

La rimodulazione delle condizioni soggettive condizionanti l'accesso al permesso premio, alle misure alternative e alla liberazione condizionale: probatio diabolica o attuazione temperata dei principi costituzionali?

di *Davide Galliani e Raffaello Magi*

1. I punti di partenza / **2.** La disciplina legislativa del 2022 e la rimodulazione della ostatività / **3.** Tendenze giurisprudenziali post-2019 e post-2022

1. I punti di partenza

1.1. Leggiamo insieme: «*il trattamento penitenziario tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale ed è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati*».

Questo è, sin dal momento iniziale, il testo dell'articolo 1, comma 2 della legge di ordinamento penitenziario n. 354 del 1975 (tuttora vigente) improntato a una “naturale” propensione al recupero del condannato e al suo graduale reinserimento nel mondo esterno. Il trattamento penitenziario come strumento di graduale risocializzazione, in chiave di attuazione del principio costituzionale del finalismo rieducativo di cui all'articolo 27, comma 3, Cost. .

Come è noto, la disciplina “emergenziale” correlata alla particolare aggressività del fenomeno mafioso ha, però, inciso profondamente – a partire dal 1991¹ – sulla possibilità, per alcune categorie di soggetti ristretti, di ambire al graduale reinserimento sociale attraverso i contatti con l’ambiente esterno o di rendere possibile l’accesso dei condannati all’ergastolo all’istituto della liberazione condizionale.

Per dirla in termini molto semplici e sintetici, la condizione del soggetto detenuto per uno dei reati di criminalità organizzata o terroristica (o comunque inseriti nel catalogo dell’art. 4-bis l. n. 354/1975) è stata “scorporata” da quella degli altri detenuti e affidata a uno statuto regolativo diverso, caratterizzato dalla tendenziale impossibilità di accedere ai benefici offerti dall’ordinamento penitenziario (nonché alla liberazione condizionale), a esclusione della sola liberazione anticipata.

In tale ambito, per moltissimi anni, l’unica possibilità di superare la preclusione di questo regime ostativo (correlato al titolo di reato in espiazione) è stata la scelta di

¹ L’art. 4-bis, comma 1, così come introdotto dal decreto legge n. 152 del 13 maggio 1991, esclude solo con presunzione relativa dalla fruizione dei permessi premio e dall’accesso alle misure alternative i «*delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordinamento costituzionale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416 bis cp o al fine di agevolare l’attività delle medesime associazioni, delitti di cui all’art. 416 bis, 630 e 74 DPR 309/’90*»: la concedibilità della misura alternativa è possibile solo in presenza di «*elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*».

collaborazione con la giustizia (cui si è affiancata la cd. collaborazione impossibile o inesigibile²). Al contempo, le stesse modalità di espiazione – per i soggetti autori di determinati reati – sono diventate estremamente più rigide, in ragione della possibilità di applicazione del regime differenziato di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario.

Il sistema della ostatività, basato su un disegno di politica criminale teso a sottrarre discrezionalità alla magistratura di sorveglianza e ad imporre *ex lege* – nei casi di accertata appartenenza a organizzazioni di stampo mafioso o terroristico o di reati commessi in tale contesto – la scelta collaborativa come unica modalità dimostrativa di una volontà di recupero di valori socialmente condivisi, ha resistito – in questi termini – per moltissimi anni.

Va evidenziato che la stessa Corte costituzionale, in quegli anni, ne ha più volte “avallato” il fondamento politico-criminale, pur evidenziando i rischi e la sostanziale straordinarietà di siffatti interventi normativi: «il perseguimento della finalità rieducativa – che la norma costituzionale addita come tendenziale sol perché prende atto “della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione” – non può condurre a superare “la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata nella sentenza di condanna”. (...) in questo quadro appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia. Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una *rilevante compressione della finalità rieducativa* della pena. Ed infatti *la tipizzazione per titoli di reato* non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»³.

Dopo circa trent'anni, il mutamento del clima sociale del Paese – almeno in rapporto alla riduzione di violenza e incidenza delle organizzazioni di stampo mafioso –, in una col portato dell'esperienza e con il mutato approccio della giurisprudenza nomofilattica, costituzionale e convenzionale, ha determinato una importante variazione di assetto su quanto sinora rievocato.

Vediamone velocemente le tappe, allo scopo di comprendere le ragioni dogmatiche e politiche della evoluzione.

Il primo punto di attacco al sistema delle presunzioni *semi-assolute* di pericolosità (nel senso che solo la collaborazione con la giustizia rende libero il percorso di affidamento delle *speranze di effettività della risocializzazione* alla magistratura di sorveglianza) reca

² La modifica di funzionamento e di natura della presunzione di pericolosità (da relativa a semi-assoluta) che si realizza con l'inserimento della clausola «*salvo che gli stessi non collaborino con la giustizia*» è stata introdotta con il dl n. 306 dell'8 giugno 1992. Va ricordato che su tale regime normativo la Corte costituzionale, con sentenza 27 luglio 1994, n. 357, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 4-bis, come sostituito dall'art. 15, primo comma, lett. a del dl 8 giugno 1992, n. 306, «*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*

³ In detti termini, Corte cost., n.306 del 11 giugno 1993.

la data del 23 ottobre 2019, quando la Consulta, con la sentenza n. 253, riscrive la disciplina della ostatività, sia pure limitatamente all’istituto del permesso premio. Si apre il fronte verso l’adozione di un sistema di presunzione *relativa* di pericolosità, sia pure – per così dire – aggravata dall’oggetto della prova contraria.

La sentenza n. 253 contiene un modello epistemologico che sarà ripreso successivamente dal legislatore. Compare, anche nel dispositivo, una parte additiva: la relativizzazione della presunzione comporta la necessità di acquisire «*elementi tali da escludere, non solo l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, ma anche il pericolo di un loro ripristino*»⁴.

Pur con la introduzione di un particolare segmento di valutazione (in funzione predittiva, “escludente” un pericolo che non si constata alla attualità ma si ipotizza come possibile)⁵, si tratta di un deciso mutamento di rotta, in particolare per quanto concerne la condizione giuridica del detenuto non collaborante⁶.

Si parte, in tale decisione, da una presa d’atto:

«La presunzione dell’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, così introdotta nell’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. è assoluta, nel senso che non può essere superata da altro se non dalla collaborazione stessa. Quest’ultima, per i condannati per i delitti ricordati, è l’unico elemento che può consentire l’accesso ai benefici previsti dall’ordinamento penitenziario. È così introdotto un trattamento distinto rispetto a quello che vale per tutti gli altri detenuti. In questi specifici termini deve essere precisata la precedente giurisprudenza di questa Corte, che ha sostenuto non potersi qualificare questa disciplina come “costrizione’ alla delazione”, poiché spetta al detenuto adottare o meno quel comportamento (sentenza n. 39 del 1994). A ben guardare, l’inaccessibilità ai benefici penitenziari, per il detenuto che non collabora, non è un vero automatismo, poiché è lo stesso detenuto, scegliendo di collaborare, a poter spezzare la consequenzialità della disposizione censurata. L’inaccessibilità ai benefici penitenziari è insomma una preclusione che non discende automaticamente dall’art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. “ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo” (sentenza n. 135 del 2003). Purtuttavia, la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata, che incombe sul detenuto non collaborante, è assoluta, perché *non può essere superata da altro, se non dalla collaborazione stessa*. E, come si chiarirà, è proprio questo carattere assoluto a risultare in contrasto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.».

E dopo la presa d’atto si evidenziano le ragioni (verrebbe da dire *re melius perpensa*) di contrarietà ai principi costituzionali:

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

⁵ Sia consentito, su questo punto, il rinvio a D. Galliani e R. Magi, *Regime ostativo e permesso premio, la Consulta decide ora tocca ai giudici*, in Aa.Vv., *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 111 ss. Già in questo scritto ci eravamo permessi di definire il requisito introdotto dalla Corte (dimostrare l’assenza di un pericolo non attuale, ma eventuale e futuro) una vera e propria *peripezia probatoria*.

⁶ Vds., sul tema, M. Bortolato, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2020, pp. 632 ss.

«in un primo senso, perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva che incidono sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione della pena, con conseguenze afflittive ulteriori a carico del detenuto non collaborante. In un secondo senso, perché tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost. In un terzo senso, perché l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza».

Dunque un radicale mutamento di prospettiva che nasce da considerazioni obiettive sull'eccesso (in chiave di politica criminale) di valorizzazione della scelta collaborativa e che impone la “riespansione” dei poteri di verifica e di apprezzamento in concreto (da parte del giudice) della condizione soggettiva del singolo individuo recluso, pure in un contesto in cui si mantiene – in rapporto al titolo del reato e alla mancata scelta collaborativa – una presunzione relativa di pericolosità.

È bene fissare questi concetti, posto che il contenuto argomentativo della sentenza n. 253/2019 è – come si è detto – l’archetipo della nuova disposizione regolatrice introdotta tre anni dopo.

La Corte costituzionale introduce, infatti, in detta decisione il criterio “orientativo” dei poteri del giudice per cui l’onere di allegazione del detenuto non collaborante deve consentire di superare – nella dinamica della decisione – la presunzione relativa, sia in chiave di assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata che in punto di “pericolo di ripristino” dei medesimi. Si tratta del punto di maggiore criticità del nuovo congegno giuridico, su cui torneremo in seguito⁷.

⁷ Testualmente: «trattandosi del reato di affiliazione a una associazione mafiosa (e dei reati a questa collegati), caratterizzato dalle specifiche connotazioni criminologiche prima descritte, la valutazione in concreto di accadimenti idonei a superare la presunzione dell’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – da parte di tutte le autorità coinvolte, e in primo luogo ad opera del magistrato di sorveglianza – deve rispondere a criteri di *particolare rigore*, proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l’abbandono definitivo. Ciò giustifica che la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta, sia superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell’acquisizione di altri, congrui e specifici elementi. Quali siano questi elementi, è la stessa evoluzione del medesimo art. 4-bis ord. penit. a mostrare con evidenza (...). In tale contesto, l’acquisizione di stringenti informazioni in merito all’eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (a partire da quelli di natura economico-patrimoniale) non solo è criterio già rinvenibile nell’ordinamento – nel caso di specie, nella stessa disposizione di cui è questione di legittimità costituzionale –, ma è soprattutto criterio costituzionalmente necessario per sostituire *in parte qua* la presunzione assoluta caducata, alla stregua dell’esigenza di prevenzione della “commissione di nuovi reati” sottesa ad ogni previsione di limiti all’ottenimento di benefici penitenziari. L’acquisizione in parola è, d’altra parte, fattore imprescindibile, ma non sufficiente. Il regime probatorio rafforzato, qui richiesto, *deve altresì estendersi all’acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali. Si tratta, del resto, di aspetto logicamente collegato al precedente, del quale condivide il carattere necessario alla luce della Costituzione, al fine di evitare che il già richiamato interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis ord. penit., finisca per essere vanificato.* Di entrambi tali elementi – esclusione sia dell’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino – grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l’onere di fare specifica allegazione (come stabilisce la costante giurisprudenza di legittimità maturata sul comma 1-bis dell’art. 4-bis, ord. penit., in tema di collaborazione impossibile o inesigibile: *ex plurimis*, Corte

1.2. Ma se il fronte di superamento della presunzione *semi-assoluta* di pericolosità è aperto da Corte cost. n. 253/2019, il suo rafforzamento – e l'estensione a istituti diversi dal permesso premio – si fonda anche su due ulteriori pronunzie giurisprudenziali, di straordinaria rilevanza.

La prima è rappresentata dalla decisione emessa dalla Corte Edu, sez. I, nel caso *Viola c. Italia* il 13 giugno 2019, decisione che impone il superamento, nel sistema interno, del sistema della presunzione di pericolosità vincibile, anche per il condannato all'ergastolo, solo attraverso la collaborazione. La Corte di Strasburgo evidenzia, in particolare, che «se per tutte le misure che favoriscono il reinserimento progressivo del condannato all'ergastolo, previsto dall'articolo 22 del CP, il legislatore ha previsto alcune condizioni di accesso (buona condotta, partecipazione al progetto di riadattamento, progressione del percorso di trattamento, prova positiva dell'emenda) in funzione della misura richiesta, nell'articolo 4 bis è stata posta una condizione specifica (paragrafo 32 *supra*) che ostacola la concessione da parte del giudice nazionale delle misure di sospensione (...) il principio della “dignità umana” impedisce di privare una persona della sua libertà con la costrizione senza operare, nel contempo, per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà».

Secondo la Corte, «le autorità nazionali devono dare ai detenuti condannati all'ergastolo una possibilità reale di reinserirsi (*Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, nn. 15018/11 e 61199/12, § 264, CEDU 2014 (estratti). Si tratta chiaramente di un obbligo positivo di mezzi, e non di risultato, che implica di garantire per questi detenuti l'esistenza di regimi penitenziari che siano compatibili con l'obiettivo di correzione e che permettano loro di fare progressi in questa direzione (*Murray (...), § 104*)». A questo proposito, la Corte ha precedentemente concluso che «tale obbligo era stato disatteso in cause nelle quali erano il regime o le condizioni di detenzione ad impedire la correzione dei detenuti (*Harakchiev e Tolumov*, sopra citata, § 266)».

Viene osservato dunque che, «considerando la collaborazione con le autorità come l'unica dimostrazione possibile della “dissociazione” del condannato e della sua correzione, non si tiene conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la “dissociazione” dall'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia».

In sostanza, a essere ritenuta in contrasto con i principi espressi nella Convenzione è dunque l'opzione legislativa interna, allora vigente, di elevare la collaborazione con la giustizia a unico indicatore di possibile ravvedimento o, comunque, di cessazione del legame con il contesto criminale:

«la Corte ritiene che l'assenza di “collaborazione con la giustizia” determini una presunzione inconfutabile di pericolosità, che ha l'effetto di privare il ricorrente di qualsiasi prospettiva realistica di liberazione (si vedano, tra altre, *Harakchiev e Tolumov*, sopra citata, § 264, e *Matiošaitis e altri*, sopra citata, § 177). Questi rischia di non potersi

di cassazione, sezione prima penale, sentenze 13 agosto 2019, n. 36057, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044). La magistratura di sorveglianza deciderà, sia sulla base di tali elementi, sia delle specifiche informazioni necessariamente ricevute in materia dalle autorità competenti, prima ricordate; con la precisazione che – fermo restando l'essenziale rilievo della dettagliata e motivata segnalazione del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale (art. 4-bis, comma 3-bis, ord. penit.) – se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe sullo stesso detenuto non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno (in tal senso, già Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza 12 maggio 1992, n. 1639)».

mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo, e rischia altresì di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo (*Vinter*, sopra citata, § 112). 128. La Corte osserva infatti che il ricorrente si trova nell'impossibilità di dimostrare che non sussiste più alcun motivo legittimo in ordine alla pena che giustifichi il suo mantenimento in detenzione, e che pertanto tale mantenimento è contrario all'articolo 3 della Convenzione (*ibidem*, § 129), in quanto, mantenendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale (paragrafi 116 e 120 *supra*), *il regime vigente riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna*».

Dunque, la Corte di Strasburgo non solo boccia il sistema interno, ma indica in modo espresso la portata generale della sua pronunzia:

«la natura della violazione riscontrata dal punto di vista dell'articolo 3 della Convenzione indica che lo Stato deve mettere a punto, preferibilmente su iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione a vita che garantisca la possibilità di un riesame della pena, il che permetterebbe alle autorità di determinare se, durante l'esecuzione di quest'ultima, il detenuto si sia talmente evoluto e abbia fatto progressi tali verso la propria correzione che nessun motivo legittimo in ordine alla pena giustifichi più il suo mantenimento in detenzione, e al condannato di beneficiare così del diritto di sapere ciò che deve fare perché la sua liberazione sia presa in considerazione e quali siano le condizioni applicabili. La Corte considera, pur ammettendo che lo Stato possa pretendere la dimostrazione della “dissociazione” dall’ambiente mafioso, che tale rottura possa esprimersi anche in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia e l’automatismo legislativo attualmente vigente».

Possiamo definirla una manovra “a tenaglia” da parte di Corte costituzionale e Corte europea del 2019, tesa alla abolizione della presunzione “semiassoluta” di pericolosità, che era basata sulla selezione di un unico indicatore di rottura con il contesto deviante rappresentato dalla collaborazione con la giustizia.

La ricaduta di sistema della decisione qui rievocata è, dunque, rappresentata in modo inequivoco dall’obbligo del legislatore interno di dover “liberare” la domanda di fruizione di misure alternative – o di liberazione condizionale – dal “giogo” del necessario percorso collaborativo, al contempo consentendo la riespansione dei poteri valutativi della magistratura di sorveglianza sulla valutazione “globale” del percorso di “riallineamento” della personalità dell’individuo verso valori condivisi.

1.3. Ulteriore decisione di interesse è Corte cost., ordinanza n. 97 del 2021, con cui la Corte – investita di una questione di legittimità costituzionale in riferimento alla liberazione condizionale e al regime ostativo derivante dalla legge n. 356 del 1992 – *rinvia all’udienza pubblica del 10 maggio 2022 la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, con l’ordinanza del 3 giugno 2020*⁸.

⁸ Come è noto, la Corte ha in questo caso adottato lo schema della pronunzia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, sollecitando l’intervento del legislatore: «spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata». È stato successivamente emesso un secondo provvedimento di rinvio (all’udienza del giorno 8 novembre 2022) con

Dall'ordinanza n. 97 del 2021 emergono, almeno, quattro punti di estrema importanza, con argomenti ripresi tanto dalla sent. Corte cost. n. 253/2019 che dalla sent. Corte Edu *Viola c. Italia*, punti che vengono declinati *sub specie* "obbligo di conformazione" da parte dell'invocato legislatore:

- deve abbondarsi l'idea che la collaborazione con la giustizia sia l'unico indicatore dell'avvenuta "recisione" dei collegamenti con l'ambiente criminale di provenienza del soggetto recluso, così come espressamente sottolineato dalla Corte Edu: «la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali»;

- deve risultare possibile accedere alla liberazione condizionale, per i condannati alla pena dell'ergastolo, anche in assenza di collaborazione, con valutazione dei progressi trattamentali rimessa alla magistratura di sorveglianza: «Ciò non significa affatto svalutare il rilievo e utilità della collaborazione, intesa come libera e meditata decisione di dimostrare l'avvenuta rottura con l'ambiente criminale, e che certamente mantiene il proprio positivo valore, riconosciuto dalla legislazione premiale vigente, qui non in discussione. Significa, invece, negarne la compatibilità con la Costituzione se e in quanto essa risulti l'unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale»;

- deve configurarsi una presunzione legale relativa di pericolosità per i delitti commessi in contesto mafioso con ciò che ne deriva in punto di oneri dimostrativi del superamento: «è ben possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche in esito a lunghe carcerazioni, proprio per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia (...); la presunzione di pericolosità sociale del condannato all'ergastolo che non collabora, per quanto non più assoluta, può risultare superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione. *A fortiori*, per l'accesso alla liberazione condizionale di un ergastolano (non collaborante) per delitti collegati alla criminalità organizzata, e per la connessa valutazione del suo sicuro ravvedimento, sarà quindi necessaria l'acquisizione di altri, congrui e specifici elementi, tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino».

Dunque, una considerazione preliminare si impone: per la Corte costituzionale, secondo le linee che hanno determinato la riscrittura dell'art. 4-bis ord. penit., è di certo doveroso il

ord. n. 122/2022 – su istanza del Presidente del Consiglio dei ministri, intervenuto in giudizio – della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di cassazione, I sez. pen., in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 Cedu, degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter l. n. 354/1975 e dell'art. 2 dl n. 152/1991, come conv., nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cp, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia: permanendo inalterate le ragioni che hanno indotto a sollecitare, con l'ord. n. 97/2021, l'intervento del legislatore, al quale compete, in prima battuta, una complessiva e ponderata disciplina della materia, e in considerazione dello stato di avanzamento dell'*iter* di formazione della legge, appare necessario un ulteriore rinvio – in tempi contenuti, anche alla luce delle osservazioni della parte costituita – per consentire al Parlamento di completare i propri lavori.

mantenimento in essere della presunzione relativa di pericolosità, ma non ci pare che la decisione in parola “autorizzi” in chiave di tenuta costituzionale del nuovo istituto il “trasferimento integrale” sul detenuto istante, tramite allegazioni specifiche a pena di inammissibilità della domanda, dell’intera “materia probatoria” della regiudicanda (gli elementi idonei a rappresentare l’assenza di pericolosità nonostante la mancata collaborazione) essendo piuttosto utilizzata nel testo della decisione della Consulta la parola «acquisizione», termine con cui si definisce la formazione “complessiva” di una provvista cognitiva, frutto della iniziativa dell’istante, dell’apporto degli altri soggetti interessati e dell’eventuale esercizio dei poteri istruttori officiosi del giudice. In simile quadro evolutivo, va pertanto apprezzata la nuova disciplina relativa al regime ostativo di cui all’art. 4-bis ord. penit., introdotta con il dl n. 162 del 31 ottobre 2022.

2. La disciplina legislativa del 2022 e la rimodulazione della ostatività

Ora, al netto di quanto accaduto dopo l’ord. n. 97/2021 – vale a dire la presa d’atto, da parte della stessa Corte, della necessità di concedere al Parlamento un ulteriore lasso di tempo – e al netto della discutibilissima scelta intrapresa dal Governo di intervenire con decreto legge per adempire alle indicazioni che la Corte per la verità aveva indirizzato al Parlamento (l’udienza pubblica era fissata per l’8 novembre 2022, e il decreto legge n. 162 è del 31 ottobre 2022), è ora opportuno ricapitolare quali sono i contenuti più rilevanti della riforma (il dl è stato poi convertito nella l. 30 dicembre 2022, n. 119, quindi l’ultimo giorno utile per la conversione, legge approvata dal Senato il 13 dicembre e dalla Camera con la questione di fiducia appunto l’ultimo giorno utile disponibile, pena la decadenza)⁹.

2.1. Bisogna subito rilevare un primo inconveniente di non poco momento. Di là del posticipo di due mesi dell’entrata in vigore della riforma Cartabia, disposto dal decreto legge al quale ci riferiamo (il n. 162 del 2022), è evidente che rispetto alle due riforme, quella del regime ostativo e la riforma Cartabia, non si sia voluto procedere a un compiuto coordinamento. Si consideri immediatamente questa previsione della riforma del regime ostativo¹⁰: «Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell’interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa». Una previsione del genere, senza qui entrare nel merito, necessitava quanto meno di essere valutata in termini di “fattibilità”, una volta preso atto che nella riforma Cartabia sono scanditi i diversi passaggi necessari per rendere concretamente operanti i centri per la giustizia riparativa.

In altri termini: le iniziative dell’interessato a favore delle vittime nelle forme della giustizia riparativa, delle quali discute la riforma del regime ostativo, rischiano di rimanere lettera morta fino a quando non si costituiscono i centri per la giustizia riparativa. Peraltra, si noti che la previsione non sembra valutare le iniziative nelle forme risarcitorie e in quelle della giustizia riparativa come tra loro alternative. Da un punto di vista letterale sembra inequivoco: «sia» nelle forme risarcitorie «che» in quelle della giustizia riparativa.

In assenza dei centri per la giustizia riparativa, al giudice non resterà altro che accettare le iniziative risarcitorie e, per quanto riguarda quelle nelle forme della giustizia riparativa,

⁹ Sulle criticità costituzionali di intervenire con decreto legge per inasprire trattamenti sanzionatori, sia consentito il rinvio a D. Galliani, *Libertà personale e carcere. Percorsi di diritto costituzionale penale*, Franco Angeli, Milano, 2025, pp. 33 ss.

¹⁰ Si tratta dell’ultimo periodo del nuovo testo del comma 1-bis dell’art. 4-bis ord. penit.

prendere atto e valutare solo quelle che si sono potute esprimere *in assenza* dei centri, i quali nella maggioranza dei casi non sono ancora stati costituiti.

Vale la pena evidenziare subito questa grave carenza di coordinamento poiché non è certo infrequente la richiesta dei detenuti (e non solo di quelli al regime ostativo) di poter accedere a programmi di giustizia riparativa, ottenendo però molto spesso (se non quasi sempre) la risposta di attendere la realizzazione concreta, tra le altre cose, proprio dei centri.

Bisognerà quindi, da parte del giudice, tentare di valorizzare ogni iniziativa da parte del richiedente “a favore delle vittime”, lasciando per l'avvenire la possibilità di considerare un compiuto percorso riparativo, si intende nei modi e con gli strumenti previsti dalla riforma Cartabia.

Forse è anche per questo scenario di incertezza che, in alcune situazioni, il giudice di legittimità ha assegnato un ruolo davvero molto consistente al discorso attorno al risarcimento delle vittime (ci torneremo nel prosieguo a proposito della mancata concessione della semilibertà *in assenza* di risarcimento)¹¹.

Ad ogni modo, un secondo appunto preliminare riguardante la riforma del regime ostativo attiene alla riformulazione onnicomprensiva e unitaria dei requisiti per accedere a benefici e misure: il legislatore ha deciso di trattare allo stesso modo il regime del permesso premio rispetto a quello della semilibertà, e così in riferimento a quello della liberazione condizionale. Ogni passo di risocializzazione è subordinato – in egual modo – al superamento in concreto della presunzione di pericolosità correlata al titolo di reato.

Si tratta di un aspetto che merita la massima attenzione. Una cosa è prevedere il divieto di concessione sia di benefici sia di misure alternative nel caso si constati l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, e se si vuole il pericolo del loro ripristino. Così come una cosa è prevedere la presunzione (prima semi-assoluta e ora relativa) di pericolosità sociale *in assenza* di utile collaborazione con la giustizia, ancora una volta sia per i benefici sia per le misure alternative e la liberazione condizionale.

Ma cosa molto diversa è introdurre, come fa ora la riforma del regime ostativo, una serie di condizioni da soddisfare che riguardano indistintamente l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, le misure alternative, semilibertà e liberazione condizionale.

Queste nuove condizioni valgono per tutti i benefici e per tutte le misure alternative, e di conseguenza anche per un permesso premio è richiesto, tra l'altro, «l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento»¹².

¹¹ Esiste un'ulteriore intersezione tra riforma Cartabia e regime ostativo, vale a dire la previsione contenuta nella prima rispetto all'impossibilità per il giudice della cognizione di applicare le pene sostitutive in tutti i casi nei quali la persona è imputata per uno o più reati previsti nell'art. 4-bis ord. penit. Un legislatore più accorto avrebbe potuto (nel minimo) fare una selezione nell'ambito del denso elenco di delitti contenuti nell'art. 4-bis. Ad ogni modo, esisteva un problema di sottrazione di mestiere al giudice sempre e solo per il titolo di reato, e sul tema si è espressa la Corte costituzionale con la recente sentenza n. 139 del 2025, la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alla violenza sessuale aggravata. La motivazione della Corte sembra valorizzare la maggior gravità dei reati contenuti nell'elenco di quelli ostativi: «è inevitabile che la sperimentazione [riferita alla introduzione delle pene sostitutive – ndr] coinvolga anzitutto i reati meno gravi, lasciando al margine quelli che il legislatore – con valutazione non arbitraria né discriminatoria – reputi maggiormente offensivi, come indubbiamente sono quelli contestati agli imputati nei processi *a quibus*». Non di meno, si può seriamente dubitare che *tutti* i reati dentro l'art. 4-bis possano essere considerati in sé più gravi di altri non presenti nella lunghissima lista.

¹² Il riferimento è al testo del nuovo comma 1-bis, lì dove la disposizione esordisce affermando che «i benefici di cui al comma 1», e dunque l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione (liberazione anticipata esclusa) possono essere concessi, per i delitti elencati in tale cd.

Si tratta di un adempimento che, nel post-decisione 253 del 2019, non era affatto richiesto al momento della domanda di un permesso premio, e nemmeno della semilibertà, ma solo nel momento in cui la richiesta riguardava la liberazione condizionale¹³.

Non ci sembra peregrina l'idea di intavolare una seria discussione in termini di rispetto di numerosi parametri costituzionali, su tutti e per primo il principio di egualità. La liberazione condizionale, si sa, estingue la pena (se non è intervenuta alcuna causa di revoca) ed è per questo che è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato: da un certo punto di vista è come se l'ordinamento esigesse la “chiusura definitiva dei conti con la giustizia”.

Ma non è di dubbia costituzionalità trattare allo stesso modo situazioni radicalmente differenti? Un permesso premio consente alla persona di uscire per un periodo temporaneo dal carcere, per poi farvi ritorno. Una delle sue caratteristiche essenziali è la temporaneità: siamo alle prese con il primo tassello di un percorso di risocializzazione che (non obbligatoriamente, ma di certo ragionevolmente) dovrà sperimentarsi in più momenti e anche con strumenti in seguito differenti, come ad esempio il lavoro all'esterno e poi la semilibertà.

La giurisprudenza della cassazione richiede, in via generale, soltanto l'avvio di un percorso di rielaborazione critica e non certo il suo compimento¹⁴. L'ordinamento non obbliga affatto ad ottenere uno o più permessi premio prima della liberazione condizionale, tuttavia se sono esistiti casi di “salto” della semilibertà (ad esempio, quando è stata riconosciuta la collaborazione impossibile a un ergastolano in carcere da più di ventisei anni) non crediamo siano mai esistiti casi nei quali è stata accordata la liberazione condizionale senza prima una più o meno frequente sperimentazione ottenibile con i permessi premio.

Da un certo punto di vista, la liberazione condizionale costituisce l'ultimo tassello della progressività trattamentale, che appunto ha inizio non solo ma soprattutto con il permesso premio: può il legislatore chiedere per entrambi il soddisfacimento del medesimo requisito preliminare di ammissibilità?

Ma allora, a nostro avviso, se ciò accade – nella costruzione normativa – ne va esaminata la possibile *ratio*.

Il legislatore ha impostato l'intera riscrittura del sistema ostantivo – per il detenuto non collaborante – secondo un criterio di previa selezione di indicatori che possano, nelle

“prima fascia”, anche in assenza di collaborazione con la giustizia (che resta il privilegiato indicatore di superamento della ostantività), ma alle stringenti condizioni di seguito indicate, tra cui la dimostrazione dell'avvenuto adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento. In tale parte la nuova disposizione di legge, in riferimento all'istituto del permesso premio, è *peggiorativa* rispetto al regime giuridico posteriore alla pubblicazione della sentenza Corte cost., n. 253/2019.

¹³ Quanto all'estensione della disciplina di cui all'art. 4-bis ord. penit. alla liberazione condizionale (art. 176 cp), giova precisare che la disposizione regolatrice, riscritta con il dl n. 162/2022, è sempre quella dell'art. 2 dell'originario dl n. 152/1991. Ciò consente di mantenere fermo il regime delle presunzioni legali di pericolosità, così come novellate nella legge di ordinamento penitenziario. Va peraltro evidenziato che con l'intervento legislativo del 2022 è stata innalzata a 30 anni la quota di pena scontata per poter accedere, in presenza degli altri requisiti, all'istituto di favore, in ipotesi di condanna alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit. Anche in tal caso, dunque, pure in una disciplina che comporta una consistente rimodulazione della presunzione antecedente vi è una componente peggiorativa del *novum* legislativo.

¹⁴ Vds., in particolare, l'affermazione per cui la concessione del permesso premio richiede la verifica circa il fatto che il percorso di revisione critica abbia avuto inizio in modo significativo (tra le molte, sez. I, n. 26557 del 10 maggio 2023, in Ced Rv 284894).

intenzioni dei redigenti, “surrogare” la collaborazione e aiutare il giudice a valutare la condizione soggettiva del richiedente.

Questa è la vera ragione della indicazione “massiva” di siffatti indicatori, già dal primo “gradino” della scala (il permesso premio). Come se l’apertura della porta, sia pure per una manciata di ore, possa essere realizzata – per il non collaborante – solo a fronte di un’ampia rassicurazione circa il mutato atteggiamento dell’individuo nei confronti dei valori di convivenza civile offesi dal reato.

Si va alla ricerca di indicatori tesi alla rassicurazione collettiva, in modo spasmodico¹⁵.

In tale percorso, in gran parte suggerito dalla stessa sentenza n. 253 del 2019, si individuano, da parte del novello legislatore, possibili indicatori catalogati come «positivi» (adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi riparatori, iniziative a favore delle vittime, ragioni dedotte a sostegno della mancata collaborazione, revisione critica della condotta) e indicatori ritenuti «neutri» (regolare condotta carceraria, partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, mera dichiarazione di dissociazione).

Ora, fermo restando che un simile *modus procedendi* manifesta – al fondo – sfiducia nella capacità valutativa del giudice ed evoca il fenomeno delle prove legali¹⁶, la cosa particolare sta nel fatto che l’indicatore dell’avvenuto adempimento pecuniario¹⁷ viene addirittura elevato a presupposto di ammissibilità della domanda (se ne chiede la *dimostrazione*) mentre gli altri restano elementi di prova da allegare (se ne chiede la semplice *allegazione*).

Tutto ciò, come si vedrà, oltre ad aprire la strada alla scorciatoia della inammissibilità delle domande di permesso premio (non corredate dalla *dimostrazione* dell’adempimento o delle ragioni di impossibilità) reca in sé il germe della violazione del principio di ragionevolezza, per quanto detto in precedenza, e svela l’obiettivo di fondo della riforma, rappresentato dalla costruzione di un sistema probatorio non solo orientato su profili di dimostrazione dell’assenza di un pericolo futuro, ma altamente “ingessato” in schemi predeterminati dal legislatore.

2.2. Ma vediamo la descrizione degli indicatori richiesti dalla riforma del regime ostativo per arrivare alla concessione di benefici e misure. Il richiedente non collaborante (dopo aver *dimostrato* quanto sopra) deve *allegare*:

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

¹⁵ La rassicurazione collettiva della pubblica opinione per cui, pur dopo le decisioni delle corti superiori, “esce” dal carcere solo una persona radicalmente diversa da quella che ha commesso il reato.

¹⁶ Magistralmente, F. Cordero disegna la storia dell’affermazione del principio del libero convincimento e ne ricorda il senso: «cosa significhi libero convincimento era chiaro nell’*instruction aux jurés* letta in camera di consiglio dallo *chef* ai condannati (art. 498 codice 1865): nessuna norma detta regole “desquelles ils doivent particulièrement faire dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve”, stabilendo ad esempio che occorrono almeno due testi o *n* indizi, classificabili sotto tali nomi; l’essenziale è che siano convinti; “avez vous une intime conviction?”» – in *Id.*, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012 (IX ed.), p. 600.

¹⁷ Valorizzato finanche in una recente decisione del giudice di legittimità come unico segnale “tangibile” di ravvedimento diverso dalla collaborazione, con la (altamente discutibile) motivazione per cui l’adempimento degli obblighi civili è qualcosa che “costa”, li dove il corretto comportamento carcerario (magari ultradecennale) non “costa nulla” (in tale direzione, sez. I, n. 32133 del 17 settembre 2025).

ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile»¹⁸.

Torneremo sul tema di rilevantissimo significato riguardante la corretta interpretazione del “momento allegativo”, vale a dire cosa deve effettivamente produrre il richiedente e cosa invece sembra spettare di competenza del giudice, in altri termini quando la richiesta sembra poter superare il vaglio di ammissibilità, e quindi quando si può procedere al suo vaglio nel merito¹⁹. Un tema, va da sé, alla cui risoluzione è chiamata, in prima battuta, la giurisprudenza. Libero come sempre il legislatore di meglio precisare, non di meno la questione del “momento allegativo” non può che essere sbrigliata prima di tutto dalla giurisprudenza, cosa che in effetti è avvenuta, anche se con possibili ulteriori svolgimenti, come sempre del resto.

Non è questione che “il diavolo può stare nei dettagli”, il punto rilevante è che bisogna considerare se la relativizzazione della presunzione semi-assoluta non sia stata bilanciata – in concreto – da congegni dimostrativi in termini di allegazioni che potrebbero in ipotesi chiudere la porta, ancora una volta senza entrare nel merito del percorso detentivo spesso ultratrentennale di una persona condannata all’ergastolo ostantivo. Appunto: non esiste più nel nostro ordinamento, ma siamo sicuri che non si è fatto rientrare dalla finestra quello che è stata buttato fuori dalla porta?

Qui importa analizzare in sé le condizioni richieste, cercando soprattutto di comprendere se in alcuni casi si possano evidenziare dubbi di legittimità costituzionale, in un’ottica che riteniamo debba essere sempre quella primariamente adottata da qualsiasi giudice italiano, non solo quando tratta delle richieste di benefici e di misure da parte di un condannato per uno dei reati previsti nel regime ostantivo²⁰.

¹⁸ Si tratta della disciplina applicabile ai delitti di cd. “prima fascia”, elencati al comma 1-bis e 1-bis.1. Per quanto riguarda i delitti di cd. “seconda fascia”, resta al comma 1-ter la disciplina per cui è l’autorità giudiziaria a dover dimostrare la sussistenza o meno di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

¹⁹ La differenza non è di poco momento, atteso che la declaratoria di inammissibilità della domanda consente di emettere una decisione in termini di “presa d’atto” dell’assenza di un presupposto di legge (ad esempio, la permanente sottoposizione del richiedente al regime differenziato di cui all’art. 41-bis) ed evita l’avvio della complessa e laboriosa istruttoria (informazioni sul perdurare della operatività del sodalizio, sulla posizione del richiedente all’interno della organizzazione, su eventuali nuove imputazioni a carico, sulle condizioni reddituali del richiedente e su quelle del nucleo familiare, etc.) prevista dal comma 2 del medesimo articolo 4-bis. Su tale aspetto si tornerà in seguito.

²⁰ Esattamente in quest’ottica appare utile non scordarsi non solo della strutturale contrazione quantitativa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale (dal 2000 al 2010, in media annua, erano 731 le ordinanze di rimessione, dal 2011 al 2024 solo 254; il calo, peraltro, riguarda le ordinanze dei giudici ordinari di merito e non quelle della Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei conti), ma anche dell’evoluzione recente in merito alle tempistiche di trattazione degli incidenti di costituzionalità (che non giustifica affatto la sospensione impropria). Il giudizio incidentale durava in media 429 giorni nel 2018, mentre già nel 2023 durava sempre in media 273 giorni, contando il deposito della sentenza e non la trattazione della causa (vds. la *Relazione* di fine anno 2024 del presidente della Corte). Aggiungiamo: non poche volte i giudici riflettono, nel momento in cui si palesa un dubbio di costituzionalità (d’ufficio o su istanza di parte), sul “destino” del caso di specie. Non è un requisito di legge; tuttavia, così avviene nella realtà, e non poche volte: in attesa della sentenza del giudice costituzionale, la richiesta della persona non può essere esaudita e, quando è da parte di una persona detenuta, ciascuno comprende la gravità della questione. Verissimo, si dovrebbe ragionare, da parte del legislatore, di un organico strumentario a disposizione del giudice appunto “in attesa” del giudizio da parte della Consulta; non di meno, in attesa di questo più che necessario intervento legislativo, a noi pare che sottolineare la marcata sollecitudine del giudice costituzionale nel risolvere il giudizio incidentale sia un elemento da tenere in massima considerazione, peraltro anche per ovviare alle sempre presenti criticità della sospensione “impropria”, nel

Va subito detto che le condizioni richieste dal legislatore in parte seguono letteralmente quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253, al fine di giustificare l'addizione del “controllo” sul pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata. È un tema problematico che abbiamo posto già in evidenza *supra*, al par. 1 di questa breve riflessione²¹.

Da un lato, il legislatore, una volta intervenuto, non ha fatto altro che riprodurre testualmente le parole utilizzate dalla Corte nel contesto di una argomentazione complessa; dall'altro, ha lasciato “in bianco” la descrizione degli elementi potenzialmente decisivi (specifici, ma *diversi e ulteriori* rispetto a...), qualificando come potenziali indicatori favorevoli solo alcuni di essi (le iniziative a favore delle vittime, le ragioni dedotte a sostegno della mancata collaborazione, la revisione critica della condotta) e sterilizzando la portata di altri (la regolare condotta carceraria, la partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, la mera dichiarazione di dissociazione). Ora, commentando simile operazione di costruzione di un sistema di prova legale, viene anzitutto da chiedersi come debba essere riempito dal soggetto istante lo spazio lasciato libero: cosa può allegare una persona ristretta della libertà da molti anni, se non le scelte di totale astensione dalla prosecuzione (anche tramite modalità indirette) dell'attività criminale, l'adozione di iniziative riparative, la rielaborazione critica del proprio vissuto? Realisticamente, il resto (ad esempio, l'esistenza o meno all'esterno del gruppo criminale di originaria appartenenza) non dipende dal soggetto recluso ma da altri.

E allora viene da chiedersi se il nucleo della disposizione non sia rappresentato dal riferimento alle «*ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione*». Il legislatore sembra non volersi sganciare dall'idea secondo cui l'unico indicatore credibile è la scelta collaborativa, tanto da inserire un'alternativa basata sulla spiegazione del “perché” non si è collaborato.

Sul punto vi è da dire che, se l'avverbio «*eventualmente*» sembra de-problematicizzare l'attacco frontale al diritto al silenzio sotto forma di diritto di non collaborare (che comprende il diritto di non motivare la mancata utile collaborazione), pienamente riconosciuto dalla stessa sentenza n. 253, è però vero che non sembra cancellata ogni criticità.

Uno dei due giudici *a quibus* che sollevarono questione di costituzionalità sulla disciplina ostativa, in particolare il Tribunale di sorveglianza di Perugia, si domandava il motivo per il quale era precluso verificare l'evoluzione del detenuto anche verificando in concreto le ragioni addotte rispetto alla non collaborazione: se si devono (e si devono) valutare le ragioni che hanno condotto alla collaborazione, al fine di valutare l'evoluzione personologica del condannato, sosteneva il giudice *a quo*, deve valere anche il contrario, poiché bisogna tenere in considerazione i timori per la propria e l'altrui incolumità, in specie di familiari e congiunti che non possono sradicarsi dai luoghi di origine nei quali furono commessi i reati, così come il rifiuto di causare la carcerazione di altri, con i quali si può avere o si poteva avere un legame familiare o affettivo. Del pari, concludeva sul punto il Tribunale di sorveglianza perugino, serve poter valutare la ritrosia ad essere tacciati di collaboratori solo per calcoli utilitaristici, per una riduzione di pena o per ottenere un beneficio.

senso di spingere ogni giudice che si trova di fronte a un dubbio di costituzionalità a sollevare la questione, così ottenendo tra gli altri l'effetto di garantire al meglio il diritto di difesa, dinanzi alla Corte.

²¹ L'assoluta particolarità della prognosi richiesta al giudice – inedita nel pur variegato panorama legislativo – è posta in luce anche da L. Eusebi, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8/2023, p. 1005 ss.

Sul punto l'Avvocatura dello Stato aveva chiesto alla Corte di dichiarare inammissibile la *quaestio* per difetto di rilevanza, non avendo il giudice *a quo* indicato le ragioni dietro alla scelta di non collaborare nel caso di specie. Le sue erano solo ipotesi, e nel procedimento non ne era mai stata addotta in concreto alcuna. La Corte respinge la tesi dell'Avvocatura rievocando i propri precedenti in punto di rilevanza, e quindi affermando che il presupposto della rilevanza non si identifica con l'utilità concreta delle parti in causa e, in ogni caso, si doveva scendere nel merito perché, se si fosse dichiarata incostituzionale la presunzione assoluta, si sarebbe di certo verificata una conseguenza sul percorso argomentativo del rimettente.

Insomma, come valutare la scelta del legislatore, quando prevede che nella scelta circa la concessione di benefici e misure il giudice deve tenere conto delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione?

Chiaro che l'avverbio «eventualmente» svolge una funzione importantissima (quella di garantire, se non il diritto al silenzio, certamente il diritto di non collaborare); non di meno, lascia aperta una feritoia abbastanza insidiosa. Se in sé non dire il motivo per il quale si decide di non collaborare non dovrebbe avere alcun tipo di ripercussione, né processuale né soprattutto sostanziale, e questo perché è proprio questa neutralità che sta a garanzia della persona, è però anche vero che ciò potrebbe – visto il testo della disposizione di legge – influenzare il ragionamento del giudice al fine di concedere o meno il beneficio o la misura, cosa che in realtà non dovrebbe avvenire.

Di là del discorso attorno alle dichiarazioni in ipotesi autoaccusatorie, il punto è proprio il corridoio insidioso che il giudice potrebbe decidere di percorrere nel momento in cui insistesse sul conoscere i motivi alla base della non collaborazione: se in alcuni casi dimostrassero la persistenza della pericolosità, come valutarne l'esito nel merito?

Si consideri l'ipotesi di una persona che decidesse di addurre le ragioni dietro alla scelta di non collaborare nella paura per sé e per i propri famigliari.

Un giudice potrebbe pensare che la persona non è pericolosa ma solo timorosa, mentre un altro giudice che più che timorosa è pericolosa perché ancora inserita (collegata) in una logica criminale. Di certo sembra di poter dire che aver elevato a parametro indicativo la considerazione (sia pure eventuale) delle ragioni addotte per la mancata collaborazione svela un approccio da cui tanto il legislatore che la giurisprudenza²² hanno serie difficoltà a discostarsi.

2.3. Il secondo parametro positivo inserito dal legislatore sul quale svolgere un breve appunto attiene alla revisione critica della condotta criminosa. In parte, basta richiamare quanto detto in precedenza. Detto che la revisione critica della condotta criminosa è gioco-forza un aspetto da valutare almeno dopo un periodo non indifferente della detenzione – e questo vale in teoria, potendosi nella realtà avere i più diversi casi –, come valutare il requisito indipendentemente dal beneficio o dalla misura richiesta? Possibile valutare la revisione critica sia in sede di richiesta di permesso premio sia in quella, ad esempio, di liberazione condizionale?

Se si considerano i permessi premio, la chiave di volta è la regolare condotta, che si verifica quando il richiedente, durante la detenzione, ha manifestato costante senso di

²² Non è infrequente che gli stessi tribunali di sorveglianza, nel contesto delineato dalla nuova formulazione della norma, affermino che l'omessa collaborazione, ove non se ne spieghino le ragioni, «può far supporre la permanenza dei collegamenti». Si tratta di un'affermazione che non può essere condivisa (per l'annullamento di una decisione di merito basata su tale indicatore negativo, vds. Cass., sez. I, 11 settembre 2024, n. 42794), ma che svela il substrato ideologico con cui a volte ci si accosta al tema.

responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali. Vero, devono risultare non socialmente pericolosi, ma la revisione critica – come si è già detto – è davvero, se non l’ultima, di sicuro un momento finale e conclusivo dell’intera detenzione allorquando la pena si avvicina all’estinzione.

Il rischio, evidentemente, è nel margine di discrezionalità lasciato alla magistratura di sorveglianza: sarebbe sicuramente incostituzionale negarlo integralmente, ma esistono perplessità anche nel caso contrario, quando manca o è fortemente carente la determinatezza dell’enunciato linguistico utilizzato dal legislatore.

Resta, come problema essenziale già evidenziato, la avvenuta costruzione di un modello legislativo che si occupa di stabilire – rispetto al risultato finale della valutazione giudiziale (superamento o meno della presunzione relativa di pericolosità) cosa può aver valore e cosa non può averlo. Verrebbe da dire che è un legislatore che, nel sottrarre al giudice il suo mestiere, manifesta, al contempo, un deciso indirizzo verso esiti di inammissibilità o diniego delle domande²³.

3. Tendenze giurisprudenziali post-2019 e post-2022

La sentenza n. 253 della Corte costituzionale apriva sicuramente un percorso, che poi è stato portato a termine dal legislatore. E uno dei primi problemi che si è verificato non poteva che riguardare la fase immediatamente precedente il giudizio di merito, quella della ammissibilità e, quindi, ciò che doveva essere il richiedente ad allegare e quello che poteva ottenere d’ufficio.

Riteniamo però utile un piccolo appunto prima di procedere con le ulteriori riflessioni. Vi è stato un periodo nel quale, in attesa dell’intervento del legislatore, la magistratura di sorveglianza è intervenuta solo potendosi riferire alla sentenza n. 253 del 2019. Un periodo alquanto complicato, anche perché era in piena emergenza Covid, e davvero la sorveglianza ha vissuto una stagione drammatica.

Sta di fatto che le domande di permesso premio da parte di ergastolani ostativi iniziavano ad arrivare, e non erano poche. Su 1700 ergastolani erano 1200 quelli ostativi, e di questi la stragrande maggioranza aveva sicuramente già espiato dieci anni di detenzione, il limite temporale per chiedere il permesso.

Moltissimi anche i venti anni della semilibertà, e non proprio pochi addirittura i ventisei della liberazione condizionale, fino ai casi non residuali di persone in carcere da tre decenni, grosso modo dalla seconda metà degli anni novanta del secolo scorso.

Come detto, le richieste non sono mancate, e la magistratura di sorveglianza, dopo aver affrontato il problema carcere durante il Covid, ha iniziato a rispondere a queste domande. Questa non è la sede per una compiuta ricostruzione, anche perché dopo è comunque intervenuta la riforma legislativa, che ha cambiato nuovamente le carte in tavola. Però, di quel periodo, vorremmo dire almeno due cose.

²³ Emblematica, quanto alla sfiducia del legislatore nelle stesse attitudini professionali del giudice, la disposizione (contenuta nel comma 2 della disposizione in esame) secondo cui, in caso di trasmissione di pareri che ipotizzino l’esistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o del pericolo di ripristino, il giudice, nel concedere i benefici, è tenuto a indicare le ragioni della decisione «tenuto conto dei pareri acquisiti». È una sottolineatura del tutto superflua, perché è dovere di ogni giudice “tener conto” dei pareri delle parti e dei contenuti dell’istruttoria.

La prima è che nelle ordinanze della sorveglianza che hanno accordato un permesso premio a ergastolani ostativi, circa una trentina, si è adoperato un bagaglio motivazionale particolarmente rafforzato²⁴. Il che, oltre a essere del tutto preventivabile, ha avuto anche un effetto sicuramente positivo, quello di aprire la strada alla progressività trattamentale. È come se tali ordinanze, in termini di rafforzamento motivazionale, di fatto stessero accordando altro rispetto a un mero permesso: mediamente le persone erano detenute da più di venticinque anni, e il meccanismo che aveva impedito la possibilità di vagliare nel merito le loro richieste di benefici e misure era pur sempre stato dichiarato incostituzionale.

In alcuni casi, al primo permesso ne sono seguiti altri, e poi senza particolari problemi si è giunti alla semilibertà. Non ci risulta che sia stata ancora accordata la liberazione condizionale agli ergastolani che, dopo la sentenza n. 253, hanno ottenuto permessi e se del caso la semilibertà, ma per così dire la strada appare, in questi casi, in discesa.

Inoltre, e questo è un aspetto meno positivo, la sensazione è che le autorità coinvolte insieme alla sorveglianza nel percorso di dimostrazione dell'assenza di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata (e del pericolo del loro ripristino) non abbiano ancora davvero compreso il senso complessivo del loro intervento. In molti casi le informative continuano a essere standardizzate e legate al passato, e questo è un serio problema poiché è il sistema nel suo complesso che, per funzionare al meglio, ha bisogno di giudizi, pareri, informative al massimo individualizzate.

Da questo punto di vista, non si può fare altro che ribadire l'importanza di una collaborazione la più efficace possibile tra i soggetti incaricati di valutare le domande di benefici.

Venendo agli arresti della Cassazione posteriori alla riforma del 2022, vanno evidenziate, in conclusione del percorso, tendenze non del tutto uniformi, a dimostrazione della necessità di ulteriori assestamenti interpretativi.

Un primo aspetto riguarda l'applicabilità o meno delle nuove disposizioni (del 2022) ai procedimenti relativi alle domande di permesso premio pendenti e derivanti dal *decisum* di Corte cost., n. 253/2019.

Se da un lato l'orientamento iniziale, sostenuto da Cass., sez. I, n. 38278 del 20 aprile 2023, era quello di ritenere applicabile ai procedimenti in corso la novella legislativa, una rilevante precisazione è intervenuta con una decisione, sez. V, n. 33693 del 4 settembre 2024, Rv 286988, nel cui ambito si è posta in evidenza la natura di norma sopravvenuta peggiorativa (quanto alla disciplina del permesso premio), con necessità di tutela della condizione soggettiva di chi aveva raggiunto un livello di rieducazione compatibile con la concessione del beneficio²⁵.

²⁴ Per stare ai provvedimenti adottati nei primi due anni dalla sentenza n. 253, si vedano (accanto il numero di anni di detenzione al momento in cui è stato accordato il primo permesso premio): Mds Sassari, 28 maggio 2020 (dopo 29 anni); Tds Perugia, 16 luglio 2020 (dopo 29 anni); Mds Siena, 7 agosto 2020 (dopo 26 anni); Tds Perugia, 3 dicembre 2020 (dopo 26 anni); Mds Sassari, 14 dicembre 2020 (dopo 28 anni); Mds Siena, 5 febbraio 2021 (dopo 30 anni); Mds Milano, 8 marzo 2021 (dopo 23 anni); Mds Aquila, 23 marzo 2021 (dopo 25 anni); Tds Perugia, 15 aprile 2021 (dopo 24 anni); Mds Siena, 3 maggio 2021 (dopo 20 anni); Mds Cuneo, 3 settembre 2021 (dopo 23 anni); Mds Siena, 14 settembre 2021 (dopo 19 anni); Mds Siena, 21 ottobre 2021 (dopo 30 anni); Mds Spoleto, 22 dicembre 2021 (dopo 31 anni); Mds Milano, 30 dicembre 2021 (dopo 28 anni); Mds Livorno, 5 gennaio 2022 (dopo 24 anni); Mds Aquila, 4 febbraio 2022 (dopo 23 anni); Mds Padova, 29 marzo 2022 (dopo 29 anni); Mds Padova, 6 aprile 2022 (dopo 17 anni); Mds Milano, 11 aprile 2022 (dopo 26 anni); Mds Aquila, 22 aprile 2022 (dopo 28 anni).

²⁵ La sentenza è stata così massimata: in tema di concessione del permesso premio, dopo la modifica dell'art. 4-bis, comma 1-bis, ord. penit. ad opera del dl 31 ottobre 2022, n. 162, conv., con modif., dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199, le condizioni di accesso al beneficio in relazione ai reati ivi elencati, per i detenuti che non collaborino con l'autorità giudiziaria, sono diventate più gravose rispetto a quelle sussistenti a seguito della

Su tale argomento, una posizione definibile come “intermedia” è stata assunta in Cass., sez. I, n. 33386 del 12 aprile 2024. In tale arresto si afferma in particolare che, in ipotesi di *ius superveniens* sfavorevole (quale è quello del 2022 sulle domande di permesso premio posteriori al 2019), alla parte istante deve essere assegnato un termine per «adeguare» la domanda ai contenuti delle nuove disposizioni.

Sempre in detto arresto si precisa, inoltre, che le opzioni interpretative – emerse in sede di merito – tese a valorizzare la categoria dogmatica della inammissibilità della domanda (forma di decisione che consente, come si è detto, di non attivare la complessa verifica istruttoria di cui al comma 2 dell’art. 4-bis novellato) possono trovare fondamento esclusivamente nella generale previsione dell’art. 666, comma 2, cpp, da interpretarsi in chiave restrittiva²⁶.

Si tratta di un tema di notevole rilievo, proprio in ragione della avvenuta creazione di un reticolato normativo che tende a orientare – come si è notato – il giudice verso un non-esercizio dei poteri ricostruttivi e valutativi.

Per il resto, si segnala la decisione Cass., sez. I, n. 6766 del 5 febbraio 2025, Rv 287621, ove si è ritenuta la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa alla previsione per cui il permesso premio non può essere concesso al detenuto sottoposto al regime differenziato di cui all’art. 41-bis ord. penit., nonché la decisione n. 16321 del 10 gennaio 2024, Rv 286347.

In tale arresto da ultimo citato, la Corte di cassazione (seguendo un percorso che, sia pure in termini diversi, anticipa la già citata sez. I, n. 32133 del 17 settembre 2025 – vds. *supra*, nota 16) evidenzia che «gli intendimenti di riparazione, non solo sul piano materiale ma anche su quello morale» sono «indicativi della sussistenza di quei necessari requisiti di revisione critica e di rieducazione che la riforma del 2022 ha elevato, rispetto ai condannati per reati già ostativi ai sensi dell’art. 4-bis ord. penit., a primo fondamento della loro cessata pericolosità sociale in caso di mancata utile collaborazione con la giustizia».

Sembra delinearsi dunque, sia pure in un ambito numericamente non elevato di decisioni degne di nota, una tendenza ad assecondare l’indicazione del legislatore in punto di rilevanza “centrale” dei profili risarcitori o riparatori, aspetto di indubbio rilievo, ma che si presta a letture riduttive di un percorso che – per quanto complesso – riteniamo non possa che basarsi su una approfondita ricostruzione della evoluzione della personalità posteriore al reato e del contesto storico di maturazione dei fatti delittuosi, in comparazione con lo scenario attuale.

sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019, prevedendo, da un lato, la necessità di ulteriori presupposti di ammissibilità della domanda (l’adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l’assoluta impossibilità di tale adempimento) e codificando, dall’altro, un criterio misto per il giudizio sulla presunzione relativa conseguente alla mancata collaborazione, che contempla, accanto all’individuazione di alcuni indicatori valutabili, anche la regola legale dell’insufficienza di alcuni di essi (la regolare condotta carceraria, la partecipazione al percorso rieducativo e la mera dichiarazione di dissociazione). In motivazione, la Corte ha affermato che, in ossequio ai principi costituzionali di egualianza e del finalismo rieducativo della pena, non può disconoscersi la rilevanza del percorso rieducativo effettivamente compiuto dal condannato che abbia già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio.

²⁶ Si afferma, in particolare, che tale forma di definizione del procedimento è corretta solo nelle ipotesi in cui l’istanza sia sfornita di qualunque riferimento ai profili risarcitori (nemmeno al fine di introdurre ragioni di impossibilità a provvedere) e sia sfornita di qualsiasi allegazione in merito alla intervenuta modifica di atteggiamento individuale in chiave di rielaborazione critica del passato deviante. Il fatto che le precisazioni siano state necessarie è indicativo di una tendenza di alcuni tribunali di non aprire le procedure alla fase istruttoria vera e propria.