

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

di **Alessandro Ricci**

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** La successione degli interventi normativi e l'attuale testo dell'art. 4-bis o.p. – **3.** Le varie tipologie di "condannato ostantivo". – **4.** Le varie tipologie di "condizioni ostantive". – **5.** La prima valutazione: la riferibilità soggettiva delle "condizioni ostantive". – **6.** Le novità introdotte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 253/2019: il superamento della verifica di "condotte collaborative" quale condizione per l'accesso al permesso premio. – **6.1.** La necessaria distinzione tra permesso premio e misure alternative alla detenzione. – **6.2.** I nuovi rapporti tra collaborazione effettiva, collaborazione impossibile o inesigibile-irrelevante e la verifica dei collegamenti attuali e futuri con la criminalità organizzata. – **6.3.** Schema sintetico degli effetti della sentenza n. 253/2019. – **6.4.** I possibili ampliamenti operativi: oltre il permesso premio ? – **7.** Le novità introdotte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2020: la questione della non applicazione retroattiva delle modifiche peggiorative dell'art. 4-bis o.p. – **7.1.** La necessaria distinzione tra permesso premio, lavoro esterno e misure alternative alla detenzione. – **7.2.** Il primo esempio di applicazione della sentenza. – **7.3.** Schema sintetico degli effetti della sentenza n. 32/2020. – **8.** La seconda valutazione: il rapporto tra delitto definitivamente ascritto, *tempus commissi delicti* e tipologia di beneficio o misura alternativa richiesta, ai fini della prima individuazione del catalogo delle "condizioni ostantive" applicabili. – **9.** La terza valutazione: gli effetti congiunti delle due sentenze costituzionali, i percorsi obbligati e le possibili strategie del "condannato ostantivo qualificato". – **10.** Una possibile complicazione: la condanna per più titoli delittuosi di differente "natura ostantiva", posti in essere in tempi diversi. – **11.** Conclusioni. – **11.1.** La posizione dei "condannati ostantivi qualificati non collaboranti". – **11.2.** La posizione dei "condannati ostantivi generici". – **11.3.** La posizione dei "condannati ostantivi qualificati collaboranti". – **12.** Prospettive future.

## **1. Premessa.**

L'analisi che segue si propone l'obiettivo di offrire pratiche risposte di indirizzo generale alle numerose questioni relative alla applicabilità dell'art. 4-bis della legge 26.07.1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario, di seguito o.p.); il semplice richiamo nel testo a singoli commi deve intendersi

riferito a tale disposizione ordinamentale). Senza pretese di completezza, l'intenzione è quella di tratteggiare le principali linee guida che devono orientare l'articolato percorso dei c.d. "condannati ostativi", categoria distinta dai "condannati comuni", verso la progressiva conquista di spazi di sempre maggiore libertà extramuraria nel corso dell'esecuzione della pena – permessi premio, lavoro esterno, semilibertà, affidamento in prova al servizio sociale, liberazione condizionale – con la precisazione che ogni posizione esecutiva ha comunque la sua peculiarità che impone poi il necessario adattamento dei principi al singolo caso concreto.

Si tratta di questioni interpretative già note ma recentemente rinnovate o da rimodulare nei contenuti per effetto di alcune recenti ed importanti decisioni della Corte Costituzionale – senza trascurare, peraltro, i possibili ulteriori sviluppi – decisioni rispetto alle quali si registrano già le prime applicazioni e gli adattamenti operativi della giurisprudenza di legittimità e di merito. In conseguenza di ciò, infatti, ben può dirsi che oggi il quadro delle strategie e delle scelte difensive che possono essere intraprese in vista della concessione di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione rimane alquanto articolato ma forse meno angusto rispetto al recente passato.

## **2. La successione degli interventi normativi e l'attuale testo dell'art. 4-bis o.p.**

Prima di addentrarsi nel labirinto dell'art. 4-bis o.p. è necessario sintetizzare i passaggi normativi che hanno contribuito alla sua attuale configurazione, sintesi che si rivelerà poi utile per l'analisi dei rapporti tra *tempus commissi delicti* e introduzione di titoli di reato o particolari "condizioni ostative" nella struttura della disposizione:

- l'art. 4-bis o.p. è stato introdotto nell'ordinamento penitenziario dall'art. 1, comma 1, del d.l. 13.05.1991 n. 152, convertito in l. 12.07.1991 n. 203; nella sua originaria versione si stabiliva per una "prima fascia" di delitti rappresentati dai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, dall'art. 416-bis c.p., dai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste da detto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni da questo previste, nonché da quelli previsti dagli artt. 630 c.p. e 74 d.p.r. n. 309/90, che l'accesso ai benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione era ammissibile a condizione che fossero «*stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*»; per una "seconda fascia" di delitti rappresentati dagli artt. 575, 628, terzo comma, 629, secondo comma, c.p. e art. 73-80, comma 2, d.p.r. n. 309/90, i predetti benefici potevano invece essere concessi solo se non fossero stati acquisiti «*elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva*»;



- la prima modifica, la più incisiva per lo sviluppo futuro delle problematiche applicative della disposizione, venne subito introdotta dall'art. 15, comma 1, del d.l. 08.06.1992 n. 306, convertito in l. 07.08.1992 n. 356; si tratta della riforma che introdusse l'istituto della collaborazione con la giustizia nel testo dell'art. 4-*bis* o.p., con un richiamo all'art. 58-*ter* o.p., quale essenziale condizione di accesso ai benefici penitenziari per i delitti di "prima fascia", lasciando invariata la condizione della non sussistenza di elementi probanti la sussistenza di collegamenti criminosi per quelli della "seconda fascia";
- la seconda modifica venne disposta con l'art. 1 del d.l. 14.06.1993 n. 187, convertito in l. 12.08.1993 n. 296, con l'inserimento del comma 2-*bis*;
- a questo punto del percorso normativo si inserirono le fondamentali sentenze della Corte Costituzionale n. 357/1994 e n. 68/1995, già precedute dalla n. 306/1993, alle quali si deve la genesi delle fattispecie di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia; fattispecie che successivamente, con la sesta modifica normativa del 2002 e la ottava del 2009 hanno poi trovato espressa configurazione nel comma 1-*bis*;
- la terza modifica con l'art. 11 del d.l. 24.11.2000 n. 341, convertito in l. 19.01.2001 n. 4, con l'inserimento nell'elenco dei "delitti ostativi generici-seconda fascia" dell'art. 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I e dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies* c.p.;
- la quarta modifica con l'art. 6 della l. 19.03.2001 n. 92, con l'inserimento nell'elenco dei "delitti ostativi qualificati-prima fascia" dell'art. 291-*quater* del d.p.r. 23.01.1973, n. 73 e nell'elenco dei "delitti ostativi generici-seconda fascia" dell'art. 291-*ter* del medesimo d.p.r., cioè delitti in materia doganale;
- la quinta modifica con l'art. 11, comma 1, della l. 26.08.2002 n. 189, con l'inserimento nell'elenco dei "delitti ostativi generici-seconda fascia" della associazione a delinquere finalizzata a commettere il delitto ex art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, d.lgs. 25.07.1998, n. 286, t.u. immigrazione;
- la sesta modifica con l'art. 1 della l. 23.12.2002 n. 279; si tratta di un corposo riassetto formale e sostanziale della disposizione, con l'introduzione nel catalogo dei "delitti ostativi qualificati-prima fascia" degli artt. 600, 601 e 602, nonché di rideterminazione di quelli "terroristici" in «*delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza*»;
- la settima modifica con l'art. 15 della l. 06.02.2006 n. 38, con l'inserimento nell'elenco dei "delitti ostativi generici-seconda fascia" degli artt. 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, c.p.;

- l’ottava modifica con l’art. 3, comma 1, del d.l. 23.02.2009 n. 11 convertito con modifiche in l. 23.04.2009, n. 38; si tratta di un riassetto formale della disposizione e scissione della stessa in commi 1, 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*; formalmente è proprio a seguito di tale riforma che i delitti ostativi “qualificati-prima fascia” trovano definitiva collocazione nel comma 1 e quelli “generici-seconda fascia” nei commi seguenti;
- la nona modifica con l’art. 2, comma 27, della l. 15.07.2009 n. 94, per l’eliminazione di alcune aporie tecniche del precedente intervento;
- la decima modifica con l’art. 15, comma 6, della l. 23.07.2009 n. 99, con l’inserimento nell’elenco dei “delitti ostativi generici” dell’art. 416, primo e terzo comma c.p., realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474 c.p.;
- la undicesima modifica con la l. 01.10.2012 n. 172, con l’inserimento nel comma 1-*quater* dei delitti ex artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies*; nonché con l’introduzione del comma 1-*quinquies*;
- la dodicesima modifica con l’art. 3, comma 1, del d.l. 18.02.2015 n. 7 convertito in l. 17.04.2015, n. 43, con l’inserimento nell’elenco dei “delitti ostativi qualificati” dell’art. 12, commi 1 e 3, d. lgs. 25.97.1998, n. 286, t.u. immigrazione;
- la tredicesima modifica con l’art. 1 della l. 23.02.2015 n. 19, con l’inserimento nell’elenco dei “delitti ostativi qualificati”, dell’art. 416-*ter* c.p.;
- la quattordicesima modifica con l. 09.01.2019 n. 3 c.d. spazzacorrotti, con l’inserimento nell’elenco dei “delitti ostativi qualificati” di cui al comma 1, dei delitti previsti dagli artt. artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis*, c.p. ed altresì l’inserimento dell’art. 323-*bis*, comma 2, c.p. quale modalità di collaborazione ulteriore a quella prevista dall’art. 58-*ter* o.p.;
- la quindicesima modifica con l’art. 12, comma 5, della l. 19.07.2019 n. 69 (introduzione nei commi 1-*quater* e 1-*quinquies* del delitto di cui all’art. 583-*quinquies* c.p.).

Anche per comodità dell’analisi successiva, vale la pena a questo punto trascrivere l’attuale testo dell’art. 4-*bis* o.p. ad oggi risultante per effetto delle modifiche normative:

*«Art. 4-bis - Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti.*

*1. L’assegnazione al lavoro all’esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell’articolo 58-ter della presente legge o a norma dell’articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale: delitti commessi per finalità di terrorismo,*

*anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-nonies e 17-bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni.*

*1-bis. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale.*

*1-ter. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600-bis, secondo e terzo comma, 600-ter, terzo comma, 600-quinquies, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all'articolo 291-ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico, all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli*

473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-bis, 609-quater e 609-octies del codice penale e dall'articolo 12, commi 3, 3-bis e 3-ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni.

1-quater. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 583-quinquies, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 609-undecies del codice penale solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall'articolo 609-bis del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata.

1-quinquies. Salvo quanto previsto dal comma 1, ai fini della concessione dei benefici ai detenuti e internati per i delitti di cui agli articoli 583-quinquies, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 609-quater, 609-quinquies e 609-undecies del codice penale, nonché agli articoli 609-bis e 609-octies del medesimo codice, se commessi in danno di persona minorenni, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza valuta la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'articolo 13-bis della presente legge.

2. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto.

2-bis. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1-ter, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni.

3. Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali.

*3-bis. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3».*

### **3. Le varie tipologie di “condannato ostativo”.**

Come facilmente intuibile dalla lettura della disposizione, la portata dell'art. 4-*bis* o.p. interessa una vasta platea di soggetti detenuti – per comodità si farà riferimento ai condannati, ma la disposizione si rivolge anche agli internati – che possono essenzialmente dividersi in 2 gruppi.

Da un lato i “condannati ostativi qualificati”, cioè coloro che espiano una pena definitiva per uno dei delitti elencati dal comma 1; nella prassi giudiziaria è ancora frequente l'uso dell'espressione delitti di “prima fascia” o “assolutamente ostativi”, quest'ultima definizione invero non proprio corretta non essendoci più nulla di “assoluto” in termini impeditivi. Come visto, l'elencazione di questi delitti è il frutto di numerosi interventi che si sono succeduti nel tempo dal 1992 fino al 2019 ed il catalogo attualmente comprende:

- delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza;
- art. 416-*bis* c.p. (associazione di tipo mafioso), nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste (c.d. aggravante di mafiosità);
- art. 416-*ter* c.p. (scambio elettorale politico-mafioso);
- art. 630 c.p. (sequestro di persona a scopo di estorsione);
- art. 74 d.p.r. n. 309/90 (associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti);
- art. 291-*quater*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri);
- art. 600 c.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù);
- art. 600-*bis*, comma 1, c.p. (induzione, reclutamento, favoreggiamento della prostituzione minorile);
- art. 600-*ter*, commi 1 e 2, c.p. (pornografia minorile);
- art. 601 c.p. (tratta di persone);
- art. 602 c.p. (acquisto e alienazione di schiavi);
- art. 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo);

- art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. 25.07.1998, n. 286 (t.u. immigrazione, plurime condotte di ingresso illegale di stranieri nel territorio dello stato);
- ed infine i delitti di cui agli artt. 314, comma 1, c.p. (peculato), 317 c.p. (concussione), 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p. (tutte ipotesi di corruzione).

Devesi precisare che la categoria soggettiva dei “condannati ostativi qualificati” non è sostanzialmente unitaria ma può articolarsi in due sottogruppi assai diversi tra loro:

- quello dei “condannati ostativi qualificati collaboranti” ai quali, proprio in ragione del loro atteggiamento collaborativo, si applica una disciplina a sé (il riferimento è agli artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* o.p., art. 323-*bis*, comma 2, c.p. e agli artt. 16-*nonies* e 17-*bis* del d.l. 15.01.1991, n. 8 convertito con modificazioni in l. 15.03.1991, n. 82 e succ. modifiche);
- e quello dei “condannati ostativi qualificati non collaboranti” ai quali si applicano le disposizioni ordinarie nei termini in cui si vedrà in seguito; nella prassi giudiziaria quest’ultima categoria di soggetti è quella che impegna maggiormente l’operatore di diritto penitenziario, sia per l’alta incidenza numerica di tale tipologia di condannati, sia per la “qualità” delle questioni giuridiche.

Il discrimine tra i due gruppi è dato dall’atteggiamento collaborativo che il condannato può aver già tenuto nel corso del procedimento di cognizione o che ha assunto nella fase esecutiva; si vedrà comunque che per effetto della sentenza costituzionale n. 253/2019 si tratta di un aspetto meno “discriminante” rispetto al passato.

Rispetto a ciò, si pone dall’altro lato il gruppo dei “condannati ostativi generici”, cioè coloro che espiano una pena definitiva per uno dei delitti indicati nel comma 1-*ter*; nella prassi giudiziaria è ancora frequente l’uso dell’espressione delitti di “seconda fascia”. Anche l’elencazione contenuta nel comma 1-*ter* si è accresciuta negli anni e attualmente comprende:

- art. 575 c.p. (omicidio volontario);
- art. 600-*bis*, comma 2 e 3, c.p. (atti sessuali con minore);
- art. 600-*ter*, comma 3, c.p. (divulgazione, diffusione di materiale pedopornografico);
- art. 600-*quinquies*, c.p. (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile);
- artt. 628, comma 3, e 629, comma 2, c.p. (rapina ed estorsione aggravate);
- art. 291-*ter*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (t.u. doganale, ipotesi aggravate di contrabbando di tabacchi lavorati esteri);
- art. 73, aggravato ex art. 80, comma 2, d.p.r. n. 309/90 (t.u. stupefacenti, condotte aggravate di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanza stupefacente);

- art. 416, commi 1 e 3, c.p. (associazione per delinquere) realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 c.p. (delitti in materia di tutela dei diritti d'autore);
- art. 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice (delitti contro la personalità individuale), o allo scopo di commettere e delitti previsti dagli artt. 609-*bis* c.p. (violenza sessuale), 609-*quater* c.p. (atti sessuali con minorenni), 609-*octies* c.p. (violenza sessuale di gruppo) e dall'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, d.lgs. 25.07.1998 (t.u. immigrazione, plurime condotte aggravate di ingresso di stranieri in territorio nazionale).

Ed ancora, sebbene, come visto, in parte coincidenti con quelli appena indicati anche al comma 1, rientrano nella categoria degli "ostativi generici", si vedrà poi per quale ragione, anche i condannati anche i seguenti delitti elencati ai commi 1-*quater* e 1 *quinqües* sempre dell'art. 4-*bis* o.p.:

- art. 583-*quinqües* c.p. (deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso);
- artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqües*, c.p. (tutti delitti in materia di prostituzione e pornografia);
- artt. 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*octies* e 609-*undecies* c.p. (tutti delitti in materia sessuale).

Al di fuori di tali categorie soggettive, residua nell'ordinamento penitenziario quella dei "condannati comuni" che, appunto, non sono interessati dalla portata dell'art. 4-*bis* o.p.

#### **4. Le varie tipologie di "condizioni ostative".**

Una volta individuate le categorie soggettive dei condannati "ostativi", la seconda funzione caratteristica dell'art. 4-*bis* o.p. è quella di delineare una serie di particolari condizioni di accesso ai benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione riferibili a ciascuna di queste e che valgono a distinguerli dai "condannati comuni".

Si tratta, quindi, di comprendere come debbano o possano rilevare autonomamente o in sinergia tra loro le seguenti condizioni, che per comodità, qualora necessario, si continuerà a definire "condizioni ostative":

- il tempo in cui fu commesso il reato, fattore sempre oggetto di attenzione ma fino a poco fa non di interesse dirimente, salvo particolari eccezioni (sent. Corte Cost. n. 32 del 2020);
- la collaborazione con la giustizia, intendendo con ciò un comportamento di fattiva collaborazione già prestata nel corso del procedimento di cognizione o anche in fase di esecuzione (art. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* o.p., art. 323-*bis*, comma 2, c.p.);
- in alternativa a questa, l'impossibilità o inesigibilità-irrelevanza di utile collaborazione con la giustizia, quali condizioni esattamente contrarie a quella appena ricordata, ma comunque considerate normativamente

- equipollenti alla collaborazione effettivamente prestata (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. e sent. Corte Cost. n. 253 del 2019);
- in aggiunta, la dimostrazione della insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. e sent. Corte Cost. n. 253 del 2019);
  - ed ancora, la mancanza del pericolo di ripristino in futuro della medesima tipologia di collegamenti (sent. Corte Cost. n. 253 del 2019);
  - in diversa prospettiva, la dimostrazione della sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (art. 4-*bis*, comma 1-*ter*, o.p.);
  - se non addirittura la prova certa della attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, per i condannati di delitti dolosi (art. 4-*bis*, comma 3-*bis*, o.p.);
  - ed infine, l’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente almeno per un anno in istituto penitenziario (art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, o.p.);
  - e la partecipazione a particolari programmi di riabilitazione previsti dall’art. 13-*bis* o.p. (art. 4-*bis*, comma 1-*quinqüies*, o.p.).

Ciascuna di queste condizioni presenta profili autonomi di problematicità, alcuni dei quali possono ad esempio qui essere solo accennati: il tema della impossibilità o inesigibilità-irrelevanza di utile collaborazione con la giustizia pone, anzitutto, il problema della esatta perimetrazione del giudizio con l’individuazione dei delitti ai quali questo deve essere esteso (ostativi o meno, con pena espiata o no), e poi quello della esatta individuazione dei criteri di giudizio (ad esempio, se si applichi il canone *in dubio pro reo*); il tema dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva si declina in una pluralità di sfaccettature: se la dimostrazione debba riguardare la loro esistenza o inesistenza, se poi si tratti di valutare i collegamenti passati o anche quelli potenzialmente futuri, ma in particolare quale sia per ogni situazione lo *standard* probatorio di valutazione anche in ragione della forza dimostrativa da attribuire alle informative istruttorie acquisite; questioni complesse presentano anche l’osservazione scientifica della personalità e la sottoposizione a programmi di riabilitazione per condannati per delitti ostativi.

Come accennato, però, il fine del presente lavoro non è quello di analizzare in maniera completa gli aspetti contenutistici, a volte complessi, di ogni singola “condizione ostativa”, ma più semplicemente i termini generali di rilevanza autonoma o cumulativa di ciascuna di queste, in modo da delineare i possibili ostacoli, singoli o plurimi, che possono caratterizzare il percorso detentivo-trattamentale di un “condannato ostativo” verso l’obiettivo di libertà da lui ricercato.

Vale subito la pena evidenziare sul piano del metodo, che l’analisi della posizione del “condannato ostativo qualificato non collaborante” (commi 1 e

1-*bis*), di fatto assorbe in sé, anche per la massiccia incidenza statistica di questa tipologia di posizioni esecutive, gran parte delle questioni complessive di interesse, ragione per cui le posizioni del “condannato ostantivo generico” (commi 1-*ter*, 1-*quater* e 1-*quinqüies*) e del “condannato ostantivo qualificato collaborante” (comma 1 e art. 58-*ter* o.p.) verranno poi di più facile e sintetica analisi.

Una puntualizzazione è però imprescindibile: qui di seguito si delineano per ogni tipologia di “condannato ostantivo” le direttrici di massima utili per individuare i presupposti rilevanti previsti dall’art. 4-*bis* o.p. e che per comodità, qualora necessario, si continuerà a definire “condizioni ostantive”. Questo è, però, un obiettivo sì necessario ma non sufficiente per l’ottenimento del beneficio penitenziario o della misura alternativa richiesta perché oltre al tema del *quantum* di pena necessario per l’accesso a quanto richiesto che rappresenta una problematica a parte che qui non viene affrontata, resta sempre ferma ed immutabile, a prescindere da ogni altra variabile normativa, la condizione della “meritevolezza” di quanto si chiede di ottenere, condizione che si realizza in termini di affidabilità personale, positività dei risultati trattamentali ottenuti, revisione critica, ravvedimento e quant’altro serva a dimostrare il venir meno della pericolosità e il cambiamento migliorativo della personalità del condannato rispetto al proprio passato criminale nella direzione rieducativa-risocializzatrice prevista dell’art. 27 Cost.

##### **5. La prima valutazione: la riferibilità soggettiva delle “condizioni ostantive”.**

Occorre a questo punto delineare gli accoppiamenti “condannato ostantivo-condizioni ostantive”, evidenziando per ciascuna delle due categorie soggettive sopra individuate, “qualificato” o “generico”, quali siano in linea di massima le particolari “condizioni ostantive” per ciascun condannato rilevanti, salvo poi il coordinamento tra direttive normative e gli effetti delle sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 ed altre specifiche peculiarità residuali che si analizzeranno in conclusione.

Ed allora, per la categoria dei “condannati ostantivi qualificati” rilevano essenzialmente le seguenti condizioni salvo, come detto, alcune particolarità di cui si dirà in seguito:

- la collaborazione con la giustizia;
- l’impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia;
- la dimostrazione della insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva;
- la mancanza del pericolo di ripristino in futuro della medesima tipologia di collegamenti.
- per i responsabili di alcune categorie di reati, in aggiunta alle altre,

l'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente almeno per un anno in istituto penitenziario (comma 1-*quater*, o.p.), la partecipazione a programmi di riabilitazione previsti dall'art. 13-*bis* o.p. (comma 1-*quinqüies*, o.p.).

Più precisamente. Il "condannato ostativo qualificato" che ambisca al riconoscimento di benefici penitenziari o misure alternative alla detenzione deve – o meglio doveva, si vedrà poi perché la diversa declinazione verbale – o collaborare con la giustizia secondo le previsioni dell'art. 58-*ter* o.p. o art. 323-*bis* c.p. (comma 1) o, al contrario, dimostrare di essere in una situazione di impossibilità oggettiva o inesigibilità-irrilevanza soggettiva di utile collaborazione con la giustizia nonché, solo in quest'ultime situazioni, dimostrare anche l'insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata (comma 1-*bis*). In seguito si specificherà come questo schema di rilevanza delle due distinte condizioni, collaborazione/non collaborazione, sia stato sostanzialmente modificato dalla sentenza costituzionale n. 253/2019. Si direbbe tutto qui ma non inganni la linearità della sintesi: giova evidenziare, infatti, che per quanto schematizzato in maniera semplice e financo elementare, il rapporto di alternatività tra le condizioni previste dal comma 1 e 1-*bis* (collaborazione / non collaborazione giustificata) rappresenta da sempre il tema più complesso e delicato nella storia dell'art. 4-*bis* o.p., in particolare per i "condannati ostativi non collaboranti" da sempre obbligati a percorrere la sola ed unica, e tortuosa, strada dell'accertamento dimostrativo di impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia, unitamente alla verifica di insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata. In aggiunta a ciò, ma solo per una ristrettissima cerchia di soggetti (i condannati per i delitti ex art. art. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, comma 1 e 2, e 609-*octies* c.p.), si aggiungono le ulteriori condizioni dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente almeno per un anno in istituto penitenziario e la partecipazione a programmi di riabilitazione previsti dall'art. 13-*bis* o.p. previste dai commi 1-*quater* e 1-*quinqüies*.

Per la categoria dei "condannati ostativi generici" rilevano invece le seguenti condizioni:

- la dimostrazione della sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, quale condizione che se positivamente accertata preclude il riconoscimento di benefici (comma 1-*ter*);
- per i responsabili di alcune categorie di reati, in aggiunta alla prima o in via autonoma, l'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente almeno per un anno in istituto penitenziario (comma 1-*quater*), la partecipazione a programmi di riabilitazione previsti dall'art. 13-*bis* o.p. (comma 1-*quinqüies*).

Più precisamente. Per i "condannati ostativi generici" per uno dei delitti

indicati dal comma 1-ter vi è una presunzione di non sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata e solo la prova di una loro sussistenza, da acquisirsi da parte della magistratura di sorveglianza, sarebbe ostativa all'accesso a benefici penitenziari e misure alternative. In aggiunta a ciò, o in via autonoma, solo per i condannati per i delitti previsti dai commi 1-*quater* e 1-*quinquies*, le ulteriori condizioni dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente almeno per un anno in istituto penitenziario e la partecipazione a programmi di riabilitazione previsti dall'art. 13-*bis* o.p.

**6. Le novità introdotte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019: il superamento della verifica di “condotte collaborative” quale condizione per l'accesso al permesso premio.**

La sentenza della Corte Costituzionale n. 253/2019 segna un passaggio fondamentale nella storia dell'art. 4-*bis* o.p., e più in generale per l'ordinamento penitenziario con specifico riferimento alla posizione dei “condannati ostativi qualificati”, eliminando l'obbligatorietà della collaborazione con la giustizia prevista dal comma 1, e per converso l'obbligatorietà per il “non collaborante” di intraprendere un giudizio di verifica di una situazione di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione, quale condizione per l'accesso ai permessi premio come previsto dal comma 1-*bis* o.p.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. «*nella parte in cui non prevede che, ai detenuti [in espiazione pena per tutti i delitti ivi elencati] possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti*», la sentenza non ha evidentemente sancito *tout court* l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione da sempre previsto dal comma 1 che, tutto sommato, per effetto della decisione costituzionale ormai non è più un obbligo ma una facoltà, sebbene la collaborazione attiva rimanga ovviamente la via preferenziale per l'accesso alle misure premiali ed alternative alla detenzione; e formalmente non ha neanche estromesso dal sistema normativo il meccanismo di c.d. “equipollenza” di tale obbligo tipizzato nelle fattispecie della collaborazione impossibile o inesigibile-irrelevante dal comma 1-*bis* della medesima disposizione, per nulla intaccato dalla declaratoria di incostituzionalità.

Per effetto della sentenza costituzionale n. 253/2019 è venuta meno la preclusione “di principio” all'ammissibilità del permesso premio *ex art. 30-ter* o.p. prevista dal combinato disposto degli art. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* o.p., nel senso che è stata in radice eliminata l'equazione sulla quale si fondava la presunzione assoluta di pericolosità del “condannato ostativo qualificato”

che preliminarmente impediva il giudizio di merito sulla richiesta di permesso premio, equazione secondo cui "non collaborazione = permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata" e quindi permanenza di pericolosità.

La presunzione assoluta di pericolosità è stata tramutata in presunzione relativa legittimando quindi il condannato alla dimostrazione del superamento dell'ipotizzata pericolosità su di lui gravante. Per effetto di ciò, quindi, il "condannato ostativo qualificato" non sarà più obbligato a collaborare attivamente o, in alternativa, quello "non collaborante" a dimostrare per equipollente di versare in una situazione di impossibilità o inesigibilità-irrelevanza di utile collaborazione ai sensi del successivo comma 1-*bis* della medesima disposizione ai fini, si ribadisce, della valutazione di ammissibilità di una richiesta di permesso premio, fermo restando che comunque, anche in questa seconda ipotesi è sempre necessario dimostrare l'insussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata. Il "non collaborante" può oggi legittimamente rivendicare il diritto al silenzio anche in fase esecutiva senza che ciò determini per lui, appunto, l'obbligo di intraprendere il giudizio di cui al comma 1-*bis*, ma indirizzandosi verso la "terza via" tracciata dalla sentenza costituzionale della dimostrazione di insussistenza «...sia (del)l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia (del) pericolo di ripristino di tali collegamenti...».

In concreto, la novità introdotta per il "condannato ostativo qualificato non collaborante" che aspiri alla concessione di un permesso premio, può quindi così sintetizzarsi:

- *ante* decisione costituzionale n. 253/2019 doveva prima dimostrare dinanzi al tribunale di sorveglianza di essere in una situazione di impossibilità o inesigibilità-irrelevanza di utile collaborazione con la giustizia, e poi, in caso di esito positivo, dimostrare al magistrato di sorveglianza di aver reciso i pregressi collegamenti con la criminalità organizzata, poiché solo così si integrava l'ammissibilità del beneficio premiale richiesto legittimando il successivo giudizio di merito da parte dell'organo monocratico, dal momento che la recisione di collegamenti criminosi era condizione necessaria sia pure non sufficiente, per valutare il venir meno della pericolosità sociale;
- *post* decisione costituzionale il medesimo condannato è invece legittimato a soprassedere al primo passaggio dinanzi al tribunale, concentrando l'iniziativa direttamente dinanzi al magistrato al quale dovrà dare solo dimostrazione, appunto, sia della insussistenza della «attualità di collegamenti con la criminalità organizzata [sia del] pericolo di ripristino di tali collegamenti».

E dunque: per la sentenza n. 253/2019 oggi il nodo centrale per la valutazione di un'istanza di permesso premio di un "condannato ostativo qualificato non collaborante", che può dirsi preliminare a quella sulla meritevolezza, è

l'insussistenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata e del pericolo di ripristino in futuro degli stessi; chi collabora attivamente dimostra *de facto* solo con ciò che non sussiste né l'uno, né l'altro; chi non collabora lo deve dimostrare in qualsiasi altro modo non necessariamente attraverso il giudizio di impossibilità o inesigibilità-irrelevanza di un'utile collaborazione.

### **6.1. La necessaria distinzione tra permesso premio e misure alternative alla detenzione.**

La sentenza della Corte Costituzionale n. 253/2019, come già emerso, sviluppa nella motivazione una distinzione di non poco conto circa l'ambito applicativo dei principi affermati, distinzione del resto imposta proprio dall'oggetto e dal perimetro delle questioni di legittimità che ne stanno alla base, articolate queste su fattispecie relative, appunto, a richieste di permesso premio.

La decisione limita, infatti, la propria portata oggettiva a questo solo tipo di beneficio rimanendo escluse le misure alternative del lavoro esterno, della semilibertà, dell'affidamento in prova e della libertà condizionale che, ad oggi, se richieste da un "condannato ostativo qualificato non collaborante", soggiacciono alle stesse regole previgenti la decisione costituzionale. In altre parole: per le misure alterative l'ammissibilità della domanda sarà sempre subordinata alla preliminare verifica di una condotta collaborativa per equipollente nelle forme della impossibilità o inesigibilità-irrelevanza.

I casi potrebbero essere non pochi: quello del detenuto che non ha ancora beneficiato di permessi premio con un residuo pena di scarsa entità, un percorso penitenziario eccellente e magari già in regime detentivo di c.d. media sicurezza, che in forza di un'ottima opportunità lavorativa che rischia di perdere richieda di accedere all'affidamento in prova o alla semilibertà; oppure quello di chi in espiazione di un cumulo di pene c.d. eterogeneo, cioè comprendente pene ostatiche e non, già ammesso alla fruizione di permessi premio per aver espiaato la quota pena del delitto ostativo e quella ulteriormente necessaria per l'ammissione al beneficio premiale secondo le regole ordinarie per la restante parte di pena non ostatica, richieda l'accesso ad una misura alternativa il cui presupposto temporale complessivo di ammissibilità imponga però di effettuare per la prima volta un giudizio ai sensi del comma 1-bis in rapporto al delitto ostativo; non ultimo, un esempio di attualità: si pensi al detenuto che sia stato già ammesso a fruire di permessi premio per effetto della sentenza costituzionale n. 253/2019 e che chieda l'ammissione al regime di semilibertà o di affidamento in prova.

Se il primo caso non pone problemi essendo fuori di dubbio la necessità del giudizio di accertamento, gli altri due, ed in particolare l'ultimo, impongono una serie di riflessioni: è ipotizzabile una questione di legittimità costituzionale che estenda la portata applicativa della sentenza n. 253/2019 dal permesso premio alle altre misure alternative? oppure, è sperimentabile

una giurisprudenza creativa che eventualmente sul piano della interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni che disciplinano l'ammissibilità della semilibertà, dell'affidamento in prova e della liberazione condizionale, stabilisca che a questo punto – ciò dopo l'ammissibilità e la fruizione in concreto da parte del condannato di numerosi permessi premio – il giudizio di inesigibilità o impossibilità di utile collaborazione con la giustizia ai sensi del comma 1-*bis* nulla aggiungerebbe ad un percorso penitenziario che nella sperimentazione concreta anche extramuraria ha dato ottimi risultati ?

Si vedrà tra breve come la limitazione di operatività della sentenza costituzionale n. 253/2019 solo alla materia dei permessi premio crei un disequilibrio con gli effetti della sentenza costituzionale n. 32/2020 che sarebbe meglio eliminare.

### **6.2.1 nuovi rapporti tra collaborazione impossibile o inesigibile-irrelevante e la verifica dei collegamenti attuali e futuri con la criminalità organizzata.**

S'impone a questo punto una prima ricomposizione del quadro delle condizioni rilevanti per l'accesso ai permessi premio per il "condannato ostativo qualificato non collaborante", e cioè i possibili rapporti tra collaborazione impossibile o inesigibile-irrelevante e collegamenti con la criminalità organizzata.

Vale la pena ricordare, come già evidenziato in precedenza, che la genesi delle fattispecie di "impossibilità o inesigibilità" di utile collaborazione con la giustizia quali condizioni alternative a quella di collaborazione effettivamente prestata, si deve alle sentenze della Corte Costituzionale n. 357/1994 e n. 68/1995 le cui *rationes decidendi* hanno poi trovato tipizzazione normativa con le modifiche normative del 2002 e del 2009, ed oggi si trovano configurate nel comma 1-*bis*.

Non appena pubblicata la sentenza costituzionale n. 253/2019 si è posto il problema interpretativo della sopravvivenza dell'autonomia operativa del giudizio di accertamento di queste fattispecie perché, come evidenziato in alcune decisioni della Corte di Cassazione, proprio all'alba della decisione costituzionale, «*il presupposto della collaborazione impossibile o inesigibile era stato introdotto nell'ordinamento quale sorta di contraltare alla collaborazione effettiva con la giustizia [ma] una volta venuta meno l'assoluta necessità della sussistenza di quest'ultima per poter accedere al permesso-premio viene a perdere rilievo e giustificazione anche la prima [...] di conseguenza, risulta evidente anche il venir meno dell'interesse del detenuto a far accertare l'insussistenza di margini per una sua utile collaborazione con la giustizia, posto che la sua ammissione o meno alla fruizione dei permessi-premio resta correlata alla verifica dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o comunque del pericolo di ripristino di detti legami*»

(Cass. Pen. Sez. I, n. 3309/2020).

Come dire: *post* sentenza costituzionale n. 253/2019 tutto ruota, o meglio ruoterebbe, solo intorno alla prova della insussistenza di collegamenti criminosi attuali e futuri e non più ad una collaborazione effettivamente prestata oppure di impossibile o inesigibile prestazione; pertanto, così come la collaborazione attiva non è più condizione di ammissibilità di un permesso premio (comma 1), non lo sarebbe più neanche la speculare situazione di impossibilità o inesigibilità della stessa (comma 1-*bis*); da ciò il venir meno di un interesse all'attivazione della procedura di accertamento di tali ultime situazioni di equipollenza rispetto alla prima.

Tale impostazione restrittiva, però, poco è durata. La giurisprudenza di legittimità, infatti, con un dichiarato ripensamento ha subito tratteggiato un cambiamento di rotta discostandosi apertamente dalla prima soluzione con un'opzione interpretativa di più ampio respiro e favore nei confronti degli interessati: *«la giurisprudenza di questa Corte ha espresso, in questa fase di prima applicazione, un indirizzo non univoco. Ad una pluralità di decisioni, che siffatto interesse hanno, con dovizia di argomentazioni, negato... è seguito un arresto, pure ampiamente motivato, di segno esplicitamente contrario [...] in precedenza, altra sentenza aveva trattato il ricorso, dando rilievo, sia pure implicitamente, alla volontà in tal senso esternata da parte dell'interessato. In tale variegato panorama esegetico, il Collegio reputa, allo stato, più confacente alla complessità dei temi sollevati dalla sentenza costituzionale, e al rango dei valori in gioco, non arrestare la sua cognizione al profilo formale dell'interesse a ricorrere ed esaminare comunque il merito dell'impugnazione»* (Cass. Pen., Sez. I, n. 12555/2020).

Giova ricordare che già da prima del *revirement* le opinioni dottrinali che si sono espresse sul tema erano favorevoli alla permanenza di interesse ritenendo di poterlo individuare:

- nella volontà di non adire la complessa procedura di “prova rafforzata”, che è la vera novità aggiuntiva introdotta dalla decisione costituzionale, con onere invertito e controprova fattuale sulla insussistenza di collegamenti criminali attuali e futuri, procedura attivabile direttamente dinanzi al magistrato di sorveglianza; secondo questa impostazione l'effetto delle sentenza additiva della corte costituzionale è quello di aver creato un *tertium genus*: oltre al “collaboratore attivo” (comma 1) ed al “collaboratore impossibile/inesigibile/irrilevante” (comma 1-*bis*) – quest'ultimo onerato della dimostrazione di una oggettivamente impossibile o soggettivamente inesigibile collaborazione, nonché della insussistenza di collegamenti passati con la criminalità organizzata ma non, si badi, di quelli futuri – oggi vi è il “non collaborante per scelta” il quale per fornire la prova negativa tale da vincere la presunzione di pericolosità su di lui gravante dovrà non più chiedere l'accertamento di una collaborazione equipollente al tribunale di sorveglianza – di cui

certamente non sussistono i presupposti, per essere la sua decisione frutto di una scelta libera e consapevole di non fornire un aiuto alla giustizia e dunque per esservi presuntivamente ancora spazi investigativi rilevanti per l'accertamento della verità sui fatti per i quali è stato condannato – ma dovrà, rivolgendosi direttamente al magistrato di sorveglianza, sottostare a quell'onere di “prova rafforzata” che la sentenza costituzionale richiede nei suoi confronti;

- oppure, sotto altro profilo, l'interesse all'accertamento può ravvisarsi negli effetti che la decisione positiva potrebbe poi riverberare nella successiva fase di merito di valutazione delle condizioni di concedibilità del beneficio premiale richiesto; ciò al fine di prevenire eventuali giudizi negativi sulla propria personalità, poiché il giudizio valutativo della pericolosità di questa particolare tipologia di detenuti è da sempre influenzato dal suo atteggiamento nei confronti del delitto commesso; essere silenti rispetto ad un evidente coinvolgimento di concorrenti ignoti potrebbe influenzare negativamente la valutazione dell'atteggiamento del condannato rispetto al fatto; pertanto, dimostrare preventivamente alla valutazione sulla meritevolezza del beneficio richiesto che il silenzio serbato sui fatti delittuosi sia invece ascrivibile a semplice impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione – utilizzando appunto il modello di accertamento del comma 1-*bis* non intaccato minimamente dalla sentenza costituzionale n. 253/2019 – potrà, appunto, diversamente e meglio orientare le valutazioni rispetto all'atteggiamento complessivo del condannato.

Per quanto, invero, opzioni interpretative non completamente sovrapponibili ma certamente complementari, entrambe ritengono che in capo al condannato permanga la scelta, in sede di richiesta di un primo permesso premio, di attivare alternativamente: o un giudizio da svolgersi tutto dinanzi al magistrato di sorveglianza secondo le indicazioni fornite dalla sentenza costituzionale n. 253 del 2019 senza richiesta di accertamento incidentale *ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*, o.p.; ovvero con richiesta incidentale di tale accertamento al fine di perseguire uno degli scopi sopra indicati.

Ciò posto, la più recente giurisprudenza di legittimità sostiene apertamente la sopravvivenza piena del procedimento di accertamento *ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*, o.p. anche in relazione alla materia dei permessi premio, osservandosi che il *novum* portato dalla decisione costituzionale è quello di aver introdotto una opzione decisoria aggiuntiva, rispetto a quelle già esistenti e che il condannato può chiedere di attivare. Vi è di fatto una piena adesione e validazione di quanto già sostenuto dalla dottrina e tale presa di posizione è così efficacemente sintetizzata: «*la decisione della Corte Costituzionale non riguarda, pertanto, le disposizioni in tema di collaborazione impossibile o inesigibile (tenute espressamente al di fuori dell'oggetto del giudizio) che non solo restano vigenti ma che continuano ad avere una portata*

*precettiva concreta, sia in ragione della diversità parziale delle regole dimostrative della assenza di pericolosità (profilo strettamente normativo), sia in ragione di una percepibile differenza ontologica, posto che l'accertamento in positivo della impossibilità o inesigibilità della collaborazione consente di qualificare in termini univoci (e non connotati da alcun minimo disvalore) la scelta del detenuto di non fornire informazioni alla autorità giudiziaria [...] Ne deriva, quanto all'esame delle ricadute, che non può certo dirsi - specie in ragione della segnalata differenza di oggetto della prova - abrogata per incompatibilità la previsione di legge (art. 4 bis co. 1 bis) in tema di collaborazione impossibile o inesigibile. In presenza di simile accertamento positivo (spettante ex lege al Tribunale) la scelta di non prestare collaborazione assume un significato del tutto neutro, il che - nella logica proposta dalla Corte Costituzionale - consente di circoscrivere la dimostrazione probatoria al parametro della 'esclusione di attualità dei collegamenti'. Lì dove vi sia l'opzione del silenzio (con richiesta di accesso al beneficio basata in via esclusiva sulla assenza di attuale pericolosità) la dimostrazione probatoria è - come si è notato - più complessa ed include il parametro aggiuntivo (sia pure di problematica aderenza a canoni epistemologici basati sulla materialità dell'oggetto della prova), della assenza del pericolo di ripristino di tali collegamenti» (Cass. Pen., Sez. I, n. 5553/2020 e n. 10551/2020).*

Un ultimo rilievo. Muovendo dalla considerazione che occorre necessariamente continuare a distinguere la posizione di chi "oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole" (silente per sua scelta), da quella di chi "soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può" (silente non per sua scelta), deve osservarsi che la sentenza costituzionale non può aver reso peggiore la condizione del condannato che versi in una situazione di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia – che è sì un "non collaborante", ma non per sua scelta – il quale mantiene quindi integro a suo carico l'onere di specifica allegazione degli opportuni elementi a sostegno dell'assunto della ricorrenza di situazioni di impossibilità o inesigibilità della collaborazione (dinanzi al tribunale), e degli elementi che ineriscono alla non attualità dei collegamenti (dinanzi al magistrato), ma non del pericolo di un loro ripristino, secondo il canone di prova rafforzata delineato dalla decisione costituzionale, ma che non può a questi essergli ulteriormente addossato, al pari del "non collaborante" per sua scelta.

### **6.3. Schema sintetico degli effetti della sentenza.**

Secondo i più recenti arresti giurisprudenziali della Corte di Cassazione, quindi, al "condannato ostativo qualificato non collaborante" in espiatione di pena inflitta per un delitto previsto dal comma 1 che ambisca alla concessione di un permesso premio ex art. 30-ter o.p., si riconoscono due possibilità:

- avvalersi del comma 1 secondo l'interpretazione additiva delineata dalla sentenza costituzionale n. 253/2019 e quindi formulare istanza di permesso premio al magistrato di sorveglianza sostenendo la insussistenza della «*attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*» e la insussistenza del «*pericolo di ripristino di tali collegamenti*»;
- in alternativa, come in passato, avvalersi del comma 1-bis, secondo i noti canoni interpretativi non toccati dalla decisione di costituzionalità, e quindi formulare al magistrato di sorveglianza istanza di permesso premio unitamente ad istanza incidentale di accertamento di impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia, sostenendo che «*la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia*»; e in aggiunta, la insussistenza della «*attualità di collegamenti con la criminalità organizzata*», ma, si badi, non quella del «*pericolo di ripristino di tali collegamenti*» poiché questa condizione tipizzata dalla decisione costituzionale riguarda solo il modello procedimentale-decisorio sopra indicato.

Di fatto, sul piano pratico, il *novum* introdotto dalla sentenza costituzionale n. 253/2019 rappresenta per la più recente giurisprudenza di legittimità una "via di fuga" per i "condannati ostativi non collaboranti", non pochi, che in passato hanno già affrontato un giudizio di impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia conclusosi con una decisione negativa ormai definitiva, ed a quelli che, in una prospettiva prognostica, non avendolo ancora introdotto, non ritengono che siano sussistenti le condizioni per ottenere un giudizio positivo.

Giova ricordare che la sentenza costituzionale n. 253/2019 non ha sancito *tout court* l'illegittimità della previsione dell'obbligo di collaborazione da sempre previsto dal comma 1 e che per effetto della decisione costituzionale ormai non è più un obbligo ma una facoltà; va da sé, quindi, che il "condannato ostativo" – o addirittura un "imputato ostativo", cioè chi ancora sia giudicabile per un delitto compreso nel comma 1 – rimane pur sempre nella possibilità di intraprendere una scelta collaborativa con la giustizia puntando al riconoscimento dei benefici che tale scelta comporta.

#### **6.4. La possibile, e auspicabile, estensione di operatività della sentenza: oltre il permesso premio ?**

Come già illustrato, la sentenza costituzionale n. 253/2019 limita ad oggi la propria portata oggettiva solo al permesso premio rimanendo escluse dai suoi effetti le misure alternative della semilibertà, dell'affidamento in prova e della libertà condizionale che, attualmente, se richieste da un "condannato

ostativo qualificato non collaborante”, soggiacciono alle stesse regole previgenti la decisione costituzionale.

Tentativi di una possibile estensione di operatività dei suoi effetti, già sollecitate dalla dottrina non appena pubblicata la decisione costituzionale, sembrano però affacciarsi sul piano interpretativo tant'è che recentemente la Corte di Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 27 e 117 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis* comma 1, 58-*ter* o.p. e art. 2 d.l. 152/1991, convertito con modificazioni nella l. n. 203/1991, «*nella parte in cui escludono che il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla liberazione condizionale*» (Cass. Pen., Sez. I, n. 18518/2020).

L'ordinanza solleva il dubbio di costituzionalità evocando da un lato le questioni, relative alla materia dei permessi premio, attraverso le quali si è poi giunti alla pronuncia della sentenza costituzionale n. 253/2019, sebbene però manchi un riferimento esplicito alla rilevanza della dimostrazione della insussistenza dei collegamenti attuali e futuri con la criminalità organizzata; dall'altro lato vi è un richiamo agli effetti della nota sentenza C.e.d.u. Viola c. Italia in tema di c.d. “ergastolo ostativo”.

La decisione costituzionale che scrutinerà la questione, indipendentemente dall'esito, aggiungerà certamente un ulteriore tassello alla storia dell'art. 4-*bis* o.p.

Ovviamente non può che auspicarsene l'accoglimento in relazione alla liberazione condizionale ed altresì all'eventuale estensione consequenziale alle altre misure alternative alla detenzione, determinandosi così l'eliminazione di alcune aporie di cui si dirà meglio in seguito (par. 9) e non a caso evidenziate dall'ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità: «*le perplessità sono ulteriormente rafforzate dalla considerazione della decisione n. 253 del 2019 con cui la Corte Costituzionale ha fatto cadere la preclusione alla concessione dei permessi premio per difetto di collaborazione con la giustizia. Oltre a quanto già ricordato, va in conclusione evidenziato che il superamento della presunzione assoluta – di collegamento con gli ambienti criminali di appartenenza – in vista della decisione su un primo stadio della progressività trattamentale, vedrebbe scemata gran parte del suo significato sistematico se per le ulteriori tappe del percorso di risocializzazione dovesse invece valer ancora la preclusione ad una considerazione individualizzata del comportamento e della personalità del condannato*».

## **7. Le novità introdotte dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2020: la questione della non applicabilità retroattiva delle modifiche peggiorative dell'art. 4-bis o.p.**

Anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2020 segna un passaggio fondamentale nella storia dell'art. 4-bis o.p., e più in generale per l'ordinamento penitenziario proprio in rapporto alla rilevanza delle modifiche normative succedutesi nel tempo sopra sintetizzate. Come visto, infatti, la struttura attuale della disposizione è il frutto della stratificazione di numerose modifiche progressivamente introduttive o di nuove fattispecie delittuose in elencazioni già preesistenti, o di nuove "condizioni ostative" aggiuntive rispetto a quelle precedenti.

La decisione offre risposta ad una domanda da sempre ricorrente in ambito carcerario e solitamente proposta, per primi e a tutt'oggi, da condannati per reati "di mafia", intendendo con ciò non solo l'art. 416-bis c.p. ma anche delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, o dai condannati per i delitti previsti dall'art. 630 c.p. e 74 d.pr. n. 309/90 commessi prima del 1992, anno di entrata in vigore, o meglio di prima modifica essenziale, dell'art. 4-bis o.p. nella sua connotazione massimamente "ostativa", condannati che magari hanno visto definire la loro posizione giudiziaria e l'inizio dell'esecuzione penale molti anni dopo dai fatti di reato. Premesso che il nucleo essenziale in cui si identifica – o sarebbe meglio dire si identificava, come visto in precedenza – la portata ostativa dell'art. 4-bis o.p. è l'obbligo di collaborazione con la giustizia (comma 1) o la dimostrazione di una situazione di impossibilità o inesigibilità di collaborazione (comma 1-bis), la domanda solitamente posta da un "condannato ostativo qualificato non collaborante" è di facile sintesi: perché la normativa restrittiva dell'art. 4-bis, comma 1 e comma 1-bis, o.p., laddove prevede appunto l'obbligo di dimostrare una collaborazione prestata o, soprattutto, una collaborazione non prestata equipollente quale via di accesso ai benefici e misure alternative, si applica anche a coloro che sono ristretti per reati commessi antecedentemente alla entrata in vigore della norma, o meglio, alla modifica introdotta nel 1992 ?

Vale la pena precisare che non si tratta di un dubbio ormai "temporalmente irrilevante" dal momento che l'esperienza penitenziaria segnala la presenza, ancora ad oggi, di molti detenuti in espiazione pena definitiva, alcuni financo con inizio esecuzione anche da pochi anni, per delitti di natura mafiosa commessi prima del 1992 e qualcuno addirittura prima del 1982 anno di entrata in vigore dell'art. 416-bis c.p.

Il quesito, per la verità, si è poi ulteriormente arricchito ed attualizzato negli anni a seguire di ulteriori declinazioni per effetto delle numerose modifiche accrescitive della portata della disposizione nel suo complesso e con la massiccia introduzione di sempre nuove figure di delitti o di condizioni

ostative: perché la normativa restrittiva si applica anche ai responsabili di reati diversi da quelli “di mafia”, ma comunque commessi antecedentemente alla loro introduzione nel lungo elenco del comma 1, così come negli elenchi ed alle condizioni previste dai commi 1-*ter*, 1-*quater* e 1-*quinquies*?

La domanda ruota intorno ad una caratteristica costante delle singole modifiche accrescitive e cioè l’assenza di una disposizione transitoria che ne limitasse l’applicazione ai fatti di reato commessi antecedentemente alla entrata in vigore. Nella lunga storia dell’art. 4-*bis* o.p., infatti, soltanto in due casi rispetto ai 15 interventi normativi si registra la previsione di una limitazione retroattiva di applicazione della nuova disciplina: la prima è stata quella contenuta nella disciplina introduttiva dell’art. 4-*bis* o.p. operata con il d.l. 13.05.1991 n. 152, convertito in l. 12.07.1991 n. 203; la seconda è invece relativa alle modifiche introdotte con l. 23.12.2002, n. 279 (introduzione nell’elenco dei “delitti ostativi qualificati” degli artt. 600, 601 e 602 c.p., nonché di quelli commessi per finalità di terrorismo o eversione dell’ordine democratico), il cui dell’art. 4, comma 1, ne ha appunto limitato l’applicazione ai fatti commessi successivamente alla novella.

A prescindere da queste eccezioni, per molti anni la risposta al quesito è stata costantemente sempre la stessa, semplice e sintetica: la normativa penitenziaria ha una connotazione “processuale” e non “sostanziale” e quindi, in assenza di normativa che espressamente ne limiti l’applicazione retroattiva, soggiace al criterio *tempus regit actum*, regola che non vieta l’applicazione retroattiva della norma ma anzi impone l’applicazione della disposizione penitenziaria vigente al momento della sua applicazione al caso esecutivo concreto, a prescindere dal fatto che il condannato abbia commesso il reato in data antecedente alla sua inclusione nel catalogo dell’art. 4-*bis* o.p. (ad esempio: l’omicidio con finalità mafiosa, oppure lo stesso delitto ex art. 416-*bis* o.p. commesso nel 1989 rispetto alla entrata in vigore dell’art. 4-*bis* o.p. nel 1991 ed alla importante modifica subita nel 1992; un delitto di natura sessuale commesso nel 2005 ma il cui titolo sia stato introdotto nell’elenco dell’art. 4-*bis*, nel 2009; *idem* per quanto riguarda un delitto contro la pubblica amministrazione commesso nel 2014 rispetto alla sua inclusione nella disposizione penitenziaria nel 2019).

Il quadro interpretativo sedimentatosi nel corso degli anni è stato però sostanzialmente ribaltato, appunto, dalla sentenza costituzionale n. 32/2020 che prendendo occasione da una pluralità di questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione al regime della legge n. 3 del 2019 c.d. spazzacorrotti (che tra le altre cose ha, come visto, implementato il comma 1 introducendo numerosi delitti contro la pubblica amministrazione), ha enunciato un principio di portata generale, sebbene con un distinguo importante di cui si dirà poi.

Vale la pena riportare i passaggi essenziali della motivazione della sentenza: «*il diritto vivente ritiene, invero, che le norme disciplinanti l’esecuzione della*

*pena siano in radice sottratte al divieto di applicazione retroattiva che discende dal principio di legalità della pena di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. ... plurime e convergenti ragioni inducono, tuttavia, a dubitare della persistente compatibilità di tale diritto vivente con i principi costituzionali... in esito a una complessiva rimediazione della tematica, occorre in effetti concludere nel senso che, di regola, le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge [successivamente emanata] comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. In questa ipotesi, l'applicazione retroattiva di una tale legge è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Cost.; ... allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato, [in tal caso] la successione normativa determina, a ogni effetto pratico, l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un aliud rispetto a quella stabilita al momento del fatto: con conseguente piena operatività delle rationes, poc'anzi rammentate, che stanno alla base del divieto di applicazione retroattiva delle leggi che aggravano il trattamento sanzionatorio previsto per il reato... ciò si verifica, paradigmaticamente, allorché al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale – per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto – divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio nomen iuris, va eseguita di norma "dentro" il carcere... tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa... a pena da scontare diventa qui un aliud rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost.».*

In estrema sintesi: le modifiche apportate al sistema di ordinamento penitenziario intervenute successivamente al compimento del fatto delittuoso per il quale il detenuto ha riportato condanna e che effettivamente incidono solo sulle "modalità esecutive" della (stessa) pena, troveranno applicazione indipendentemente al *tempus commissi delicti* e quindi in conformità al tradizionale canone *tempus regit actum*; al contrario, quelle modifiche normative che appunto si caratterizzano per una "trasformazione della natura della pena", precludendo l'accesso in modo assoluto ad una sua alternativa extramuraria o magari rendendo significativamente meno probabile o più lontana nel tempo la sua concessione, non potranno che applicarsi ai condannati per fatti delittuosi commessi solo successivamente alla loro introduzione.

Di fatto, per quanto qui di stretto interesse, una modifica normativa dell'ordinamento penitenziario può integrare un nuovo assetto peggiorativo

quando si introduca una nuova fattispecie delittuosa all'interno di uno degli elenchi che già prevedono condizioni di accesso "ostative" rispetto a quelle ordinarie (due facili esempi: l'introduzione dell'art. 416-ter c.p. nell'elenco del comma 1, o l'introduzione dell'art. 583-*quinqüies* nell'elenco dei commi 1-*quater* e 1-*quinqüies*), ovvero quando si introduca una nuova condizione di accesso "ostativa" rispetto a quelle ordinarie con riferimento ad una serie di reati già compresi in un precedente elenco (esempio: introduzione del comma 1-*quinqüies* rispetto ai delitti che erano già elencati nel comma 1-*quater*).

### **7.1. La necessaria distinzione tra permesso premio, lavoro esterno e misure alternative alla detenzione.**

Pur dovendo riconoscersi alla sentenza costituzionale n. 32/2020 il fondamentale ruolo di aver definitivamente abbandonato una delle posizioni interpretative più radicate e sfavorevoli nei confronti dei condannati detenuti, deve però precisarsi, come di fatto già segnalato, che tale ribaltamento di prospettiva non è stato portato alle estreme conseguenze pratiche, posto che, come appena accennato, la motivazione della decisione opera un importante distinguo destinato ad avere una ricaduta pratica di non poco conto.

Si legge, infatti, nella motivazione della sentenza: *«questa Corte ritiene che l'art. 25, secondo comma, Cost. non si opponga a un'applicazione retroattiva delle modifiche derivanti dalla disposizione censurata alla disciplina dei meri benefici penitenziari, e in particolare dei permessi premio e del lavoro all'esterno... per quanto, infatti, non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, non pare a questa Corte che modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi determinino una trasformazione della natura della pena da eseguire, rispetto a quella comminata al momento del fatto e inflitta, sì da chiamare in causa la garanzia costituzionale in parola... il condannato che fruisca di un permesso premio, o che sia ammesso al lavoro all'esterno del carcere, continua in effetti a scontare una pena che resta connotata da una fondamentale dimensione "intramuraria"... egli resta in linea di principio "dentro" il carcere, continuando a soggiacere alla dettagliata disciplina che caratterizza l'istituzione penitenziaria, e che coinvolge pressoché ogni aspetto della vita del detenuto... d'altra parte, proprio perché i condannati ammessi periodicamente a godere di permessi premio e/o a svolgere lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21 ordin. penit. restano detenuti che scontano la pena detentiva loro inflitta dal giudice della cognizione, non può non valere nei loro confronti l'esigenza, già segnalata, di evitare disparità di trattamento, all'interno del medesimo istituto penitenziario, dipendenti soltanto dal tempo del commesso reato: disparità che sarebbero di assai problematica gestione da parte dell'amministrazione*

penitenziaria, e che verrebbero come tali difficilmente accettate dalla generalità dei detenuti. La conclusione opposta si impone, invece, in relazione agli effetti prodotti dalla disposizione censurata sul regime di accesso alle misure alternative alla detenzione disciplinate dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, e in particolare all'affidamento in prova al servizio sociale, alla detenzione domiciliare nelle sue varie forme e alla semilibertà. Si tratta di "misure di natura sostanziale che incidono sulla qualità e quantità della pena [...] e che per ciò stesso modificano il grado di privazione della libertà personale imposto al detenuto" (sentenza n. 349 del 1993), finendo anzi per costituire delle vere e proprie "pene" alternative alla detenzione (ordinanza n. 327 del 1989) disposte dal tribunale di sorveglianza, e caratterizzate non solo da una portata limitativa della libertà personale del condannato assai più contenuta, ma anche da un'accentuata vocazione rieducativa, che si esplica in forme del tutto diverse rispetto a quella che pure connota la pena detentiva. Ciò è stato anche di recente ribadito da questa Corte con riferimento sia all'affidamento in prova al servizio sociale per i condannati adulti, definito quale "strumento di espiazione della pena, alternativo rispetto alla detenzione: uno strumento, certo, meno afflittivo rispetto al carcere, ma egualmente connotato in senso sanzionatorio rispetto al reato commesso, tanto che l'esito positivo dell'affidamento in prova estingue la pena detentiva e ogni altro effetto penale (art. 47, comma 12, ordin. penit.)" (sentenza n. 68 del 2019); sia alla detenzione domiciliare, che costituisce anch'essa "non una misura alternativa alla pena", ma una pena "alternativa alla detenzione", caratterizzata da prescrizioni meramente "limitative della libertà, sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza e con l'intervento del servizio sociale" (sentenza n. 99 del 2019, con richiamo alla già citata ordinanza n. 327 del 1989). Tali considerazioni valgono anche rispetto alla semilibertà, ove l'obbligo di trascorrere una parte della giornata – e quanto meno le ore notturne – all'interno dell'istituto penitenziario (ma, di regola, in sezioni autonome: art. 48, comma 2, ordin. penit.) si accompagna al godimento di spazi di libertà assai significativi, al di fuori della fitta rete di prescrizioni che normalmente corredano la concessione di meri benefici extramurari. La medesima conclusione si impone – in forza del rinvio "mobile" (sentenza n. 39 del 1994) di cui all'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991 – per ciò che concerne la liberazione condizionale: istituto disciplinato dagli artt. 176 e 177 cod. pen., ma funzionalmente analogo alle misure alternative alla detenzione, essendo anch'esso finalizzato a consentire il graduale reinserimento del condannato nella società, attraverso la concessione di uno sconto di pena a chi abbia, durante il percorso penitenziario, "tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento". La subordinazione anche della liberazione condizionale alla collaborazione processuale o alle condizioni equiparate comporta per il condannato per delitti contro la pubblica amministrazione l'evidente rischio di un significativo prolungamento del periodo da trascorrere in carcere, rispetto alle prospettive

*che gli si presentavano sulla base della legge vigente al momento del fatto; con conseguente incompatibilità con l'art. 25, secondo comma, Cost. dell'applicazione retroattiva della preclusione di cui all'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. anche rispetto alla liberazione condizionale...».*

In più sintetici termini: gli aggravamenti di disciplina introdotti all'originario testo dell'art. 4-bis o.p. attraverso leggi successive e resi progressivamente più stringenti nonché estesi ad un numero crescente di fattispecie di reato, integrano un assetto punitivo peggiorativo che impone la garanzia di irretroattività cui alla citata norma costituzionale solo in relazione alle misure alternative alla detenzione in quanto, a seconda dei casi, tale nuovo assetto preclude in modo assoluto, ovvero rende significativamente meno probabile o più lontana nel tempo, la concessione delle misure stesse; diversamente da ciò, i benefici del permesso premio e del lavoro esterno, non soggiacciono alla citata garanzia costituzionale.

Una sola eccezione a tale nuova regola, però, è inserita nel sistema normativo: si tratta della l. 23.12.2002, n. 279, che introdusse nell'elenco dei "delitti ostativi qualificati" gli artt. 600, 601 e 602 c.p., nonché quelli commessi per finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico, prevedendo però con una disposizione transitoria, l'art. 4, comma 1, l'applicazione della novella ai fatti commessi successivamente alla modifica normativa. In questo caso, pertanto, il divieto di retroattività della disposizione peggiorativa è totale, nel senso che riguarda permessi premio e misure alternative alla detenzione, non operando quindi la distinzione che la sentenza costituzionale n. 32/2020 fa tra permessi premio e misure alternative.

## **7.2. Il primo esempio concreto di applicazione della sentenza costituzionale alla materia penitenziaria.**

La sentenza costituzionale n. 32/2020 è stata emessa all'esito di un giudizio che ha preso le mosse da critiche proposte contro la legge c.d. spazzacorrotti, laddove questa ha introdotto nel catalogo del comma 1 dell'art. 4-bis o.p. una serie di delitti contro la pubblica amministrazione, così parificando il trattamento penitenziario dei condannati per queste nuove ipotesi delittuose a quello già tipizzato dalla disposizione per altre tipologie di delitti.

A dimostrazione, però, che la portata dei principi della decisione travalica il perimetro della modifica peggiorativa introdotta dalla citata legge nell'ambito di alcuni reati contro la p.a. per interessare ogni modifica peggiorativa che sia stata innestata nell'art. 4-bis o.p. anche in passato per altre tipologie di delitti, si segnala la prima apertura della Corte di Cassazione in tal senso.

Chiamata ad occuparsi della vicenda di un condannato per reato sessuale commesso nel 2008 che aveva visto rigettarsi l'accesso ad una misura alternativa alla detenzione sul rilievo che la modifica normativa del 2009, quindi successiva al fatto di reato, aveva introdotto il suo titolo di reato

nell'elenco del comma 1-*quater* prevendo come condizione di accesso ai benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione la condizione della "osservazione scientifica della personalità, condotta per almeno un anno all'interno dell'istituto penitenziario", condizione che nel caso concreto non sussisteva, la corte di cassazione così si è espressa: *«la giurisprudenza di legittimità, sin dall'introduzione nell'ordinamento giuridico dell'art. 4-bis o.p., per effetto dell'art. 1, comma 1, d.l. n. 152 del 1991, conv. dalla legge n. 203 del 1991, ha affermato l'applicabilità delle preclusioni e restrizioni da esso recate anche in rapporto alle detenzioni già in essere e quindi ai fatti anteriormente giudicati, o anche solo commessi... [ma] l'indirizzo in parola deve essere tuttavia riveduto, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in ordine all'incidenza del divieto di retroattività, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., sulla disciplina dell'esecuzione della pena. Nella sentenza n. 32 del 2020, infatti, la Corte costituzionale ha offerto, appunto in relazione alla disciplina dell'esecuzione della pena, una aggiornata lettura della portata del divieto di retroattività sancito dal menzionato art. 25, secondo comma, Cost.... questa Corte di legittimità intende aderire alla più pregnante lettura dell'art. 25, secondo comma, Cost., così validamente argomentata e proveniente dall'Organo istituzionalmente deputato all'interpretazione dei precetti costituzionali... lo ius superveniens non può pertanto, nelle parti corrispondenti, operare retroattivamente. Tale notazione si attaglia anche alle interpolazioni disposte, nella trama della disposizione, per effetto dell'art. 3, comma 1, lett. a), dl. n. 11 del 2009, conv. dalla legge n. 38 del 2009, il quale, nel ridisegnare l'intera impalcatura dell'art. 4-bis o.p., ha istituito al suo interno la c.d. terza fascia, contrassegnata dal condizionamento dei benefici penitenziari all'espletamento di un periodo minimo di osservazione all'interno dell'istituto di pena. In tale fascia è stato inserito, tra l'altro, il reato di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis cod. pen. (salvo che risulti applicata, come nel caso di specie non avvenuto, la circostanza attenuante dallo stesso contemplata); reato per il quale, in precedenza, la concessione di misure alternative era solo subordinata alla mancata emersione di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (e, in relazione a ciò, erano previsti adempimenti aggiuntivi aventi mera natura istruttoria). Il reato di violenza sessuale è sicuramente estraneo, nella fattispecie strutturale e nelle normali manifestazioni empiriche, ai contesti criminali del genere suindicato, sicché non può negarsi che la novella legislativa abbia inciso in senso deteriore sulla prospettiva del condannato di essere ammesso, già all'atto del passaggio in giudicato della sentenza di condanna e senza alcun periodo minimo di permanenza necessaria in carcere, sulla base della legge in vigore al momento del fatto, ad espriare la pena al di fuori del circuito carcerario. Tanto basta per riconoscere alla disposizione, di cui al citato art. 3, comma 1, lett. a), dl. n. 11 del 2009, conv. dalla legge n. 38 del 2009, un effetto di trasformazione, in parte qua, della pena inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale,*

*rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto di reato suindicato; con conseguente inapplicabilità della disposizione stessa, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo...» (Cass. Pen., Sez. I, n. 12845/2020).*

La chiarezza dell'argomentazione, circa la necessaria applicazione generalizzata della portata della sentenza n. 32/2020, con le dirette conseguenze a trarsi per ogni singolo caso, esime da ulteriori puntualizzazioni.

### **7.3. Schema sintetico degli effetti della sentenza n. 32/2020.**

E' possibile a questo punto delineare un primo schema di sintesi sui rapporti tra *tempus commissi delicti* e norma penitenziaria da applicare, specificando sin da subito che le direttrici di tale sinossi dovranno poi essere integrate con quelle rivenienti dalla sentenza costituzionale di cui si è già detto.

E dunque.

Per i "condannati ostativi qualificati" per delitti di mafia, finalità o contesto mafioso, finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, nonché per quelli previsti dagli artt. 630 c.p. e 74 d.p.r. n. 309/90 (cioè tutti quelli previsti nella originaria formulazione del 1992 dell'art. 4-*bis* o.p.), occorre distinguere:

- se si tratta di delitti commessi, appunto, prima del 08.06.1992 l'accesso alle misure alternative alla detenzione non sarà più subordinato all'applicazione del comma 1 o, in alternativa, del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p. e quindi alla verifica di una collaborazione effettivamente prestata o della sussistenza di una situazione c.d. equipollente di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione;
- sempre se commessi prima del 08.06.1992, l'accesso ai permessi premio resta invece sempre subordinato all'applicazione del comma 1 o, in alternativa, dal comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p. e quindi alla verifica di collaborazione effettivamente prestata o di collaborazione impossibile o inesigibile; il tutto però, come detto, salva l'applicazione alla specifica materia dei permessi premio di quanto stabilito dalla sentenza costituzionale n. 253 del 2019 e di cui si è già detto.

Ed ancora, sempre per i "condannati ostativi qualificati", analoghe direttive temporali con il necessario distinguo tra permessi premio e lavoro esterno da un lato e tutte le misure alternative alla detenzione dall'altro, si applicheranno ai condannati per reati diversi da quelli sopra indicati, ma che abbiano visto introdurre nell'elenco del comma il titolo delittuoso per il quale sono stati condannati e sono in espiazione di pena, o una condizione di accesso peggiorativa, in un momento successivo a quello del commesso reato; e quindi:

- per i condannati per il delitto *ex art. 291-quater*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (t.u. doganale), il termine temporale di discriminazione è il 19.03.2001, essendo stato introdotto nel catalogo con legge n. 92 del 2001 (v. *supra*, quarta modifica);
  - per i condannati per i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. il termine temporale di discriminazione è il 23.12.2002, essendo stati introdotti nel catalogo con legge n. 279 del 2002 (v. *supra*, sesta modifica; si faccia attenzione, come già segnalato: in questo caso il divieto di applicazione retroattiva è espressamente stabilito con una disposizione transitoria, v. *supra* par. 7.1);
  - per i condannati per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, comma 1 e 2 e 609-*octies*, c.p. il termine temporale di discriminazione è il 23.04.2009, essendo stati introdotti nel catalogo con legge n. 38 del 2009 di conversione del d.l. n. 11 del 2009 (v. *supra*, ottava modifica; gli stessi delitti erano peraltro già stati introdotti nell’elenco di quelli “ostativi generici” con legge n. 38 del 2006, v. *supra*, settima modifica);
  - per i condannati per il delitto di cui all’art. 12, commi 1 e 3, d.lgs. 25.07.1998, n. 286 (t.u. immigrazione), il termine temporale di discriminazione è il 18.02.2015, essendo stati introdotti nel catalogo con d.l. n. 7 del 2015, poi convertito in legge n. 43 del 2015 (v. *supra*, dodicesima modifica);
  - per i condannati per il delitto *ex art. 416-ter* c.p., il termine temporale di discriminazione è il 23.02.2015, essendo stato introdotto nel catalogo con legge n. 19 del 2015 (v. *supra*, tredicesima modifica);
  - per i condannati per i delitti di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, 320, 321, 322, 322-*bis*, c.p., il termine temporale di discriminazione è il 09.01.2019, essendo stati introdotti nel catalogo con legge n. 3 del 2019 (v. *supra*, quattordicesima modifica).
- Infine, identiche declinazioni operative, e sempre con il necessario distinguo tra permessi premio e lavoro esterno da un lato, e tutte le misure alternative alla detenzione dall’altro, si applicheranno a tutti i “condannati ostativi generici”, quindi per tutti i reati diversi da quelli inclusi nel catalogo del comma 1, che abbiano visto introdurre nell’elenco dei commi 1-*ter*, 1-*quater* e 1-*quinqies* il titolo delittuoso per il quale sono stati condannati e sono in espiazione di pena, o una condizione di accesso peggiorativa, in momento successivo a quello del commesso reato; e quindi:
- per i condannati per il delitto previsti dagli artt. 575 c.p., 628, comma 3, 629, comma 2, c.p. e 73, aggravato *ex art. 80*, comma 2, d.p.r. n. 309/90 (t.u. stupefacenti), il termine temporale di discriminazione è il 13.05.1991, essendo stati introdotti nel catalogo con d.l. n. 152 del 1991 poi convertito in l. 203/1991; (v. *supra*, normativa introduttiva e prima modifica);
  - per i condannati per il delitto *ex art. 416* c.p. realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del

- medesimo codice, o allo scopo di commettere e delitti previsti dagli artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., il termine temporale di discriminazione è il 24.11.2000, essendo stati introdotti nel catalogo con d.l. n. 341 del 2000, poi convertito in l. n. 4 del 2001 (v. *supra*, terza modifica);
- per i condannati per il delitto ex art. 291-*ter*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43 (t.u. doganale), il termine temporale di discriminazione è il 19.03.2001, essendo stato introdotto nel catalogo con l. n. 92 del 2001 (v. *supra*, quarta modifica);
  - per i condannati per il delitto ex art. 416 c.p. realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dall'art. 12, commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, d.lgs. 25.07.1998 (t.u. immigrazione), il termine temporale di discriminazione è il 26.08.2002, essendo stati introdotti nel catalogo con l. n. 189 del 2002 (v. *supra*, quinta modifica);
  - per i condannati per i delitti previsti dagli artt. 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quinqüies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* e 609-*ter*, c.p., il termine temporale di discriminazione è il 06.02.2006, essendo stati introdotti nel catalogo con l. n. 38 del 2006 (v. *supra*, settima modifica; giova ricordare che con l'ottava modifica del 2009, i delitti ex artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, e 609-*octies*, c.p. sono confluiti nel catalogo degli ostativi qualificati);
  - per i condannati per il delitto ex art. 416, commi 1 e 3, c.p. realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 c.p., il termine temporale di discriminazione è il 23.07.2009, essendo stato introdotto nel catalogo con legge n. 99 del 2009 (v. *supra*, decima modifica);
  - per i condannati per i delitti di cui agli artt. 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinqüies*, 609-*quinqüies*, e 609-*undecies*, rileva poi la data del 01.10.2012, per il loro inserimento anche nel catalogo del comma 1-*quater* disposto con legge n. 172 del 2012 (v. *supra*, undicesima modifica);
  - per i condannati per il delitto ex art. 583-*quinqüies* c.p., il termine temporale di discriminazione è il 19.07.2019, essendo stato introdotto nel catalogo dei commi 1-*quater* e 1-*quinqüies* con legge n. 69 del 2019 (v. *supra*, quindicesima modifica).

**8. La seconda valutazione: il rapporto tra delitto definitivamente ascritto, *tempus commissi delicti* e tipologia di beneficio o misura alternativa richiesta, ai fini della prima individuazione del catalogo delle "condizioni ostative" applicabili.**

E dunque: una volta operata la prima valutazione degli accoppiamenti "condannato ostativo-condizioni ostative" (*supra* par. 5), evidenziando per ciascuna delle due categorie soggettive sopra individuate – "qualificato" o "generico" – quali siano in linea di massima i presupposti rilevanti, ed in uno con le osservazioni da ultimo sintetizzate (par. 7.3), la seconda valutazione da

effettuare per continuare il percorso nel labirinto si snoda necessariamente nell'esatta individuazione del *tempus commissi delicti* in rapporto sia alla modifica normativa che ha portato alla introduzione in un catalogo, piuttosto che in un altro, dell'art. 4-*bis* o.p. del titolo delittuoso per il quale si è riportata condanna, sia in rapporto alla tipologia di beneficio o misura alternativa che si intende richiedere.

Alcuni esempi, in una sorta di progressione di difficoltà, consentono forse di meglio apprezzare la già delineata natura labirintica dell'art. 4-*bis* o.p.:

- condannato per il delitto *ex art. 583-quinquies* c.p.; trattasi di ipotesi delittuosa ricompresa nell'elenco dei "delitti ostativi generici" di cui ai commi 1-*quater* e 1-*quinquies*; l'inclusione nei due cataloghi si deve alla l. n. 69/2019 del 19.07.2019; se il delitto è stato commesso dopo tale data si opererà una piena applicazione della "condizioni ostative" previste sia alle richieste di misure alternative, così come di permessi premio; se invece commesso antecedentemente, l'applicazione delle condizioni di accesso varrà per i permessi premio ma non per le misure alterative alla detenzione;
- condannato per il delitto *ex art. 416-ter* c.p.; trattasi di ipotesi delittuosa ricompresa nell'elenco dei "delitti ostativi qualificati" di cui al comma 1; il titolo delittuoso è stato introdotto nell'elenco con modifica normativa fatta con l. n. 19/2015 del 23.02.2015; se, in concreto il delitto è stato commesso dopo tale data *nulla quaestio*, si applicherà quindi in pieno la disciplina del comma 1 e del comma 1-*bis* alle richieste di misure alternative alla detenzione ed ai permessi premio, sebbene solo per questi ultimi ci si potrebbe avvalere della portata "aggiuntiva" della sentenza costituzionale n. 253/2019; se invece il delitto fosse stato commesso nel 2013, i commi 1 e 1-*bis* troveranno applicazione, nella loro portata "ostativa" solo in relazione alle richieste di permesso premio (sentenza costituzionale n. 253/2019), ma non per quelle relative alle misure alternative alla detenzione (sentenza costituzionale n. 32/2020);
- condannato per il delitto *ex art. 600-bis*, comma 1, c.p.; trattasi di ipotesi delittuosa ricompresa nell'elenco dei "delitti ostativi qualificati" di cui al comma 1 ed al tempo stesso anche nei commi 1-*quater* e 1-*quinquies*; il titolo delittuoso, però, è stato introdotto nell'elenco del comma 1 nel 2009 (l. n. 38/2009) e in quello dei commi 1-*quater* e 1-*quinquies* nel 2012 (l. n. 172/2012); se, in concreto, il delitto è stato commesso dopo tale ultima data *nulla quaestio*, si applicherà quindi in pieno la disciplina del comma 1, 1-*bis* e 1-*quater* e 1-*quinquies* alle richieste di misure alternative alla detenzione ed ai permessi premio, sebbene solo per questi ultimi ci si potrebbe avvalere della portata "aggiuntiva" della sentenza costituzionale n. 253/2019; se, invece, il delitto è stato commesso dopo il 2009 ma prima del 2012, si applicherà in pieno la disciplina del comma 1 e 1-*bis*, ma non quella dei commi 1-*quater* e 1-

*quinqües* alle richieste di misure alternative alla detenzione; rimane invece in pieno applicabile la disciplina dei commi 1, 1-*bis* e 1-*quater* e 1-*quinqües* alla materia permessi premio, sebbene solo per questi ultimi in uno con la portata "aggiuntiva" della sentenza costituzionale n. 253/2019; se, invece, il delitto fosse stato commesso nel 2008, dunque prima dell'introduzione del titolo delittuoso nel catalogo del comma 1, le richieste di misure alternative alla detenzione (in applicazione piena della sentenza costituzionale n. 32/2020) non potranno soggiacere ai commi 1, 1-*bis* e 1-*quater* e 1-*quinqües*, ma anche in questo caso permane invece la piena applicabilità di tutti i commi per le richieste di permesso premio, sebbene sempre nel quadro della decisione costituzionale n. 253/2019.

Fatto questo ulteriore inquadramento, può procedersi oltre.

### **9. La terza valutazione: gli effetti congiunti delle due sentenze costituzionali, i percorsi obbligati e le possibili strategie del "condannato ostativo qualificato".**

A questo punto dell'analisi, nel tirare le fila dei principali effetti prodotti dalle decisioni costituzionali rispetto alla portata complessiva dell'art. 4-*bis* o.p., occorre una puntualizzazione in relazione ad un aspetto singolare, già emerso dall'analisi sin qui condotta.

La sentenza costituzionale n. 32/2020, i cui destinatari sono tutti i condannati ostativi sia "qualificati" che "generici", nel limitare in via di principio l'applicazione retroattiva delle modifiche peggiorative apportate nel tempo all'art. 4-*bis* o.p. ma con i correttivi dalla stessa indicati, di fatto introduce effetti certamente positivi in relazione alla ammissione di tutte le misure alternative alla detenzione, ma non quanto al permesso premio ed al lavoro esterno per i quali rimane operativa l'applicazione anche retroattiva delle disposizioni peggiorative secondo la regola *tempus regit actum*. Al contrario, gli effetti favorevoli della sentenza costituzionale n. 253/2019, che soggettivamente si indirizza solo ai "condannati ostativi qualificati", si riverberano direttamente proprio sulla materia dei permessi premio ma non delle misure alternative alla detenzione.

Vi è quindi, per i "detenuti ostativi qualificati" una parziale sovrapposizione di effetti destinata ad ovvie ricadute pratiche e di non poco conto, che può rappresentarsi mediante degli esempi concreti tratti dalla casistica giudiziaria:

- il "non collaborante" condannato all'ergastolo o come spesso capita ad una pena di lunga durata, per un reato di mafia commesso prima del 1992, potrà non vedersi applicata *in toto* la portata massimamente ostativa dell'art. 4-*bis* o.p. evitando di intraprendere, se lo vuole, un giudizio di impossibilità o inesigibilità-irrelevanza di utile collaborazione con la giustizia al fine di accedere ai permessi premio avvalendosi della

sentenza costituzionale n. 253/2019 e quindi dimostrando l'insussistenza di collegamenti criminosi attuali e futuri; e poi di seguito, ai fini della successiva ammissione alle misure alternative, potrà continuare ad evitare quel difficile giudizio previsto dal comma 1-*bis* avvalendosi della sentenza costituzionale n. 32/2020 giustamente sostenendo che il reato commesso è antecedente al 1992;

- il condannato all'ergastolo per un reato di mafia commesso dopo il 1992, potrà invece sì evitare di intraprendere un giudizio di impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia al fine di accedere ai permessi premio avvalendosi della sentenza n. 253/2019 e quindi dimostrando anche lui l'insussistenza di collegamenti criminosi attuali e futuri, ma ottenuto questo risultato dovrà comunque affrontare, ad oggi, il predetto giudizio qualora intenda accedere ad una misura alternativa alla detenzione.

Va da sé, sul piano delle scelte difensive, che chi si trova nelle condizioni temporali tali da non dover affrontare necessariamente un giudizio di inesigibilità o impossibilità di utile collaborazione con la giustizia potendo avvalersi dell'effetto congiunto delle due decisioni costituzionali – in altri termini ha commesso un reato ostativo prima del 1992 – potrà intraprendere una strada che gli imponga di concentrare attenzione solo sul tema dei collegamenti con la criminalità organizzata nelle due declinazioni di insussistenza attuale dei pregressi e insussistenza del pericolo di ripristino di futuri.

Diversamente, chi si trova in condizioni di dover affrontare un giudizio di inesigibilità o impossibilità di utile collaborazione con la giustizia ai fini dell'accesso alle misure alternative alla detenzione, ma non per il permesso premio – quindi l'ipotesi del reato commesso dopo il 1992 – potrà comunque, pur non essendovi obbligato, chiedere l'attivazione del giudizio di accertamento sin da momento della richiesta di siffatto beneficio premiale secondo quanto sopra delineato, per ulteriormente avvantaggiarsi degli effetti auspicabilmente positivi del giudizio di accertamento destinati a riverberarsi nelle successive richieste di ammissione alle misure alternative.

Rispetto a ciò si è già rappresentato in precedenza (*supra*, par. 6.4) l'auspicio che tale asimmetria possa essere eliminata in un futuro, che si spera prossimo, mediante una estensione degli effetti della sentenza n. 253/2019 anche a tutte le misure alternative alla detenzione.

#### **10. Una possibile complicazione: la condanna per più titoli delittuosi di differente "natura ostativa", posti in essere in tempi diversi.**

I rilievi sin qui sintetizzati muovono da un implicito presupposto generale ed astratto, al pari della portata delle disposizioni richiamate, e cioè la commissione da parte del condannato di un singolo delitto in un momento esattamente individuato.

L'esperienza giudiziaria evidenzia però, a volte, delle variabili operative delle quali qui si accenna solo della loro possibile verificabilità, rappresentate dalla commissione non soltanto di titoli delittuosi di diversa rilevanza e tali quindi da consentire l'inquadramento contestuale dell'interessato sia nella categoria del condannato ostativo "qualificato" sia in quello "generico" (esempio: condanna per il delitto ex art. 575 c.p. di omicidio comune senza aggravante mafiosa, e per il delitto ex art. 74 d.p.r. n. 309/90), oppure della commissione di delitti di medesima natura ostativa in tempi diversi (esempio: condanna per omicidio di natura mafiosa commesso nel 1990, quindi *ante* 1992, con contestuale condanna per il delitto ex art. 416-*bis* c.p. con condotta permanente fino al 1994).

## 11. Conclusioni.

Per quanto l'analisi sin qui condotta consenta già di trarre le dovute conclusioni, vale la pena delineare una sintesi per singole posizioni soggettive, tirando le fila delle direttive fino ad ora delineate e cercare così di tracciare il percorso che ogni "condannato ostativo" deve seguire all'interno della trama dell'art. 4-*bis* o.p. segnalando gli ostacoli che dovrà superare.

### 11.1. La posizione dei "condannati ostativi qualificati non collaboranti".

Per la posizione del "condannato ostativo qualificato non collaborante", può quindi proporsi la seguente guida sintetica:

- per le richieste di permesso premio (o meglio, per il primo permesso premio) il condannato può alternativamente scegliere di affrontare o l'ostacolo del giudizio di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia (comma 1-*bis*), oppure quello della dimostrazione della insussistenza di collegamenti passati e del rischio di quelli futuri con la criminalità organizzata (sentenza costituzionale n. 253/2019); o l'uno o l'altro, si può evitare uno ma non entrambi gli ostacoli perché per il permesso premio, ma anche per il lavoro esterno, non vale in maniera discriminante il fattore *tempus commissi delicti* e quindi l'operatività della sentenza costituzionale n. 32/2020; come dire: in qualunque tempo sia stato commesso il "delitto ostativo qualificato", il suo responsabile "non collaborante" che aspiri alla concessione di un permesso premio non potrà mai sottrarsi alla verifica di almeno una delle due condizioni, salvo l'unica eccezione rappresenta dal condannato per i delitti previsti dagli artt. 600, 601 e 602 c.p., nonché di quelli commessi "per finalità di terrorismo o eversione dell'ordine democratico" commessi antecedentemente al 23.12.2002, essendo solo per questi esistente una disposizione transitoria (art. 4, comma 1, l. 23.12.2002, n. 279) che ha limitato gli effetti della introduzione di tali delitti nell'elenco del comma 1 ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della riforma

- senza distinzione tipologica di benefici;
- per le richieste di misure alternative alla detenzione vale, invece, in via di principio, proprio il *tempus commissi delicti* secondo la rilevanza dettata dalla sentenza costituzionale n. 32/2020, nel senso che la prima valutazione da effettuarsi è il rapporto tra momento commissivo del fatto ed momento della inclusione del delitto nell'elenco del comma 1 o il momento della inclusione nel sistema di una condizione ostativa in precedenza non prevista; se il primo (fatto) è antecedente al secondo momento (modifica normativa), non potrà farsi applicazione del nuovo assetto peggiorativo e quindi il percorso del condannato verso l'accesso alle misure alternative non sarà ostacolato dalla necessità di affrontare un giudizio di impossibilità o inesigibilità-irrilevanza di utile collaborazione (1-*bis*) o di altre condizioni ostative introdotte nel sistema successivamente; nel caso contrario di delitto commesso dopo la modifica normativa, sarà invece ineludibile affrontare detto giudizio, in quanto non surrogabile con quello della dimostrazione della insussistenza di collegamenti passati e del rischio di quelli futuri con la criminalità organizzata, in ragione della non applicabilità alle misure alternative della sentenza costituzionale n. 253/2019.

Vale solo la pena ricordare, essendo già emersa in corso di analisi, la particolare posizione di alcuni "condannati ostativi qualificati" che oltre a soggiacere alle regole generali di individuazione delle "condizioni ostative" previste dai commi 1 e 1-*bis* nei termini sopra delineati, vedranno applicarsi anche le particolari condizioni previste dai commi 1-*quater* e 1-*quinqies* della stessa disposizione, quindi un cumulo di condizioni; si tratta, in particolare, dei condannati per i seguenti delitti che, appunto, sono contemporaneamente ricompresi in più elencazioni:

- art. 600-*bis*, comma 1, c.p. (comma 1 + commi 1-*quater* e 1-*quinqies*, o.p.);
- art. 600-*ter*, comma 1 e 2, c.p. (comma 1 + commi 1-*quater* e 1-*quinqies*);
- art. 609-*octies* c.p. (comma 1 + comma 1-*quater* ed eventualmente anche 1-*quinqies* ma quest'ultimo solo nell'ipotesi di reato commesso in danno di minori).

Pertanto, essendo per queste tre particolari tipologie di delitti prevista in via di principio, a carico del "non collaborante", l'ostacolo della verifica delle condizioni di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione, quest'ultima oggi surrogabile con l'alternativa della dimostrazione di inesistenza di collegamenti criminosi passati e futuri solo per i permessi premio, qualunque sia la sua scelta per il superamento del primo ostacolo non potrà poi comunque sottrarsi alle ulteriori "condizioni ostative" dell'osservazione scientifica della personalità (1-*quater*) e dell'eventuale partecipazione di speciali programmi di riabilitazione (1-*quinqies*); per i casi, invece, di

richiesta di ammissione a misure alternative alla detenzione occorrerà anche qui verificare se sussista in concreto la particolare condizione dirimente del *tempus commissi delicti*, cioè a dire del reato commesso prima della inclusione del delitto negli elenchi ostativi dei commi 1-*quater* e 1-*quinqües*, o della inclusione della condizione ostativa.

### **11.2. La posizione dei “condannati ostativi generici”.**

Il labirinto dei “condannati ostativi generici”, cioè i responsabili per uno dei reati elencati nei commi 1-*ter*, 1-*quater* e 1-*quinqües* presenta meno incroci e variabili rispetto a quello del “qualificato”, ma non per questo è meno complesso.

Come visto, infatti, la portata additiva della sentenza costituzionale n. 253/2019 non si applica a questa categoria di detenuti riferendosi solo ai responsabili per uno dei delitti dell’elenco del comma 1, il che esclude in radice questioni in merito alla preclusività delle complesse “condizioni ostative” tra di loro oggi alternative previste da quest’ultimo comma nella loro formale impostazione normativa e nella nuova dimensione operativa offerta dalla citata decisione costituzionale. Quanto, invece, alla portata della sentenza costituzionale n. 32/2020 la sua applicazione è, come detto, generalizzata a tutti i condannati e non possono pertanto escludersi questioni di potenziale applicazione retroattiva di modifiche peggiorative a soggetti resisi responsabili per delitti commessi precedentemente alla riforma (una sorta di trasformazione da “condannato comune” a “condannato ostativo generico”; valga per tutti il rinvio all’esempio analizzato al par. 7.2 o a quello del delitto *ex art. 583-quinqües* c.p. introdotto nel 2019).

Anche qui, dunque, operata in premessa la valutazione dei rapporti tra *tempus commissi delicti* e normativa applicabile in rapporto all’oggetto della domanda, può quindi proporsi la seguente guida sintetica:

- per le richieste di permesso premio (o meglio, per il primo permesso premio) occorrerà sempre in via generale, ai sensi del comma 1-*ter* e per i delitti in questo elencati, la condizione della mancanza di «*elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva*»; trattasi di formula che muove dal presupposto della mancanza di collegamenti criminosi la cui sola prova positiva della sussistenza può impedire quindi l’accesso al beneficio richiesto (di fatto è l’impostazione opposta a quella prevista per i “condannati ostativi qualificati”, per i quali invece si presume la sussistenza di collegamenti e se ne deve quindi dimostrare l’insussistenza); come più volte detto la sentenza costituzionale n. 32/2020 opera una precisa distinzione tra tipologia di benefici richiesti e quindi in qualunque tempo sia stato commesso il “delitto ostativo generico” ricompreso nel comma 1-*ter*, il suo responsabile che aspiri alla concessione di un permesso premio non potrà mai sottrarsi alla verifica

della citata condizione;

- per le richieste di misure alternative alla detenzione vale, invece, in via di principio, proprio il discrimine del *tempus commissi delicti* secondo la rilevanza dettata dalla sentenza costituzionale n. 32/2020, nel senso che la prima valutazione da effettuarsi è il rapporto tra momento commissivo del fatto ed momento della inclusione del delitto nell'elenco del comma 1-ter (od anche 1-*quater* e 1-*quinqües*) o il momento della inclusione nel sistema di una condizione ostativa in precedenza non prevista; se il primo (fatto) è antecedente al secondo momento (modifica normativa), non potrà farsi applicazione del nuovo assetto peggiorativo e quindi il percorso del condannato verso l'accesso alle misure alternative non sarà ostacolato dalla nuova previsione; in caso contrario, fatto commesso dopo la modifica normativa, sarà invece ineludibile la valutazione della nuova condizione peggiorativa;
- in particolare, poi, per i responsabili dei delitti ricompresi sia nel comma 1-ter e nel comma 1-*quater*, è richiesta in aggiunta alla prima anche la osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente almeno per un anno in istituto penitenziario (se trattasi di delitti commessi prima del 23.02.2009 data di introduzione nel sistema di tale condizione);
- ed inoltre, per i responsabili dei delitti indicati sia nel comma 1-ter e nel comma 1-*quinqües* è ulteriormente prevista, in aggiunta alle precedenti, la partecipazione a specifici programmi di riabilitazione (anche qui sempre se trattasi di delitti commessi prima del 01.10.2012, data di introduzione nel sistema della condizione).

Devono infine segnalarsi alcune particolarità non di poco conto, dal momento che alcuni "delitti ostativi generici" sono ricompresi solo nelle elencazioni dei commi 1-*quater* e 1-*quinqües*, ma non in quella del comma 1-ter o almeno lo sono in parte; più precisamente:

- i delitti previsti dagli artt. 583-*quinqües*, 609-*bis*, ma solo se commesso in danno di minore, 609-*quater*, 609-*quinqües*, 609-*undecies*, c.p. sono ricompresi nei commi 1-*quater* e 1-*quinqües*, ma non nel comma 1-ter, motivo per cui per il condannato per uno di questi delitti non si porrà pertanto un problema di valutazione di collegamenti con la criminalità organizzata (comma 1-ter) per nessuna tipologia di beneficio o misura richiesta;
- i delitti previsti dagli artt. 600-*quater*, 609-*bis* e 609-ter c.p. sono ricompresi solo nel comma 1-*quater* e non negli altri; per il condannato per questi delitti non si porrà pertanto un problema di valutazione di collegamenti con la criminalità organizzata (comma 1-ter) e neanche di partecipazione a programmi di riabilitazione (comma 1-*quinqües*) per nessuna tipologia di beneficio o misura richiesta;
- ed infine, i delitti previsti dagli artt. 600-*bis* e 600-ter c.p. si ritrovano

entrambi richiamati *in toto* nelle elencazioni dei commi 1-*quater* e 1-*quinquies*, mentre il comma 1-*ter* opera una selezione elencando solo le ipotesi *ex artt.* 600-*bis*, secondo e terzo comma, e 600-*ter*, terzo comma, c.p.; giova ricordare infatti che le singole fattispecie delittuose di cui al primo comma dell'art. 600-*bis* e al primo e secondo comma dell'art. 600-*ter* c.p. sono addirittura nell'elenco del comma 1 in quanto "delitti ostativi specifici".

### 11.3. La posizione dei "condannati ostativi qualificati collaboranti".

Resta infine da dire della posizione dei "condannati ostativi qualificati collaboranti" che, come accennato in premessa, è di fatto una figura che soggiace a regole proprie.

Giova anzitutto ricordare che l'espressione "persona che collabora con la giustizia" si declina in due distinte figure:

- quella da sempre delineata dagli artt. 4-*bis* e 58-*ter* o.p., cioè la figura di «*coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati*»; a questa si aggiunge oggi, quasi sovrapponendosi, quella prevista dall'art. 323-*bis*, comma 2, c.p., che in relazione ai fatti previsti dagli artt. 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis*, c.p. definisce la collaborazione rilevante per «*chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite*»;
- a queste figure previste dall'art. 4-*bis* o.p. si affianca quella di "collaboratore" inteso in senso ancor più stretto, o, per dirla con un'espressione ormai di uso comune, di "pentito", figura soggettiva delineata ai sensi del d.l. 15.01.1991, n. 8, convertito dalla l. 15.03.1991, n. 82, cui hanno fatto seguito ulteriori modificazioni, ultime quelle introdotte con la legge 13.02.2001, n. 45; a differenza di quella tratteggiata in precedenza, questa forma di collaborazione, e di collaboratore, si caratterizza per la sua maggior ampiezza ed incisività anche perché può investire fatti e responsabilità soggettive che possono andare finanche oltre il perimetro degli episodi delittuosi addebitati al collaborante, interessando ogni sua possibile conoscenza; e proprio per demarcare le differenze degli effetti penitenziari di ciò, l'ultimo periodo dell'art. 4-*bis*, comma 1, o. p. stabilisce che, rispetto alla sua ordinaria portata ordinamentale, «*sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16-*nonies* e 17-*bis* del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8 convertito con modificazioni dalla legge 15 marzo 1991, n. 82*», e l'art. 16-*nonies*

disciplina, appunto, la concessione dei benefici penitenziari ai “pentiti” che dunque sono regolati da una normativa *ad hoc*.

Per quanto figure ontologicamente diverse, un tratto però le accomuna: l’accesso ai benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione si instrada su un percorso giustamente privilegiato e di fatto non devono percorrere *oborto collo* le labirintiche strade dell’art. 4-*bis* o.p.: in un caso perché la collaborazione realizza, appunto l’unica condizione richiesta alla quale l’interessato si sottopone volontariamente, nell’altro caso perché è lo stesso art. 4-*bis*, comma 1, ultimo periodo, ad escludere la sua applicabilità indirizzando le valutazioni verso un sistema normativo appositamente delineato.

## **12. Prospettive future.**

L’assetto dell’art. 4-*bis* o.p., malgrado gli interventi normativi e quelli della Corte Costituzionale, non sembra ancora destinato ad assumere stabilità. La disposizione, che al pari di tutte quelle ordinamentali di diritto penitenziario dovrebbe necessariamente essere anch’essa improntata al perseguimento del fine ultimo previsto dall’art. 27 Cost., è tuttavia da sempre il crocevia di istanze di opposta natura di politica criminale prevalentemente di natura repressiva. Ad oggi, giugno 2020, alcune forze politiche paventano, in particolare, iniziative legislative di ulteriore riforma dichiaratamente proposte in senso restrittivo al fine di correggere l’apertura operata dalla sentenza costituzionale n. 253/2019, ma al tempo stesso, in direzione ostinata e contraria, non può escludersi la fondatezza di ulteriori questioni di legittimità costituzionale, peraltro già sollevate come visto, addirittura tendenti ad ampliare proprio la portata di quest’ultima decisione anche alle misure alternative alla detenzione eliminando così alcune delle aporie operative sopra indicate.

Il labirinto dell’art. 4-*bis* o.p. sembra pertanto destinato ad arricchirsi di nuovi percorsi e variabili che occorrerà essere sempre pronti a recepire ed affrontare.