GIUSTIZIA INSIEME

Giustizia e Pene

Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete

di Fabio Gianfilippi

2 novembre 2022

Sommario: 1. Le richieste della Corte Costituzionale – 2. Il decreto – legge 162/2022 – 3. L'ampliamento dell'ostatività – 4. Lo scardinamento del meccanismo dell'ostatività assoluta ed il suo alto prezzo – 5. L'ampia istruttoria per consentire di esercitare correttamente la discrezionalità – 6. Il 41-bis e l'ultimo periodo del nuovo 4-bis co. 2 – 7. L'apporto del pubblico ministero – 8. Le modifiche in tema di lavoro all'esterno e permesso premio: il rischio di uno snaturamento degli istituti – 9. Le novità in materia di liberazione condizionale – 10. Le disposizioni transitorie, ultimo habitat della collaborazione impossibile e inesigibile

1. Le richieste della Corte Costituzionale

Il Governo ha dunque varato, tra i suoi primissimi atti, un decreto – legge (pubblicato nella G.U. del 31.10.2022), che contiene una modifica ampia e complessa dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Lo ha fatto nel termine di ulteriori sei mesi concesso al legislatore dalla Corte

Costituzionale, dopo un precedente termine annuale, rimasto privo di riscontri. In effetti si tratta di una sostanziale riproposizione del disegno di legge licenziato dalla Camera dei Deputati il 31 marzo 2022, che non fu poi approvato dal Senato anche a causa del termine anticipato della legislatura.

Come noto, la Consulta, con l'ordinanza 97/2021, aveva spiegato, pur senza dichiararla, l'incostituzionalità del meccanismo ostativo contenuto nell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., che collega la concedibilità di permessi premio, autorizzazione al lavoro all'esterno, misure alternative disciplinate nella legge penitenziaria e liberazione condizionale (attraverso il rimando contenuto nel d.l. 152/1991, poi convertito in L. 203/1991), per gli autori dei reati contenuti nell'elenco ivi leggibile, soltanto all'avvenuta collaborazione con la giustizia.

Era stata chiamata, a valle di importanti precedenti sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo e della stessa Corte Costituzionale, a pronunciarsi con riferimento alla situazione di un condannato alla pena dell'ergastolo per fatti di mafia, che si vedeva preclusa, in quanto non collaborante, una valutazione di merito circa la sua istanza di liberazione condizionale.

Temi ritenuti dalla Corte di così apicale importanza, a differenza di quanto avvenuto quando era stata chiamata a pronunciarsi da un condannato in una posizione analoga ma in materia di permesso premio, da meritare che fosse il Parlamento a dare organicità agli interventi da compiere, pur nel solco tracciato dalla Consulta. Doveva essere necessariamente superata la collaborazione con la giustizia come presunzione legale di recisione del vincolo con i gruppi criminali di riferimento, dovendo piuttosto darsi spazio a meccanismi che, senza dimenticare la centralità della collaborazione e la giusta premialità con cui è riguardata dall'ordinamento, tuttavia consentissero all'interessato di dimostrare altrimenti il superamento della propria pericolosità sociale, mediante allegazioni perspicue sulla insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata e sull'assenza di pericolo di ripristinarne in futuro (requisiti già imposti con la sent. Corte Cost. 253/2019, ma appunto in relazione esclusivamente ai permessi premio).

Non mette conto, in questa sede, diffondersi sull'ampio dibattito suscitato in dottrina, e sugli arresti giurisprudenziali cui si è giunti negli anni di applicazione della disciplina dopo la sentenza del 2019 in materia di permessi premio, basta però dire che non era certo parso ai commentatori, né emergeva dai provvedimenti emessi, che si trattasse di requisiti semplici da soddisfare.

Da ultimo poi la stessa Corte Cost., con la sent. 20/2022, aveva ribadito la necessità di conservare un istituto, contenuto nell'art. 4-*bis* co. 1-*bis* ord. penit., ma nato proprio dalla sua

giurisprudenza, e cioè la collaborazione impossibile o inesigibile (oppure irrilevante in certi casi individuati dalla normativa), che fotografa la condizione di chi pur volendo collaborare non possa farlo, poiché interamente già accertati i fatti di cui alla condanna che lo riguarda, o per via del ruolo marginale ricoperto nella vicenda. Per queste ipotesi, surrogatorie della collaborazione attiva con la giustizia, oggi già è previsto il superamento dell'ostatività, perché la mancata collaborazione non può considerarsi in termini negativi, ed è consentito l'accesso ai benefici, in presenza degli altri requisiti di legge ed a fronte di una valutazione di meritevolezza in concreto, quando sussista prova della recisione del vincolo associativo con il gruppo criminale organizzato.

La Consulta, nella sent. 20/2022, chiariva che, anche all'indomani della sent. 253/2019, restava necessario distinguere la posizione di chi non collabora perché non può (il collaboratore impossibile o inesigibile) da quella di chi non collabora perché non vuole (per ragioni anche di comprensibile timore, ma comunque esercitando la propria libertà di non collaborare).

A fronte di questo complesso quadro, dunque, il Parlamento non è riuscito a rispondere in tempo alle richieste della Consulta, che gli aveva domandato, entro il maggio 2022 e, dopo un ulteriore termine, entro l'8.11.2022, di elaborare una novella organica, che evitasse interventi chirurgici, come quelli che sarebbero derivati da una pronuncia della Corte Costituzionale, con il rischio di squilibri e vuoti in un settore così cruciale come quello del contrasto alla criminalità organizzata.

2. Il decreto – legge 162/2022

Interviene ora il Governo, a pochi giorni, ormai, dall'8 novembre, utilizzando lo strumento del decreto – legge, con l'esplicito intento di anticipare la decisione, scontata nel merito, della Consulta. Colpisce il ricorso alla decretazione d'urgenza, posto che l'esigenza di una riforma sul tema era ben nota già a partire dalla sentenza CEDU Viola c. Italia del 2019, tanto che la ragione giustificatrice dello strumento finisce per apparire soltanto il mero ritardo del legislatore. Avrebbe forse destato qualche dubbio in meno, invece, la scelta di un decreto – legge che avesse fatto seguito alla decisione della Consulta, ove l'eventuale intervento del Giudice delle leggi si fosse rivelato produttivo di lacune o incongruenze di sistema che potessero in ipotesi minare la solidità dei meccanismi di contrasto alla criminalità organizzata, che sono alla base della disciplina dell'art. 4-*bis* ord. penit.

Ci si deve ora domandare, anzi, come la Corte Costituzionale intenderà procedere, avendo testualmente fatto riferimento, nell'ordinanza 97/2021, al compito di valutare, all'esito dell'intervento normativo, la disciplina risultante.

Come si diceva, il testo del decreto – legge riproduce quello licenziato dalla Camera dei Deputati a marzo scorso. Nel corso dei lavori parlamentari svoltisi già dal 2021 furono auditi numerosi esperti, si sono confrontate varie proposte di modifica, si è passati attraverso diversi testi, anche francamente lontani dagli orizzonti costituzionali che orientavano la giurisprudenza del Giudice delle leggi.

Il testo che ora possiamo leggere porta le tracce di questo travaglio e, a fianco di riformulazioni che hanno attenuato profili di perplessità significativa, rispetto ad alcune precedenti versioni, non mancano purtroppo tratti di criticità.

Ci viene consegnato un testo ipertrofico, che per altro incide su una disposizione normativa già di abnorme complessità e di difficile lettura. In alcuni passaggi si leggono formule che appaiono duplicare gli stessi concetti, con un approccio che inevitabilmente costringerà l'interprete a ricercarne le ragioni: quale differenza tra adempimento "delle obbligazioni civili" e "degli obblighi di riparazione pecuniaria"? oppure quale tra la nozione di "collegamento indiretto" e quello di "collegamento tramite terzi"?

In altri casi si ricalcano requisiti anche altrove utilizzati, ma con rafforzativi, che pongono analoghi interrogativi: quale differenza intercorre tra l'impossibilità di adempiere le obbligazioni civili, prevista dall'art. 179 ult. co. per la riabilitazione, e la "assoluta impossibilità" di adempiere di cui alla formulazione del nuovo 4-*bis* co. 1?

Nel drafting normativo, ancora, si ricorre in alcuni casi alla numerazione dei commi con "1-*bis*.1" e "1-*bis*.2", acuendo la sensazione di trovarsi all'interno di un labirinto di dettagli e precisazioni che, lungi dall'offrire linee chiare di azione, moltiplica gli spigoli in cui il ragionamento rischia di incepparsi.

3. L'ampliamento dell'ostatività

Nonostante non fossero mancate voci in dottrina che invitavano il legislatore a cogliere l'occasione offerta dalla necessità di rispondere alle indicazioni della Corte Costituzionale, per snellire il lungo elenco di reati compresi nel disposto dell'art. 4-*bis* co. 1, ed ormai all'evidenza non più conferenti agli obbiettivi originari della disposizione, il decreto – legge non si muove in

questa direzione. Anzi, introduce un inciso nel predetto comma volto ad estenderne la portata. Si prevede infatti che anche reati comuni non inseriti nell'elenco vengano attratti nella fattispecie ostativa, laddove legati ai delitti di prima fascia da nesso teleologico riconosciuto dal giudice di cognizione o di esecuzione (commessi per eseguire od occultare uno dei reati di cui al medesimo primo periodo ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati).

Si tratta di una tecnica già adoperata, ad esempio, nella legislazione dell'emergenza da COVID19, quando la si leggeva, in una forma comunque diversa, nell'art. 30 del Dl Ristori. A differenza di quel caso, però, e per ragioni non immediatamente rintracciabili, la disposizione determina l'effetto attrattivo per i reati avvinti dal nesso teleologico (art. 12 co. 1 lett. c c.p.p.) ma non anche per quelli in cui sia riconosciuta la continuazione (art. 12 co. 1 lett. b). E' vero che, almeno per i delitti commessi in continuazione a quelli di associazione a delinquere di stampo mafioso, è lo stesso disposto già vigente dell'art. 4 *bis* co. 1 a prevedere la loro ricomprensione nel perimetro dell'ostatività, ma resta escluso il resto dell'elenco.

Ad ogni modo, e nella consapevolezza che questa aggiunta amplia la portata della prima fascia del 4-*bis*, con le conseguenze ostative ivi leggibili, l'art. 3 del decreto – legge, contenente disposizioni transitorie, opportunamente chiarisce che la nuova formulazione non trova applicazione per chi ha commesso il reato prima dell'entrata in vigore della legge. Una soluzione conforme all'insegnamento della Consulta con la sent. 32/2020, circa il divieto di retroattività delle disposizioni (peggiorative) in materia di requisiti di accesso alle misure alternative, ma che va anche lodevolmente oltre poiché, come noto, in quella pronuncia permessi premio e autorizzazione al lavoro all'esterno non erano stati ricompresi tra quelle e dunque, in assenza della disposizione transitoria, per quei benefici si sarebbe subito applicata la disciplina ostativa.

4. Lo scardinamento del meccanismo dell'ostatività assoluta ed il suo alto prezzo

Il cuore della novella, costituito dal superamento dell'ostatività assoluta anche per i condannati non collaboranti, è compreso nel nuovo art. 4-*bis* co. 1-*bis*, che viene sostanzialmente riscritto, e nel seguente co. 1-*bis*.1. Innanzitutto si coglie l'eliminazione dal testo degli istituti della collaborazione impossibile e inesigibile, che vengono recuperati, parzialmente, per come vedremo, attraverso la normativa transitoria.

Vengono poi differenziati due elenchi di reati, scelti tra quelli compresi all'interno della c.d. prima fascia. Il primo sottogruppo comprende i delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso o commessi con finalità di terrorismo anche internazionale, o ancora di associazione a delinquere volta al traffico di sostanze stupefacenti, ma anche i reati già compresi nel 4-*bis* co. 1 in materia di immigrazione clandestina e commercio di tabacchi lavorati esteri, un coacervo dunque tutt'altro che omogeneo. Per gli autori di questi delitti si prevede che il condannato che non collabori con la giustizia potrà accedere ai benefici previsti nel co. 1 purché dimostri l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di adempiere (si vedano i rilievi sub 2 su queste espressioni). Si tratta di un requisito severo e impegnativo, che sino ad oggi era connesso in questi termini soltanto al beneficio della liberazione condizionale o della riabilitazione, che intervengono al termine dei percorsi penitenziari. L'anticipazione al momento in cui, ad esempio, si richieda un permesso premio, appare così da un lato poco conferente alla natura del beneficio che si richiede e dall'altro decisamente prematura.

Il legislatore descrive poi il requisito fondamentale, già dettato dalla Consulta, ma che qui viene espresso in termini assai più dettagliati, ottenendo però un paradossale effetto di minor determinatezza. Si impone infatti che l'interessato alleghi all'istanza "elementi specifici, diversi ed ulteriori" rispetto alla regolare condotta, alla partecipazione al percorso rieducativo e alla dissociazione dall'organizzazione, grazie ai quali possa escludersi l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata "o con il contesto nel quale il reato è stato commesso", nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, "anche indiretti o tramite terzi".

La formula adoperata si espone a perplessità, soprattutto perché, mentre è piuttosto chiaro cosa il legislatore ritenga insufficiente, omessa tuttavia una esplicita indicazione circa la necessità di quegli elementi, non è chiaramente detto cosa possa il condannato, magari dopo molti anni di detenzione, allegare a sostegno della sua istanza. Dovrà qui farsi uso dell'insegnamento della S.C. che, già con la sentenza 33743/2021, ha iniziato a fornire indicazioni importanti, che sembra possano essere ora adoperate anche per questo nuovo istituto, che replica quanto sostanzialmente richiesto dalla Corte Cost. con la sent. 253/2019.

E' invece un'assoluta novità la comparsa sulla scena della nozione di "contesto nel quale il reato è stato commesso", segnata da una genericità che soltanto la giurisprudenza di merito, e poi di legittimità, potrà tentare di colmare e che, per il momento, lascia davvero dubbiosi, a fronte di formule già molto ampie che impongono di rinvenire elementi idonei ad escludere l'attualità, ma anche il pericolo di ripristino, di collegamenti, persino indiretti, con i gruppi criminali di

riferimento.

La disposizione indica che il giudice potrà pervenire ad una valutazione di insussistenza di tali rischi tenendo conto di circostanze personali e ambientali, ma anche delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione possibile.

Si tratta di espressioni che opportunamente affidano alla discrezionalità prudente ed informata della magistratura di sorveglianza il vaglio di una serie di elementi individualizzanti, che consentiranno di tener conto del percorso di osservazione sviluppato in contesto penitenziario in favore del condannato. E' ripreso anche il riferimento alle ragioni della mancata collaborazione, per come richiesto dalla stessa ordinanza Corte Cost. 97/2021, ma opportunamente in una formula che non obbliga a farle emergere, ma consente di apprezzarle quando ciò accada. Si tratta di un contemperamento significativo, poiché è evidente come i timori di subire ritorsioni, indicati dalla CEDU e dalla Consulta, come alcune delle possibili ragioni di una mancata collaborazione, spesso non possono essere detti, senza con ciò far scoprire ciò che si voleva, per paura, tenere nascosto.

Ultimo requisito richiesto per l'accesso ai benefici è che l'interessato abbia assunto iniziative in favore delle vittime, sia di tipo risarcitorio, sia nelle forme della giustizia riparativa. La formula usata richiama il giudice al dovere di "accertare" che ciò sia accaduto e dunque sembra che la sussistenza di questo requisito (l'assunzione di iniziative, non certo gli eventuali proficui risultati) costituisca una vera e propria condizione di ammissibilità dell'istanza. Si pensi alla soluzione differente, adottata nell'art. 4-*bis* co. 1-*quinquies* in cui la partecipazione a trattamento psicologico per i condannati per reati sessuali in danno di minori ed altri "è valutata" dalla magistratura di sorveglianza, dunque elemento tra altri che, nel merito, può deporre per la concessione.

Si tratta, dunque, di una serie così ampia di requisiti indispensabili per arrivare ad una pronuncia favorevole, anche per il più limitato dei benefici previsti, e per tutti allo stesso modo, che la strada per l'istante può ben rappresentarsi come un percorso a ostacoli, che non ha il pregio di una difficoltà crescente all'ampliarsi della richiesta, e che perciò corre il rischio di non incentivare quei progressi successivi che sono il proprio di una esecuzione penale che, come tante volte ha ribadito la Corte Costituzionale, ha il suo proprio nel dipanarsi in un tempo, spesso assai lungo.

Nel comma 1-*bis*.1 vengono inseriti i delitti residui della prima fascia: si tratta essenzialmente di quelli contro la p.a. che furono introdotti nell'art. 4-*bis* con la legge spazzacorrotti del 2019, ma anche dei reati di tratta, di violenza sessuale di gruppo ed ancora di sequestro di persona a scopo di estorsione. Per questi delitti il legislatore non ha optato, come invece suggerito dalla dottrina, per un declassamento alla seconda fascia, facendo venir meno un'ostatività che trae la sua ragion d'essere dalla necessità di indagare circa i collegamenti del condannato con i gruppi criminali, e che dunque mal si adatta a reati che sono normalmente al di fuori di quel contesto, o addirittura monosoggettivi. Neppure ha trovato spazio l'insegnamento della sent. Corte Cost. 253/2019 che già consentiva al giudice di valutare le istanze di permesso premio dagli stessi provenienti, senza indagare su collegamenti con la criminalità organizzata insussistenti *in re ipsa* . Si è invece deciso di distinguerli dal primo sottogruppo, prendendo atto che non vi è ragione di ricercarne i collegamenti con i gruppi criminali, ma mantenendo fermi tutti gli altri requisiti richiesti dal nuovo co. 1-*bis* per accedere ai benefici penitenziari. Si impongono dunque l'adempimento delle obbligazioni civili (o la dimostrazione dell'assoluta impossibilità) e le iniziative risarcitorie o di giustizia riparativa, e poi si prevede l'obbligo di allegazioni perspicue che consentano di escludere i collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, dell'interessato con "il contesto nel quale il reato è stato commesso". Questa espressione, di cui già si è evidenziata la genericità, appare in questo caso specialmente difficile da decodificare e foriera del rischio che si richieda all'interessato uno sradicamento dalla propria vita anteatta, un approccio della cui valenza risocializzante non può che dubitarsi. Potrà valorizzarsi, ad esempio, per chi abbia commesso un reato in connessione con una certa attività lavorativa, l'abbandono di un certo incarico o ruolo, ma non sembra che possa invece ritenersi sussumibile in questa nozione anche lo sganciamento dall'ambito territoriale in cui ad esempio il reato è stato commesso. Si imporrebbe infatti, in quest'ultimo caso, al condannato una scelta che può rivelarsi drammatica, non solo per sé ma per il suo nucleo familiare.

5. L'ampia istruttoria per consentire di esercitare correttamente la discrezionalità

Dettagliata e specifica è l'indicazione dell'istruttoria che l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere. Il decreto – legge prende spunto, all'evidenza, dalle prassi già formatesi in materia, nonché dagli strumenti, per alcuni versi analoghi, già introdotti ad esempio con il d.l. 28/2020 poi convertito in L. 70/2020, con riferimento a benefici penitenziari diversi.

Si prevede quindi un parere da richiedersi al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado (eventualmente dunque più procure, ove le sentenze siano più d'una, e comunque, ma non è ben chiaro il perché, anche se in primo grado la persona sia in ipotesi risultata assolta, e non condannata) e, per i condannati per delitti compresi nel disposto dell'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* cod. proc. pen., della DDA e della DNA, una informativa della Direzione dell'istituto penitenziario, un approfondimento sulle condizioni patrimoniali, il tenore di vita e le attività lecite svolte dal nucleo familiare e "dalle persone ad esso collegate" (con ulteriore tuziorismo ampliativo), nonché su eventuali misure di prevenzione personali o patrimoniali a loro riferibili.

Realistica appare la previsione di un termine di sessanta giorni dalla richiesta per l'ottenimento delle risposte, eventualmente prorogabile in ragione della complessità dell'accertamento di ulteriori trenta giorni. In difetto l'autorità giudiziaria deve decidere comunque.

Circa le risposte pervenute deve darsi all'interessato la possibilità di fornire "idonei elementi di prova contraria". Lo richiedeva già la sent. Corte Cost. 253/2019, ma in questa sede opportunamente si precisa una scansione procedimentale secondo la quale viene fornito un congruo termine alla parte per assolvere a tale onere. Si tratta di un appesantimento istruttorio, tuttavia decisamente giustificato per consentire alla parte di prendere contezza dei contenuti delle informative pervenute ed approntare repliche.

Il decreto – legge utilizza, infine, espressioni a dir poco solenni nel richiedere che la decisione indichi "specificamente le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza medesima, tenuto conto dei pareri acquisiti", ma si tratta di rimettere nero su bianco ciò che in effetti costituisce il cuore del mestiere del giudice, segno non troppo velato di una qualche diffidenza rispetto ai contenuti normali delle pronunce della magistratura di sorveglianza. Volendo però cogliere costruttivamente il richiamo contenuto nelle espressioni riportate, le stesse imporranno una motivazione scevra da formule generalizzanti, prevedendo invece che il giudice si impegni in una lettura sempre critica delle note pervenute, sia quando deciderà per l'accoglimento, sia quando invece propenderà per il rigetto. Per come si diceva è qualcosa che la magistratura di sorveglianza fa da sempre, cercando ad esempio di sceverare le note i cui contenuti forniscano elementi concreti, ed attuali, in ordine ai collegamenti dell'interessato con i gruppi criminali, da quelle che si limitano a comunicare dati già tutti rinvenibili nelle sentenze di condanna, magari ormai molto datate.

Negli ultimi anni si è apprezzato un particolare impegno delle Procure nella cura delle note trasmesse alla magistratura di sorveglianza e non v'è dubbio che, sotto questo profilo, un onere importante è loro attribuito nel fornire elementi verificati e descritti in termini specifici, pertanto utilmente spendibili da parte del giudice, nel motivare i propri provvedimenti.

6. Il 41-bis e l'ultimo periodo del nuovo 4-bis co. 2

Viene introdotta, con una formula un po' tautologica, la previsione che i benefici indicati nell'art. 4 *bis* co. 1 non siano concedibili al detenuto o internato sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'articolo 41-*bis* se non "dopo che il provvedimento applicativo di tale regime speciale sia stato revocato o non prorogato". In sostanza sono inammissibili le richieste di beneficio che pervengano da detenuti sottoposti al regime differenziato *in peius* di cui all'art. 41-*bis* co. 2 ord. penit.

La soluzione normativa non appare esente da possibili critiche. Non v'è dubbio che, nel merito, sia logicamente assai più che improbabile che la magistratura di sorveglianza possa concedere un beneficio penitenziario ad un condannato sottoposto al regime speciale, e ciò perché quest'ultimo presuppone la sussistenza di collegamenti attuali della persona interessata con i gruppi criminali all'esterno, e dunque una pericolosità sociale qualificata ed attuale.

Dal punto di vista della ricostruzione degli istituti giuridici, però, resta il fatto che il regime differenziato è imposto mediante un atto amministrativo, il decreto del Ministro della Giustizia, e non anche mediante un provvedimento giurisdizionale. E' ammesso un reclamo al Tribunale di sorveglianza di Roma, chiamato a vagliare la legittimità dei presupposti applicativi, ma si tratta di uno strumento eventuale, e la decisione interviene per altro anche ad una significativa distanza di tempo dall'emissione del decreto.

Il decreto – legge qui fa derivare una conseguenza dirimente in termini di qualità della pena detentiva da un provvedimento amministrativo, con una frizione forse non trascurabile con l'art. 13 co. 2 Cost.

La Corte Costituzionale, pronunciandosi all'indomani dell'introduzione dell'art. 41-*bis* co. 2 ord. penit., con la sent. 349/1993, aveva chiarito infatti che il decreto impositivo avrebbe potuto contenere limitazioni alle ordinarie regole di trattamento intramurario, purché funzionali agli scopi del regime, ma non avrebbe potuto, invece, incidere in alcun modo sulla determinazione della quantità e della qualità della pena.

E' vero che l'ordinanza 97/2021 della Corte Costituzionale, in un passaggio, che ha soprattutto la funzione di rassicurare il lettore circa il fatto che i benefici di cui si parla non attingeranno persone dalla elevata pericolosità sociale, come i condannati in regime differenziato, afferma che è "impossibile" che gli stessi li ottengano. Tuttavia la formula adoperata dalla Consulta appare sapientemente scelta per evocare una decisione che, nel merito, non consente un accoglimento, ma che non è preclusa sotto il profilo dell'ammissibilità (una soluzione per altro anche di recente ribadita dalla S.C. sent. 42723/2021).

7. L'apporto del pubblico ministero

Il nuovo co. 2-*ter* prevede che, quando il tribunale di sorveglianza deve decidere in ordine ai benefici di cui al co. 1 dell'art. 4-*bis*, ma solo se a richiederli sono condannati per delitti compresi nell'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater*, le funzioni di pubblico ministero, ordinariamente svolte dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello, possano essere assunte dal pubblico ministero presso il capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado.

La previsione ha di certo il pregio di offrire al Tribunale di sorveglianza la possibilità di attingere un parere particolarmente e direttamente informato circa i fatti che hanno condotto alla condanna, anche se da un lato si è già rilevato come il collegamento con il PM del primo grado, non necessariamente significa: con il PM del grado in cui è stata definita la responsabilità della persona, e dall'altro è inevitabile che ci si riferisca ad un ufficio, e non certo alla persona che in una data epoca ha seguito le indagini, trattandosi spesso, in particolare se si ragiona di condannati alla pena dell'ergastolo o a lunga pena temporanea, di fatti processualmente accertati anche venti o più anni prima.

La previsione di tale presenza, solo eventuale, consentirà per altro alle Procure interessate, cui occorrerà dare notizia della fissazione dell'udienza, di valutare caso per caso se non sia sufficiente fornire pur dettagliate note informative oppure se si preferisca essere presenti all'udienza che il Tribunale di sorveglianza fisserà.

8. Le modifiche in tema di lavoro all'esterno e permesso premio: il rischio di uno snaturamento degli istituti

Il lavoro all'esterno ed i permessi premio sono due strumenti essenziali nella costruzione dei percorsi risocializzanti delle persone condannate. Svolgono entrambi, ciascuno a proprio modo, un fondamentale ruolo, che la Corte Costituzionale a proposito dei permessi premio riassunse come "pedagogico-propulsivo". Non sono misure alternative, ma aprono finestre sull'esterno e consentono di sperimentare la capacità di chi ne fruisca di rispettare le prescrizioni, anche semplici, che sono loro connaturate.

Con un confine che non è rimasto esente da critiche in dottrina, la sent. Corte Cost. 32/2020, escludeva tali strumenti dal novero di quelli che, comportando una vera e propria fuoriuscita dall'ordinaria vita detentiva, debbono essere considerati disciplinati da norme sostanziali, dunque non applicabili, se peggiorative, in modo retroattivo.

La competenza naturale per questo genere di misure è individuata nell'ordinamento penitenziario nel magistrato di sorveglianza, che approva l'apertura al lavoro all'esterno, quando autorizzata dal Direttore dell'istituto penitenziario, e che concede i permessi premio.

Il decreto – legge prevede, per una sottocategoria di condannati per reati ex art. 4-*bis* co. 1, ancora una volta diversa dalle altre via via elaborate, costituita dai soli responsabili di reati di mafia e di terrorismo, che la competenza passi al Tribunale di sorveglianza per l'approvazione del lavoro all'esterno e per la concessione dei permessi premio.

La scelta del legislatore d'urgenza ha certamente il pregio di porre in primo piano l'importanza che riveste l'apertura a queste misure, di fatto le prime che lasciano affacciare il condannato all'esterno. D'altra parte, però, per ragioni solo parzialmente sovrapponibili, entrambe hanno senso non tanto in sé, ma nello sviluppo che nel tempo i percorsi che si intraprendono lasciano intravedere.

Le rigide forme che si impongono al Tribunale di sorveglianza nel momento in cui decide per tutti i benefici di cui all'art. 4 *bis* co. 1 (per come deducibile anche dal nuovo co. 2-*ter*, che parla della presenza in udienza del pubblico ministero), ma che anche necessariamente si connnettono alla speciale importanza attribuita al contraddittorio con la difesa, nel ragionamento della Corte Costituzionale, imporranno scansioni temporali inevitabilmente dilatate ed è più che un rischio che non possano concretizzarsi veri percorsi di permessi premio che, in tanto hanno un significato, in quanto mantengano una cadenza regolare e forniscano dati aggiornati frequentemente sui progressi del reo.

Allo stesso modo c'è da attendersi che anche le variazioni al programma di lavoro all'esterno, normali, anche per profili di dettaglio della quotidianità, andranno allo stesso modo portati

dinanzi al Tribunale collegiale riunito in udienza.

Il mutamento di rito in relazione a questi benefici, soltanto connesso alla tipologia di reato commesso, finisce per determinare un doppio binario processuale, sul quale è necessario senz'altro riflettere più lungamente. A fronte della maggior garanzia rappresentata dal Collegio, non v'è dubbio che, proprio per i condannati per i reati tra i più gravi che l'ordinamento conosca, la valutazione sulla concessione "perde" un grado di giudizio.

C'è da immaginare che, almeno per i condannati che possano già accedere a più ampie misure alternative, questo strumento, invece così importante per riempire di contenuti i giudizi di prognosi della sorveglianza, perda nettamente di appeal, e si impoverisca di significato, ridotto a mero episodio (ad es. un permesso premio l'anno).

Occorrerà inoltre che si presti attenzione anche in questi casi alla regola generale che impone la presenza nel collegio del Tribunale che si pronuncia, del magistrato di sorveglianza cui è affidata la giurisdizione sull'istituto di pena di appartenenza dell'istante (art. 70 co. 6 ord. penit.), poiché è appunto il percorso risocializzante a dover essere posto al centro dei ragionamenti dell'a.g.

Un risultato meno tranciante si sarebbe potuto ottenere se, ad esempio, si fosse confinata la sola prima valutazione in merito all'apertura al lavoro all'esterno o ai permessi premio alla competenza del Tribunale di sorveglianza, lasciando poi che fosse il magistrato di sorveglianza a seguire la progressione trattamentale del condannato, continuando ad operare quel lavoro prudente e certosino che sempre su questi benefici svolge. Non è per altro indicato neppure che il Tribunale di sorveglianza possa provvedere sui permessi premio successivi al primo in modo più spedito, omettendo almeno alcuni degli approfondimenti istruttori previsti per la prima concessione, rimettendo ogni volta in piedi una macchina istruttoria molto impegnativa, quando invece avrebbe potuto basarsi su oculate richieste di aggiornamento mirato, che sono appunto il proprio dell'ordinario lavoro del magistrato di sorveglianza.

9. Le novità in materia di liberazione condizionale

La riforma della quale si prova a parlare, a primissima lettura, viene legata strettamente all'ergastolo ostativo anche se, per come si è visto, il suo raggio d'azione è decisamente più vasto. Ad ogni modo i casi che l'hanno originata nascono in quel contesto. Da ultimo si trattava proprio di liberazione condizionale, una misura divenuta, dopo la legge penitenziaria del '75, sempre più appannaggio esclusivo dei condannati alla pena dell'ergastolo, essendo l'unica che, garantendo

con ciò la compatibilità costituzionale della pena perpetua nel nostro ordinamento, consenta al condannato di essere sottoposto ad una valutazione di merito da parte dell'a.g. circa l'eventuale conclusione del percorso risocializzante intrapreso, in caso di esito positivo potendo ciò comportare la sospensione della pena per il tempo in cui gli viene imposta una libertà vigilata quinquennale.

Anche per questa misura, dunque, non disciplinata nell'ordinamento penitenziario, ma ancora nel codice penale, il decreto – legge prevede l'applicazione di tutte le novità individuate per la concessione dei benefici previsti nell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., incidendo sulle disposizioni contenute nel d.l. 152/1991 poi conv. in L. 203/1991.

Viene tuttavia inasprito, per il solo condannato alla pena dell'ergastolo per delitti compresi nel disposto dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., il *quantum* di pena che consente l'accesso al beneficio, che passa da ventisei anni a trenta. Un incremento di rilievo, sol che si pensi a come fosse ormai risalente nel tempo il movimento inverso che, con la legge Gozzini, aveva sancito l'abbassamento di due anni da ventotto a ventisei per tutti i detenuti. Restano fuori dall'innalzamento i collaboratori e, grazie alla norma intertemporale di cui al successivo paragrafo, chi vanti impossibilità/inesigibilità della condotta collaborativa.

Si prevede inoltre che si allunghi sino a dieci anni il termine durante il quale, a concessione avvenuta, la pena resta solo sospesa, prima dell'estinzione. Da ciò dovrebbe derivare, ex art. 230 co. 2 cod. pen., che la libertà vigilata duri per tutto questo tempo. Si tratta di una scelta che dovrà tra l'altro confrontarsi anche, seppur al momento indirettamente, con una recente questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Firenze in relazione alla imposizione obbligatoria della libertà vigilata e alla sua durata fissa, quando in relazione alla liberazione condizionale (ord. Trib. Sorv. Firenze 15.02.2022).

La misura della libertà vigilata, infine, prevede in ogni caso un divieto di incontrare o mantenere contatti con soggetti condannati per delitti di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* o sottoposti a misura di prevenzione in casi tassativamente indicati: opzione che segue la richiesta della Corte Cost. ord. 97/2021, di diversificare gli effetti della concessione della liberazione condizionale per i condannati per delitti di criminalità organizzata.

La previsione di un *quantum* di pena più elevato per accedere alla liberazione condizionale, che operi retroattivamente, interpella circa la congruità all'insegnamento di cui alla sent. Corte Cost. 32/2020. Se da un lato è vero che, rispetto alla assoluta ostatività prevista per i condannati all'ergastolo per delitti di cui all'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., (ad eccezione dei collaboratori e di chi

si veda riconosciuta l'impossibilità/inesigibilità della condotta collaborativa), l'attuale meccanismo, di speciale difficoltà all'accesso alla liberazione condizionale, è comunque un miglioramento, dall'altro la soluzione qui offerta appare particolarmente severa e critica, incidendo in termini certamente negativi proprio sul requisito basico, di immediata percettibilità per il condannato, della quantità di pena espianda per poter accedere ad una valutazione di merito.

Si sarebbe potuta allora approntare almeno una disposizione intertemporale che non peggiorasse la percezione intanto formatasi nei condannati all'ergastolo non collaboranti, che hanno sin qui raccolto l'inequivoco tenore del filone giurisprudenziale apertosi con la sent. CEDU Viola c. Italia.

10. Le disposizioni transitorie, ultimo habitat della collaborazione impossibile e inesigibile

Nell'art. 3 del decreto – legge sono state, infine, dettate alcune disposizioni di diritto intertemporale, che appaiono rispettare, nel minimo indispensabile, le richieste della sent. Corte Cost. 32/2020.

Come già anticipato, in tal senso, non è innanzitutto applicabile retroattivamente l'ampliamento del numero di delitti compresi nel disposto dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit., che deriva dall'introduzione della disposizione di cui al nuovo ultimo periodo del predetto comma.

Di particolare significato, poi, è la disposizione transitoria di cui al co. 2, che garantisce la persistenza nell'ordinamento degli istituti della collaborazione impossibile, inesigibile e irrilevante, soltanto in favore di condannati e internati che abbiano commesso i delitti di cui all'art. 4-*bis* co. 1 ord. penit. prima della data di entrata in vigore del decreto – legge. Nei loro confronti, per altro, ove venga accertata la condizione, continuano ad applicarsi i limiti di pena ordinari (26 anni per l'ergastolano), mentre la libertà vigilata dovrà comunque comprendere tra le prescrizioni anche il divieto di frequentare taluni soggetti, cui si è già fatto riferimento nel paragrafo precedente.

Non del tutto comprensibile è il disfavore mostrato dal legislatore d'urgenza circa il mantenimento nel sistema, e non soltanto transitoriamente, degli istituti della collaborazione impossibile e inesigibile che, come si è già accennato, sono ipotesi surrogatorie della collaborazione via via introdotte proprio sulla base di pronunce della Consulta, e in ordine alle

quali di recente la stessa Corte Costituzionale aveva ribadito l'autonomia logica rispetto alla situazione di chi voglia esercitare la propria libertà di non collaborare (sent. 20/2022), poiché appunto sono diverse le posizioni dei non collaboranti per impossibilità e per scelta.

Il legislatore mostra di sapere, però, che sempre alla luce della sent. 32/2020 non può determinarsi questa scomparsa senza incorrere nel divieto di retroattività, ove ci si riferisca all'accesso a misure alternative alla detenzione. Di qui la necessità della disposizione transitoria, che infatti consente ancora di utilizzare i meccanismi della collaborazione impossibile e inesigibile ai condannati per fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto – legge, ma solo quando ciò abbia la finalità di accedere alle misure alternative alla detenzione di cui al capo VI del titolo I della legge di ordinamento penitenziario e alla liberazione condizionale.

Restano dunque fuori da questo perimetro il lavoro all'esterno ed i permessi premio che, come abbiamo già visto, sono infatti fuori anche dal perimetro in cui il divieto di retroattività è salvaguardato dall'interpretativa della Consulta. L'effetto che si determina non è di poco momento. Di fatto chi oggi vanti posizioni di impossibilità o inesigibilità di collaborazione con la giustizia non potrà farle valere dinanzi alla magistratura di sorveglianza per ottenere un permesso premio, ma dovrà assoggettarsi al ben più corposo onere di allegazione pensato per i non collaboranti per scelta. Un significativo restringimento del pacchetto di opzioni sino ad oggi messo a disposizione di questa tipologia di condannati.

E' dunque prevedibile che, salvo dubbi di costituzionalità, le istanze di permesso premio, già pendenti con richiesta incidentale di accertamento delle condotte collaborative impossibili o inesigibili, non supereranno il vaglio di ammissibilità, a meno che non vi siano elementi per consentire all'a.g. procedente una valutazione dei requisiti indicati ora nel nuovo co. 1-*bis* dell'art. 4-*bis*. In questo contesto forse potrà recuperarsi un significato all'impossibilità di collaborare come "ragione della mancata collaborazione" valutabile dall'a.g. Di certo non sarebbe però compatibile con il percorso giurisprudenziale che sta alle spalle dell'odierno intervento legislativo, che l'impossibilità o inesigibilità della collaborazione divenisse l'unica ragione di mancata collaborazione positivamente apprezzabile per accedere ai benefici, perché questo tradirebbe il senso complessivo dell'evoluzione normativa che, bene o male, recalcitranti o convinti, ha condotto a superare la definizione della collaborazione quale prova legale di recisione dei vincoli associativi.

Se invece i permessi premio, all'esito dell'avvenuto accertamento della condotta collaborativa impossibile o inesigibile, siano stati già intrapresi, può domandarsi come dovrà procedere il giudice competente.

Si tratta di una domanda che, d'altra parte, concerne anche i (non moltissimi) condannati che hanno ottenuto permessi premio con i requisiti richiesti dalla sent. Corte Cost. 253/2019.

In entrambi i casi, soccorrerà l'insegnamento della Consulta, non a caso ribadito proprio nella sent. 32/2020, a mente del quale è necessario che, in ossequio al principio di non regressione incolpevole del trattamento, i permessi possano proseguire in favore dei condannati che già prima dell'entrata in vigore della novità normativa abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio e cioè che ne abbiano fruito in termini positivi.

D'altra parte, però, ove dal decreto legge derivi una modifica della competenza (dal magistrato al Tribunale di sorveglianza, in correlazione con i delitti per i quali ciò è stato previsto), appare evidente che, pur fermo il principio di non regressione incolpevole, non sembra possa dirsi che lo stesso consenta una persistenza della vecchia competenza, ed occorrerà quindi che il magistrato di sorveglianza investito dell'istanza, oneri per la decisione il Tribunale di sorveglianza competente.