma 2 Cost., con la conseguenza che ogni modifica normativa è immediatamente applicabile a tutti i rapporti esecutivi. L'autorevolezza della decisione ha condotto all'emanazione di pronunce coerenti con l'orientamento delle Sezioni Unite e, dunque, all'imporsi di tale soluzione come «diritto vivente».

L'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2019, n. 3 – c.d. «Spazzacorrotti» – ha riportato la questione al centro di un dibattito incessante. L'art. 1, comma 6 della novella legislativa ha immesso taluni delitti contro la Pubblica Amministrazione all'intero dell'elenco dell'art. 4-bis, comma 1 ord. penit., cui è conseguita la diretta incidenza sulla sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, comma 9, lett. a) c. p. p., non prevedendo nulla riguardo il regime temporale transitorio di applicabilità della riforma. La critica assenza di una simile previsione ha portato gli interpreti a interrogarsi sulla possibilità di ritenere o meno ostativi anche i delitti di

⁴⁶⁸ V. Cass., Sez. Un., 30.05.2006, n. 24561, in C.E.D. Cass., n. 233976.

corruzione, concussione e peculato commessi prima dell'entrata in vigore della legge, tenendo presente la gravità degli effetti della nuova interpolazione sulla sospensione dell'ordine di esecuzione.

La dottrina si mostrò subito unanime nel ritenere fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6 l. n. 3 del 2019, in relazione all'art. 4-*bis*, comma 1 ord. penit. nella parte in cui, estendendo la portata della normativa, non prevedeva un regime temporale transitorio.

Opinioni distanti si rinvengono, invece, nella giurisprudenza di merito. Una parte di essa, rappresentata dal GIP del Tribunale di Como, dalla Corte di Appello di Catania, dalla Corte di Appello di Reggio Calabria⁴⁶⁹, ha fornito una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina sopravvenuta, sostenendo che le modifiche avessero natura sostanziale, ai sensi dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 7 CEDU, e, dunque, ha ritenuto non necessario l'intervento della Corte costituzionale in ragione dell'automatica disapplicazione della norma peggiorativa sopravvenuta. Altra parte, rappresentata dal GIP del Tribunale di Napoli, dalla Corte di Appello di Lecce, dal Tribunale di Brindisi⁴⁷⁰, ha riconosciuto l'esigenza di una pronuncia della Consulta alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale che tende a ritenere processuali le norme penitenziarie ed esecutive⁴⁷¹. In questo contesto si colloca una rilevante sentenza della sesta sezione della Corte di cassazione⁴⁷² che, pur non accogliendo la richiesta di rimessione della questione alla Corte costituzionale, si esprimeva non ritenendo la stessa manifestamente infondata in relazione ai profili intertemporali della normativa sopravvenuta. La conclusione della Suprema Corte

⁴⁶⁹ V. rispettivamente: ord. 08.03.2019; ord. 22.03.2019; ord. 10.04.2019.

⁴⁷⁰ V. rispettivamente: ord. 02.04.2019; ord. 04.04.2019; ord. 17.04.2019.

⁴⁷¹ Alle autorità giudiziarie citate si aggiunge il Tribunale di sorveglianza di Venezia che con ord. 02.04.2019 ha rinviato la questione di legittimità alla Corte costituzionale rispetto all'art. 656, comma 9, lett. a) c. p. p. ed anche rispetto alla disciplina preclusiva derivante dalla modifica dell'art. 4-*bis*, comma 1 ord. penit.; inoltre si richiama l'ordinanza n. 31853 del 2019 proveniente dalla Corte di cassazione, sez. I, con cui è stata sollevata questione di legittimità dell'art. 1, comma 6, l. n. 3 del 2019, in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui inserisce il delitto di peculato tra i reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

⁴⁷² V. Cass. pen., sez. VI, 14.03.2019, n. 12541, in *Dir. pen. cont.*, 26.03.2019.

trovava fondamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che supporta una lettura sostanzialistica delle modalità di esecuzione della pena per gli effetti che ne discendono sulla persona del condannato. In particolare, il riferimento è alla pronuncia, risalente al 2013, della Grande Camera della Corte EDU nel caso *Del Rio Prada c. Spagna* in cui è stata riconosciuta rilevanza di materia penale anche al mutamento giurisprudenziale di un istituto risocializzante, incidente *in peius* sulla durata della pena, sulla base della violazione del «principio di affidamento» del condannato nella prevedibilità della pena e, dunque, in contrasto con l'art. 7 CEDU⁴⁷³.

La problematica questione, collocata in uno scenario tormentato come quello evidenziato, è culminata nella risolutoria sentenza n. 32 del 2020 della Corte costituzionale. La recente pronuncia ha sancito l'illegittimità dell'applicazione retroattiva delle novità introdotte dalla legge n. 3 del 2019 in quanto l'art. 1, comma 6, lett. b) della medesima legge viola l'art. 25, comma 2 Cost. nella parte in cui viene interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, comma 1 ord. penit. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto delittuoso prima dell'entrata in vigore della legge.

La motivazione della decisione costituzionale trova fondamento nella considerazione per cui la novella legislativa oggetto di censura ha apportato modificazioni che non si limitano a incidere sulle modalità esecutive della pena, che restano disciplinate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione e non al momento di compimento del fatto, bensì ha comportato una «trasformazione della natura della pena e della sua concreta incidenza sulla libertà del condannato»⁴⁷⁴. La Consulta ha precisato che la legge di riferimento delle norme esecutive è quella vigente al momento dell'esecuzione stessa, non essendo possibile riferirsi al momento del compimento del fatto che potrebbe essere anche temporalmente molto distante dalla decisione definitiva. Non sarebbe, dunque, corretto guardare alla valutazione

⁴⁷³ V. Corte EDU, GC, 21.10.2013, del *Rio Prada c. Spagna*. V. MAZZACUVA, *La grande camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

⁴⁷⁴ Così, Corte cost., 12.02.2020, n. 32, dep. 26.02.2020.

favorevole o meno della disciplina da applicare nei confronti del condannato, piuttosto deve considerarsi la natura di mere modifiche all'assetto esecutivo o di trasformazioni rilevanti incidenti sulla libertà personale. Quanto delineato in termini generali si verifica concretamente quando una pena suscettibile di essere eseguita fuori dal carcere al momento del compimento del fatto delittuoso si tramuta in pena intramuraria per effetto di una successiva modifica legislativa. La violazione dell'art. 25, comma 2 Cost. si rinviene nella *ratio* della norma che garantisce la ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà il destinatario della norma ove ne trasgredisca il precetto penale e, contestualmente, consente all'imputato di compiere scelte difensive ragionate alla luce degli scenari sanzionatori cui potrebbe andare in contro in caso di condanna⁴⁷⁵.

La Consulta ha precisato che la proclamata illegittimità opera rispetto alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, alla liberazione condizionale e al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 9, lett. a) c. p. p. Per quanto concerne i permessi premio e il lavoro all'esterno, il Giudice ha distinto tra la circostanza in cui il detenuto al momento dell'entrata in vigore della legge – 31 gennaio 2019 – abbia maturato i requisiti per l'accesso ai benefici penitenziari e abbia già usufruito delle misure premiali e quella in cui, invece, non abbia raggiunto i progressi necessari. La Corte costituzionale ha confermato l'illegittimità della novella legislativa sopravvenuta soltanto nei confronti della prima categoria di soggetti, in virtù del grado di rieducazione già raggiunto e delle eventuali gravi ripercussioni che avrebbe subito il detenuto in caso di esito inverso.

⁴⁷⁵ Così, Corte cost., 12.02.2020, n. 32, dep. 26.02.2020.

9. Questioni controverse: il tentativo.

L'art. 4-*bis* ord. penit. non menziona direttamente il tentativo *ex art.* 56 c. p. L'autonomia della forma tentata del reato, il mancato riferimento alla stessa e la natura eccezionale della norma comporterebbero, a rigore, l'inapplicabilità della disciplina ostativa alle ipotesi delittuose menzionate all'art. 4-*bis* in cui la consumazione non sia avvenuta⁴⁷⁶. Se l'orientamento giurisprudenziale prevalente conduce verso una simile soluzione, di segno negativo, non manca chi sostiene che, in caso di tentato compimento di uno dei delitti ostativi, il giudice di sorveglianza possa chiedere le dettagliate informazioni al comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica al fine di verificare la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Il relativo potere si rinviene nel combinato disposto degli artt. 666, comma 5 e 678, comma 1 c. p. p. e comporta, inoltre, che in caso di conferma dell'esistenza dei collegamenti il giudice è tenuto, non già a negare il beneficio in via consequenziale, bensì a procedere agli ulteriori accertamenti⁴⁷⁷.

Si è mossa verso una direzione «differenziata» quella parte della giurisprudenza di legittimità che ha ritenuto risolutoria la distinzione tra i casi in cui l'art. 4-*bis*, nell'individuare le fattispecie preclusive, richiama direttamente le norme incriminatrici e i casi in cui ne descrive esclusivamente il contesto. Ne consegue che nel caso dei delitti esplicitamente richiamati non è contemplata la figura del tentativo, laddove, invece, sono applicabili le preclusioni di cui all'art. 4-*bis* nel secondo caso e dunque ai «delitti commessi avvalendosi delle condizioni stabilite dall'art. 416-*bis* c. p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste»⁴⁷⁸. La Suprema Corte ha

⁴⁷⁶ V. Cass. pen., sez. II, 13.06.2001, n. 28765; Cass. pen., sez. I, 22.01.2014, n. 15755. In dottrina cfr. D'ONOFRIO, SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004, 328; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 44; FIORENTIN, *Le misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 565. Contra v. Cass. pen., sez. I, 22.04.2004, n. 23505; Cass. pen., sez. I, 08.02.2012, n. 8707.

⁴⁷⁷ V. Cass. pen., sez. I, 09.06.1992, n. 192825.

⁴⁷⁸ V. Cass. pen., sez. I, 08.02.2012, n. 8707; Cass. pen., sez. I, 22.04.2004, n. 23505.

ritenuto che anche i reati rimasti allo stadio del tentativo punibile siano tecnicamente «delitti», a differenza dei delitti individuati mediante il *nomen iuris*, cui l'art. 4-bis non è riferibile in presenza di mero tentativo⁴⁷⁹.

9.1. (Segue)...il giudicato estero.

Il regime ostativo *ex art. 4-bis* ord. penit. opera anche in caso di sentenza di condanna emessa da un giudice straniero sulla base di una precipua valutazione compiuta dal magistrato di sorveglianza. Più precisamente, il giudice sarà tenuto a verificare la natura ostativa del titolo esecutivo sulla base della sussistenza di circostanze aggravanti eventualmente ostative e della «motivazione, e, se questa faccia integrale rinvio alla sentenza straniera, al testo di quest'ultima»⁴⁸⁰.

9.2. (Segue)...lo scioglimento del cumulo.

Lo scioglimento del cumulo, sia materiale che giudico, rappresenta un'ulteriore questione controversa ed eternamente discussa. Il problema concerne la sorte delle pene detentive inflitte per una pluralità di delitti, di cui solo una parte coincidenti con i delitti ostativi di cui all'art. 4-bis ord. penit. In simili ipotesi, la *quaestio* è stabilire se il meccanismo ostativo ai benefici penitenziari si applichi interamente alla pena in espiazione, in quanto questa si deve considerare unitaria e inscindibile, oppure se sia possibile scomporre la pena e attribuire la porzione espiata ai reati ostativi⁴⁸¹. La giurisprudenza di legittimità si è espressa seguendo orientamenti contrastanti, impassibili di trovare un punto di convergenza. La posizione negativa, basata sulla

⁴⁷⁹ Così, Cass. pen., sez. I, 22.04.2004, n. 23505.

⁴⁸⁰ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 65. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. I, 13.01.2010.

⁴⁸¹ V. CARACENI, *sub. art. 4-bis*, cit., 63.

considerazione per cui l'art. 4-*bis* impone l'esclusione dei benefici penitenziari «senza possibilità di distinguere, in caso di pene concorrenti e di attribuire, quindi, ad un periodo pregresso l'espiazione di quella parte di pena collegabile al reato per cui vige il divieto di concedibilità»⁴⁸², si contrapponeva con la posizione di segno positivo⁴⁸³.

L'autorevole presa di posizione della Corte costituzionale ha censurato le due impostazioni giurisprudenziali, pur non riuscendo a imporre una direzione indiscutibile. La sentenza n. 361 del 1994 si è espressa a favore della necessità di sciogliere il cumulo in presenza di istituti per la cui applicazione è necessario considerare separatamente i titoli di condanna e le relative pene⁴⁸⁴. La conclusione della Corte è giustificata dal fatto che «non si rinvenivano dati normativi per sostenere che la nuova disciplina recata dall'art. 4-*bis* abbia creato una sorta di *status* di detenuto pericoloso che permei di per sé l'intero rapporto esecutivo»⁴⁸⁵. Nel caso di specie, la Consulta dichiarava infondata la questione di legittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit. sottopostagli dal giudice *a quo*⁴⁸⁶, in relazione agli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., nella parte in cui non consente l'applicazione di misure extramurarie a condannati per diverse fattispecie delittuose, tra cui reati ostativi, che abbiano scontato la quota di pena relativa ai delitti di cui all'art. 4-*bis*. La disposizione impugnata si sottraeva alle censure di incostituzionalità in ragione dell'ovvia preminenza, a dire della Corte, dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui «in caso di cumulo di pene inflitte per diversi reati poteva essere ammesso alle misure alternative alla detenzione il condannato che avesse già scontato la pena relativa al delitto ostativo alla concessione di tali benefici»⁴⁸⁷.

⁴⁸² Così, Cass. pen., sez. I, n. 2903/1993.

⁴⁸³ V. Cass. pen., sez. I, n. 4600/1992; Cass. pen., sez. I, n. 4998/1997.

⁴⁸⁴ In dottrina v. FIORIO, “*Composizioni sulla pena*” e benefici penitenziari, in *G. Cost.*, 1994, 3214.

⁴⁸⁵ Così, Corte cost., 19.07.1994, n. 361, dep. 27.07.1994.

⁴⁸⁶ Tribunale di sorveglianza di Brescia, ordinanza iscritta al n.16 del registro ordinanze 1994.

⁴⁸⁷ Così, Corte cost., 19.07.1994, n. 361, dep. 27.07.1994.

L'interpretazione della Corte costituzionale, tuttavia, non ha represso quella parte della giurisprudenza di legittimità che intendeva propugnare la tesi dell'inscindibilità del cumulo, la quale iniziò a farsi da parte solo con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che hanno aderito alla soluzione più favorevole per il reo. La sentenza n. 14 del 1999 ha espressamente riconosciuto la possibilità di sciogliere il cumulo, oltre che materiale, anche «giuridico» e, dunque, derivante dal riconoscimento della continuazione *ex art. 81 c. p.*, ai fini della concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative. Precisamente, le SS. UU. hanno asserito che «nel corso dell'esecuzione della pena il vincolo della continuazione tra reati è scindibile [...] al fine di consentire la valutazione dell'esistenza o meno, di un ostacolo, veniente dalla tipologia di un dato reato, giudicato in continuazione, alla concessione dei benefici penitenziari *ex art. 4-bis*»⁴⁸⁸.

La disciplina della continuazione e del concorso formale di reati si applica favorevolmente al reo, assicura un risultato vantaggioso e come tale non derogabile in sede esecutiva. Contestualmente, il perseguimento del principio del *favor rei* conduce alla scissione del cumulo giuridico qualora questo comporti una «inaccettabile disparità di trattamento a seconda dell'eventualità, del tutto casuale, di un rapporto esecutivo unico, conseguente al cumulo, ovvero di distinte esecuzioni»⁴⁸⁹. L'ipotesi illustrata si concretizza quando a voler accedere ad una misura alternativa alla detenzione sia il condannato a pene detentive inflitte per una pluralità di reati, di cui alcuni ostativi *ex art. 4-bis*. In questo caso, si procederà allo scioglimento del cumulo e, in ossequio al principio del *favor rei*, si dovrà ritenere espiata per prima la quota di pena da riferirsi al reato di cui all'*art. 4-bis ord. penit.*⁴⁹⁰. Gli interventi giurisprudenziali consentono di dedurre, inoltre che: in caso di cumulo materiale deve ritenersi scontata prima la

⁴⁸⁸ Così, Cass., SS. UU., 30.06.1999, n. 14.

⁴⁸⁹ Così, Cass., SS. UU., 30.06.1999, n. 14.

⁴⁹⁰ V. Cass. pen., sez. I, 14.11.2001, n. 45735; Cass. pen., sez. I, 12.06.2006, n. 14563.

frazione di pena più gravosa per il reo⁴⁹¹; deve tenersi conto della riduzione a titolo di liberazione anticipata quando si effettua il calcolo della pena⁴⁹².

Argomento dibattuto riguarda l'individuazione del *dies a quo* da cui decorre il periodo di espiazione utile ai fini della concessione del beneficio nei casi di scissione del cumulo di pene, quando questo sia comprensivo anche di pene inflitte per reati ostativi. Una parte della giurisprudenza individua tale momento nel primo giorno di carcerazione, stante l'unitarietà del rapporto esecutivo; laddove in senso contrario è stato ritenuto coincidente con la fine dell'espiazione della pena per il reato ostativo. L'operazione si complica notevolmente in caso di cumulo di pena perpetua e di pena temporanea in quanto, ai sensi dell'art. 72 c. p., le pene detentive temporanee, se concorrenti con pena dell'ergastolo, si convertono in un periodo di isolamento diurno. Sul punto, la Corte di cassazione⁴⁹³ ha stabilito che la verifica dell'avvenuta espiazione della pena temporanea per il reato ostativo, congiunta con l'ergastolo, deve essere fatta ricorrendo alla regola dell'art. 184 c. p.⁴⁹⁴ e che occorre considerare la pena temporanea ridotta della metà, qualora l'isolamento sia stato già eseguito⁴⁹⁵.

La giurisprudenza ha, talvolta, adattato la fisionomia dei principi generali alle misure alternative alla detenzione di volta in volta oggetto di esame. Innanzitutto, in tema di affidamento in prova terapeutico *ex art. 94 t.u. 309/1990* è stata ritenuta possibile la scissione del cumulo anche qualora l'unificazione delle pene concorrenti avvenga nel corso dell'esecuzione della misura alternativa, allo scopo di verificare

⁴⁹¹ V. Cass. pen., sez. I, n. 1047/2000; Cass. pen., sez. I, 18.03.2009, n. 15954; Cass. pen., sez. I, 26.03.1999, n. 2529.

⁴⁹² V. Cass. pen., sez. I, n. 6313/2009.

⁴⁹³ V. Cass. pen., sez. I, n. 988/2017; Cass. pen., sez. I, n. 18119/2010.

⁴⁹⁴ L'art. 184, comma 1 c. p., così recita: «Quando, per effetto di amnistia, indulto o grazia, la pena dell'ergastolo è estinta, la pena detentiva temporanea, inflitta per il reato concorrente, è eseguita per intero. Nondimeno, se il condannato ha già interamente subito l'isolamento diurno, applicato alla norma del capoverso dell'art. 72, la pena per il reato concorrente è ridotta alla metà; ed è estinta, se il condannato è stato detenuto per oltre trenta anni».

⁴⁹⁵ V. MARANDOLA, *Art. 4-bis*, cit., 55.

l'ammissibilità della sua prosecuzione⁴⁹⁶. In riferimento alla detenzione domiciliare, si è affermato che l'indulto, eventualmente concesso, debba essere imputato prima ai delitti ostativi⁴⁹⁷. Per quanto concerne la liberazione anticipata speciale, è stato previsto che la valutazione della sussistenza delle condizioni ostative deve essere effettuata con riguardo al titolo di reato in espiazione al momento della richiesta del beneficio, con la conseguenza che si procederà allo scioglimento del cumulo in caso di reato ostativo⁴⁹⁸. In materia di colloqui visivi e telefonici, dapprima si è negata la possibilità di scindere il cumulo allo scopo di essere ammessi al regime ordinario, in seguito è stato riconosciuto lo scioglimento purché sia interamente espia la frazione di pena relativa al reato ostativo⁴⁹⁹. In alcune pronunce si legge, inoltre, che, in riferimento alla sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art. 656, comma 5, c. p. p.*, la scissione è ammessa a condizione che sia internamente espia la pena «ostativa», anche in custodia cautelare⁵⁰⁰. Il cumulo di pena è scindibile anche allo scopo di superare le preclusioni all'accesso dell'esecuzione di pene detentive brevi, introdotta dalla legge n. 199 del 2010: si ritiene, anche in questo caso, che la pena espia deve imputarsi per prima al reato ostativo.

La giurisprudenza si è pronunciata anche relativamente alla misura alternativa dell'espulsione dello straniero prevista dall'art. 16 t.u. n. 268 del 1998 – t.u. immigrazione – e, più precisamente, in riferimento al comma 5 della norma che esclude la concessione della misura nei confronti di chi abbia commesso uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) c. p. p. – reati per la maggior parte corrispondenti a quelli richiamati dall'art. 4-*bis* ord. penit. Dapprima, le sentenze di legittimità non riconoscevano l'applicabilità della misura dell'espulsione dello straniero a chi avesse compiuto uno dei reati indicati nella disposizione citata in ragione

⁴⁹⁶ V. Cass. pen., sez. I, 03.12.2013, n. 2285; Cass. pen., sez. I, 14.12.2010, n. 1405.

⁴⁹⁷ V. Cass. pen., sez. I, 07.11.2019, n. 45924.

⁴⁹⁸ V. Cass. pen., sez. I, 19.12.2014, n. 3130.

⁴⁹⁹ V. Cass. pen., sez. I, 09.01.2009, n. 10410; nonché Trib. Sorv. Milano, 23.04.2009.

⁵⁰⁰ V. Cass. pen., sez. I, 31.05.2005, n. 24981; Cass. pen., sez. I, 16.04.2013, n. 2392.

della mancata possibilità di scindere l'eventuale cumulo di pene e di imputare la parte di pena espiata al reato ostativo. La conclusione giurisprudenziale trovava fondamento nella natura amministrativa della misura che, essendo priva del carattere della premialità, non poteva essere concessa dinnanzi ad un giudizio di pericolosità basato sul criterio oggettivo del titolo di reato. L'indirizzo illustrato è stato superato dall'intervento del legislatore che con l'art. 6 d.l. 146/2013 ha modificato l'art. 16, comma 5 t.u. immigrazione, aggiungendo il seguente inciso: «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». Il legislatore, al fine di incidere sul problema del sovraffollamento carcerario, ha prescritto la scindibilità del cumulo in presenza di reati indicati all'art. 407, comma 2, lettera a) c. p. p. e la conseguente concedibilità della misura allo straniero.

In materia di competenza, si ritiene che il magistrato o il tribunale di sorveglianza siano tenuti a decidere in ordine alla scissione del cumulo quando chiamati a pronunciarsi sulla concedibilità di un beneficio penitenziario. La competenza è del giudice dell'esecuzione quando il giudice di merito non abbia specificato nella sentenza di condanna la quota attribuibile a ciascun reato e il condannato sollevi incidente di esecuzione per ottenere una statuizione sul punto, vincolante anche per la magistratura di sorveglianza⁵⁰¹.

9.3. (Segue)...la particolare tenuità del fatto.

Un'ultima questione discussa riguarda il valore da attribuire, in sede esecutiva, alla particolare tenuità del fatto riconosciuta dalla sentenza di condanna rispetto ai delitti inclusi tra i reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* e, in particolare, rispetto al sequestro di persona a scopo di estorsione. In questo senso, invero, rileva la sentenza della Corte

⁵⁰¹ V. Cass. pen., sez. I, 08.10.2019, n. 49713; Cass. pen., sez. I, 03.12.2013, n. 2285; Cass. pen., sez. I, 17.01.2012, n. 5158; Cass. pen., sez. I, 14.12.2010, n. 1405.

costituzionale n. 68 del 2012 che ha riconosciuto, per gli autori del reato di cui all'art. 630 c. p., la diminvente dell'art. 311 c. p. in ragione della lieve entità manifestata in taluni elementi, quali la limitata durata nel tempo del sequestro – tre giorni –, il luogo di restrizione – appartamento – e la parziale libertà di movimento delle persone offese – non soggette a strumenti di coercizione⁵⁰².

In merito al rapporto tra art. 4-*bis* ord. penit. e art. 630 c. p. cui sia stata applicata la circostanza diminvente della lieve entità, si è pronunciata la Corte costituzionale dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost. Le recentissime pronunce cui si fa riferimento sono la sentenza n. 188 del 2019 e la sentenza n. 52 del 2020, decise in seguito a questione di legittimità promossa dalla Corte di cassazione⁵⁰³, nel primo caso, e dal Tribunale di sorveglianza di Firenze⁵⁰⁴, nel secondo. In entrambi i giudizi il rimettente riteneva che la violazione costituzionale si manifestasse nella parte in cui l'art. 4-*bis* non escludeva dal novero dei reati ostativi il reato di sequestro di persona *ex art. 630* «ove per lo stesso [fosse] stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, ai sensi della sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 23 marzo 2012»⁵⁰⁵. Il riconoscimento della speciale circostanza diminvente costituirebbe, secondo il giudice *a quo*, non solo un vantaggio per la complessiva entità della pena, ma anche «il venir meno della presunzione che il reato costituisca esclusivamente espressione tipica di criminalità organizzata»⁵⁰⁶. L'assunto troverebbe conferma nella sentenza n. 213 del 2013 ove la Consulta, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 275 c. p. p. nella parte in cui riteneva adeguata la sola custodia cautelare in carcere in presenza di gravi indizi

⁵⁰² V. Corte cost., 19.03.2012, n. 68, dep. 23.03.2012.

⁵⁰³ La Corte di cassazione ha sollevato la questione con ordinanza del 16 novembre 2018, iscritta al n. 5 del registro ordinanze 2019.

⁵⁰⁴ Il Tribunale di sorveglianza di Firenze ha sollevato la questione con ordinanza del 21 marzo 2019, iscritta al n. 116 del registro ordinanze 2019.

⁵⁰⁵ Così, Corte cost., 05.06.2019, n. 188, dep. 18.07.2019; nonché Corte cost., 12.02.2020, n. 52, dep. 12.03.2020

⁵⁰⁶ Così, Corte cost., 05.06.2019, n. 188, dep. 18.07.2019.

di colpevolezza nei confronti gli imputati del reato di cui all'art. 630 c. p.⁵⁰⁷, ha precisato che la fattispecie di sequestro di persona a scopo di estorsione può afferire a fenomeni criminali diversi, non necessariamente ricollegati alla criminalità organizzata. Il giudice *a quo*, dunque, riteneva necessario escludere la presunzione della sussistenza di collegamenti con contesti di criminalità organizzata nei casi in cui all'autore fosse riconosciuta l'attenuante della lieve entità in quanto la vigente presunzione «non risponderebbe, per la fattispecie in esame, a dati di esperienza generalizzati, riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»⁵⁰⁸.

La Corte costituzionale rilevava, innanzitutto, l'erronea valutazione della norma da parte del giudice rimettente, il quale ha mancato di considerare che la logica originaria dell'art. 4-*bis* è mutata in seguito alle modifiche intervenute negli anni e le fattispecie ivi ricomprese sono oggi accomunate da finalità di prevenzione generale e dalla volontà di inasprire il trattamento sanzionatorio. Inoltre, si evidenziava che la concessione dell'attenuante di lieve entità è certamente rilevante ai fini della proporzione della pena al caso concreto, tuttavia, nella logica attuale dell'art. 4-*bis*, non è in grado di incidere «sulla coerenza della scelta legislativa di considerare un determinato reato di particolare allarme sociale, ricollegandovi un trattamento più rigoroso in fase di esecuzione, quale che sia la misura della pena inflitta nella sentenza di condanna»⁵⁰⁹. Peraltro, a parere della Consulta, la tenuità della modalità di esecuzione del reato non è elemento che di per sé dimostra con certezza l'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, non comportando una necessaria contraddizione «con l'adesione o la partecipazione del condannato a pericolose organizzazioni criminali, stabili e strutturate»⁵¹⁰. Infine, la Corte costituzionale ha sottolineato che la presunzione dell'art. 4-*bis* trova fondamento su un criterio oggettivo, ossia il titolo di reato, e prescinde sia dal trattamento punito, sia dal bilanciamento delle

⁵⁰⁷ V. Corte cost., 03.07.2013, n. 213, dep. 18.07.2013.

⁵⁰⁸ Così, Corte cost., 05.06.2019, n. 188, dep. 18.07.2019.

⁵⁰⁹ Così, Corte cost., 05.06.2019, n. 188, dep. 18.07.2019.

⁵¹⁰ Così, Corte cost., 05.06.2019, n. 188, dep. 18.07.2019.

circostanze, essendo rilevanti tra quest'ultime solo quelle espressamente citate nel testo della norma.

Dichiarava, dunque, non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, proposta in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., sia nella sentenza n. 188 del 2019, che nella sentenza n. 52 del 2020⁵¹¹, chiarendo definitivamente l'irrelevanza della attenuante della particolare tenuità del fatto alla luce del regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

⁵¹¹ In riferimento alla sentenza n. 52 del 2020, la Corte costituzionale ha rilevato l'analogia tra le questioni sollevate e quelle già decise con sentenza n. 188 del 2019, ritenendole «sovrapponibili». Tuttavia, precisava che l'ordinanza di remissione del Tribunale di Firenze era pervenuta successivamente alla pronuncia n. 188 del 2019.

CAPITOLO III

LE PROPOSTE DI MODIFICA DELLE COMMISSIONI DI RIFORMA E LE PROSPETTIVE FUTURE

Sommario: 1. Il Consiglio Superiore della Magistratura: la Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza. – 2. La proposta di intervento della Commissione ministeriale c.d. «Palazzo». – 3. Gli Stati Generali dell’Esecuzione Penale: il Tavolo XVI. – 3.1. La «Riforma Orlando» e i decreti attuativi. – 4. L’ergastolo ostativo nell’esegesi giurisprudenziale. Le proposte di modifica. – 5. L’*ultimatum* della Corte costituzionale: l’ordinanza n. 97 del 2021. – 6. Un’idea di riforma nelle vesti del legislatore. – 7. Oltre la teoria: il «Fine pena: ora» di Elvio Fassone.

1. Il Consiglio Superiore della Magistratura: la Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza.

La Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, organismo del Consiglio Superiore della Magistratura, è stata istituita per la prima volta alla fine degli anni Ottanta per rispondere all’esigenza di esaminare una realtà composita come quella dell’esecuzione penale e rintracciarne carenze normative e disfunzioni operative mediante la preziosa sinergia di competenze di magistrati di sorveglianza e rappresentanti del Ministero della Giustizia, oltre che di componenti dell’organo di autogoverno medesimo⁵¹².

Il Consiglio Superiore della Magistratura, in data 26 luglio 2010, ha ricostituito la suddetta Commissione mista mediante apposita risoluzione. La proposta di

⁵¹² V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza. Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, in *Quad. CSM*, 2013, n. 160.

ricostituzione veniva formulata dalla Sesta commissione in seguito alla chiusura di una pratica avviata «per effettuare una seria indagine sulla situazione attuale dei diritti dei detenuti rapportati alla situazione delle carceri italiane». I dati conoscitivi inerenti alle tematiche di interesse sono stati raccolti da relazioni scritte presentate dai Presidenti dei Tribunali di Sorveglianza, richieste della Sesta commissione con l'intento di effettuare una ricognizione delle maggiori e più attuali problematiche del sistema di applicazione ed esecuzione della pena⁵¹³.

Il 4 maggio 2011 veniva deliberata dall'Assemblea plenaria la composizione della Commissione mista sulla base dello schema esposto che prevede la nomina di tre componenti del CSM, di cui uno con funzioni di coordinatore, tre rappresentanti del Ministero della Giustizia e sei magistrati di sorveglianza.

La Commissione, coordinata dal Prof. Glauco Giostra, si è insediata il 13 luglio 2011, ha concluso i lavori il 30 ottobre 2012 e ha presentato il documento ufficialmente al Salone della Giustizia di Roma il 21 novembre dello stesso anno. Il mandato si sviluppava intorno alla individuazione di linee di intervento idonee ad essere eventualmente attuate in ambito ordinamentale, organizzativo e normativo allo scopo di fronteggiare le criticità che concorrono a determinare il fenomeno del sovraffollamento carcerario e delle condizioni di vita all'interno delle strutture penitenziarie, sovente causa di violazioni dei diritti fondamentali della persona. L'indirizzo espresso dal mandato rifletteva l'eccezionale gravità del momento e spingeva verso la formulazione di una proposta completa di interventi normativi e organizzativi che incidessero sull'assetto esistente allo scopo di fornire una soluzione di pronta applicabilità per contenere il numero di detenuti nelle carceri, limitare gli ingressi e incidere sulla durata dei procedimenti⁵¹⁴. Il Capo dello Stato, ripreso altresì dall'allora Ministro della giustizia Paola Severino, auspicava l'individuazione di strumenti idonei a rimediare, nell'immediato, alla situazione emergenziale e creare un

⁵¹³ L'attività istruttoria svolta con l'audizione dei Presidenti dei Tribunali di Sorveglianza (e magistrati da questi delegati) è stata effettuata nella seduta del 24 marzo 2010 nell'ambito della pratica nn. 2/RI/2010 aperta su richiesta di componenti del Consiglio "per effettuare una seria indagine sulla situazione attuale dei diritti dei detenuti rapportati alla situazione delle carceri italiane".

⁵¹⁴ V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., 6.

sistema favorevole ad «un sistema rispettoso del dettato costituzionale sulla funzione rieducativa della pena e sui diritti e la dignità della persona»⁵¹⁵.

La Commissione elaborò una proposta per affrontare e superare, in via prioritaria e urgente, l'emergenza del sovraffollamento carcerario che si somma e si intreccia con le inefficienze organizzative e trattamentali⁵¹⁶. Il fine ultimo non è stato il mero decongestionamento penitenziario per il quale sarebbero stati sufficienti misure quali l'indulto e l'amnistia, provvedimenti tampone che apparentemente avrebbero risolto il problema per poi ricondurlo al punto di inizio, come già accaduto in passato, ma piuttosto quello di operare una riforma strutturale affinché «in carcere non entrino, né restino coloro per i quali la detenzione non è strettamente necessaria, anziché coloro per i quali “non c'è posto”»⁵¹⁷. La riflessione della Commissione muoveva dall'analisi delle principali cause della moltiplicazione delle presenze negli istituti di pena, tra le quali l'ampliamento delle condotte penalmente rilevanti; l'incremento delle ipotesi in cui l'applicazione della custodia cautelare in carcere è prescritta come obbligatoria⁵¹⁸; il patologico fenomeno delle c.d. «porte girevoli», consistente nell'ingresso in carcere di chi è destinato a uscirne poco dopo; infine, l'esponenziale crescita delle ipotesi in cui operano automatismi che precludono ai condannati l'accesso alle misure alternative alla detenzione, così riducendo il «flusso di uscita» dei detenuti⁵¹⁹.

La soluzione è stata ricercata, *inter cetera*, tra le norme che richiedono il transito per il carcere senza una reale esigenza cautelare o punitiva ovvero per soggetti che non possono essere considerati oggettivamente pericolosi. La massima aspirazione della

⁵¹⁵ V. *Un passo concreto per affrontare l'“emergenza carceri”*: la proposta della Commissione mista del CSM, in *Dir. pen. cont.*, 07 dicembre, 2012.

⁵¹⁶ I *deficit* organizzativi hanno concorso ad aggravare il peggioramento progressivo del trattamento fornito nelle carceri, dovuto alla faticanza delle strutture e alle carenze negli organici degli operatori e del personale di polizia penitenziaria.

⁵¹⁷ V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., XIII.

⁵¹⁸ In questo senso, si guardi al d.l. n. 11 del 2009, convertito con modifiche nella legge n. 38 del 2009, reiteratamente oggetto di censura da parte della Corte costituzionale; v. Corte cost., 07.07.2010, n. 265, dep. 21.07.2010; Corte cost., 09.05.2011, n. 164, dep. 12.05.2011; Corte cost., 19.07.2011, n. 231, dep. 22.07.2011; Corte cost., 12.12.2011, n. 331, dep. 16.12.2011; Corte cost., 18.04.2012, n. 110, dep. 03.05.2012.

⁵¹⁹ V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., XIII.

Commissione, dunque, era rappresentata dalla rimozione di tutti gli automatismi che impongono per legge il ricorso al carcere, ove il riferimento è innanzitutto all'art. 4-*bis* ord. penit. e all'art. 275, comma 3, c.p.p. Il primo non consente il godimento dei benefici penitenziari, tra cui le misure alternative alla detenzione, a determinati detenuti per il solo fatto di essere stati condannati per taluni delitti espressamente elencati dalla norma; il secondo, allorché sussistano esigenze cautelari, prevede il carcere obbligatorio, come unica forma cautelare, nei confronti degli imputati di determinati reati. Non può dirsi che in tal senso la Commissione abbia inteso approdare a un espediente rivoluzionario, «a meno che oggi non sia rivoluzionario ripristinare la legalità costituzionale»⁵²⁰, piuttosto ha adottato una misura «reazionaria», suggerendo una bonifica del sistema penitenziario. Le norme richiamate, invero, hanno determinato un divaricamento rispetto ai principi costituzionali: si consideri, in primo luogo, il finalismo rieducativo della pena per cui il trattamento punitivo deve tendere al recupero sociale del condannato e deve essere individualizzato sulla base dell'evoluzione del suo percorso riabilitativo; in secondo luogo, si tenga conto che la custodia in carcere rappresenta una risorsa estrema cui ricorrere quando tutte le altre – anche combinate tra loro – risultano inadeguate a fronteggiare le esigenze cautelari⁵²¹. I principi richiamati appaiono entrambi violati dagli obblighi di carcerazione cautelare di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. e dai divieti di concessione delle misure alternative di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. in quanto basati soltanto sul titolo del reato o sulla categoria cui corrispondere un tipo di autore, senza considerare il caso concreto. Le presunzioni assolute di necessità del carcere stabilite dal legislatore comportano l'intrinseca accettazione dello stesso di collocare in carcere anche chi non dovrebbe.

La Commissione mista ha riportato la modifica normativa all'interno di un quadro sinottico in cui sono state raffrontate le norme vigenti e quelle risultanti dalle modifiche proposte, inoltre ha individuato la *ratio* e la proiezione degli effetti deflativi prospettabili dalla riforma. La proposta si articola in interventi di carattere normativo

⁵²⁰ V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., XIII.

⁵²¹ V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., XIII.

e interventi di carattere extranormativo. La prima parte, più corposa, incide *in primis* sull'area delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari previste per i condannati per reati di particolare allarme sociale – il riferimento è all'art. 4-*bis* ord. penit. e all'art. 656, comma 9, lett. *a*), c.p.p. – e per i soggetti recidivi «qualificati» – art. 99, comma 4, c.p. e art. 656, comma 9, lett. *c*), c.p.p.⁵²² Vi rientrano altresì le disposizioni relative alle misure cautelari personali, allo scopo di ridurre gli automatismi a ipotesi eccezionali e di evitare che sia imposta la restrizione della libertà personale a soggetti la cui pericolosità potrebbe essere fronteggiata con misure meno limitative; la legge di ordinamento penitenziario – l. n. 354 del 1975 – e il suo regolamento di esecuzione – d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230; le norme che disciplinano l'inizio della esecuzione detentiva – ossia l'art. 656 c.p.p. nei suoi vari commi; nonché altre fonti che concorrono a delineare il quadro dell'esecuzione penitenziaria quali il codice penale, il testo unico in materia di stupefacenti e il testo unico in materia di immigrazione. La parte relativa alle proposte extranormative contiene suggerimenti di «buona prassi» e misure di carattere organizzativo che possono essere applicate ad assetto legislativo invariato e in via immediata allo scopo di gestire in modo ottimale le molteplici problematiche legate al fenomeno urgente del sovraffollamento negli istituti penitenziari. Le numerose aree tematiche interessate sono, a titolo esemplificativo, il procedimento di sorveglianza e le misure alternative; gli adempimenti di natura amministrativa; le strutture penitenziarie e le modalità trattamentali; la gestione dei detenuti tossicodipendenti; la collaborazione tra Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e la magistratura di sorveglianza; le risorse telematiche; l'organizzazione degli uffici territoriali, etc.

La riflessione in merito al divieto assoluto di concessione dei benefici penitenziari ha condotto a ritenere determinanti le riforme legislative recenti rispetto all'aumento della popolazione carceraria, considerando l'introduzione di nuovi e più ampi limiti alla possibilità di sospensione dell'ordine di esecuzione da parte del

⁵²² La lett. *c*) dell'art. 656, comma 9, c.p.p. è stata abrogata dall'art. 1, comma 1, lett. *b*), n. 3), punto *b*) del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94.

pubblico ministero, nonché l'incremento delle preclusioni all'applicazione delle misure alternative nei confronti dei condannati per i delitti di particolare allarme sociale, una categoria in crescita, e dei soggetti recidivi qualificati. Le disposizioni in questione trovano attuazione in via automatica, sottraendo alla magistratura di sorveglianza ogni discrezionalità di giudizio e di valutazione in merito ai percorsi rieducativi dei singoli individui. Il principio costituzionale di cui all'art. 27, comma 3, Cost. indirettamente postula un trattamento penitenziario individualizzato che guardi all'evoluzione del comportamento del reo e del suo percorso rieducativo, ne seguirebbe l'attribuzione del potere valutativo alla discrezionalità del giudice di sorveglianza e non a presunzioni legislative assolute.

La conseguenza della riflessione è stata la modifica, prima tra tutte, della norma di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. L'obiettivo della Commissione è stato ricondurre la disposizione alla sua *ratio* originaria di prevenzione rivolta esclusivamente ai condannati per delitti di matrice mafiosa o di terrorismo in virtù di una ragionevole presunzione di pericolosità correlata alla perdurante sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata di appartenenza⁵²³. Il ripristino dell'impostazione originaria desunta dal legislatore del 1991-1992 si fonda sull'esigenza principale di risolvere la tensione con i principi costituzionali di ragionevolezza, uguaglianza e finalizzazione rieducativa della pena. L'art. 4-*bis* si connota per un trattamento esecutivo differenziato, strutturato sul titolo di reato e sul tipo di autore, che, dopo svariati invertenti normativi, si rivolge a un catalogo ampio ed eterogeneo di rei. Si dubita dell'efficacia special-preventiva del sistema e della sua compatibilità costituzionale in quanto trattasi di una presunzione assoluta di pericolosità che non consente al giudice di tenere conto dello sviluppo e del mutamento della personalità del condannato così adattandovi l'esecuzione penitenziaria. I profili critici sono stati evidenziati dalla Corte costituzionale che, nell'ambito dei benefici penitenziari, ha sovente ribadito che è criterio «costituzionalmente vincolante» quello che esclude «rigidi automatismi e

⁵²³ V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., 12; v. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, Milano, 2020, 57.

richiede sia resa, invece, possibile una valutazione individualizzata caso per caso»⁵²⁴, che eviti un automatismo «sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena»⁵²⁵.

La Commissione, alla luce delle peculiarità del regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., ha proposto un intervento di modifica volto a consentire una valutazione adeguata della meritevolezza del condannato al godimento delle misure extramurarie. In questo modo la concessione dei benefici penitenziari sarebbe rimessa al prudente giudizio della magistratura di sorveglianza in conformità alla lettura data dalla giurisprudenza costituzionale, la quale in via interpretativa ha assegnato spazi di discrezionalità sempre più ampi al giudice⁵²⁶. All'interno della cornice delle proposte di modifica, insieme all'intento di eliminare restrizioni trattamentali legate esclusivamente al titolo di reato, si riscontra un rafforzamento del ruolo delle direzioni distrettuali antimafia come fonti di informazioni sulla sussistenza o meno di collegamenti con la criminalità organizzata. Il coinvolgimento maggiore comporterebbe il trasferimento di informazioni sempre più dettagliate e precise in seguito allo sviluppo del sistema informativo DDA/DNA finalizzato alla raccolta e alla gestione dei dati in materia di criminalità organizzata ottenuti dalle attività investigative e conoscitive. La procedura di acquisizione delle informazioni assicurerebbe l'interlocuzione della direzione distrettuale antimafia nel procedimento di concessione dei benefici penitenziari ai condannati per delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso.

Il contenuto della proposta di modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit., in concreto, è il seguente⁵²⁷. Il ripristino della *ratio* originaria è stato ottenuto mediante la rimozione

⁵²⁴ Così, Corte cost., 22.11.1999, n. 436, dep. 01.12.1999; Corte cost., 21.06.2006, n. 257, dep. 04.07.2006; Corte cost., 05.03.2007, n. 79, dep. 16.03.2007.

⁵²⁵ Così, Corte cost., 21.06.2006, n. 255, dep. 04.07.2006.

⁵²⁶ V. Corte cost., 19.07.1994, n. 357, dep. 27.07.1994; Corte cost., 22.02.1995, n. 68, dep. 01.03.1995; Corte cost., 26.05.2010, n. 189, dep. 28.05.2010.

⁵²⁷ Per il contenuto della proposta di modifica v. il quadro sinottico contenuto all'interno della Relazione della Commissione mista per lo studio della magistratura di sorveglianza che può essere rintracciata all'interno di GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza. Relazione*

chirurgica delle fattispecie penali non riconducibili all'area della criminalità organizzata di matrice mafiosa o terroristica collocati all'interno del primo comma dell'art. 4-*bis*. Nella medesima ottica, venivano soppressi il comma 1-*ter* e il corrispondente comma 2-*bis*, relativi ai delitti c.d. «di seconda fascia», stante l'illogicità della presunzione relativa di sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata quando ciò non sia stato oggetto di contestazione e conseguentemente di accertamento in sede di cognizione. Il comma 3-*bis* veniva eliminato in quanto la sua eccessiva genericità appariva incoerente e non giustificata nel quadro della normativa, bensì conduceva solo a un vincolo assoluto per il giudice di sorveglianza il quale non poteva discostarsi dalla comunicazione dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata provenienti dal procuratore nazionale o dal procuratore distrettuale antimafia. Il comma 1-*bis* veniva mantenuto inalterato, insieme ai commi 1-*quater* e 1-*quinqües*. I commi 2 e 3 venivano integrati dalla previsione per cui il magistrato o il tribunale di sorveglianza avrebbe dovuto obbligatoriamente richiedere il parere del procuratore distrettuale antimafia del luogo in cui è stata emessa la condanna, oltre alle dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente.

La modifica dell'art. 4-*bis* veniva coordinata con il testo dell'art. 656, comma 9, lett. *a*), c.p.p. mediante la rimodulazione della disposizione codicistica volta ad assicurare coerenza sistematica all'interno del sistema normativo. In particolare, la sospensione dell'ordine di esecuzione si limitava esclusivamente alle ipotesi delittuose di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis*, così riducendo sensibilmente il flusso in entrata negli istituti penitenziari per reati statisticamente commessi di frequente – come, ad esempio, la rapina aggravata⁵²⁸.

Il quadro normativo riformato dalla Commissione mista, che coinvolgeva un ampio numero di disposizioni non esplicate, è stato pubblicato tra molte incertezze a causa della sempre più tragica e insostenibile situazione carceraria di sovraffollamento,

della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, in *Quad. CSM*, 2013, n. 160, 27 ss.

⁵²⁸ V. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, cit., 81.

confermata dalle numerose pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalle pressioni delle più alte Autorità nazionali. Le proposte «minimali» della Commissione mista avrebbero potuto, se attuate, temperare il fenomeno emergenziale, tuttavia nulla è accaduto e la situazione è solo andata peggiorando.

2. La proposta di intervento della Commissione ministeriale c.d. «Palazzo».

La Commissione ministeriale di studio per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, è stata istituita mediante il D.M. 10 giugno 2013 su disposizione dell'allora Ministro della giustizia Annamaria Cancellieri. Le ragioni poste alla base dell'istituzione della Commissione c.d. «Palazzo» si riscontrano all'interno del decreto ministeriale, che precisava l'occorrenza di una ricognizione analitica delle sanzioni penali e una verifica della loro conformità alle finalità previste dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e chiedeva agli esperti di redigere un documento contenente proposte di intervento relative a situazioni meritevoli di modifiche e prospettare criteri e direttive per elaborare uno o più testi normativi, anche sulla base del lavoro svolto da altre commissioni parlamentari o ministeriali⁵²⁹. La scelta di procedere ad una riforma del sistema sanzionatorio nel suo complesso venne adottata allo scopo di tentare di ordinare il confusionario apparato sanzionatorio e, in questo contesto, venne accantonata l'idea di una riforma del codice penale, preferendosi un intervento meno organico, ma di più ampie dimensioni. La direzione intrapresa, mirante a un impegno sistematico, rifletteva un mutamento di clima, maggiormente favorevole a riforme di ampio respiro. La conferma proveniva dalle parole del Capo dello Stato – Giorgio Napolitano – che, nel suo messaggio alle Camere dell'8 ottobre 2013, suggeriva «innovazioni di carattere strutturale» per rimediare al sovraffollamento carcerario; anche il Primo Presidente della Corte di Cassazione – Giorgio Santacroce – all'inaugurazione dell'anno giudiziario ribadiva che «Ciò che

⁵²⁹ V. D.M. 10 giugno 2013, successivamente integrato dal D.M. 2 settembre 2013.

occorre è che si facciano riforme strutturali, di contenuto. Non riforme *ad horas*, per parti separate, inseguendo le convenienze del momento e non ponderate in prospettiva». Nella stessa occasione, il Procuratore Generale presso la Cassazione – Gianfranco Ciani – affermava che «ciò che va ulteriormente percorso è un cammino più coraggioso verso la deflazione carceraria attraverso una completa razionalizzazione del sistema sanzionatorio», precisando altresì che la «variegatura delle possibili sanzioni [...] avrebbe il duplice vantaggio, [...] non soltanto di alleviare la situazione carceraria, ma soprattutto di elidere l'effetto criminogeno della struttura carceraria»⁵³⁰. Le brevi, ma autoritarie, opinioni consentono di immaginare il clima in cui la Commissione iniziava i suoi lavori, sempre accompagnata dallo spirito di concretezza dei commissari professionalmente calati nella quotidiana realtà applicativa.

Il programma della Commissione ministeriale si concentrava sulla revisione del catalogo delle pene principali e della sospensione condizionale della pena, nonché dei rapporti di quest'ultima con l'affidamento in prova ai servizi sociali. L'esecuzione penitenziaria non rientrava, pertanto, nello schema di lavoro originario della Commissione, tuttavia questa dimostrò di essere elastica nell'adattarsi alle esigenze che via via si manifestavano o che provenivano da varie istanze o situazioni contingenti. In ragione di ciò, la Commissione emise, nell'ottobre 2013, due documenti interinali aventi oggetto più limitato rispetto al testo finale e conclusivo⁵³¹.

Il primo dei menzionati documenti contiene una proposta di revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte di soggetti autori di reati di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit. in caso di mancata collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. L'esigenza di intervento sulla norma

⁵³⁰ V. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

⁵³¹ Il secondo documento interinale, per ragioni di completezza espositiva, deve dirsi che trae origine dall'approvazione della proposta di legge «Ferranti e altri», contenente - oltre la sospensione del procedimento con messa alla prova - delega per l'introduzione della detenzione domiciliare quale pena principale di sostituzione della detenzione carceraria, da irrogare in sede di cognizione. La Commissione, pertanto, ritenne di presentare un emendamento allo scopo di ampliare la portata del progetto sotto il profilo quantitativo, dilatando il campo d'incidenza della detenzione domiciliare rispetto a quella carceraria, e qualitativo, non limitando l'alternativa alla detenzione domiciliare ma prevedendo anche altre tipologie di pene, in particolare prescrittive.

penitenziaria è sorta dalla considerazione per cui le ragioni che frenano la collaborazione con la giustizia possono essere varie e diverse dalla mancata rieducazione del reo, inoltre, qualora il soggetto autore sia stato condannato all'ergastolo, viene preclusa ogni possibilità di riabilitazione nel mondo esterno e la detenzione diviene ineluttabilmente perpetua – c.d. «ergastolo ostativo». La Commissione è stata spinta anche dalla dubbia compatibilità della disposizione rispetto alla Costituzione, oltre che alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. L'obiettivo principale non divenne la netta abrogazione della norma, bensì la trasformazione della presunzione di non rieducatività in assenza di collaborazione da assoluta in relativa⁵³². Nell'ottica della modifica, dunque, la mancata collaborazione come presunzione assoluta di insussistenza dei requisiti che permettono la concessione delle misure extramurarie al detenuto o all'internato diventava una presunzione relativa, superabile da adeguata motivazione del giudice.

La proposta di modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit. incideva direttamente sulla disposizione di cui al comma 1-*bis*, a chiusura del quale veniva prospettata l'aggiunta di un inciso così articolato: «e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati». L'articolo unico della proposta si componeva, altresì, di un secondo comma che estendeva la concessione della liberazione condizionale ai soggetti autori di reati di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* allorché sussistessero le condizioni di cui al comma 1-*bis*, comprensivo della nuova aggiunta⁵³³.

Nel dettaglio, il comma primo dell'articolo unico proponeva di arricchire il comma 1-*bis* di un'ulteriore ipotesi di superamento dell'effetto ostativo del regime in assenza di collaborazione. La concessione dei benefici penitenziari sarebbe subordinata, alla luce delle modifiche, oltre al generale presupposto dell'acquisizione

⁵³² PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, cit.

⁵³³ V. *Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale. Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, in Dir. pen. cont.*, 2014, 1 ss.

di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», anche la presenza dei requisiti, diversi dalla collaborazione con la giustizia, che di quei benefici permettono la concessione, ai sensi dell'ordinamento penitenziario.

Il secondo comma, invece, incideva sull'art. 2, comma 1, secondo periodo, del d.l. n. 152 del 1991, convertito in l. n. 203 del 1991, il quale prevede che i condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono le condizioni indicate nei singoli commi della norma e tenendo conto, comunque, delle disposizioni dei commi 2 e 3 della stessa. All'interno di tale secondo inciso è stato inserito l'ulteriore riferimento al comma 1-*bis*, così consentendo l'applicazione della liberazione condizionale anche ai soggetti che, autori di reati di cui al primo comma, non hanno collaborato con la giustizia, ma si trovano in diverse circostanze precisamente individuate.

Il motivo principale che ha spinto la Commissione ministeriale a presentare la suddetta proposta si ritrova nell'impossibilità di tollerare una presunzione assoluta di non rieducazione o di assenza di progressi nella rieducazione per il mero sussistere di una condotta non collaborante *ex art. 58-ter* ord. penit. da parte di un soggetto che sia stato autore di reati particolarmente gravi di cui al primo comma dell'art. 4-*bis*⁵³⁴. Il superamento della preclusione assoluta si realizzava mediante l'equiparazione tra la collaborazione con la giustizia e il ravvedimento personale, conseguito o comunque avviato.

La riflessione si poggiava, inoltre, sulla mutevolezza dei fattori che incidono sulla scelta di un soggetto di non prestare la propria collaborazione, i quali esulano, talvolta, dall'intenzione o dal desiderio del soggetto di restare legato all'organizzazione criminale di appartenenza. Tra questi vi rientra, senza dubbio, il timore per l'incolumità propria o, soprattutto, di un prossimo congiunto; il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa contro un familiare o una persona legata da vincoli affettivi; il

⁵³⁴ V. Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale. Proposta di modifica dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, cit., 3.

rigetto dell'idea di collaborare a mero scopo utilitaristico e in assenza di un reale ravvedimento; la volontà di non causare la privazione della libertà di persone non più appartenenti a contesti criminali, etc. Per converso, la stessa Corte costituzionale⁵³⁵ ha sovente evidenziato come una condotta collaborativa possa non essere la conseguenza di un serio ravvedimento del reo, ma piuttosto di mere valutazioni opportunistiche volte a ottenere quei benefici penitenziari altrimenti inaccessibili. Si deduce, pertanto, che l'elemento della collaborazione non può essere considerato come indispensabile onde ritenere intrapreso o concluso il percorso rieducativo, né determinante nell'accertare la rottura dei legami con la criminalità organizzata.

La proposta della Commissione «Palazzo», dunque, assegnava al tribunale di sorveglianza la valutazione della sussistenza di elementi specifici idonei a considerare positivo o meno il percorso rieducativo del reo. La verifica del giudice si concentrava, nell'idea della proposta presentata, sui comportamenti dell'autore del fatto illecito, diversi da quelli strettamente collaborativi, che deponessero a favore del distacco del condannato dalle associazioni criminali. Gli elementi considerati potevano coincidere con: la dissociazione esplicita, anche pubblica; l'adesione a modelli di legalità; la manifestazione di interesse nei confronti della persona offesa; il trasferimento del nucleo familiare in diverso contesto territoriale; ma anche l'impegno nell'adempiere alle obbligazioni civili derivanti dal reato ovvero l'interesse verso attività riparatorie in favore della vittima del reato⁵³⁶. In particolare, la volontà di risarcire la persona offesa o l'offerta di una condotta riparativa sarebbero da considerare rilevanti in quanto manifestazione del «sincero proposito di fare tutto il possibile per sanare le conseguenze del delitto»⁵³⁷.

Le motivazioni che conducono all'eliminazione della insuperabilità della disposizione in esame sono anche di natura giuridica. La Commissione ministeriale

⁵³⁵ V. Corte cost., 01.10.2003, n. 306, dep. 03.10.2003.

⁵³⁶ V. *Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale. Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, cit., 4.*

⁵³⁷ V. Cass. pen., sez. I, 09.05.2012, n. 26890.

rilevava la contraddittorietà tra la sede processuale e quella esecutiva: nella prima il diritto di non collaborare è garantito in quanto espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, qui la scelta di collaborare è eventualmente spontanea e produce effetti premiali; invece, in sede esecutiva si rinviene un vero e proprio dovere di collaborare, cui è subordinato l'accesso all'ordinario regime di trattamento penitenziario. La condotta collaborativa non rappresenta una scelta per il reo che voglia ottenere un vantaggio, bensì un requisito necessario – una costrizione – per evitare un danno aggiuntivo. Pertanto, viene contraddetto il principio per cui la collaborazione può essere incentivata, offrendo un vantaggio, ma non pretesa, prospettando un danno in caso di diniego.

Gli effetti della disciplina ostativa sono ancora più drammatici nei confronti dei soggetti condannati alla pena dell'ergastolo per uno dei reati di cui all'art. 4-bis, comma 1, in quanto ne deriva una reclusione a vita senza speranza di porre fine alla stessa mediante il percorso rieducativo. La Commissione ha preso atto di recenti pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo che, in particolare nel caso *Vinter e altri c. Regno Unito*, aveva ravvisato il contrasto con l'art. 3 CEDU – secondo cui «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti» – della previsione per cui la pena dell'ergastolo si applica senza possibilità certa di una revisione sulla base del processo rieducativo del condannato, trascorsi un certo numero di anni⁵³⁸. La Corte aveva precisato che «l'art. 3 deve essere interpretato come richiedente la “riducibilità” della sentenza» («*reducibility of the sentence*»), «nel senso di una revisione che permetta alle autorità nazionali di considerare se dei cambiamenti nella vita del condannato siano così significativi e se tale progresso verso la rieducazione sia stato realizzato nel corso dell'esecuzione penale in modo tale da considerare la detenzione come non più giustificata in rapporto ai fini della pena»⁵³⁹. Dunque, a tutti i detenuti deve essere data la concreta opportunità di riabilitarsi nella prospettiva di un rilascio – «release» – che può ottenersi soltanto con la previsione di

⁵³⁸ Corte EDU, 17.01.2012, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/2009; 130/2010; 3896/2010

⁵³⁹ Corte EDU, 17.01.2012, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/2009; 130/2010; 3896/2010, precisamente § 119.

un riesame giudiziario certo e temporalmente prevedibile, nonché rapportato ai progressi rieducativi.

La disciplina italiana di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., secondo la lettura della Corte di Strasburgo, certamente si pone in contrasto con la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo nella misura in cui priva il tribunale di sorveglianza della possibilità di valutare in concreto i progressi trattamentali e impone una presunzione assoluta di non rieducazione nei confronti del soggetto non collaborante⁵⁴⁰. Per tale ragione, la Commissione ministeriale ha mirato alla trasformazione della presunzione in esame da assoluta a relativa nel tentativo di restituire la legalità a un regime altrimenti irrimediabilmente contrario alla Costituzione – art, 27, comma 3, Cost. – e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – art. 3 CEDU.

3. Gli Stati Generali dell'esecuzione penale: il Tavolo XVI.

La sentenza pronunciata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Torreggiani ed altri c. Italia*, ha ritenuto l'Italia colpevole di trattamenti inumani e degradanti nei confronti dei ricorrenti, per essere gli stessi detenuti in condizioni di privazione della dignità personale. In seguito all'umiliante condanna, il legislatore italiano ha provveduto ad adottare atti legislativi volti ad adeguare la normativa nazionale alle indicazioni della Corte di Strasburgo⁵⁴¹. Tra le novità più significative si riscontra la previsione di un procedimento giurisdizionale per garantire la tutela effettiva dei diritti – c.d. rimedio preventivo; l'introduzione della misura della liberazione anticipata speciale; l'immissione di un nuovo fondamentale strumento, ossia il rimedio compensativo per la detenzione patita in condizioni contrarie all'art. 3

⁵⁴⁰ V. Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale. Proposta di modifica dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, cit., 6.

⁵⁴¹ Il riferimento va al d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94; d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito con modificazioni in l. 21 febbraio 2014 n. 10; d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni in l. 11 agosto 2014, n. 117.

CEDU, disciplinato dall'art. 35-*ter* ord. penit.⁵⁴². Nonostante, all'epoca, si riconoscesse il considerevole lavoro svolto a livello legislativo, ed anche amministrativo, era altresì necessario ammettere che la realtà carceraria si presentava «ancora distante dalle connotazioni e dal compito che alla pena assegna la Costituzione»⁵⁴³. La consapevolezza di tale perdurante carenza ha dato vita ad una complessa opera di riforma che, tuttavia, non ha poi portato agli esiti sperati.

Il D.M. 8 maggio 2015 ha istituito il Comitato di esperti per predisporre le linee di azione degli «Stati generali sull'esecuzione penale», poi integrato con D.M. 9 giugno 2015. Il lavoro degli Stati generali è stato suddiviso in diciotto tavoli tematici, composti da operatori penitenziari, magistrati, avvocati, docenti, esperti, rappresentanti della cultura e dell'associazionismo civile. La scelta di aprire il dialogo ai portatori di diverse esperienze e agli studiosi di altre discipline è stata apprezzata nella misura in cui ha consentito di rendere più concreto il discorso sulla penalità, sganciandolo da una prospettiva esclusivamente normativa e, così, accogliendo positive contaminazioni. Ciascun tavolo si è occupato dell'osservazione e dell'analisi di un preciso settore, anche non prettamente giuridico, mediante persone portatrici di esperienze diverse e aventi sensibilità e linguaggi differenti⁵⁴⁴.

Le finalità e gli obiettivi «istituzionali» degli Stati generali sono stati esposti dall'allora Ministro della giustizia Andrea Orlando, il quale ha chiaramente posto l'accento sulla disposizione di cui all'art. 27, comma 3, Cost., portatrice di un principio non pienamente applicato nel nostro ordinamento, come si evince dalle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della Corte costituzionale. Gli Stati generali, invero, sono stati istituiti per aprire un confronto che portasse a definire un nuovo modello di esecuzione penale e una migliore fisionomia del carcere affinché si

⁵⁴² L'articolo menzionato, rubricato «Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati», è stato introdotto dall'art. 1, comma 1, del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni in l. 11 agosto 2014, n. 117.

⁵⁴³ V. Relazione finale degli Stati generali dell'esecuzione penale, in www.giustizia.it.

⁵⁴⁴ V. RUOTOLO, *Gli Stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016, 1 s.

assicurasse una maggiore dignità ai lavoratori penitenziari e ai soggetti reclusi. Il Ministro Orlando scriveva che «Gli Stati Generali devono diventare l'occasione per mettere al centro del dibattito pubblico questo tema e le sue implicazioni, sia sul piano della sicurezza collettiva sia su quello della possibilità per chi ha sbagliato di reinserirsi positivamente nel contesto sociale, non commettendo nuovi reati»⁵⁴⁵. L'obiettivo finale – definito «sfida» – era proprio quello di costruire «un modello di esecuzione della pena all'altezza dell'articolo 27 della nostra Costituzione, [...] non solo per una questione di dignità e di diritti ma anche perché ogni detenuto recuperato alla legalità significa maggiore sicurezza per l'intera comunità»⁵⁴⁶. A fondamento della istituzione degli Stati Generali si trova, ancora una volta, l'emergenza del sovraffollamento carcerario che ha causato la violazione dei diritti fondamentali degli individui ristretti e, di conseguenza, ha determinato le suddette pronunce della Corte Europea contro lo Stato italiano. I necessari interventi toccavano sia il profilo normativo, relativamente al quale si richiedeva un riordino organico e coerente dell'ordinamento penitenziario volto al rispetto della finalità rieducativa della pena, sia sotto il profilo organizzativo, in tal senso si auspicava l'adozione di soluzioni che potessero offrire ai detenuti maggiori opportunità di reinserimento sociale.

L'approccio metodologico scelto dagli Stati Generali si presentava come piuttosto inedito, si connotava di due momenti principali: una prima fase in cui venivano concentrati i contributi «multi-prospettici» di professionisti ed esperti relativamente ai temi nevralgici dell'esecuzione penale, al fine di formulare proposte che avessero come punto centrale un modello esecutivo rispettoso dell'art. 27, comma 3, Cost. Una seconda fase preordinata ad un confronto – un «riscontro democratico» – sui risultati scaturiti dalla prima allo scopo, da un lato, di suscitare obiezioni e

⁵⁴⁵ V. RUOTOLO, *Gli Stati Generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, cit., 2 s. che riporta il discorso del Ministro della giustizia Andrea Orlando nella sua presentazione ministeriale; v. anche POLIDORO, *Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, in *Gli Stati generali dell'esecuzione penale visti dall'Osservatorio Carcere Dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, Pisa, 2016, 29.

⁵⁴⁶ V. RUOTOLO, *Gli Stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, cit., 2 s. che riporta il discorso del Ministro della giustizia Andrea Orlando nella sua presentazione ministeriale; v. anche POLIDORO, *Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, cit., 29.

suggerimenti, dall'altro, di porre al centro di un dibattito pubblico la problematica relativa al carcere⁵⁴⁷. Il metodo utilizzato dagli Stati generali, al di là della condivisibilità delle proposte, ha prodotto risultati culturalmente molto importanti, coincidenti con un significativo patrimonio di documentazione, di indagini conoscitive, di riflessioni critiche, di proposte normative, che potranno essere utilizzate da chiunque, anche in futuro, si approcci a un tentativo di trasformazione della materia⁵⁴⁸.

Gli Stati Generali dell'esecuzione penale, promossi dal Ministro della giustizia Andrea Orlando e coordinati dal Prof. Glauco Giostra, hanno coinvolto circa duecento esperti che hanno lavorato dal 6 maggio al 30 ottobre 2015 quali componenti dei diciotto Tavoli tematici e tutti accomunati dalla medesima battaglia: modificare il sistema dell'esecuzione penale. L'Ordinamento e il Regolamento penitenziario dello Stato italiano sono tra i migliori d'Europa, tuttavia non trovano concreta applicazione a causa dell'assenza di un reale impegno politico su temi che spesso si discostano dalla visione di cittadini disinformati e culturalmente impreparati ad accogliere principi di civiltà e di legalità⁵⁴⁹. I temi trattati dai diciotto tavoli sono molteplici: il primo elaborava possibili interventi architettonici da effettuare sulla struttura del carcere, individuando nuovi spazi in cui svolgere la vita quotidiana; il secondo riguardava l'organizzazione della vita carceraria rispetto al trattamento individualizzato; il terzo affrontava le esigenze della donne in carcere e, specialmente, delle detenute madri; il quarto esaminava le particolari condizioni di vulnerabilità – individuali, sociali ed economiche – in cui versano alcune categorie di detenuti; il quinto si concentrava sui minori, mirando alla ricerca di una disciplina specifica per l'ordinamento penitenziario minorile; il sesto era dedicato al mondo affettivo del recluso, affrontato in senso ampio; il settimo si rivolgeva alla condizione dei detenuti stranieri; l'ottavo analizzava aspetti problematici legati al lavoro e alla formazione in carcere, laddove il nono investiva il tema dell'istruzione e delle attività culturali, artistiche e sportive; il decimo si occupava

⁵⁴⁷ V. GIOSTRA, Prefazione, in *Gli Stati generali dell'esecuzione penale visti dall'Osservatorio Carcere Dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, Pisa, 2016, 14.

⁵⁴⁸ V. GIOSTRA, Prefazione, cit., 14.

⁵⁴⁹ V. POLIDORO, *Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, cit., 31.

del diritto alla salute con particolare attenzione, in coordinamento con il Tavolo 11 – inerente alle misure di sicurezza, al processo in corso di superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari; il dodicesimo era dedicato alle misure alternative al carcere; il tredicesimo tentava di individuare programmi di giustizia riparativa, percorsi che consentivano l’approccio del reo con la persona offesa e la sua responsabilizzazione; il quattordicesimo Tavolo si estendeva all’ambito internazionale, in particolare alle raccomandazioni in tema di esecuzione e alle pronunce delle Corti sovranazionali; il quindicesimo poneva l’attenzione sul personale penitenziario; il sedicesimo era finalizzato a rimuovere le preclusioni assolute all’accesso ai benefici penitenziari; il diciassettesimo individuava percorsi di reinserimento per i detenuti; l’ultimo, il diciottesimo, esaminava modelli organizzativi che consentano un’azione amministrativa efficace⁵⁵⁰. Molti dei temi trattati dai Tavoli degli Stati Generali erano già disciplinati all’interno della legge di ordinamento penitenziario, tuttavia necessitavano di trovare piena applicazione. Altri temi, invece, riguardavano i diritti fondamentali dei detenuti parzialmente soffocati dall’emergenza dovuta alla criminalità organizzata⁵⁵¹.

Nell’ambito di interesse, l’attenzione deve concentrarsi sul Tavolo XVI degli Stati generali, tra i cui molteplici obiettivi rientrava la revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o degli internati che non collaborano con la giustizia e anche l’approfondimento della tematica relativa all’ergastolo ostativo. In seguito ai lavori, gli esperti avanzavano una nuova proposta di riforma del regime ostativo ai benefici penitenziari basata anche sulle conclusioni delle Commissioni precedentemente intervenute nel medesimo tentativo⁵⁵².

Il sedicesimo Tavolo aveva il compito di individuare gli ostacoli normativi all’individualizzazione del trattamento rieducativo e di eliminare gli automatismi che

⁵⁵⁰ Per un maggior approfondimento del contenuto dei singoli Tavoli v. *Stati Generali dell’Esecuzione Penale* in www.giustizia.it.

⁵⁵¹ V. POLIDORO, *Gli Stati Generali dell’Esecuzione Penale*, cit., 32.

⁵⁵² V. *Stati Generali dell’Esecuzione Penale, Tavolo 16, Trattamento – Ostacoli normativi all’individualizzazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it.

non consentivano di accedere ai benefici penitenziari, meccanismi generalizzati contrastanti con la finalità rieducativa della pena. Il lavoro è stato portato avanti anche mediante una ricognizione degli aspetti dissonanti della disciplina rispetto ai principi espressi dalla Corte costituzionale, alla cui stregua si rilevava il contrasto con il fine rieducativo *ex art. 27, comma 3, Cost.* di ogni preclusione assoluta alla fruizione delle misure extramurarie che non concedeva alcun margine di apprezzamento al magistrato di sorveglianza relativamente al percorso rieducativo del condannato e del suo comportamento⁵⁵³. Gli studiosi, nell'elaborazione delle proposte, hanno ritenuto di dover considerare l'art. 26, lett. c), del disegno di legge delega – A. C. n. 2798 – che richiedeva la «eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo»⁵⁵⁴. L'intento del delegante era chiaramente quello di imporre una «azione di “bonifica”» di ogni automatismo preclusivo⁵⁵⁵.

La prima proposta elaborata, relativa al regime ostativo, consisteva in un duplice intervento di modifica che coinvolgeva l'art. 4-*bis* e l'art. 58-*ter* ord. penit.⁵⁵⁶ La razionalizzazione sistematica proposta intendeva riorientare costituzionalmente il regime ostativo alle misure alternative, ai permessi premio e al lavoro all'esterno allo scopo di superare gli ostacoli normativi a un trattamento rieducativo individualizzato⁵⁵⁷.

⁵⁵³ V. Corte cost., 26.05.2010, n. 189, dep. 28.05.2010.

⁵⁵⁴ V. Disegno di legge A. C. n. 2798 presentato il 23 dicembre 2014. In tal senso v. GIOSTRA, *Carceri: materiali per la riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015.

⁵⁵⁵ V. *Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 16, Trattamento – Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it.

⁵⁵⁶ V. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018, 19.

⁵⁵⁷ V. *Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 16, Trattamento – Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it.

In concreto, si proponeva di rimodulare il primo comma dell'art. 4-*bis*, operando una circoscrizione delle preclusioni previste per i detenuti non collaboranti ai soli condannati per i delitti di mafia e terrorismo. Le fattispecie di reato non strettamente correlate ai contesti di criminalità organizzata a stampo mafioso e di terrorismo venivano rimossi dalla disposizione di cui al primo comma. L'obiettivo perseguito, in merito alla prima disposizione menzionata, era quello di ricondurre il primo comma della norma alla *ratio* originaria di prevenzione, dunque, di relegarla ai reati di mafia e terrorismo. In dottrina, rispetto all'art. 4-*bis*, comma 1, si è parlato di un «favo informe di titoli di reato aggrappati intorno al “tutore” dei delitti di mafia» e si è sottolineato che questi ultimi sono «gli unici che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale potrebbero giustificare astratte presunzioni di pericolosità»⁵⁵⁸. In linea con tale riflessione si prospettava altresì l'abrogazione del comma 1-*ter* e, conseguentemente, del comma 2-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit.

In riferimento all'art. 58-*ter* ord. penit., si proponeva di aggiungere un nuovo comma – il comma 1-*bis* – descrittivo di condotte riparative considerate la manifestazione di ravvedimento e risocializzazione del condannato. Si considerava la possibilità che il soggetto non collaborante attuasse «condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile» tali da evidenziare «significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita». La nuova ipotesi inserita nell'art. 58-*ter* veniva richiamata all'interno del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit. La proposta comportava la previsione di un inedito doppio binario: da un lato, la concessione dei benefici penitenziari restava assicurata a chi offriva proficua condotta collaborativa; dall'altro l'assenza di collaborazione assumeva rilievo non solo nelle ipotesi di impossibilità, inesigibilità o irrilevanza, ma anche nel caso in cui la «mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici citati, in specie, ai detenuti e

⁵⁵⁸ Così, GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Questione Giustizia*, 27 giugno 2014; v. anche DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., 19.

agli internati che si sono adoperati in concrete condotte riparative a norma dell'art. 58-ter, comma 1-bis»⁵⁵⁹. Il requisito dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva rimaneva comunque necessario ai fini della concessione delle misure.

L'intento di riorientare il regime ostativo secondo Costituzione veniva raggiunto mediante la trasformazione della previsione della mancata collaborazione da presunzione assoluta in presunzione relativa e come tale superabile con adeguata motivazione del giudice di sorveglianza. La premessa alla base della proposta è stata quella di non stravolgere la logica premialistica dell'art. 58-ter e l'attenzione alla prevenzione e alla sicurezza dell'art. 4-bis, bensì solo di rimodulare le norme per renderle compatibili con rilevanti principi costituzionali già oggetto delle pronunce della Corte costituzionale. Le nuove disposizioni, così congegnate, si riteneva esplicassero effetti anche rispetto all'ergastolo ostativo al fine di una sua neutralizzazione⁵⁶⁰.

Se la proposta del Tavolo XVI degli Stati Generali fosse stata accolta, avrebbe comportato la possibilità di accesso ai benefici penitenziari per i condannati per reati di mafia e di terrorismo non solo nei casi di collaborazione ovvero di impossibilità o di irrilevanza della stessa, ma altresì qualora avessero attuato condotte riparative da cui dedurre la conseguita rieducazione del reo o comunque la riconducibilità della mancata collaborazione a ragioni diverse⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ V. L'allegato I alla Relazione del Tavolo XVI degli Stati Generali in cui è riportato il testo delle proposte di modifica dell'art. 4-bis e dell'art. 58-ter legge 26 luglio 1975, n. 354, reperibile sul sito del Ministero della Giustizia www.giustizia.it.

⁵⁶⁰ V. FIORENTIN, *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 06 giugno 2016, 11 s.

⁵⁶¹ V. *Stati Generali dell'Esecuzione Penale, Tavolo 16, Trattamento – Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo*, in www.giustizia.it.

3.1. La «Riforma Orlando» e i decreti attuativi.

I risultati degli Stati Generali dell'esecuzione penale incoraggiarono il Parlamento ad approvare la legge 23 giugno 2017, n. 103, anche nota come «Riforma Orlando»⁵⁶², recante il titolo «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*». La legge, strutturata in un unico articolo suddiviso in novantacinque commi, delegava il Governo a intervenire in materia di intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, di impugnazioni e di ordinamento penitenziario. Il percorso legislativo volto alla promulgazione della Delega subì un *iter* tormentato che modificò profondamente l'originario disegno di legge delega, deprivato di coerenza senza nulla guadagnare, peraltro, in determinatezza. Ciononostante, venivano poste le premesse per il varo di quella che era prospettata come una delle più importanti riforme in materia penitenziaria.

In conformità a quanto emerso nell'ambito degli Stati generali, il comma 82 dell'articolo unico delegava il Governo ad adottare decreti legislativi idonei a riformare l'ordinamento penitenziario, secondo i principi e i criteri direttivi previsti dai commi 84 e 85 dello stesso articolo. Il comma 85, lett. e) richiedeva al legislatore l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo». Nella prospettiva del legislatore la riforma doveva incidere su tre gruppi di preclusioni vigenti nell'ordinamento penitenziario: le preclusioni concernenti i delitti indicati all'art. 4-*bis*; le residue preclusioni rivolte ai c.d. «recidivi qualificati»⁵⁶³; infine, quelle che hanno concretizzato il concetto di ergastolo ostativo.

⁵⁶² V. VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in AA.VV., in *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, a cura di Balducci, Macrillò, Milano, 2019, 729.

⁵⁶³ Il riferimento è ai soggetti cui sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

La disposizione menzionata terminava con una clausola di salvezza formulata nei seguenti termini: «salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale». L'esclusione dall'oggetto di delega delle presenti ipotesi e, precisamente, il richiamo dei casi di particolare gravità ha completamente inibito l'eventuale intenzione del legislatore di incidere concretamente sulle norme di cui agli artt. 4-*bis* e 41-*bis* ord. penit. – fondanti il c.d. «doppio binario» penitenziario⁵⁶⁴. La voluta differenziazione tra reati comuni e reati di mafia e terrorismo si giustificava con l'esigenza di assicurare le garanzie fondamentali senza trascurare il profilo della sicurezza nell'ambito della lotta contro il crimine organizzato⁵⁶⁵.

Il Governo incaricò una Commissione ministeriale, comunemente definita «Commissione Giostra» poiché presieduta dal Prof. Glauco Giostra, finalizzata alla elaborazione di una proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario. La Commissione intervenne in ogni ambito dell'ordinamento penitenziario, coinvolgendo anche ulteriori fonti normative, come il codice penale, il codice di procedura penale e determinate leggi speciali.

L'opera si estese anche al tema degli automatismi e delle preclusioni, sebbene all'interno dei ristretti limiti di operatività delineati dalla riforma medesima. L'intervento principe in materia riguardava senza dubbio l'art. 4-*bis* ord. penit. che, per via del limitato perimetro operativo consentito dalla delega, divenne oggetto di due soluzioni alternative. La proposta A suggeriva una riscrittura del comma 1 dell'art. 4-*bis* che avrebbe ridotto drasticamente l'applicabilità della norma ai soli autori di «delitti di cui agli articoli 270, 270-*bis*, 416-*bis* e 416-*ter* del codice penale, delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste nell'articolo 416-*bis* codice penale nonché delitti commessi con finalità di terrorismo». L'obiettivo perseguito era

⁵⁶⁴ V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, Milano, 2020, 58.

⁵⁶⁵ V. CORVI, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di BACCARI, BONZANO, LA REGINA, MANCUSO, Milano, 2017, 602;

quello di riportare il regime differenziato di cui all'art. 4-*bis* alla sua originaria ispirazione, depurando la norma da tutte le «incrostazioni securitarie che negli anni ne hanno ridisegnato il perimetro di operatività»⁵⁶⁶ e che hanno azzerato ogni margine di discrezionalità del giudice di sorveglianza. La proposta B prevedeva, più cautamente, la conservazione di tutte le fattispecie richiamate dalla norma, limitando l'applicazione della disciplina alle sole ipotesi associative.

Le prospettive di modifica individuate dalla Commissione Giostra sono confluite soltanto parzialmente all'interno dello schema di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario, redatto in vista dell'attuazione della legge delega n. 103 del 2017.

Il Capo III dello schema, in particolare, era riservato all'eliminazione di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario⁵⁶⁷. L'opera di riforma consisteva nella rimodulazione dei delitti ricompresi nella clausola di esclusione dall'accesso ai benefici e in una riscrittura del comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., restando in linea con le indicazioni della legge delega. Quest'ultima chiedeva, invero, di conservare automatismi e preclusioni del regime ostativo nei casi di eccezionale gravità e pericolosità. Secondo tale impostazione, il godimento delle misure extramurarie, salvo i casi di collaborazione con la giustizia, doveva essere precluso agli autori di delitti di mafia e terrorismo, di reati correlati a tale contesto criminale, a coloro che avessero rivestito ruoli centrali all'interno di altre tipologie organizzative, oltre che ai condannati per pochi delitti monosoggettivi⁵⁶⁸. Dunque, dall'area applicativa

⁵⁶⁶ V. La Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso. La proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario, reperito in *Dir. pen. cont., Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal governo e i pareri delle commissioni parlamentari*, 09 febbraio 2018.

⁵⁶⁷ Il capo III recava il titolo di «Disposizioni in tema di eliminazione di automatismi e preclusioni nel trattamento penitenziario». Sul tema v. DOLCINI, *La riforma penitenziaria orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 175; FIORENTIN, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in *La riforma della giustizia penale*, a cura di MARANDOLA e BENE, Milano, 2017, 430; FIORENTIN, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *La riforma Orlando*, a cura di SPANGHER, Pisa, 2017, 307; MAGGIO, *La delega in materia penitenziaria*, in *Arch. p. proc. pen.* 2017, 67; BRONZO, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2018.

⁵⁶⁸ V. LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 2018, 784.

dell'art. 4-*bis*, comma 1, si escludevano le ipotesi delittuose monosoggettive non verificatesi nel quadro di un'associazione criminale⁵⁶⁹ e quelle di mera partecipazione alle organizzazioni con ruoli secondari, non annoverabili fra i casi di eccezionale gravità.

Il progetto normativo interveniva altresì in modifica del comma 1-*ter* dell'art. 4-*bis* rimuovendo l'automatismo preclusivo in luogo di un preciso onere di allegazione degli elementi dimostrativi di collegamenti con la criminalità organizzata. Infine, si prevedeva la soppressione del comma 3-*bis* che dispone il divieto di applicazione dei benefici penitenziari ai detenuti e agli internati per delitti dolosi quando il procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunichi, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. La ragione dell'abrogazione era individuata nella rimozione delle interferenze dell'autorità amministrativa in materie di competenza giurisdizionale⁵⁷⁰.

Il legislatore intendeva pervenire ad una ulteriore innovativa modifica: l'introduzione dell'art. 4-*ter* all'interno della legge di ordinamento penitenziario – da parte dell'art. 7, lett. *b*) d.lgs., disciplinante la specifica ipotesi dello «scioglimento del cumulo». Seguendo il principio del *favor rei* e dando positiva attuazione ad un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, la disposizione prevedeva che «la pena o la frazione di pena relativa a uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* si considera separatamente espiata per prima, quando ne derivano effetti favorevoli al condannato»⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ Le ipotesi di reato monosoggettivo che, nello schema del decreto legislativo, sarebbero dovute uscire dalla previsione se non commessi nel quadro di un'associazione criminale sono: il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) e i delitti di cui all'art. 12 t.u. immigrazione. I delitti menzionati avrebbero dovuto essere collocati tra quelli che, a norma dell'art. 4-*bis* co. 3, consentono l'accesso ai benefici penitenziari “*salvo che siano stati acquisiti elementi che rivelino la sussistenza di collegamenti con organizzazioni criminali*”.

⁵⁷⁰ V. LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, cit., 785; nonché v. DOLCINI, *La riforma penitenziaria orlando: cautamente, nella giusta direzione*, cit., 177.

⁵⁷¹ V. L'art. 7, lett. *b*) in Lo schema del decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri, in *Dir. pen. cont., Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema*

Il Governo, in data 15 gennaio 2018, trasmetteva alla Presidenza della Camera dei deputati il provvedimento, mai giunto alla definitiva approvazione. Il disegno originario ha patito le conseguenze dell'affermarsi di un diverso scenario istituzionale, caratterizzato dalla predominanza di forze politiche tradizionalmente portatrici di una visione penitenziaria profondamente diversa da quella sostenuta dagli Stati Generali dell'esecuzione penale. Il nuovo Esecutivo aveva dato attuazione alla delega penitenziaria senza osservare e rispettare tutti i punti della stessa, invero, erano state escluse le lett. *b)* ed *e)*, comma 85, art. 1 che, segnatamente, riguardavano l'ampliamento dei criteri di accesso alle misure alternative alla detenzione e l'eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la concessione o la revoca dei benefici penitenziari. La riforma dell'ordinamento penitenziario, in seguito a un lungo lavoro degli Stati generali, prima, e delle Commissioni ministeriali, dopo, è stata attuata dai decreti legislativi nn. 121, 123, 124 del 2 ottobre 2018 che non hanno pienamente rispettato le aspettative generali.

Il primo decreto è stato riservato ai condannati minorenni con l'intento di delineare un ordinamento penitenziario minorile; il secondo è stato dedicato alla semplificazione delle procedure, all'assistenza sanitaria, alla vita penitenziaria e all'utilizzo dei collegamenti audiovisivi; infine, il terzo ha apportato modifiche in materia di trattamento rieducativo e, in particolare, di lavoro penitenziario⁵⁷². Occorre ribadire che le modifiche alla disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. non sono rientrate in alcuno degli schemi dei decreti legislativi emanati in via definitiva, confermando il destino della norma a permanere in uno stato di oscillazione e di indeterminatezza⁵⁷³.

del decreto legislativo approvato dal governo e i pareri delle commissioni parlamentari, 09 febbraio 2018.

⁵⁷² V. BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. Giust.*, 3, 2018.

⁵⁷³ V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 59.

4. L'ergastolo ostativo nell'esegesi giurisprudenziale. Le proposte di modifica.

La questione della legittimità costituzionale dell'ergastolo è stata centrale nell'ultimo decennio a seguito dei molteplici interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo. La pena perpetua – in senso «comune» – è stata ritenuta legittima da parte di un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale che, con sentenza del 1974, ne ha espressamente riconosciuto la compatibilità alla Costituzione sulla base della possibilità del condannato di accedere alla liberazione condizionale⁵⁷⁴. La misura di cui all'art. 176 c.p. è stata estesa agli ergastolani con la l. 25 novembre 1962, n. 1634 che, intervenendo sul terzo comma della norma, aveva previsto la concedibilità della misura ai condannati all'ergastolo in seguito all'espiazione di un minimo di ventotto anni di pena. Il limite richiesto, portato a ventisei anni con la legge «Gozzini» del 1986, può essere raggiunto mediante la riduzione di pena ottenuta con il beneficio della liberazione anticipata di cui all'art. 54 ord. penit⁵⁷⁵.

Se la legittimità costituzionale della pena perpetua di cui all'art. 22 c.p. risulta pacifica, non può dirsi lo stesso in merito a quella particolare forma di ergastolo, noto come «ostativo», previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit. Gli autori dei reati di cui al primo comma della menzionata disposizione non possono accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative se non prestino una condotta collaborativa ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. Il regime restrittivo si applica anche alla liberazione condizionale *ex art.* 176 c.p. in virtù della previsione di cui all'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991 che vi estende la portata. Ne consegue che il condannato all'ergastolo che non abbia collaborato con la giustizia sarà privato della possibilità di accedere ai benefici penitenziari, ma soprattutto alla liberazione condizionale, che rappresenta l'unico punto di equilibrio tra la pena perpetua e l'art. 27, comma 3, della Costituzione. Il reo sarà costretto a patire la pena detentiva per una vita intera senza alcuna prospettiva di ritorno in libertà e senza

⁵⁷⁴ V. Corte cost., 21.11.1974, n. 264, dep. 22.11.1974.

⁵⁷⁵ L'applicabilità della liberazione anticipata di cui all'art. 54 ord. penit. ai condannati all'ergastolo è stata riconosciuta da una pronuncia della Corte Costituzionale, v. Corte Cost., 21.09.1983, n. 274, dep. 27.09.1983. Il legislatore ha dato positiva attuazione alla pronuncia con la legge 10 ottobre 1986, n. 663.

alcuna possibilità che il suo percorso rieducativo venga valutato dal giudice di sorveglianza⁵⁷⁶.

In questo contesto ci si chiede se sia conforme ai parametri costituzionali una simile previsione normativa da cui discende la trasformazione di una pena perpetua *de iure* in una pena perpetua *de facto*⁵⁷⁷.

La problematica della legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo è passata attraverso il progressivo mutamento dell'orientamento della Corte costituzionale, a sua volta strettamente dipendente dalla posizione assunta dalla Corte europea. Inizialmente, la Consulta aveva ritenuto legittima la scelta legislativa di individuare nella condotta collaborativa un criterio legale di verifica del ravvedimento maturato dal condannato e aveva negato l'esistenza di una preclusione assoluta di accesso alla liberazione condizionale poiché subordinata alla decisione volontaria dell'interessato di non collaborare⁵⁷⁸. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale cominciò realmente a evolversi in seguito alla pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel caso *Vinter c. Regno Unito*, risalente al 2013⁵⁷⁹. Ribaltando il giudizio espresso in prima istanza, la Grande Camera ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 CEDU – «divieto di tortura» – della previsione britannica secondo cui la pena dell'ergastolo poteva applicarsi senza possibilità di liberazione condizionale. Nella stessa occasione, veniva sottolineata l'esigenza di prevedere, in ogni ordinamento, un meccanismo di revisione che desse la possibilità al soggetto condannato all'ergastolo di ricevere una rivalutazione della condanna e una verifica della necessità di protrazione dell'esecuzione⁵⁸⁰.

⁵⁷⁶ V. NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 3, 2015, 48.

⁵⁷⁷ V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

⁵⁷⁸ V. Corte cost., 05.07.2001, n. 273, dep. 20.07.2001; Corte cost., 09.04.2003, n. 135, dep. 24.04.2003.

⁵⁷⁹ V. Corte EDU, Grande Camera, 09.07.2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/2009; 130/2010; 3896/2010.

⁵⁸⁰ V. NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, cit., 49 ss. Nel menzionato articolo, precisamente a pagina 51, si legge: «La sentenza *Vinter* della Grande Camera è una sentenza che definisce meglio, rispetto al passato, la posizione del giudice europeo rispetto a una pena cui difficilmente gli Stati riescono a rinunciare, a causa dell'esigenza di difesa della collettività e del volere sociale, ma due indicazioni di fondamentale importanza sono state

L'intervento più dirompente si è avuto, tuttavia, con la sentenza 13 giugno 2019 della Corte Europea relativa al caso *Viola c. Italia*, in cui è stata precipuamente valutata – e negata – la compatibilità convenzionale del regime che subordina l'accesso alla liberazione condizionale alla collaborazione dell'interessato con l'autorità giudiziaria. La Corte di Strasburgo sottolineava come la scelta collaborativa non potesse rappresentare l'unico parametro per valutare l'effettiva rieducazione e risocializzazione del condannato, ben potendo la stessa mancare per ragioni diverse dalla conservazione del legame criminale. Secondo tali condizioni, invero, la presunzione assoluta di perdurante pericolosità escluderebbe per l'ergastolo ostativo quella condizione di «riducibilità», invece necessaria affinché la pena perpetua sia compatibile con le prescrizioni dell'art. 3 della CEDU⁵⁸¹. Pochi mesi più tardi, sulla scia di tale pronuncia, la Corte costituzionale ha esteso la concessione dei permessi premio *ex art. 30-ter* ord. penit. ai condannati all'ergastolo per reati di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* ancorché in assenza di collaborazione con la giustizia. La decisione della Consulta è stata considerata di eccezionale importanza, costituendo un primo passo verso il superamento della presunzione assoluta di pericolosità.

Il legislatore, nel corso del tempo, si è adattato ai nuovi approdi giurisprudenziali e ha tentato di intervenire in modifica della normativa di cui all'art. 4-*bis*, con specifico riguardo all'ergastolo ostativo, sebbene senza successo. Nel 2012 era stato presentato un disegno di legge preordinato alla abolizione della figura dell'ergastolo ostativo – intitolato «*Disegno di legge per l'abolizione dell'ergastolo ostativo*» – avente l'intento di rimuovere la drammatica scelta del fine pena mai⁵⁸². Il progetto guardava alla rieducazione del reo identificandola come la vittoria a tutti gli effetti dello Stato e della comunità e intendeva riportare la legalità all'interno

date: la pena dell'ergastolo 'perpetuo' potrebbe non più esistere se ogni condanna fosse soggetta a revisione e sottoposta al vaglio di proporzionalità rispetto alla gravità del fatto commesso».

⁵⁸¹ V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021; nonché v. Corte EDU, 13.06.2019, *Viola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 77633/2016.

⁵⁸² V. «*Disegno di legge per l'abolizione dell'ergastolo ostativo*» d'iniziativa dei senatori Di Giovan Paolo, Ferrante, Marco Filippi, Chiaromonte, Ceccanti, Perduca, Treu e Vita, comunicato alla Presidenza il 13 dicembre 2012, n. 3616.

dell'ordinamento penitenziario. Malgrado i nobili intenti, il disegno di legge rimase lettera morta.

Nel 2014, la Commissione ministeriale di studio per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, aveva formulato una proposta di modifica in relazione alla «revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti di detenuti o internati non collaboranti». L'intervento sull'art. 4-*bis* ord. penit., che avrebbe avuto effetti positivi anche in tema di ergastolo ostativo, consisteva nell'attribuzione della possibilità di fruire delle misure extramurarie anche in assenza di collaborazione con la giustizia allorché sussistessero altri e diversi requisiti, precisati all'interno del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis*⁵⁸³. In particolare, il comma 2 dell'articolo unico della proposta specificava il coinvolgimento della liberazione condizionale, prevedeva l'integrazione dell'art. 2 del d. l. n. 152 del 1991 con la nuova formulazione del comma 1-*bis*. In tal modo, ai condannati all'ergastolo non collaboranti veniva assicurata la fruizione del beneficio di cui all'art. 176 c.p. nei casi in cui fossero sussistiti i presupposti, diversi dalla collaborazione, che permettevano la concessione della misura⁵⁸⁴.

Gli Stati Generali dell'esecuzione penale – e, precisamente, il Tavolo XVI – hanno lavorato nella prospettiva di modificare il regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* e di trasformare la presunzione assoluta di pericolosità per gli autori di reati ivi menzionati in presunzione relativa, tale da poter essere superata da decisione del giudice di sorveglianza. Lo schema di decreto legislativo elaborato dalla Commissione ministeriale incideva fortemente sul primo comma dell'art. 4-*bis*, rimuovendo il riferimento a talune fattispecie di reato e conservando, tendenzialmente, le ipotesi associative. Deve rilevarsi che la tipologia di intervento impiegata non riusciva a ridimensionare profondamente l'area di applicazione dell'ergastolo ostativo. La principale causa è da individuare nella formulazione della legge delega n. 103 del 2017

⁵⁸³ Per un maggior approfondimento v. *supra* § 2.

⁵⁸⁴ V. *Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale. Proposta di modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2 comma 1, del decreto legge 13 maggio 1991, n.152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203, in Dir. pen. cont., 2014, 1 ss.*

– c.d. «riforma Orlando» – che, nel richiedere un intervento idoneo alla revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell’ergastolo, faceva salve le condanne per i delitti di mafia e terrorismo che rappresentano il terreno di elezione dell’ergastolo ostativo stesso⁵⁸⁵.

5. L’*ultimatum* della Corte costituzionale: l’ordinanza n. 97 del 2021.

La Corte di cassazione, con ordinanza del 3 giugno 2020, ha promosso questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., relativamente agli artt. 4-*bis*, comma 1, 58-*ter* ord. penit. nonché dell’art. 2 del d.l. n. 152 del 1991⁵⁸⁶. Nel procedimento da cui promana l’ordinanza di rimessione, il condannato si era rivolto al Tribunale di sorveglianza per ottenere la liberazione condizionale. La richiesta era stata dichiarata inammissibile in quanto il soggetto, condannato all’ergastolo per reato commesso avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l’attività della associazione in esso prevista, non aveva collaborato con la giustizia, né si trovava in una delle condizioni previste dal comma 1-*bis*, dell’art. 4-*bis*. In assenza di tale condizione, il tribunale di sorveglianza ha legittimamente omesso l’esame di merito della domanda di liberazione condizionale sia riguardo al superamento della soglia minima di pena, sia riguardo al requisito del «sicuro ravvedimento» e, inoltre, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale. Il giudice *a quo* è pervenuto a conclusioni opposte in quanto ha osservato che la disciplina dell’ergastolo è compatibile alla Costituzione in quanto ai condannati alla pena perpetua sia concessa la possibilità di ottenere il beneficio della liberazione condizionale, anche attraverso il computo dei periodi di liberazione anticipata. L’assunto del rimettente prende piede

⁵⁸⁵ v. DOLCINI, *La riforma penitenziaria orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 176; v. anche FIORENTIN, *La conclusione degli “Stati Generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 06 giugno 2016, 11 s.

⁵⁸⁶ La Corte di cassazione, prima sezione penale, ha sollevato la questione con ordinanza del 3 giugno 2020, depositata il 18 giugno 2020 – r.o. n. 100 del 2020.

anche dai recenti approdi della sentenza *Viola c. Italia* – concernente un caso sovrapponibile a quello posto ad oggetto del giudizio *a quo* – unitamente a quelli della sentenza n. 253 del 2019 – che ha esteso la concedibilità dei permessi premio agli ergastolani non collaboranti. Infine, la Corte di cassazione ha individuato un trattamento «inumano e degradante» nella reclusione a vita senza qualunque possibilità per il condannato di lasciare il carcere, una volta conseguito l’obiettivo della rieducazione⁵⁸⁷.

In estrema sintesi il *thema decidendum* coincide con la conformità ai parametri costituzionali della disciplina dell’ergastolo ostativo. La verifica attiene specificamente alla legittimità della previsione che non consente l’applicabilità della liberazione condizionale al condannato all’ergastolo, per delitti di mafia, che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni di carcere⁵⁸⁸.

La Corte costituzionale, riprendendo talune delle *rationes decidendi* della sentenza n. 253 del 2019, ha ribadito che la presunzione di pericolosità che grava sul condannato all’ergastolo per reati di contesto mafioso non è, di per sé, contraria ai parametri costituzionali evocati dal rimettente. Non è certamente irragionevole presumere che costui mantenga vivi i legami con l’organizzazione criminale di provenienza. La tensione con la Costituzione deve, invece, ravvisarsi nell’individuazione della collaborazione come unica strada a disposizione del condannato all’ergastolo per accedere alla valutazione da cui dipende la rimessione in libertà. Si riafferma l’esigenza che la presunzione di pericolosità da assoluta si trasformi in relativa e, in quanto tale, possa vincersi con prova contraria sottoposta al vaglio del Tribunale di sorveglianza⁵⁸⁹.

Nonostante sia chiara la posizione assunta, la Corte costituzionale ha ritenuto di non potersi pronunciare e di dover rinviare la trattazione della questione a futura udienza, fissata in data 10 maggio 2022. La ragione si rinviene nella necessità di un

⁵⁸⁷ V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

⁵⁸⁸ V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

⁵⁸⁹ V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

previo intervento legislativo idoneo a modificare aspetti essenziali dell'ordinamento penitenziario, in quanto l'eventuale immediato accoglimento delle questioni avrebbe comportato «effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»⁵⁹⁰. La dichiarazione di incostituzionalità sarebbe stata pronunciata in stretto rapporto al caso di specie e, dunque, con esclusivo riferimento ai delitti di mafia, ai soggetti ergastolani e alla liberazione condizionale. Gli ulteriori elementi della disciplina sarebbero rimasti estranei alla decisione, come, ad esempio, l'ipotesi di condanna all'ergastolo per altro reato richiamato dalla norma o la richiesta di misura diversa dalla liberazione condizionale, e ne sarebbe derivata l'incertezza e l'incoerenza della disciplina⁵⁹¹.

La valutazione legislativa risulta necessaria in quanto trattasi di scelte di politica criminale appartenenti alla discrezionalità del legislatore ed eccedenti i poteri della Consulta. La stessa Corte Europea, nella sentenza *Viola c. Italia*, aveva individuato un «problema strutturale» nella disciplina ostativa ed aveva richiesto l'intervento dello Stato italiano preferibilmente mediante «iniziativa legislativa»⁵⁹².

Le motivazioni evidenziate hanno condotto all'emissione dell'ordinanza n. 97 del 2021 con cui la Corte costituzionale ha deciso di rinviare il giudizio in corso e di fissare una nuova discussione, attribuendo al Parlamento un anno di tempo per intervenire in materia. Il legislatore avrà il compito di ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in discussione, tenendo conto delle rilevate incompatibilità costituzionali, la Corte dovrà, invece, verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle scelte legislative effettuate⁵⁹³.

⁵⁹⁰ V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

⁵⁹¹ Il riferimento è, ad esempio, alla condanna a pena perpetua per «delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza».

⁵⁹² V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

⁵⁹³ V. Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

6. Un'idea di riforma nelle vesti del legislatore.

L'esigenza di una riforma della disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. è avvertita da molto tempo e i pregressi tentativi, sebbene esigui, non sono mai stati accolti. Le proposte presentate dalle varie Commissioni di riforma avrebbero consentito l'attenuarsi degli effetti iniqui, e sovente contrari alla Costituzione, che connotano la normativa oggetto di esame. La scelta legislativa di non proseguire nel cammino di riforma è stata dettata da ragioni diverse che, di volta in volta, hanno sovrastato la prioritaria esigenza di attuare un cambiamento. Oggi, tuttavia, il legislatore è sollecitato dalla Corte costituzionale a intervenire in materia dal momento che, in seguito agli interventi della Corte europea, la possibilità di modifica si è trasformata in reale urgenza di rimuovere l'illegalità dalla legge. L'attuale interrogativo avvolge, pertanto, la scomoda posizione del legislatore e i suoi prossimi passi per raggiungere quella luce in fondo al tunnel.

La profonda analisi della disciplina e delle sue criticità, affrontata nel presente elaborato, conduce allo smanioso tentativo di indossare quelle scomode vesti del legislatore e azzardare un approccio di riforma.

La prima considerazione riguarda le modifiche compulsive che negli ultimi decenni hanno interessato la norma di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., tanto da trasformarla in un contenitore di reati di particolare allarme sociale. La norma è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario con il precipuo obiettivo di adottare misure più severe contro gli autori di delitti di mafia e terrorismo ed è divenuta luogo in cui abitano reati a questi non equiparabili come i delitti contro la pubblica amministrazione. In mente tornano le parole di Pietro Calamandrei che asseriva «il carcere non può essere una struttura di persecuzione sociale per la soluzione dei problemi che la società non sa affrontare». Indicare la strada del carcere a tutti i condannati per i reati progressivamente percepiti come pericolosi dalla società equivale a non fronteggiare adeguatamente il problema. Il primo obiettivo di una proposta di riforma, dunque, è quello di dare maggiore coerenza sistematica al contenuto della norma e a questo si accosta la necessità di restituire centralità alla giurisdizione di sorveglianza affinché

l'accesso ai benefici penitenziari sia oggetto di un'adeguata valutazione da parte del magistrato. La preclusione assoluta, oggi vigente, deve tramutarsi in relativa in modo da consentire un trattamento rieducativo realmente individualizzato.

La prima modifica prospettata interessa il comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit., di cui si intende ridurre il perimetro operativo secondo criteri di selezione oggettivi. La limitazione delle ipotesi preclusive si ricollega a ragioni di ordine logico-sistematico che puntano a ricondurre il regime ostativo alla sua *ratio* originaria. I delitti di mafia, di terrorismo ovvero i delitti di eversione dell'ordine democratico vengono conservati intatti e a questi si affiancano le ipotesi in cui i delitti indicati dall'attuale formulazione della norma siano stati compiuti nel contesto di una organizzazione criminale, punita ai sensi dell'art. 416 c.p. Le preclusioni di cui all'art. 4-*bis*, in questo secondo caso, si applicano solo a coloro che abbiano rivestito ruoli chiave all'interno della suddetta associazione criminale e, dunque, siano stati puniti ai sensi dell'art. 416, commi 1 e 3, c.p. – in linea a quanto già aveva proposto la Commissione Giostra⁵⁹⁴.

Le preclusioni all'accesso alle misure extramurarie possono essere superate, oltre che con la collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter* ord. penit., altresì per impossibilità, inesigibilità, irrilevanza della condotta collaborativa, ferma l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti. La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale hanno autorevolmente sottolineato che la scelta di collaborare con la giustizia non può essere ritenuta l'unica condotta valutabile per accertare il distacco del condannato dalle associazioni criminali. In ossequio a tale ragionevole orientamento deve essere integrato il comma 1-*bis* e deve essere prevista la valutazione di ulteriori elementi, aggiuntivi rispetto alle condizioni menzionate, idonei a superare il divieto di concessione dei benefici. Il comma deve essere integrato da comportamenti che dimostrino la rottura dei legami del condannato con la criminalità organizzata, quali: l'adempimento delle obbligazioni

⁵⁹⁴ Il riferimento è alla proposta B della Commissione Giostra. V. La Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso. La proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario, reperito in *Dir. pen. cont., Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal governo e i pareri delle commissioni parlamentari*, 09 febbraio 2018.

civili derivanti dal reato o, comunque, il concreto interesse per attività di risarcimento o riparatorie nei confronti della vittima; il tenore di vita della famiglia, l'ambiente in cui abitano i familiari e le persone legate da relazione affettiva e in cui sarebbe collocato il condannato; l'adesione a modelli di legalità, l'attiva partecipazione all'opera rieducativa; infine, la dissociazione esplicita, il rifiuto di appartenere all'associazione manifestato pubblicamente.

Il comma 1-*ter* deve ritenersi soppresso in vista della necessità di limitare i rigidi automatismi della norma e di circoscrivere divieti e preclusioni alle ipotesi delittuose particolarmente gravi. I commi 1-*quater* e 1-*quinqies* non possono essere considerati eccessivamente rigorosi o incoerenti, dunque si conserva la previsione normativa.

La riforma deve incidere, infine, sul regime procedurale della norma. Il comma 2 prevede che il giudice di sorveglianza, ai fini della concessione dei benefici penitenziari, acquisisce dettagliate informazioni per il tramite del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. A questa richiesta deve accompagnarsi l'acquisizione del parere del Procuratore distrettuale antimafia competente in relazione al luogo in cui è stata pronunciata la sentenza di condanna. Si ritiene che il parere fornito da quest'ultimo possa offrire un quadro completo della situazione in cui si trova l'interessato e possa determinare il giudice a una decisione più esaustiva. La soppressione del comma 2-*bis*, invece, è diretta conseguenza della rimozione del corrispondente comma 1-*ter*.

Il preannunciato obiettivo di restituire centralità e discrezionalità alla magistratura di sorveglianza conduce all'eliminazione del comma 3-*bis* che annulla la discrezionalità del giudice dinanzi a comunicazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale con venga attestata la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata. La soppressione della disposizione, comunque, non preclude al Procuratore nazionale antimafia o al Procuratore distrettuale di comunicare l'eventuale esistenza di legami con la criminalità. La comunicazione resta tra le sue prerogative e consente alla giurisdizione di sorveglianza di fruirne per meglio calibrare le proprie decisioni.

7. Oltre la teoria: il «Fine pena: ora» di Elvio Fassone.

Il desiderio di concludere un elaborato tecnico con una testimonianza di vita nasce dalla volontà di comprendere chi realmente risiede dietro ogni congettura normativa e quali gli effetti concreti del «regime esecutivo differenziato di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.». L'astratta e sterile disciplina prende vita dentro ogni cella e lì risiede la storia di centinaia di uomini – colpevoli, ma pur sempre uomini. Una singola norma, per quanto articolata, riesce a tradursi in un mare di sofferenza, di disperazione e di ingiustizia. Gli autori di delitti «particolarmente gravi» non devono certo essere giustificati in merito alle loro azioni, non è questo l'intento di chi narra storie di sofferenza carceraria, tuttavia devono considerarsi meritevoli, in quanto essere umani, del diritto alla speranza, alla redenzione, alla rieducazione.

La storia di un ergastolano «ostativo» è custodita all'interno del libro «Fine pena: ora» di Elvio Fassone, magistrato italiano, il cui contributo letterario è equiparabile a un dono per i lettori che vengono proiettati in una realtà generalmente inaccessibile. Il libro narra della storia vera, commovente e dolorosa, di un rapporto epistolare tra l'ergastolano e il suo giudice, durato ben ventisei anni⁵⁹⁵. Elvio Fassone da carnefice si trasforma in amico, confidente, padre, della sua stessa vittima e trasmette tutta la drammaticità e la rabbia che connota la vita stessa del suo interlocutore – Salvatore M.

Lo spirito di speranza, la voglia di studiare, il desiderio di essere migliore, si trasformano in massimo sconforto dopo l'introduzione del regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. e si convertono in tremenda consapevolezza di non riottenere più la libertà. «*L'altra settimana ne ho combinate una delle mie: mi sono impiccato*», il tentativo di suicidio di Salvatore suscita nel giudice Fassone un grande senso di rabbia – forse, anche di colpa – che rende chiaro il suo intento: denunciare un sistema sanzionatorio e penitenziario divenuto inaccettabile. In tono sarcastico e pungente, il giudice paragona la pena di morte alla pena detentiva perpetua e rassicura affermando che «certamente la morte è più grave della detenzione», ma contestualmente rileva che

⁵⁹⁵ V. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, 58.

«la detenzione, ove non mitigata da un trattamento rieducativo reale, è una *morte parziale*, l'asportazione [chirurgica] di una porzione di vita»⁵⁹⁶. Orbene, al termine del racconto, si pone un inestricabile interrogativo: «è giusto tenere in vita una pena come l'ergastolo? O non è tempo di abolirlo, o almeno di promuovere una riflessione collettiva che impedisca fenomeni come quello raccontato, o giovi ad introdurre qualche correttivo?»⁵⁹⁷

Il magistrato Fassone suggerisce qualche proposta praticabile per «combattere» l'ergastolo e, in particolare, quello «ostativo». La prima soluzione è quella di operare uno «sfoltoimento» dei casi in cui un delitto è sanzionato con la suddetta pena: non si parla di eliminare l'ergastolo, ma di ridurre le occasioni in cui si irroga la pena perpetua⁵⁹⁸. La seconda proposta è rivolta specificatamente all'art. 4-*bis* ord. penit. ed è formulata con tono indignato per la perdurante distanza dell'ergastolo ostativo dai parametri stabiliti dalla stessa Corte costituzionale. Il giudice auspica una totale rimozione di tale particolare figura di ergastolo, tuttavia, riconoscendo la difficoltà di una simile scelta per ragioni di sicurezza sociale, suggerisce la sua coordinazione con il beneficio della liberazione condizionale. La misura dovrebbe trovare applicazione a prescindere da una condotta collaborativa e la sua applicazione consentirebbe di restituire significato alla concessione della liberazione anticipata a tale categoria di condannati, altrimenti priva di ogni senso⁵⁹⁹. La terza, e ultima, soluzione riguarda la previsione di un «riesame del percorso rieducativo», in conformità agli impegni internazionali. La Corte Europea dei diritti dell'uomo, in una storica pronuncia, stabiliva che dopo l'espiazione di un congruo numero di anni – indicati nel numero di venticinque – al condannato all'ergastolo deve essere assicurato il diritto al riesame della sua situazione sotto il profilo personologico e con uno sguardo panoramico al suo

⁵⁹⁶ V. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 95.

⁵⁹⁷ V. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 181.

⁵⁹⁸ V. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 200 s.

⁵⁹⁹ V. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 202 ss.

percorso penitenziario⁶⁰⁰. La decisione della Corte sembra individuare una presunzione relativa di sufficienza della pena espiata a soddisfare l'istanza retributiva e quella rieducativa. In questo contesto non è l'ergastolano a dover provare la sua avvenuta emenda, bensì lo Stato a dover argomentare ragionevolmente la necessità del protrarsi della detenzione⁶⁰¹. Il decorso dei venticinque anni non comporta automaticamente la concessione del beneficio, ma questa potrà essere negata solo in assenza di un giudizio di mancato reinserimento. La Corte Europea individua in venticinque anni il livello massimo ordinario di pena detentiva suscettibile di protrarsi solo per «motivi legittimi di ordine penologico o per motivi di pericolosità». La legislazione nazionale, prima o dopo, dovrà uniformarsi all'orientamento emerso in materia di ergastolo con l'intento non di mettere a tacere una battaglia politica sorta in ordine a un principio umanitario, ma di rispondere ad un obbligo giuridico imposto a livello internazionale.

⁶⁰⁰ Corte EDU, Grande Camera, 09.07.2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/2009; 130/2010; 3896/2010.

⁶⁰¹ V. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 206.

CONCLUSIONE

La trattazione ha tentato di adempiere all'impegno di presentare un quadro completo della normativa relativa al regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. L'illustrazione di ogni parte della disposizione penitenziaria è stata preordinata al fine ultimo di una conoscenza globale della stessa in modo da poter cogliere le criticità che la connotano. Le riflessioni della Corte costituzionale e le decisioni cui questa è pervenuta hanno confermato la centralità del finalismo rieducativo della pena nell'ambito dei divieti alla concessione dei benefici penitenziari e hanno accentuato l'esigenza di un bilanciamento tra istanze preventive e rieducative. L'evocata richiesta di ricercare un equilibrio tra principi di livello costituzionale è rivolta al legislatore che, nonostante le valide proposte di riforma, non è ancora pervenuto a una rimodulazione di un sistema ostativo patologico che sta terminando ogni fonte di alimentazione e necessità di essere riformato. Insieme alle conclusioni della Corte costituzionale, una particolare risonanza si ascrive alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo che confermano l'indirizzo esposto. L'ordinamento penitenziario presenta un sistema multilivello differenziato ormai giunto al punto di non ritorno in quanto ricco di contraddizioni interne agli stessi principi cardine del sistema dell'esecuzione penale e ai fini costituzionalmente garantiti delle pene. La Corte costituzionale e la Corte Europea spingono verso la valorizzazione della discrezionalità valutativa del giudice in ogni caso concreto in modo da rispondere adeguatamente al principio del trattamento individualizzato che caratterizza il sistema penitenziario nazionale. La valutazione della pericolosità sociale dovrebbe essere incentrata non sul titolo di reato, ma sulla personalità del reo relativamente a tutti gli elementi di cui si compone.

L'art. 4-*bis* ord. penit. è stato sottoposto a infiltrazioni continue che ne hanno snaturato l'essenza e hanno condotto alla formazione di più sotto-binari differenziati a seconda delle diverse tipologie di autore e anche rispetto alle diverse misure premiali e alternative considerate. La normativa oggi vigente non si considera più gestibile in termini di coerenza e di tenuta del sistema penitenziario nel suo complesso. La

trattazione ha voluto offrire un angolo visuale privilegiato sulla disciplina che riesca a individuare la stretta connessione che intercorre tra il momento processuale che cristallizza l'*an* della pretesa punitiva e la fase esecutiva che ne determina il *quomodo*.

L'auspicio è che il legislatore risponda all'autorevole voce della Corte costituzionale e, dunque, proceda a una concreta riforma dell'art. 4-*bis* ord. penit. non solo rispetto alla peculiare figura dell'ergastolo ostativo, ma in relazione all'intera impostazione del regime ostativo ai benefici penitenziari.

BIBLIOGRAFIA

AMARELLI, *L'attenuante della dissociazione attuosa (art. 8 d.l. n. 152/1991)*, in MAIELLO (a cura di), *La Legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015.

AMATO, *I giorni del dolore, la notte della ragione: stragi di mafia e carcere duro*, Roma, 2012.

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003.

BARBERO, *La (seconda) audace sentenza in tema di concessione di benefici penitenziari: dalla Consulta un forte richiamo alla finalità rieducativa della pena*, in *Giur. pen.*, 2019.

BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2018.

BENEDETTI, *Leg. giust.*, 1988, 187.

BENEDETTI, *Rass. penit. crim.*, 1983, 337.

BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *Sist. Pen.*, 2019.

BERNASCONI, *Il decreto «antiscarcerazioni»*, in BARGIS, (a cura di), Torino, 2001.

BERNASCONI, *L'emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41-bis comma 2 ord. penit.*, in DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale fra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003.

BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995.

BERTOLINO, *Il trattamento del delinquente sessuale tra legislazione e prassi. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 186.

BITONTI, *L'esecuzione e il diritto penitenziario*, in DIDI (a cura di), Pisa, 2016.

BOBBIO, *Democrazia e segreto*, a cura di REVELLI, 2011.

- BORASI, *Prime considerazioni sul “codice rosso”*, in *Riv. pen.*, 2019, 9, 739 ss.
- BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Dir. pen. proc.*, 2020.
- BORTOLATO, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. Giust.*, 3, 2018.
- BRICOLA, *Commento all’art. 25 comma 2 Cost.*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981.
- BRICOLA, *L’intervento del giudice nell’esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 265 ss.
- BRONZO, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2018.
- BRONZO, *Nessun automatismo nella detenzione domiciliare per la cura dei figli minori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1732.
- CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010.
- CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall’art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in *Arch. Pen.*, 2014.
- CAPRIOLI, *Procedura penale dell’esecuzione*, in CAPRIOLI, VINCOLI (a cura di), Torino, 2011.
- CARACENI, BERNASCONI, *sub. art. 13-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.
- CARACENI, BERNASCONI, *sub. art. 13*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.
- CARACENI, *Preclusioni assolute ex art. 58-quater ord. pen. e detenzione domiciliare speciale: verso una nuova declaratoria di incostituzionalità?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.
- CARACENI, *Riforma dell’ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018.

CARACENI, *sub. art. 4-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

CASALNUOVO, COELLA, *Il codice rosso: guida operativa alla L. n. 69 del 2019*, Piacenza, 2019.

CASALNUOVO, COELLA, *Il nuovo reato di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso introdotto dal codice rosso*, in *Rivista penale*, 2019, 11, 983-985.

CASARONI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, 45.

CASELLI, *Le due guerre. Perché l'Italia ha sconfitto il terrorismo e non la mafia*, VI ed., Milano, 2010.

CASSIBBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in *Arch. Pen.*, 2014.

CERESA, GASTALDO, *Esecuzione*, in CONSO, GREVI, BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2014.

CESARI, *sub. art. 58-ter*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

CESARIS, MARCHETTI, *sub. art. 21-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

CESARIS, *sub. art. 41-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

CESARIS, *sub. art. 47-quinquies*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

CESARIS, *sub. art. 47-ter*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

CESARIS, *sub. art. 90*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

CHAUVEA, HELIE, *Teorica del codice penale*, I, trad. it., Napoli, 1863, 18.

CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *O. Cost.*, 2020, 217 ss.

COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

CONSULICH, *Convenzione di Lanzarote e sistema penale: riflessioni sulla riforma dei delitti contro la libertà sessuale dei minori (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2013, 797;

CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, Padova, 1979.

CORTESI, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel "pacchetto sicurezza"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1069.

CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010.

CORVI, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di BACCARI, BONZANO, LA REGINA, MANCUSO, Milano, 2017.

COTELLI, *Pornografia domestica, sexting e revenge porn fra minorenni. Alcune osservazioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite n. 51815/18*, in *Giur. pen.*, 2019, 6 ss.

CURI, *L. 19 marzo 1990, n. 55. Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità (Commento artt. 13-14)*, in *Leg. pen.*, 1991, 3, 445.

D'AMBROSIO, *Testimoni e collaboratori di giustizia*, Padova, 2002.

D'AMICO, *Art. 27*, in BIFULCO, CELOTTO (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Milano, 2006.

D'ONOFRIO, SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Milano, 2004.

DALIA, *I diritti del detenuto nel procedimento di sorveglianza*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di GREVI, Bologna, 1982.

DE RIENZO, *Il regime sospensivo previsto dal secondo comma dell'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: una rilettura del sistema di sicurezza*, in PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

DEGL'INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2010.

DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011.

DEL COCO, MARAFIOTI, PISANI, *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, 2014.

DEL RE, *La disciplina della liberazione condizionale tra logica sanzionatoria e logica di trattamento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1978, 381.

DELLA BELLA, *Il "Carcere duro", tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali – presente e futuro del regime detentivo speciale ex art.41 bis O.P.*, Milano, 2016.

DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale di cui all'art.41 bis Ord. Penit.* in CORBETTA, DELLA BELLA, GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica, le riforme del 2009*, Milano, 2009.

DELLA CASA, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3.

DELLA CASA, *L'esecuzione penale*, Torino, 2016.

DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1998.

DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in AA. VV., *L'ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenza*, a cura di GREVI, Milano, 1994, 122.

DELLA CASA, PRESUTTI, *sub. art. 50*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

DELLA CASA, *Prossimità/terzietà, persona/fatto: la giurisdizione rieducativa alla prova del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 2928.

DI MARTINO, in *Rassegna penitenziaria e criminologica* 03, f. 1-2, 239.

DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. pen. di fronte alla Costituzione. Nota a Corte Cost.*, 04 dicembre 2019, n. 253, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, f. 1, 2020, 0259B.

DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2018, 19.

DOLCINI, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 175.

DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *R. it. dir. proc. pen.*, f. 4, 2017, 1500 ss.

DOLCINI, PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989.

EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. Penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, 1222.

FALCONE, PADOVANI, *Cose di Cosa Nostra*, Milano, 1991.

FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015.

FASSONE, *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della "pena costituzionale"*, in DOLCINI, FASSONE, GALLIANI, PINTO DE ALBUQUERQUE, PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo d'insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuale direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.

FILIPPI, *Disapplicato il nuovo regolamento penitenziario perché lesivo dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 630.

- FILIPPI, SPANGHER, CORTESI, *Manuale di diritto penitenziario*, 2016.
- FIorentIN, *Collaborazione “impossibile”: grava sul condannato l’onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia penitenziaria*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2566 ss.
- FIorentIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *G. mer.*, 2009, 1339.
- FIorentIN, *Disciplina restrittiva e collaborazione con la giustizia*, in FIorentIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.
- FIorentIN, *I permessi ordinari e premiali*, in FIorentIN, MARCHESELLI (a cura di), *Il giudice di sorveglianza: la giurisprudenza dei tribunali e dei magistrati di sorveglianza*, Milano, 2008.
- FIorentIN, *L’ergastolo “ostativo” ancora davanti il giudice di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 14
- FIorentIN, *La conclusione degli “Stati Generali” per la riforma dell’esecuzione penale in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 06 giugno 2016.
- FIorentIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l’art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014.
- FIorentIN, *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria*, in MARANDOLA, BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017.
- FIorentIN, *La delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario*, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando*, Pisa, 2017.
- FIorentIN, *Le misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.
- FIorentIN, MARCHESELLI, *Il giudice di sorveglianza*, Milano, 2008.
- FIorentIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio. Nota a Corte Cost., 04 dicembre 2019, n. 253*, in *Cass. Pen.*, f. 3, 2020, 1019.
- FIorentIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell’art. 4-bis L. n. 354 del 1975*, in *G. mer.*, 2012.

FIorentin, *Trattamento penitenziario severo per i sex offenders*, in *Guida dir.*, 2012, 43, 110.

FIorentin, *Vita detentiva. Le novità introdotte con la riforma dell'ordinamento penitenziario*, *Il Penalista*, Milano, 2018.

FIORIO, *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: art.4 bis e 41 bis O.P.*, in BARGI (a cura di), *Il doppio binario nell'accertamento dei reati di mafia*, Torino, 2013.

FIORIO, *La stabilizzazione delle "carceri-fortezza": modifiche in materia di ordinamento penitenziario*, in MAZZA, VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009.

FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002.

FIORIO, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004.

FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *R. it. dir. proc. pen.*, f. 4, 2017, 1505 ss.

FLORA, *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Novissimo Digesto It.*, vol. V, Torino, 1980, 104 ss.

FURGIUELE, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, 2017, 325.

GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Milano, 2005.

GALGANI, *L'art. 41-bis ord. penit.*, in LUPÀRIA, DONATI, MEZZETTI (a cura di), *La legislazione antimafia*, Milano, 2020.

GALLIANI, *Ponti, non muri: in attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *R. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1158.

GALLIANI, PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in DOLCINI, FASSONE, GALLIANI, PINTO DE ALBUQUERQUE,

PUGIOTTO (a cura di), *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 157.

GALLO, *Interpretazione della Corte Costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 215.

GASPARI, *Art.58-ter*, in FIORENTIN, SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019.

GATTA, *Superare l'ergastolo ostativo: tra nobili ragioni e sano realismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1495 ss.

GIANFILIPPI, CESARIS, *sub. art. 14-bis*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Vicenza, 2019.

GIORS, *Commenti articolo per articolo*, in *L. p.*, 2009.

GIORS, *Diritto penale e servizio sociale*, Torino, 2016.

GIOSTRA, *Carceri: materiali per la riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2015.

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.*, f 3-4, 2014, 322.

GIOSTRA, *Prefazione*, in *Gli Stati Generali dell'esecuzione penale visti dall'Osservatorio Carcere Dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, Pisa, 2016.

GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 2014.

GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza. Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 2013, n. 160.

GIULINI, *Il reato sessuale. Problematica, epidemiologia e principi generali di trattamento*, in GIULINI, XELLA (a cura di), *Buttare la chiave?*, Milano, 2011.

GIULINI, *Un detenuto ibernato: l'autore di reato sessuale tra tutela dei diritti e prospettiva di difesa sociale*, in GATTI, GUALCO (a cura di), *Carcere e Territorio*, Milano, 2003.

GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione*, in GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994.

GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992.

GUAZZALOCA, PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, Torino, 1995.

IOVINO, *Contributo allo studio del procedimento di sorveglianza*, Torino, 1995.

IOVINO, *La liberazione anticipata speciale*, in CONTI, MARANDOLA, VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014.

IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata. Brevi note sul d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 202*, in *Cass. Pen.*, 1992, 2, 440.

IOVINO, *Sulla diversa natura giudica della liberazione condizionale generale e speciale*, in *Cass. pen.*, 1991, 2091.

LA ROCCA, *Lo schema di decreto legislativo per la riforma penitenziaria*, in *Arch. Pen.*, 2018, 763.

LEO, *Detenzione domiciliare ordinaria: non illegittima la preclusione per i reati di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Sist. pen.*, 16 marzo 2020.

LEO, *La madre di persona affetta da grave disabilità può accedere alla detenzione domiciliare speciale qualunque sia l'età del figlio svantaggiato*, in *Sist. pen.*, 17 febbraio 2020.

LEO, *Prime valutazioni della Corte Costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016.

LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 08 maggio 2017.

LUPO, *Alle origini del pentitismo: politica e mafia*, in DINO (a cura di), *Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, Roma, 2006.

LUPO, *Storia della mafia dalle origini ai giorni nostri*, Roma, 1996.

MACCORA, *La disciplina dell'art. 656 c.p.p.*, in PRESUTTI, *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (Legge 27 maggio 1998, n. 165)*, Padova, 1999.

MACRILLÒ, *La giurisdizione di sorveglianza*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

MAGGIO, *La delega in materia penitenziaria*, in *Arch. p. proc. pen.* 2017, 67.

MANCA, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4-bis ord. pen. e legge "spazzacorrotti")*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, 2 s.

MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, in *Arch. pen.*, 2017, 2, 9.

MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del "doppio binario" e prassi applicative*, Milano, 2020.

MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, f 2/2019, 109.

MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in *Dir. pen. cont.*, f 7-8, 2017, 219.

MANNOZZI, *Commentario breve alle leggi penali complementari*, in PALAZZO, PALIERO (a cura di), Padova, 2007.

MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017.

MARANDOLA, *Art. 4-bis*, in AA. VV., *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di FIORENTIN, SIRACUSANO, Milano, 2019.

MARANDOLA, BENE, *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017.

MARGARA, *Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, a cura di GREVI, Bologna, 1982.

MARTELLI, *Brevi osservazioni sul decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, contenente misure di contrasto alla criminalità mafiosa*, in *Doc. giust.*, 1992, 616-617.

MARTINI, *Commento all'art. 19 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 192.

MAZZACUVA, *La grande camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

METE, *Alessandro Dino (a cura di). Pentiti. I collaboratori di giustizia, le istituzioni, l'opinione pubblica*, in *Sociologica*, Il Mulino, Bologna, 2008.

MINERVA, *Ordinamento penitenziario 1) Diritto penale*, in *Encl. Giur. Treccani*, Roma, 1991.

MONTELEONE, *F. it.*, 1986, I, 1442.

MONTELEONE, *Leg. pen.*, 1987, 130 s.

MOROSINI, *L'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario: genesi e sviluppo di un regime detentivo differenziato*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

MOSCONI, *Delitti e Pene*, 1991, f. 2, 146.

MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi dei detenuti, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. Pen.*, 2004, 1362.

MUSUMECI, PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali sull'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.

NEPPI MODONA, VIOLANTE, *Poteri dello Stato e sistema penale*, Torino, 1978.

NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *R. it. dir. proc. pen.*, f. 4, 2017, 1509.

NOBILI, *Art. 25, co. 1*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981.

NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. cont./Riv. trim.*, 3, 2015, 48.

PACE, «*Il buono, il brutto e il cattivo*» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. *Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2015.

PADOVANI, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, t. I, Milano, 2018, 30.

PADOVANI, in *Leg. pen.*, 1987, 145.

PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni di riforma*, in *Arch. pen.*, 2018.

PAGLIARO, voce *Legge penale: c) Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1067.

PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1982.

PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, a cura di BASILE, GATTA, PALIERO, VIGANÒ, Milano, 2018.

PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

PAPAGNO, *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*, in FLORA, MARANDOLA (a cura di), Pisa, 2019.

PATRONO, *Doc. giust.*, 1994, 1181.

PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Torino, 2002.

PAVARINI, GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004.

PAVARINI, *Il «carcere duro» tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 265.

PAVARINI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, in GREVI (a cura di), Padova, 1994.

PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte Costituzionale*, *Leg. pen.*, 2020, 4.

PETRINI, *L. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli art. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Il regime «carcere duro» diventa definitivo in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2003, 2, 230.

PETRINI, *Leg. pen.*, 1990, 449 s.

PITTARO, *Ratificata la Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minorenni contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale: le modifiche al Codice penale*, in *Famiglia e Diritto*, 2013, 4, 403.

POLIDORO, *Gli Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, in *Gli Stati Generali dell'esecuzione penale visti dall'Osservatorio Carcere Dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, Pisa, 2016, 29.

PRELATI, GUAZZALOCA, *La gestione della pena nella fase esecutiva*, Milano, 2017.

PRESUTTI, *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994.

PRESUTTI, *La disciplina del procedimento di sorveglianza dalla normativa penitenziaria al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 129 ss.

RAIMONDI, *Le misure alternative alla detenzione. Le istanze del condannato*, Milano, 2013.

RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4-bis o.p.: guida pratica per il "condannato ostativo" all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, in *Giur. pen.*, 2020.

RICEURN, *Il diritto di punire*, a cura di ALICI, Morcelliana, 2012.

ROMICE, *Brevi note sull'art. 41 bis O.P.*, in *Giur. pen.*, 2017.

ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, in *Giur. pen.*, 2018.

RUOTOLO, *Gli Stati Generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016.

RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2019.

SAMMARCO, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 903.

SANTALUCIA, MARCHETTI, *sub art. 21*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV ed., Vicenza, 2019.

SANTANGELO, *Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso premio o il permesso di sperare? Nota a Corte Cost., 04 dicembre 2019, n. 253*, in *Cass. Pen.*, f. 7-8, 2020, 2777.

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 *Dir. pen. cont.*, 1° luglio 2019.

SCOMPARIN, *Con la differenziazione trattamentale dei sex offenders confermato il ruolo degli psicologi nel contesto penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2013, 84.

SIBILLO, *Detenzione domiciliare 'ordinaria' del padre di prole di età inferiore a 10 anni ed evasione: la Corte Costituzionale limita la rilevanza penale del fatto all'allottamento superiore a 12 ore, come nell'ipotesi della detenzione domiciliare 'speciale'*, in *Dir. pen. cont.*, 2018.

SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. Cost.*, 2014, 5, 3940.

SIRACUSANO, *Il «doppio binario» penitenziario*, in MEZZETTI, LUPÀRIA, DONATI, *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020.

SIRACUSANO, PRESUTTI, *sub. art. 47*, in GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV ed., Vicenza, 2019.

SPAVENTI, GHEZZI, *Le misure alternative alla detenzione nell'interpretazione giurisprudenziale*, in BALDUCCI, MACRILLÒ, *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in D'ORLANDO, MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009.

STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1.

SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo*, in *Arch. Pen.*, 3, 2019.

TERRACINA, *Il pubblico ministero e l'esecuzione delle pene detentive e pecuniarie*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

TRANCHINA, *Vecchio e nuovo a proposito di lavoro penitenziario*, in AA.VV., *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura di GREVI, Bologna, 1981.

TRAPASSO, *Osservazioni a prima lettura*, in *Arch. Pen.*, 2014.

TRONCONE, *I provvedimenti di natura preventiva e punitiva*, in *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015.

Un passo concreto per affrontare l'“emergenza carceri”: la proposta della Commissione mista del CSM, in *Dir. pen. cont.*, 07 dicembre, 2012

VALENTINO, *Esclusioni “eccellenti”*, in tema di liberazione anticipata e speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità, in *Dir. pen. cont.*, 14 maggio 2015.

VARRASO, *Esteso (ancora) l'elenco dei reati previsti dall'art. 4-bis ord. pen.*, in BACCARI, LA REGINA, VARRASO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015.

VARRASO, *Giust. pen.*, 2004, I, 86.

VIGNA, LAUDATI, *Contro la mafia globalizzata il pentito non può appartenere a un solo ufficio*, in *Dir. e giust.*, 2001, 31, 8.

VIOLI, *Il finalismo rieducativo della pena*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

VIOLI, *Il trattamento penitenziario*, in BALDUCCI, MACRILLÒ (a cura di), *Esecuzione penale e ordinamento penitenziario*, Milano, 2019.

VITELLO, *Brevi riflessioni sull'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario nel più vasto contesto del sistema penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1994, 12, 2864.

SITOGRAFIA

www.altalex.it
www.antigone.it
www.archiviopenale.it
www.bibliotecariviste.giuffrefrancislefebvre.it
www.bibliotecavolumi.giuffrefrancislefebvre.it
www.brocardi.it
www.camera.it
www.cortecostituzionale.it
www.costituzionalismo.it
www.dejure.it
www.dirittopenalecontemporaneo.it
www.discrimen.it
www.echr.coe.int
www.gazzettaufficiale.it
www.giurcost.org
www.giurisprudenzapenale.it
www.giustizia.it
www.governo.it
www.italgiure.it
www.lalegislazionepenale.eu
www.normattiva.it
www.osservatorioaic.it
www.questionegiustizia.it
www.quotidianogiuridico.it
www.ristretti.it
www.rivistailmulino.it
www.sistemapenale.it
www.treccani.it

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte cost., 04.02.1966, n. 12, dep. 12.02.1966.
Corte cost., 24.06.1970, n. 124, dep. 09.07.1970.
Corte cost., 21.11.72, n. 167, dep. 28.11.1972.
Corte cost., 27.06.1974, n. 204, dep. 04.07.1974.
Corte cost., 21.11.1974, n. 264, dep. 22.11.1974.
Corte cost., 08.07.1982, n. 139, dep. 27.07.1982.
Corte cost., 21.09.1983, n. 274, dep. 21.09.1983.
Corte cost., 22.02.1989, n. 78, dep. 03.03.1989.
Corte cost., 13.12.1989, n. 569, dep. 22.12.1989.
Corte cost., 04.04.1990, n. 188, dep. 12.04.1990.
Corte cost., 26.06.1990, n. 313, dep. 02.07.1990
Corte cost., (ord.) 03.06.1992, n. 271, dep. 12.06.1992.
Corte cost., 16.03.1992, n. 125, dep. 25.03.1992.
Corte cost. 11.06.1993, n. 306, dep. 08.07.1993.
Corte cost., 24.06.1993, n. 349, dep. 28.07.1993.
Corte cost., 05.11.1993, n. 410, dep. 23.11.1993.
Corte cost., 07.02.1994, n. 39, dep. 17.02.1994.
Corte cost., 19.07. 1994, n. 357, dep. 27.07.1994.
Corte cost., 27.04.1994, n. 168, dep. 28.04.1994.
Corte cost., 22.02.1995, n. 68, dep. 01.03.1995.
Corte cost., 02.06.1995, n. 227, dep. 06.06.1995
Corte cost., 11.12.1995, n. 504, dep. 14.12.1995.
Corte cost., 14.10.1996, n. 351, dep. 18.10.1996
Corte cost., 26.11.1997, n. 376, dep. 05.12.1997.
Corte cost., 16.12.1997, n. 445, dep. 30.12.1997.
Corte cost., 22.02.1999, n. 41, dep. 25.02.1999.
Corte cost., 14.09.1999, n. 137, dep. 22.04.1999
Corte cost., 12.03.1999, n. 89, dep. 23.03.1999.
Corte cost., 22.11.1999, n. 436, dep. 01.12.1999.
Corte cost., 05.01.2001, n. 273, dep. 20.07.2001
Corte cost., (ord.) 05.07.2001, n. 280, dep. 23.07.2001
Corte cost., (ord.) 12.07.2001, n. 308, dep. 25.07.2001.
Corte cost., 09.04.2003, n. 135, dep. 24.04.2003.
Corte cost., 01.10.2003, n. 306, dep. 03.10.2003.
Corte cost., (ord.) 24.03.2004, n. 108, dep. 02.04.2004.
Corte cost., 21.06.2006, n. 255, dep. 04.07.2006.

Corte cost., 21.06.2006, n. 257, dep. 04.07.2006.
Corte cost., 05.03.2007, n.79, dep. 16.03.2007.
Corte cost., sent. 07.05.2008, n. 165, dep. 20.05.2008.
Corte Cost., 10.06.2009, n. 177, dep. 12.06.2009.
Corte cost., 07.07.2010, n. 265, dep. 21.07.2010.
Corte cost., n. 7.10.2011, n. 271 dep. 21.10.2011.
Corte cost., 19.03.2012, n. 68, dep. 23.03.2012.
Corte cost., 14.04.2010, n. 139, dep. 16.04.2010.
Corte cost., 26.05.2010, n. 189, dep. 28.05.2010.
Corte cost., 07.07.2010, n. 265, dep. 21.07.2010.
Corte cost., 04.10.2010, n. 291, dep. 08.10.2010.
Corte cost., 09.05.2011, n. 164, dep. 12.05.2011.
Corte cost., 19.07.2011, n. 231, dep. 22.07.2011.
Corte cost., 12.12.2011, n. 331, dep. 16.12.2011.
Corte cost., 23.02.2012, n. 31, dep. 12.02.2012.
Corte cost., 19.03.2012, n. 68, dep. 23.03.2012.
Corte cost., 18.04.2012, n. 110, dep. 03.05.2012.
Corte cost., 16.01.2013, n. 7, dep. 23.01.2013.
Corte cost., 25.03.2013, n. 57, dep. 29.03.2013.
Corte cost., 03.07.2013, n. 213, dep. 18.07.2013.
Corte cost., 16.07.2013, n. 232, dep. 23.07.2013.
Corte cost., 22.10.2014, n. 239, dep. 22.10.2014.
Corte cost., 25.02.2015, n. 48, dep. 26.03.2015.
Corte cost., 14.04.2015, nn. 105 e 106, dep. 18.04.2015.
Corte cost., 08.07.2015, n. 185, dep. 23.07.2015.
Corte cost., 27.01.2016, n. 32, dep. 17.02.2016.
Corte cost., 24.02.2016, n. 74, dep. 07.04.2016.
Corte cost., 19.10.2016, n. 268, dep. 15.12.2016.
Corte cost., 08.03.2017, n. 76, dep. 12.04.2017.
Corte cost., 22.02.2017, n. 90, dep. 28.04.2017.
Corte cost., 21.06.2017, n. 205, dep. 17.07.2017.
Corte cost., (ord.) 08.03.2017, n. 136, dep. 12.06.2017.
Corte cost., 06.02.2018, n. 41, dep. 02.03.2018.
Corte cost., 21.06.2018, n. 149, dep. 11.07.2018.
Corte cost., 25.10.2018, n. 211, dep. 22.11.2018
Corte cost., 22.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.
Corte cost., 22.05.2019, n. 187, dep. 18.07.2019.
Corte cost., 05.06.2019, n. 188, dep. 18.07.2019.
Corte cost., 9.10.2019, n. 229, dep. 8.11.2019.
Corte cost., 23.10.2019, n. 253, dep. 04.12.2019.
Corte cost., 05.11.2019, n. 263, dep. 06.12.2019.
Corte cost., 15.01.2020, n. 18, dep. 14.02.2020.
Corte cost., 12.02.2020, n. 32, dep. 26.02.2020.

Corte cost., 09.01.2020, n. 50, dep. 12.03.2020.
Corte cost., 12.02.2020, n. 52, dep. 12.03.2020
Corte cost., (ord.) 15.04.2021, n. 97, dep. 11.05.2021.

Corte EDU, 06.04.2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26722/95.
Corte EDU, 28.09.2000, *Messina c. Italia*, ric. n. 25498/94.
Corte EDU, 21.12.2000, *Rinzivillo c. Italia*, ric. n. 31543/96.
Corte EDU, 18.01.2001, *Indelicato c. Italia*, ric. n. 31143/96.
Corte EDU, 26.07.2001, *Di Giovine c. Italia*, ric. 39920/98.
Corte EDU, 24.10.2002, *Messina c. Italia*, ric. n. 33993/96.
Corte EDU, GC, 12.02.2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/2004.
Corte EDU, 10.02.2009, *Streicher c. Germania*, ric. n. 40384/2004.
Corte EDU, 03.11.2009, *Meixner c. Germania*, ric. n. 26958/2007.
Corte EDU, 05.04.2011, *Torkoly c. Ungheria*, ric n. 4413/2006.
Corte EDU, *Todorov c. Bulgaria*, ric. n. 19552/05.
Corte EDU, 23.08.2011, *Simenoc c. Bulgaria*, ric. n. 21980/2004.
Corte EDU, 08.11.2011, *Dimitrov e Ribov c. Bulgaria*, ric. n. 34846/2008.
Corte EDU, 24.01.2012, *Iordan Petrov c. Bulgaria*, ric. n. 22926/2004.
Corte EDU, 14.02.2012, *Kostov c. Bulgaria*, ric. n. 30009/2008.
Corte EDU, 17.01.2012, *Vinter e a. c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/2009; 130/2010; 3896/2010.
Corte EDU, GC, 09.07.2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*.
Corte EDU, 23.05.2017, *Matiošaitis e altri c. Lituania*, ric. nn. 22662/2013, 51059/2013, 58823/2013, 59692/2013, 59700/2013, 6011 5/2013, 69425/2013, 72824/2013.
Corte EDU, GC, 21.10.2013, *del Rio Prada c. Spagna*.
Corte EDU, 18.03.2014, *Öcalan (n. 2) c. Turchia*, ric. nn. 24069/2003, 197/2004, 6201/2006; 10464/2007.
Corte EDU, 04.09.2014, *Trabelsi c. Belgio*, ric. n. 140/2010.
Corte EDU, GC, 26.04.2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ric. n. 10511/2010.
Corte EDU 04.10.2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, ric. nn. 3787172014, 73986/2014.
Corte EDU, 02.06.2020, *N. T. c. Russia*, ric. n. 1472/2011.

Cass. pen., sez. I, n. 4600/1992.
Cass. pen., sez. I, 09.06.1992, n. 192825.
Cass. pen., sez. I, 12.05.1992, n. 1639.
Cass., sez. pen., 08.06.1992, Avignone, n. 191029.
Cass., sez. pen., 13.04.1992, Giampaolo, in *G. it.*, 1993, II, n. 1994.
Cass., sez. pen., 25.05.1992, Liberati, in *C. pen.*, 1993, n. 2922.

Cass., sez. pen., 24.09.1992, Papalia, in *C. pen.* 1994, n. 1651.
Cass., sez. pen., 24.03.1992, Adelfio, in *C. pen.*, 1993, n. 1555.
Cass., sez. pen., 10.02.1993, Palladine, in *Cass. pen.* 93, n. 2385.
Cass., sez. pen., 01.07.1993, Altomonte, in *C. pen.*, 94, n. 2216.
Cass., sez. pen., 20.09.1993, Giacalone, n. 195291.
Cass., sez. pen., 21.12.1993, Braico, in *C. pen.*, 1995, n. 398.
Cass. pen., sez. I, n. 2903/1993.
Cass., sez. pen., 09.05.1994, Marcenò, in *C. pen.* 1995, n. 2278.
Cass., sez. pen., 13.05.1994, Solinas, in *C. pen.* 1995, n. 2686.
Cass. pen., sez. I, 16.02.1994, n. 849.
Cass., sez. pen., 23.09.1996, Grassi, in *C. pen.*, 1997, n. 2853.
Cass., sez. pen., 11.10.1996, n. 2854.
Cass., sez. pen., 06.05.1997, Battisti, in *Giust. pen.*, 1998, II, 109
Cass. pen., sez. I, n. 4998/1997.
Cass., sez. pen., 18.09.1997, Santarelli, n. 208509.
Cass. pen., sez. I, 19.11.1997, n. 209371.
Cass., SS. UU., 30.06.1999, n. 14.
Cass. pen., sez. I, 26.03.1999, n. 2529.
Cass. pen., sez. I, n. 1047/2000.
Cass. pen., 28.04.2001, n. 2491.
Cass. pen., sez. II, 13.06.2001, n. 28765.
Cass. pen., sez. I, 14.11.2001, n. 45735.
Cass., Sez. Un., n. 25079/2003
Cass. pen., sez. I, 22.04.2004, n. 23505.
Cass. pen., sez. I, 22.04.2004, n. 23505.
Cass. pen., sez. I, 22.04.2004, n. 23505.
Cass. pen., sez. I, 31.05.2005, n. 24981.
Cass. pen., sez. I, 12.06.2006, n. 14563.
Cass., Sez. Un., 30.05.2006, n. 24561, in C.E.D. Cass., n. 233976.
Cass., sez. I, 18.07.2007, n. 43659.
Cass., sez. I, 18.10.2007, n. 43659.
Cass., sez. pen., 08.04.2008, Fiorillo, n. 1055.
Cass., sez. pen., 27.02.2008, Gagliardi, n. 209.
Cass. pen., sez. I, n. 41322/2009.
Cass., sez. pen, 2009 n. 29425.
Cass., sez. I, 11.11.2009, n. 46649.
Cass, sez. I, 12.11.2009, n. 46924.
Cass, sez. I, 24.11.2009, n. 1135.
Cass. pen., sez. I, n. 6313/2009.

Cass. pen., sez. I, 18.03.2009, n. 15954.
Cass., sez. pen., 09.01.2009, Calcagnile, in *R. pen.* 09, n. 1469.
Cass. pen., sez. I, 09.01.2009, n. 10410.
Cass. pen., sez. I, n. 18119/2010.
Cass., sez. I, 21.01.2010, n. 8092.
Cass., sez. I, 03.06.2010, n. 30497.
Cass. pen., sez. I, 14.12.2010, n. 1405.
Cass. pen., sez. I, n. 1405/2010
Cass. pen., sez. I, 13.01.2010, n. 14456
Cass. pen., sez. I, 14.12.2010, n. 1405.
Cass. pen., sez. I, 13.04.2010, n. 246669.
Cass. sez. pen., 2011 n. 19759.
Cass. pen., Sez. I, n. 20145 del 27.04.2011, in *C.E.D. Cass.*, n. 250277
Cass. pen., sez. I, 08.02.2012, n. 8707.
Cass. pen., sez. I, 09.05.2012, n. 26890
Cass. pen., sez. I, 17.07.2012, n. 34946.
Cass. pen., sez. I, 17.01.2012, n. 5158.
Cass., 13.01.2012, CASELLA, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2014, 104.
Cass., sez. pen., 06.06.2013, n. 256796.
Cass. pen., sez. I, 03.12.2013, n. 2285.
Cass. pen., sez. I, 03.12.2013, n. 2285.
Cass. pen., sez. I, 16.04.2013, n. 2392.
Cass., sez. I, 22.05.2013, n. 27853.
Cass. pen, sez. I, 19.12.2014, n. 3130.
Cass. pen., sez. I, 22.01.2014, n. 15755.
Cass. pen., sez. I, n. 53781/2014.
Cass. pen., sez. I, n. 1655/2014.
Cass. pen., sez. I, n. 3130/2014.
Cass. pen., sez. I, n. 3407/2014.
Cass., sez. I, n. 45896/2014.
Cass. pen., sez. I, n. 24721/2015.
Cass. pen., sez. I, n. 18709/2015.
Cass. pen., sez. I, n. 4451/2015.
Cass., sez. I, 22.10.2015, n. 46065.
Cass., sez. I, 14.05.2015, n. 13210.
Cass., sez. I, 19.05.2016, n. 34754.
Cass., sez. I, 14.10.2016, n. 3259.
Cass., sez. pen., 2016 n. 44963.
Cass., sez. I, 08.01.2016, n. 7968.

Cass, sez. I, 03.05.2016, n. 44163.
Cass., sez. II, 04.02.2016, n. 8094.
Cass. pen., sez. I, n. 48570 del 2017.
Cass. pen., sez. I, 19.12.2017, n. 25164.
Cass., sez. I, 28.11.2017, n. 1541, in C.E.D. Cass., n. 271986.
Cass. pen., sez. I, n. 988/2017.
Cass., sez. I, 07.11.2018, n. 12138.
Cass. sez. pen. 2018 n. 7409.
Cass., sez. pen., 21.11.2018, Mascia, n. 274804.
Cass., sez. pen., 21.11.2018, n. 6764.
Cass., sez. I, 22.05.2018, n. 43256.
Cass., sez. I, 09.04.2019, n. 39985.
Cass. pen., sez. I, 07.11.2019, n. 45924.
Cass. pen., sez. I, 08.10.2019, n. 49713.
Cass. pen., sez. VI, 14.03.2019, n. 12541.
Cass., pen., sez. I, 16.06.2020, n. 20702.
Cass., sez. I, 14.10.2020.

RINGRAZIAMENTI

Ringrazio la professoressa Paola Balducci per avermi dato la preziosa opportunità di concludere il mio percorso universitario con la redazione di un elaborato vertente la materia dell'esecuzione penale, per avermi ispirata con il suo entusiasmo e la sua travolgente passione per l'insegnamento di temi tanto complessi quanto interessanti e, infine, per aver sempre stimolato in me una grande curiosità con le sue lezioni.

Ringrazio la professoressa Maria Novella Masullo per avermi insegnato con diligenza le basi del diritto penale e per avermi permesso di appassionarmi a questa branca in tutta la sua complessità.

Ringrazio l'Avv. Armando Macrillò per avermi guidato con professionalità e disponibilità lungo un percorso fondamentale per la mia crescita personale. Lo ringrazio per aver addolcito questo cammino trasmettendomi serenità e sicurezza, senza mancare di svolgere meticolosamente il suo ruolo.