



Centro di Diritto Penale Europeo
di Catania

NUOVA SERIE

Collana diretta da Giovanni GRASSO - Anna Maria MAUGERI - Rosaria SICURELLA

DALL'EUROPA DEL POPULISMO PENALE ALL'EUROPA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

**LA RISCOPERTA DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA
COME ESSENZA RIFORMATRICE
DEL SISTEMA SANZIONATORIO**

a cura di
ANNA MARIA MAUGERI

Dall'Europa del populismo penale all'Europa dei diritti fondamentali : la riscoperta della funzione rieducativa come
essenza riformatrice del sistema sanzionatorio / a cura di Anna Maria Maugeri. - Pisa : Pisa university press, 2025. –
(Centro di Diritto penale europeo di Catania. Nuova serie)

345.4 (23)

I. Maugeri, Anna Maria 1. Pene - Rieducazione 2. Diritto penale comunitario

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



UPI
UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

Comitato scientifico:

Gerhard Dannecker, Henri Labayle, Francesco Palazzo, John Vervaele, Luis Arroyo Zapatero.

Comitato editoriale:

Valeria Scalia, Grazia Maria Vagliasindi, Vincenzo Tigano, Annalisa Lucifora, Amalia Orsina.

Revisori:

Roberto Bartoli, Luigi Foffani, Valsamis Mitsilegas, Adán Nieto Martín, Vincenzo Mongillo, Giuseppina Panebianco, Raphaelae Parizot. Nel futuro si potranno aggiungere altri revisori.

© Copyright 2025

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 - 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel.+39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

La presente opera è stata realizzata nell'ambito del progetto di ricerca EURIPEN nonché è stata finanziata con il relativo fondo "Programma ricerca di ateneo UNICT 2020-22 linea 2".

ISBN 979-12-5608-191-2

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons: Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0) Legal Code: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.it>



L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. L'opera è disponibile in modalità Open Access a questo link: www.pisauniversitypress.it

INDICE

| | |
|---|-----|
| La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti Europee <i>Anna Maria Maugeri</i> | I |
| La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla funzione della pena: la rieducazione <i>Raffaele Sabato</i> | 35 |
| La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE sulla funzione della pena <i>Giovanni Petroni</i> | 43 |
| Dalla polifunzionalità alla proporzionalità. La Corte costituzionale e gli scopi della pena <i>Davide Galliani</i> | 51 |
| La funzione rieducativa e il carcere: un ossimoro sostenibile? <i>Fabio Gianfilippi</i> | 73 |
| Regime detentivo del 41-bis e rieducazione del condannato: un'apparente contraddizione da sciogliere alla luce del principio di proporzionalità <i>Angela Della Bella</i> | 79 |
| Perduranti dismisure e caparbie resistenze. Le presunzioni di pericolosità come ostacolo ai percorsi di rieducazione <i>Stefania Carnevale</i> | 91 |
| Il trattamento e l'affettività come strumenti di rieducazione <i>Roberto Bezzi</i> | 117 |
| Liberarsi dal passato <i>Michele Passione</i> | 123 |
| Lavorare in una organizzazione complessa per costruire una "governance" di comunità: alcune riflessioni <i>Carla Ciavarella</i> | 137 |
| Verso una nuova dinamica relazionale fra amministrazione penitenziaria e giurisdizione di sorveglianza? <i>Marcello Bortolato</i> | 143 |

| | |
|---|-----|
| Giurisdizione di sorveglianza e amministrazione penitenziaria: un sistema a geometrie variabili <i>Angelo Zappulla</i> | 147 |
| Il ruolo del direttore dell'istituto quale propulsore della rieducazione <i>Elisabetta Zito</i> | 155 |
| Rieducazione e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio penale dopo il d.lgs. n. 150/2022 <i>Luciano Eusebi</i> | 167 |
| Le "pene" sostitutive e le misure alternative dopo la riforma Cartabia <i>Lucia Castellano</i> | 195 |
| Il giudizio prognostico del giudice di sorveglianza per la concessione delle misure alternative alla detenzione ordinaria e la funzione rieducativa della pena <i>Gianluca Creazzo</i> | 201 |
| Rieducazione e Riparazione <i>Giovanni Fiandaca</i> | 207 |
| Social reintegration as an aim of the prison sentence in Spain <i>Carmen Juanatey Dorado</i> | 227 |
| The rule of rehabilitation in criminal justice and the federal constitutional court as its institutional epitome <i>Erol Poblreich</i> | 235 |

PERDURANTI DISMISURE E CAPARBIE RESISTENZE. LE PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ COME OSTACOLO AI PERCORSI DI RIEDUCAZIONE

Stefania Carnevale

SOMMARIO: 1. Le preclusioni penitenziarie e lo stentato affermarsi del principio rieducativo. – 2. Il rapporto anomalo con la fase di cognizione come perno del sistema dei reati ostativi. – 3. Gli spiragli aperti dalla riforma del 2022 e i confini sfocati dei nuovi presupposti per l'accesso a misure esterne. – 4. Gli indici normativi di rottura dei legami con il passato criminale e i rigidi recinti del vaglio giudiziale. – 5. Gli elementi su cui fondare la decisione: eccessi e distonie di una procedura rafforzata. 6. La pronuncia del giudice e le ingerenze della legge: i segnali di un rapporto ancora sbilanciato.

I. Le preclusioni penitenziarie e lo stentato affermarsi del principio rieducativo

È da ormai più di trent'anni che i percorsi rieducativi di un grande, e sempre crescente, numero di condannati sono impediti, ostacolati o intralciati da norme preclusive: la legge di ordinamento penitenziario è cosparsa di disposizioni che vietano la progressiva risocializzazione, la ritardano o la rendono molto difficoltosa¹⁷⁴. Simili previsioni trovano copertura giustificativa in una serie di presun-

¹⁷⁴ Si vedano ad es., per limitarsi ai casi di detenzione per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., gli artt. 20 comma 6, 21 comma 1, 30-*ter* comma 4 lett. c), 47-*ter* comma 1, 47-*ter* comma 1-*bis*, 58-*quater* comma 5 ord. penit., nonché, prima delle declaratorie di illegittimità costituzionale che li hanno colpiti, gli artt. 21-*bis* (Corte cost., sent. 23 luglio 2018, n. 174) e 47-*quinquies* comma 1-*bis* (Corte cost., sent. 12 aprile 2017, n. 76) ord. penit. V. anche l'art. 2 comma 1 della l. 15 luglio 1991, n. 203 per i limiti all'applicazione della liberazione condizionale, l'art. 1 comma 2 lett. a) della l. 26 novembre 2010, n. 199 per il divieto di esecuzione

zioni di pericolosità fondate sul titolo di reato. Il rapporto tra rieducazione, nel suo significato costituzionale di possibile restituzione positiva dei rei alla società libera, i suoi freni, i suoi impedimenti, i suoi blocchi normativi e le costruzioni teoretiche addotte a loro sostegno è il nodo più complesso che attanaglia da decenni la fase dell'esecuzione penale.

La recente legge 30 dicembre 2022, n. 199 dovrebbe segnare un nuovo assetto di questa disciplina, aprire una nuova era, tracciare un punto di svolta e una rinnovata adesione ai valori delle Carte fondamentali. Sono state infatti superate, pur con un cumulo quasi ossessivo di severe condizioni, le più arcigne e contestate presunzioni accolte dal nostro ordinamento penitenziario, quelle assolute di irrecuperabilità legate alla commissione di una serie di reati e alla mancata collaborazione con la giustizia. Ma le nuove regole, quasi strappate a forza a un Parlamento recalcitrante¹⁷⁵, s'inscrivono ancora in un clima ostile e sospettoso, se non renitente ai corollari del paradigma rieducativo.

L'ultima stesura dell'art. 4-*bis* ord. penit. e la soluzione offerta alla questione più spinosa che questo meccanismo pone, ossia quella dell'ergastolo senza speranza di rientro in società, interviene all'esito di un percorso travagliatissimo, innescato dall'*escalation* delle violenze mafiose giunte nei primi anni Novanta all'acme della loro brutalità e al culmine della loro ferocia. Un cammino le cui cause sono tuttavia da rinvenire anche nella mai compiuta accettazione delle implicazioni della vocazione rieducativa della pena, intesa come graduato rientro in

della pena presso il domicilio, l'art. 4 comma 1 della l. 21 febbraio 2014, n. 10 per l'esclusione della liberazione anticipata speciale, l'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p. per l'inibizione della sospensione dell'ordine di esecuzione. Sulle radici «antiche, profonde e di difficile rimozione» di simili scelte e sui vani tentativi di riforma degli ultimi anni, v. F. SIRACUSANO, «Cronaca di una morte annunciata»: l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della «riforma tradita», in *Arch. pen.*, 2019, f. 3, 2 ss.

¹⁷⁵ La Corte costituzionale ha pazientemente atteso un legislatore refrattario a seguire le sue indicazioni, concedendo per ben due volte (con l'ord. 11 maggio 2021, n. 97 e l'ord. 10 maggio 2022, n. 127) una dilazione alla prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui non lasciava agli ergastolani non collaboranti con la giustizia per scelta alcuna *chance* di ottenere la liberazione condizionale. Un «prolungato arresto cardiaco del principio di legalità costituzionale» per A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 762. Sul monito al Parlamento v. anche R. DE VITO, *Ergastolo ostativo: dalla Corte costituzionale la parola al legislatore, non al magistrato di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1125 ss.; A. LOLLO, *L'ergastolo ostativo alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Critica dir.*, 2021, f. 2, 23 ss.; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *QG*, 27 maggio 2021.

società, come orizzonte possibile – seppur non scontato – di ritorno al consorzio civile delle persone condannate per *qualunque* reato. A ben vedere, la storia dei meccanismi ostativi è anche e soprattutto la storia del rifiuto dell'idea che *tutti* i condannati debbano avere la *chance* (non la garanzia) di una graduale attenuazione delle restrizioni proprie della pena detentiva, se il percorso rieducativo imposto dalla Costituzione porta i suoi frutti; e della conseguente diffidenza per i vagli del giudice che, allo scopo di restituire frammenti di libertà, possa valutare i percorsi penitenziari compiuti. L'espandersi delle preclusioni risiede allora in una sorta di atavica e perdurante sfiducia verso la magistratura di sorveglianza, istituzionalmente chiamata a vigilare sull'attuazione concreta dei compiti special-preventivi delle sanzioni penali.

L'art. 4-*bis* non è perciò solo una scoria avvelenata della deflagrante spietatezza mafiosa di trent'anni fa. Ma è la breccia, divenuta crepaccio e poi voragine, in cui si è dapprima insinuato e poi allargato a dismisura qualcosa di più profondo: il ripudio dell'ideale rieducativo e lo scetticismo verso gli organi che vi presiedono.

Del resto l'Italia ha accettato l'idea della vocazione risocializzante delle pene con enorme ritardo rispetto ad altri ordinamenti. La progressione nel trattamento, i meccanismi premiali, il reingresso accompagnato in società sono stati accolti in alcuni Paesi sin dalla metà dell'Ottocento in via sperimentale¹⁷⁶, mentre agli inizi del Novecento erano ufficialmente contemplati da molte legislazioni¹⁷⁷. Nel nostro sistema simili concezioni si sono fatte strada con fatica, grazie allo sprone

¹⁷⁶ Le origini della liberazione condizionale (*parole*) sono da ricercare nel *mark system*, un metodo premiale sviluppato nella prima metà del XIX secolo da Alexander Maconchie nella colonia penale australiana di Norfolk Island: v. a riguardo A. MACONCHIE, *Benevolence in punishment, or transportation made reformatory*, Seeley, Burnside, and Seeley, London, 1845, 120 ss. Nel 1853 con l'emanazione del primo *Penal Servitude Act* in Inghilterra veniva adottato un sistema a punti che poteva condurre all'*early release* dei prigionieri. V., per una ricostruzione di sintesi, E. JHONSTON, *Development of early release mechanisms in the Victorian convict prison system, 1853-1895*, in *Prison Service Journal*, 2018, n. 237; *Special edition on 50 Years of the Parole System for England and Wales*, 10 ss.

¹⁷⁷ Nel 1907 nello Stato di New York veniva già adottato un *parole system*. L'istituto ebbe una rapida evoluzione e nel 1927 tutti gli Stati americani, tranne tre, lo avevano accolto. Nel 1942 anche le ultime legislazioni si erano adeguate. Per l'evoluzione del sistema negli Stati Uniti, v. J. PETERSILIA, *When Prisoners Come Home. Parole and Prisoner Reentry*, Oxford University Press, New York, 2003, 55 ss. Anche in Australia all'inizio del XX secolo accoglieva un embrionale *Parole Board*, chiamato a vigilare sulle *indeterminate sentences* (V.A. FREIBERG, *Three strikes and you're out. It's not cricket. Colonization and resistance in Australian sentencing*, in M.H. TONRY, R.S. FRASE (a cura di), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, Oxford University Press, New York, 2001, 30 ss.).

della Corte costituzionale¹⁷⁸ e dopo una stagione di violente rivolte, soltanto a metà degli anni Settanta del secolo scorso, per giungere a maturazione e compimento nel 1986 con la legge Gozzini.

Nondimeno, un assetto normativo dell'esecuzione penale primariamente incentrato, come vorrebbe la Costituzione, sulla funzione di recupero sociale di tutte le persone condannate in via definitiva, così stentatamente e tardivamente raggiunto, è durato appena quattro anni: si riduce a questo angusto intervallo la durata della fiducia nel sistema rieducativo in Italia. È un dato sconcertante, se si pone mente al lentissimo sviluppo del percorso che aveva portato a porre finalmente in discussione l'inintoccabile centralità e fissità del carcere. Già alla fine del 1990 e nei primi mesi del 1991 venivano infatti emanati i primi decreti legge che vietavano ai detenuti per alcuni gravi reati l'accesso a percorsi esterni di progressivo reinserimento¹⁷⁹. Quei provvedimenti non furono convertiti, ma vennero ripresentati e riproposti ancora sino a che, nella drammatica stagione dello stragismo mafioso, prese forma il divieto – durato trent'anni – di qualunque misura di graduale reingresso in società in assenza di collaborazione con la giustizia¹⁸⁰.

Da allora, le preclusioni penitenziarie, nel frattempo lievitate e proliferate, si pongono in un rapporto alterato ed estremamente problematico con la fase di cognizione, che per loro tramite mantiene il sopravvento su quella di esecuzione. La prima esercita sulla seconda una supremazia ultrattiva, non cedendole il passo e impedendo al finalismo rieducativo di essere attuato per larghe fasce di detenuti.

¹⁷⁸ Corte cost., sent. 5 aprile 1974, n. 204, che aprì la via alla riforma dell'ordinamento penitenziario, in attesa da decenni di essere varata. La storica sentenza fu commentata da G. VASSALLI, *La liberazione condizionale dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *GCost*, 1974, 3523 ss.; G. La GRECA, *La liberazione condizionale tra Corte costituzionale e legislatore*, *ivi*, 2148 ss.

¹⁷⁹ D.l. 13 novembre 1990, n. 324, seguito dai d.l. 12 gennaio 1991 n. 5 e 13 marzo 1991 n. 76. Ancor prima, la l. 19 marzo 1990, n. 55, aveva già fortemente ristretto l'accesso ai permessi premio per i condannati per reati di criminalità organizzata, terrorismo, eversione e sequestri, richiedendo per la prima volta l'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata». Sulle origini del doppio binario penitenziario, v. V. MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del c.d. doppio binario*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015, 241 ss.

¹⁸⁰ Ne ripercorrono le tappe A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, f. 4; L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e "governo dell'insicurezza sociale"*, in *Costituzionalismo.it*, 2025, f. 2; F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Giappichelli, Torino, 2020, 63 ss.; S. METRANGOLO, *"Lasciate ogni speranza, voi ch'intrate": l'ergastolo ostativo e la sua problematica compatibilità con i principi costituzionali*, in *AP*, 2023, f. 3, 7 ss.

2. Il rapporto anomalo con la fase di cognizione come perno del sistema dei reati ostativi

Da un lato infatti i meccanismi ostativi hanno come fulcro il reato commesso e dunque un elemento inalterabile, accertato nel processo e cristallizzato nella sentenza di condanna, refrattario a tutto ciò che accade in seguito: i tentativi di recupero esperiti, i programmi seguiti, gli sforzi dei tecnici del trattamento, i fallimenti, i successi, gli anni che passano, i corpi e le menti che invecchiano non possono modificare la condotta criminosa. Ancorate al momento del *dictum* giudiziale, le preclusioni normative riducono la variegata umanità di chi abita le nostre carceri a un paradigma astratto, uniforme e immutabile di pericolosità. La incatenano a marchi di irrecuperabilità stabiliti dalla legge in anticipo, senza verifiche posteriori sull'efficacia o inefficacia dei percorsi compiuti¹⁸¹.

Le persone sono però sempre diverse le une dalle altre e così i loro destini individuali. Il tempo normalmente le segna, la detenzione generalmente sottrae forze, smussa rancori, smorza volontà e la rieducazione talvolta porta a dei risultati che non possono essere scartati a priori aderendo ad un ideal-tipo di criminale, immutabile per legge, ibernato nel suo passato criminale. Le presunzioni assolute sul sentire degli individui, sulle loro aspirazioni, intenzioni e attitudini appaiono perciò contrarie non solo al finalismo rieducativo, ma anche al principio di umanità delle pene, giacché disumanizzano i reclusi sostituendo la loro irriducibile singolarità con un'astrazione normativa. Per questa ragione, a ben vedere, la Corte europea le riconduce alla violazione dell'art. 3 della Convenzione, che compendia i concetti ripartiti nel nostro art. 27 comma 3 Cost. amalgamandoli in quello di dignità umana¹⁸².

¹⁸¹ Come osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza 7 agosto 1993, n. 306 «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di 'tipi di autore', per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

¹⁸² La questione presenta naturalmente i risvolti più problematici in caso di pena perpetua ed è su questo terreno che la Corte europea ha sviluppato la sua giurisprudenza, a partire dalla sentenza della Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro* (v. sul punto S. BERNARDI, *La disciplina dell'ergastolo senza possibilità di liberazione alla luce delle più recenti sentenze di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1215 ss.; D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Cosituzionalismo.it.*, 2013, f. 3). Il diritto a un concreto esame giudiziale per i *whole life prisoners* ha trovato un compiuto riconoscimento nella sentenza della Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, pietra miliare della materia che ha preparato il terreno per la sentenza 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, a sua volta pungolo e matrice per la sentenza costituzionale 4 dicembre 2019, n. 253 (v. a riguardo,

Si tratta invero di previsioni che legittimano letteralmente un *pregiudizio* sull'autore, sulla sua indole e personalità, sulle sue possibilità future di reinserimento, frutto del *giudizio* operato in sede di cognizione e dal quale non ci si riesce a distaccare, nemmeno dopo che il condannato ha patito decenni di detenzione, o ha passato una vita intera in carcere sottoposto ai prescritti tentativi di rieducazione. In questo modo le preclusioni riportano a una visione della pena prerepubblicana, precostituzionale, pressoché identica a quella che precedeva la legge di ordinamento penitenziario ed era affidata ai regolamenti del periodo fascista, quando la condanna andava eseguita fino in fondo, senza possibilità di modifiche legate ai progressi nel trattamento e la giurisdizione era assente. L'assetto di quel sistema, come noto, si fondava su pene refrattarie al percorso individuale del reo, su trattamenti sanzionatori senza possibilità di attenuazioni legate all'impegno nel recupero sociale, su concezioni monolitiche del castigo, dove il carcere troneggiava senza concedere spazi per mettere alla prova i detenuti con gradualità esperimenti in libertà e sulla conseguente assenza di controlli giurisdizionali. Le preclusioni tengono infatti ai margini la magistratura di sorveglianza, a cui è impedita la valutazione dei condannati e così, indirettamente,

ex multis, E. DOLCINI, *Dalla Corte EDU una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in AA. VV., *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020, 87 ss.; D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio Cost. AIC*, 2019, fasc. 4, 191 ss.; A. SANTANGELO, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, in *Cass. pen.* 2019, 3769 ss.; S. TALINI, *"Viola c. Italia": una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in *QCost*, 2019, 931 ss.; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SIDIBlog*, 21 giugno 2019; S. SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *DPC*, 1 luglio 2019; E. SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in *AP*, 2019, f. 3. Sulle affinità e le differenze tra l'art. 27 comma 3 e l'art. 3 Conv. EDU, v. V. ZAGREBELSKY, *La pena detentiva "fino alla fine" e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2019, f. 10, 15 ss.; D. GALLIANI, *Il problema della pena perpetua dopo la sentenza Hutchinson della Corte EDU*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 126 ss. Sulla centralità del concetto di dignità umana nelle pronunce della Corte europea, v. P. GONNELLA, *Antigone. Dignità. Rieducazione*, in *QG*, 2015, f. 2, 86 ss., v. altresì S. CIUFFOLETTI, *Reinserimento e ostatività nella giurisprudenza della Corte EDU*, in M.A. GULINO, I. GAROSI, S. CARNEVALE, S. CIUFFOLETTI, M. BORTOLATO, G. LO VERSO, D. PAJARDI (a cura di), *L'osservazione della personalità di fronte alla complessità dei reati ostativi*, in *Quaderni della Fondazione dell'Ordine degli psicologi della Toscana*, n. 1/2022, 18 ss.

portano a un maggiore disimpegno anche i tecnici del trattamento, poiché diviene superfluo il momento cruciale della sintesi sui progressi compiuti, quello in cui si ricompongono i tasselli di un *puzzle* complesso e si tirano le somme delle attività di recupero e dei loro risultati. È in quella sede, difatti, che si scrutinano le competenze acquisite da chi aspira a riguadagnare spazi di libertà, i progetti di vita percorribili, le opportunità di riassorbimento nel tessuto sociale. Ne deriva un'inevitabile – e tanto illogica quanto controproducente – inversione dei naturali corollari del finalismo rieducativo: più il caso è grave, più il sistema normativo ed organizzativo dovrebbe insistere sul processo di rieducazione, dedicandovi speciali sforzi ed energie, e non dar per perse o irrecuperabili proprio le persone che necessitano di interventi più intensi ed accurati.

Dall'altro lato gli ostacoli e le preclusioni sono concepiti per cadere se si collabora con la giustizia. L'antidoto individuato dalla legge ai guasti del congegno ostativo finisce così per porlo in un rapporto doppiamente alterato con la fase di cognizione, sancendo una ancor più smaccata e percepibile subordinazione di quella penitenziaria e dei suoi principi a esigenze di utilità processuale: ottenere apporti dichiarativi utili a formare prove in procedimenti diversi da quelli per cui il condannato sta scontando la sua pena.

È questa, come noto, la maggiore anomalia del sistema, quella che ha portato alle censure della Corte europea nel caso *Viola contro Italia* e alla storica declaratoria d'illegittimità del 2019¹⁸³. La Corte costituzionale, beninteso, rilevò con lucidità la stortura già nel 1993, bollandola come tale, ma l'accettò in ragione del drammatico clima in cui la decisione doveva calare¹⁸⁴. Sono occorsi ben trent'anni perché vi fosse un ripensamento sugli inflessibili impedimenti ai percorsi rieducativi. Ad indurlo è stata l'esperienza sul campo, la concretezza delle vite delle

¹⁸³ Non a caso, alla subordinazione delle esigenze di rieducazione ad obiettivi di politica investigativa e criminale estranei alla fase di esecuzione della pena è dedicato il primo blocco argomentativo che ha sorretto l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte relativa alla mancata concessione dei permessi premio a chi non collabora con la giustizia (Corte cost., sent. 4 dicembre 2019, n. 253, § 8.1).

¹⁸⁴ Per Corte cost., sent. n. 306 del 1996, il primo pronunciamento sulla compatibilità costituzionale del neo introdotto art. 4-*bis* ord. penit., la differenziazione di trattamento «che certo rappresenta un forte incentivo alla collaborazione – è essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale, e non penitenziaria». La decisione rimarcava come la novità normativa fosse dovuta all'«acuto allarme sociale creatosi nella contingenza in cui il decreto fu emanato – ampiamente testimoniato dai lavori parlamentari». L'adozione di «una misura drastica» appariva «rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa». Ma non si poteva «tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena».

persone recluse, la testimonianza dei magistrati di sorveglianza e degli operatori penitenziari. La realtà multiforme e tangibile delle pratiche trattamentali ha infatti mostrato con sempre maggiore chiarezza come la mancata collaborazione non sia sempre sintomo di perdurante pericolosità¹⁸⁵.

Del resto, la giustificazione teorica alla base del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., secondo cui chi non collabora sarebbe da presumere irrimediabilmente affiliato ai sodalizi criminali per tutta la durata della sua vita e quale che sia il suo percorso individuale, è sempre stata artificiosa. Basta ripercorrere la genesi della disciplina per rendersi conto di come la *ratio* fondata sulla invincibilità del vincolo associativo e dunque l'impossibilità di raggiungere il fine rieducativo della pena sia stata costruita prevalentemente *ex post*, per riportare al piano penitenziario e ai suoi principi una disciplina nata con altri scopi, tutti processuali: il sistema dell'ostatività sorge infatti avendo direttamente di mira la sola utilità processuale degli apporti collaborativi¹⁸⁶, senza riflessioni, indagini o ricerche sulla reattività o meno dei condannati non cooperanti alle offerte trattamentali¹⁸⁷; e benché l'esperienza concreta di quegli anni avesse, invero, già

¹⁸⁵ Nesso che era già stato spezzato dalla Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 306 del 1993, dove si rilevava che «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere frutto – come i giudici rimettenti sottolineano – di incolpevole impossibilità di prestarla, ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare». Sulla rilevanza del tempo nell'attenuazione della pericolosità, v. D. PULITANÒ, *Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti, Atti del Seminario – Ferrara, 27 settembre 2019*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, fasc. n. 10, 2019, 154 ss. e in *Dir. Pen. Uomo*, 23 ottobre 2019.

¹⁸⁶ Per G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *DPC*, 15 settembre 2011, 25, «sembra ovvio che la relativa disciplina avesse ed abbia soprattutto una spregiudicata funzione sollecitatoria nei confronti dei detenuti provenienti dal contesto della criminalità organizzata, politica o mafiosa. Ma nella giustificazione formale delle deroghe ai divieti di accesso ai benefici prevale la configurazione della scelta collaborativa quale sintomo del distacco dall'opzione criminale». Si veda ancora, sul punto, le lucide considerazioni della Corte costituzionale nella sent. n. 306 del 1993, dove si osservava che «il requisito della collaborazione con la giustizia» non era «coerente» con i principi costituzionali regolanti la materia penitenziaria «perché nell'ottica della norma esso è strumento di politica criminale e non indice di colpevolezza o criterio di individualizzazione del trattamento».

¹⁸⁷ Se ne trova conferma nella ricostruzione dei concitati momenti che precedettero e seguirono il varo della disciplina di cui al d.l. 8 giugno 1992, n. 8, conv. in legge 7 agosto 1992, n. 356, fatta da chi ne assunse la responsabilità politica, l'allora Ministro della Giustizia Claudio Martelli. La *ratio* delle nuove norme penitenziarie, che includevano anche il regime

dimostrato come fossero possibili proficue esperienze di reinserimento di affiliati alle organizzazioni criminali, anche mafiose, che non avevano dato apporti alle indagini e ai dibattimenti¹⁸⁸. Ciò nondimeno, con un'evidente torsione dei meccanismi giuridici d'incentivo alla collaborazione con la giustizia, a partire dagli anni Novanta i detenuti in espiazione di sentenze definitive vennero stimolati a rendere dichiarazioni rilevanti per i processi non più con premi, com'era sempre accaduto e come accade in altri ordinamenti che ricompensano il contributo agli inquirenti, ma con una forzatura, fondata sull'assoggettamento a trattamenti penitenziari deteriori rispetto al resto della popolazione detenuta di chi non collabora con la giustizia, per indurlo a farlo¹⁸⁹.

penitenziario di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., veniva ricondotta chiaramente alla volontà di ottenere, con le buone o le cattive, apporti collaborativi: «si dovette fare il massimo sforzo per ottenere la rapida conversione in legge del decreto che ancora non era passato al Senato. I frutti del decreto si videro molto presto perché la *morsa* [corsivo nostro] della legislazione sui pentiti con la formula del 'se parli e collabori, ci sarà protezione per te e la tua famiglia; se non parli, andrai incontro al carcere duro' si dimostrò efficace. Naturalmente sto banalizzando, oltre che rendendo le cose chiare e semplici. Nell'arco circa di un anno e mezzo, comunque, ci furono quasi mille pentimenti di collaboratori di giustizia» (Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, seduta del 25 ottobre 2010, Audizione del dottor Claudio Martelli, sui grandi delitti e le stragi di mafia degli anni 1992-1993, in qualità di Ministro della Giustizia pro tempore. Resoconto stenografico, 12). Anche la Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza n. 306 del 1993, si mostrava ben consapevole dell'origine della normativa, rilevando che «dalla stessa dichiarazione del Ministro Guardasigilli proponente (Assemblea del Senato, seduta del 6 agosto 1992, resoconto stenografico, 61)» si vinceva come il congegno fosse «l'arma più efficace ... per contrastare la criminalità organizzata», dato che «praticamente tutti i processi che hanno ottenuto qualche risultato [...] sono stati fondati [...] sulla collaborazione di ex appartenenti alle associazioni di stampo mafioso».

¹⁸⁸ Plurimi interventi censori della Corte costituzionale furono volti a impedire l'interruzione di percorsi rieducativi già in atto, muovendo proprio da questa constatazione (Corte cost., sent. n. 306 del 1993, che si impediva la revoca delle misure alternative in corso; Corte cost., sent. 14 dicembre 1995, n. 504, avente ad oggetto il divieto di concedere nuovi permessi premio; Corte cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 445 e sent. 22 aprile 1999, n. 137 sulla possibilità di fruire, rispettivamente, della semilibertà e dei permessi premio per chi avesse già raggiunto un adeguato grado di rieducazione). La catena di pronunce degli anni Novanta avrebbe già di per sé dovuto essere sufficiente ad escludere la valenza generalizzata della presunzione assoluta di persistente pericolosità dei non collaboratori, sulla base del parametro dell'*id quod plerumque accidit*.

¹⁸⁹ Il complesso sistema delineato dagli artt. 4-*bis*, 58-*ter*, 21 comma 1, 30-*ter* comma 4 e 50 comma 2 ord. penit. comporta infatti un innalzamento della soglia di severità dei requisiti oggettivi necessari per accedere ai percorsi extramurari. Quello che talvolta viene presentato come "premio" per chi collabora (anche dalla Corte costituzionale: così ad es. nella sent. 4 dicembre 2019, n. 253 o nella sent. 14 dicembre 1995, n. 504), ossia il mero ritorno alle regole

E così i conti col finalismo rieducativo non sono mai tornati. Dapprima, per giustificare la deviazione dai canoni ordinatori della fase esecutiva, si cercò di sostenere che solo chi offre contributi dichiarativi nei processi è rieducato, assunto smentito dai fatti in moltissimi casi di collaborazioni rese per evidenti ragioni utilitaristiche¹⁹⁰. E allora si tentò l'altra strada, che ha avuto decisamente più successo¹⁹¹ assurgendo per decenni a dogma indiscutibile, ossia asserire che chi non collabora con la giustizia è sicuramente non rieducato e va anzi reputato ancora contiguo al mondo criminale.

Simile presunzione assoluta si è posta per decenni in frizione con i principi dell'ordinamento penitenziario, penale e processuale, smentendoli tutti insieme: per i condannati a pene temporanee ha impedito il graduale e controllato rientro in società e ha perciò comportato passaggi bruschi dalla completa restrizione alla completa libertà, con effetti deleteri sulla sicurezza collettiva; per i condannati all'ergastolo ha vanificato l'imperativo costituzionale e convenzionale di lasciare ad ogni essere umano almeno la speranza di non morire in carcere; per tutti, è entrata in un rapporto estremamente problematico con il diritto al silenzio e con la libertà di non collaborare.

ordinarie valevoli per tutti gli altri detenuti, era chiaramente inquadrato dai commentatori dell'epoca come un evidente "irrigidimento" delle condizioni di accesso alle misure extramurarie (D. MANZIONE, *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. 152/91 e l.203/91): uno sguardo d'insieme*, in *Lp*, 1992, 858. Lo rilevava, ancora, la Corte costituzionale nella pronuncia 306/1993, dove chiaramente si riferiva non già a benefici per i collaboratori ma ad una mera «esenzione dagli inasprimenti della quota di pena necessaria per l'ammissione a taluni benefici penitenziari». La stessa espressione è utilizzata, più di recente, da Cass. 30 febbraio 2016, n. 37578, Modeo, in *CED Cass.*, n. 268250. V. altresì, Corte cost. 1 marzo 1995, n. 68. Quando il meccanismo dell'art. 4-bis ord. penit. si salda con quello dell'art. 41-bis ord. penit. il passaggio dalla previsione di premi per chi collabora a quello di castighi per chi non lo fa diviene ancor più smaccato: v. G.M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1507.

¹⁹⁰ Dato di realtà che fu subito posto in luce dalla Corte costituzionale, nella già menzionata sentenza n. 306 del 1993: «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione».

¹⁹¹ Essendo stata accolta anche dalla Corte costituzionale in molteplici pronunce. V. ad es. Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 308; Corte cost., 24 aprile 2023, n. 135.

3. Gli spiragli aperti dalla riforma del 2022 e i confini sfocati dei nuovi presupposti per l'accesso a misure esterne

La recente riforma, senza dubbio, muta gli assetti di questo sistema, superando la presunzione assoluta di persistenza del vincolo associativo e rendendola relativa. Nondimeno il legislatore, costretto suo malgrado ad intaccare la rigidità del congegno, è andato ben al di là di quanto la Corte costituzionale aveva richiesto. La legge n. 199 del 2022 ha inondato il sistema con un'alluvione di condizioni, requisiti, passaggi procedurali, prescrizioni aggiuntive, allungamento dei tempi di espiazione e di sperimentazione all'esterno, oltre ad aver indefinitamente ampliato lo spettro dei reati ostativi, aggiungendovi ogni ipotesi criminosa ad essi legata da vincoli teleologici¹⁹² e dunque slabbrando ancora le maglie del meccanismo preclusivo, la cui *ratio* risulta in tal modo ulteriormente appannata¹⁹³. Nelle parti che hanno inteso restare fedeli alle decisioni del giudice delle leggi, le nuove previsioni ricalcano il lessico proprio degli apparati motivazionali e non delle prescrizioni normative. Alcune delle espressioni più ambigue della novella sono state pedissequamente mutate, difatti, dai passaggi argomentativi della sentenza costituzionale n. 253 del 2019, con una mera traslazione in legge d'indicazioni che avrebbero richiesto non certo un copia-incolla ma un accorto innesto in un sistema ormai fuori squadra e molto difficile da raddrizzare.

Per fruire di qualunque misura di risocializzazione esterna la nuova versione dell'art. 4-*bis* ord. penit. aggiunge oggi ai consueti presupposti un blocco di condizioni ulteriori, che vertono su un differente oggetto di accertamento, su un diverso *thema probandum*, non del tutto sovrapponibile al rischio di recidiva, già richiesto da molte norme dell'ordinamento penitenziario per riguadagnare spiragli di libertà¹⁹⁴. Si tratta invero di qualcosa di più sfumato, specie dopo le manipolazioni della formula – assai più limpida – che era stata delineata dalla Corte costituzionale¹⁹⁵. Per i reati di criminalità organizzata, terroristica o eversi-

¹⁹² V. sul punto A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di "divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia"*, in *Giur. pen. web*, 2022, f. II, 10 ss.

¹⁹³ Ritiene che la novella offra "un quadro normativo per molti versi deteriore rispetto al precedente" F. MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *Sist. pen.*, 2025, f. p. 110; S. METRANGOLO, *op. cit.*, 45, sostiene che le «previsioni messe a punto dal d.l. 162/2022 superano soltanto formalmente gli automatismi legislativi che caratterizzavano la vigente versione dell'art. 4-*bis*».

¹⁹⁴ Così dispongono ad es. gli artt. 20-*ter* comma 6, 47 commi 2 e 3-*ter*, 47 comma 1-*bis*, 47-*quinquies* commi 1 e 1-*bis* ord. penit.

¹⁹⁵ Nella sentenza n. 253 del 2019, per vero criticata per l'introduzione di simile criterio. V., tra i molti, M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent.*

va (art. 4-*bis* comma 1-*bis* ord. penit.) occorre infatti escludere non solo l'attualità di collegamenti con i gruppi criminali di provenienza, e il pericolo del loro ripristino, ma anche l'assenza, presente e futura, di legami con il mero "contesto" nel quale il reato è stato commesso, anche indiretti o tramite terzi. Il lemma, che per le fattispecie di maggiore allarme obbliga a verifiche aggiuntive rispetto alla centrale questione dei rapporti con le associazioni per delinquere, per le residue ipotesi di "prima fascia" non ricollegabili alle attività di gruppi strutturati (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*.1 ord. penit.) diviene addirittura unico cardine del giudizio sulla possibile fruizione di strumenti di risocializzazione: escludere rapporti in essere, anche mediati, con il contesto di commissione del reato è la soluzione, tutt'altro che ingegnosa e persuasiva, che il legislatore ha escogitato per rimediare alle vistose incoerenze da cui è affetto l'impianto ormai informe dell'art. 4-*bis*, evocate anche dalla Corte costituzionale nell'ordinanza monito del 2021¹⁹⁶.

Rispetto al rischio di commissione di altri reati, e di riallacciare rapporti con sodalizi strutturati, la previsione introduce una soglia di allerta estremamente anticipata: chi aspiri a percorsi di risocializzazione parrebbe dover dimostrare l'implausibilità di qualsivoglia contatto con un certo *humus* sociale, un *milieu* che neppure sembra dover essere necessariamente criminale, poiché il lemma, inafferrabile, potrebbe intendersi riferito al mero ambiente di provenienza del condannato, se in quell'area territoriale (come accade nella più parte dei casi) la legge penale è stata violata¹⁹⁷. La lettera dell'art. 4-*bis* ord. penit. avvalorata questa

n. 253 del 2019 della Corte costituzionale, in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2019, che riconosceva al neo-introdotta criterio la natura di "presunzione semi-assoluta"; M. MICHETTI, *L'accesso ai permessi premio tra finalità rieducativa della pena ed esigenze di politica criminale*, in *GCost*, 2019, 3129 che osservava come "l'aggravio probatorio" rischiasse di "risolversi in un elemento discriminatorio ed invincibile", in grado di riportare di fatto ad una situazione non troppo diversa da quella censurata. Sulla pronuncia, vera pietra miliare nella materia in esame, v. anche A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *GCost*, 2019, 3323 ss.; M. BORTOLATO, *Il futuro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga. Brevi riflessioni sulla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *DPP*, 2020, 632 ss.; S. BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio AIC*, 2020, f. 2, 324 ss.; R. DE VITO, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 349 ss.; A. MENGHINI, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit.*, in *GI*, 2020, 410 ss.

¹⁹⁶ Corte cost., ord. n. 97 del 2021, § 10.

¹⁹⁷ Il comma 1-*bis* prevede infatti che gli elementi da produrre consentano «di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e [corsivo nostro] con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di

lettura, poiché utilizza la congiunzione “e” con riferimento ai possibili legami con il contesto della condotta illecita, ulteriori rispetto ai temuti collegamenti con i gruppi organizzati, la cui accertata rottura dovrebbe invece rappresentare l’unico obiettivo delle condizioni poste dalla legge. L’oggettiva difficoltà delle prognosi su comportamenti futuri, unita all’impalpabilità di questo requisito¹⁹⁸, su cui si giocano decisioni importantissime, cala la norma in una genericità concettuale e una vaghezza talmente densa da rendere urgente una riflessione sul lessico delle fattispecie penitenziarie che, come la Corte costituzionale ha finalmente ammes- so, attengono alla materia penale, specie quando delineano l’accesso alle misure alternative¹⁹⁹. Ciò dovrebbe implicare, come conseguenza necessitata, un obbligo di maggiore determinatezza dei presupposti da vagliare per via giudiziale nella fase esecutiva.

Nel caso di specie, oltretutto, la formula mal si concilia con gli obiettivi e gli orizzonti del trattamento rieducativo che postulano la possibilità di contatti, sani, con il contesto d’origine del condannato e la sua capacità di farvi ritorno senza violare la legge. E rischia altresì d’impedire in radice la praticabilità dei percorsi di reinserimento, poiché sembra supporre una pretesa – tanto irrealiz- zabile quanto non avanzabile in uno Stato liberale – di rottura di ogni legame

tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi», mentre il comma 1-bis.1 allude alla sola necessità di «escludere l’attualità di collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso».

¹⁹⁸ F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l’interprete*, in *Giust. insieme*, 2 novembre 2022, rileva l’“assoluta novità” della “comparsa sulla scena della nozione di ‘contesto nel quale il reato è stato commesso’, segnata da una genericità che soltanto la giurisprudenza di merito, e poi di legittimità, potrà tentare di colmare”; R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”? Riflessioni e interrogativi sul decreto legge che riscrive il 4-bis*, in *Quest. giust.*, 2 novembre 2022, biasima l’introduzione di “concetti elastici”, “privi di riferimenti a una materialità dimostrabile”. F. FIORENTIN, *I criteri per l’accesso ai benefici rischiano l’incostituzionalità*, in *GD*, 2022, f. 42, 29, solleva a riguardo dubbi di costituzionalità.

¹⁹⁹ Corte cost. 26 febbraio 2020, n. 32, salutata unanimemente come decisione necessaria. V. tra i molti V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l’art. 25, secondo comma, cost., rompe gli argini dell’esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020, che rimarcano la portata storica della pronuncia, anche per resa con la «livrea, solenne, della sentenza di accoglimento» (6); C. SCACCIANOCE, *La Corte costituzionale apre al divieto di retroattività del novum penitenziario in malam partem*, in *PPG*, 2020, 1170 ss., che la definisce “coraggiosa”; A. GARGANI, *L’estensione ‘selettiva’ del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione ‘storica’*, in *GCost*, 2020, 263 ss. pone in risalto l’“indubbia innovatività” e il “pregnante significato giuridico e civile” della pronuncia.

con la vita passata, familiare, amicale, territoriale²⁰⁰, ancorché non connessa a un definito pericolo di commissione di specifici reati; con la correlata necessità di costruire dal carcere nuove possibilità abitative, lavorative, di sostentamento e di relazione in ambienti del tutto estranei, casomai dopo una prolungata cattività. Per riportare la previsione nell'alveo dell'art. 27, comma 3 Cost. occorre allora dare un significato rigoroso al termine «contesto nel quale il reato è stato commesso», da leggere come riferito a specifiche realtà criminali, senza ampliarne le maglie sino ad includere ambiti meramente territoriali, familiari o sociali non chiaramente, e soggettivamente, correlati alla possibile realizzazione di condotte penalmente illecite. Seppure la precisazione sull'idoneità preclusiva di meri «collegamenti indiretti o tramite terzi» con l'ambiente da cui il richiedente andrebbe sradicato e isolato (e dunque anche legami di parentela, amicizia, lavoro?) appaia ulteriormente l'esigenza di ancorare il giudizio a pericoli dotati di concretezza, offrendo la sponda a una discrezionalità *contra reum* senza confini. La previsione può tuttavia essere letta alla luce del comma 1-bis.1 dell'art. 4-bis ord. penit., dedicato alle prescrizioni suscettibili d'essere imposte al condannato. Con espressioni dotate di maggiore determinatezza e coerenza, vi si specifica che i vincoli vadano concepiti per scongiurare il pericolo di nuovi collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e per impedire attività o rapporti personali che possano portare al compimento di altri reati. Anche il quarto periodo dell'art. 4-bis, comma 2 ord. penit., dedicato alle verifiche procedurali sulla fondatezza delle istanze avanzate, allude opportunamente alla raccolta di informazioni sul solo contesto «criminale» di consumazione del reato.

4. Gli indici normativi di rottura dei legami con il passato criminale e i rigidi recinti del vaglio giudiziale

L'assenza di legami col contesto criminale, oggetto di prova, va tratta da indici con cui la legge intende guidare, o più probabilmente imbrigliare, le decisioni della magistratura²⁰¹.

²⁰⁰ Ritiene che non debba essere ricompreso nell'alveo applicativo della disposizione lo sganciamento territoriale, poiché si imporrebbe «al condannato una scelta che può rivelarsi drammatica, non solo per sé ma per il suo nucleo familiare», F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis*, cit.

²⁰¹ R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto legge che riscrive il 4-bis*, in *QG*, 2 novembre 2022 trae dalle nuove previsioni «il legittimo sospetto» che il legislatore «abbia inteso sostituire l'ergastolo ostativo con una corsa a ostacoli difficilmente percorribile sino al traguardo. Insomma, che si sia passati dalla presunzione assoluta di

Tra di essi, spicca la quasi irrilevanza dei percorsi rieducativi, nominati solo per chiarire che non bastano, non sono sufficienti²⁰². Gli elementi su cui soffermarsi devono essere “diversi e ulteriori” rispetto alla regolare condotta carceraria e alla fruizione delle occasioni di reintegrazione sociale. Il secondo aggettivo lascia indirettamente intendere che un percorso penitenziario positivo sia necessario, relegando comunque simile esito ad un ruolo che appare paradossalmente marginale. Viene tuttavia da chiedersi quali aspetti differenti dalla sua vita in carcere e dall’adesione proficua al programma rieducativo potrà mai addurre un condannato che davvero non abbia più contatti, da lungo tempo, con il mondo delinquenziale, ma si sia impegnato nel cammino di reinserimento proposto e guidato dal personale penitenziario²⁰³.

pericolosità sociale alla prova impossibile di non pericolosità». P. CORVI, *Ergastolo ostativo: la risposta del legislatore alla Consulta*, in *PPG*, 2023, f. 3, 728 riconosce a sua volta molti «segnali che tradiscono l’intento del legislatore di inasprire la disciplina dell’ostatività penitenziaria, una volta apportate, *oborto collo*, le modifiche necessarie a scongiurare il pericolo di una declaratoria di incostituzionalità». Per F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piove: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in *Osservatorio cost. AIC*, 2023, f. 3, 39, la riforma «sembra animata dall’esigenza di preservare il complessivo impianto di rigore anziché da quella di rimodularlo secondo le indicazioni della Corte costituzionale».

²⁰² Art. 4-*bis* commi 1-*bis* e 1-*bis.1*, meccanicamente tratti da un passaggio motivazionale della sent. n. 253 del 2019 (§ 9): «la presunzione di pericolosità sociale del detenuto che non collabora, pur non più assoluta» può essere «superabile non certo in virtù della sola regolare condotta carceraria o della mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione, ma soprattutto in forza dell’acquisizione di altri, congrui e specifici elementi»).

²⁰³ Emblematica di pretese inappagabili la posizione del Tribunale di Sorveglianza di Bologna che emerge dall’ordinanza di inammissibilità, annullata da Cass., Sez., I, 14 luglio 2021, n. 33743, in *Sist. pen.*, 20 settembre 2021, di una istanza di permesso premio avanzata da un ergastolano ostativo prima della riforma del 2022 ma dopo la sentenza costituzionale n. 253 del 2019. È il giudice di legittimità a riportare il cuore della decisione di quello di merito, secondo cui «pur avendo il detenuto rappresentato la regolarità del proprio percorso trattamentale, la partecipazione alle attività rieducative proposte, l’avvenuta concessione di liberazione anticipata, il lungo periodo di detenzione sofferto, l’assenza di trattenimento di missive, l’assenza di carichi pendenti e l’assenza di segnalazioni di polizia», nulla veniva riportato «circa il contesto mafioso di appartenenza», la «sorte degli altri sodali» e la «eventuale operatività della associazione nel territorio di origine». Come giustamente replica la Cassazione, l’istante non può essere obbligato a riferire «circostanze di fatto estranee alla sua esperienza percettiva e, soprattutto non può fornire – in via diretta – la prova negativa ‘diretta’ di una condizione relazionale, quale è il ‘pericolo di ripristino’ dei contatti. Il pericolo è, infatti, sempre frutto di un giudizio prognostico – spettante al giudice – su cui la parte può incidere in modo solo relativo, manifestando la correttezza del percorso rieducativo».

La Cassazione nelle pronunce rese sui parametri posti dalla sentenza n. 253 del 2019 era stata cristallina sul punto: i percorsi rieducativi, il tempo trascorso dal reato commesso, l'evoluzione concreta del comportamento del condannato sono il cuore del vaglio che la Corte costituzionale ha imposto di restituire alla giurisdizione. La questione del vincolo associativo non è perciò demandata solo a procure e polizia, chiamate a fornire dati preziosi sul contesto delittuoso di provenienza dell'interessato, ma deve inglobare e valorizzare informazioni sui traguardi conseguiti sulla via del recupero sociale²⁰⁴. La magistratura di sorveglianza e la giurisprudenza di legittimità dovrebbero continuare a muoversi entro queste coordinate, le sole rispettose della giurisprudenza costituzionale.

Gli altri indici di rottura del vincolo, quelli considerati invece rilevanti dal nuovo assetto normativo, sembrano distinguersi in necessari – il risarcimento del danno e le iniziative riparatorie verso le vittime – ed eventuali, ossia non meglio definite circostanze personali e ambientali²⁰⁵, possibili spiegazioni sui motivi della mancata collaborazione, la revisione critica della condotta criminosa. Quest'ultima, in verità, data l'ambigua formulazione del periodo, non si comprende se sia da intendere come sempre indispensabile e con quali gradazioni.

Il legislatore avrebbe fatto meglio a indicare tutti questi gesti, comportamenti e condizioni come elementi a cui il giudice può appoggiarsi, attingendo all'uno o all'altro a seconda della misura chiesta, del reato commesso, dell'entità della pena. È senz'altro condivisibile, posta la delicatezza della valutazione, cercare di tipizzare le condotte rilevanti così da offrire agli organi decidenti una rosa di segnali positivi che, in via generale, possono risultare rivelatori del definitivo allontanamento dalle organizzazioni criminali. Ma esigere sempre tutto insieme, per ogni tipologia di reato incluso nella lista, per qualsiasi misura della pena da scontare, per qualunque strumento risocializzativo richiesto, e prevedere in anticipo e in astratto cosa sia determinante e cosa non lo sia incide pesantemente, oltre che sul convincimento del giudice, su un terreno dotato di propri equilibri interni che risultano così scompaginati.

La previsione anzitutto appiattisce i gradini della progressione nel trattamento²⁰⁶, livellandoli: il risarcimento del danno viene richiesto per ogni misura, an-

²⁰⁴ Cass., Sez. V, sent. 28 febbraio 2022, n. 19536, Barranca, in *CED Cass.* n. 283096.

²⁰⁵ Anche questa espressione è tratta da un passaggio della motivazione di Corte cost., sent. n. 253 del 2019 (§ 9).

²⁰⁶ Per R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"?*, cit., «suona incongruente» e «rischia di svilire il principio di gradualità», mentre per F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piove*, cit. 44, l'«omologazione annichilisce il connotato della progressione trattamentale». Scorge nell'uniformità dei requisiti possibili vizi di irragionevolezza e dunque di violazione dell'art. 3 Cost. M. PASSIONE, *A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di*

che per il lavoro all'esterno, mentre, all'opposto, la revisione critica viene suggerita anche per la liberazione condizionale, quando la legge imporrebbe in tal caso un traguardo più avanzato, in grado di includerla, ossia il sicuro ravvedimento del reo; almeno il tentativo di avviare percorsi di giustizia riparativa, d'altro canto, sembra in ogni caso obbligatorio mentre i canoni fondativi di questa forma alternativa di risposta ai comportamenti criminali – immediatamente smentiti – la vorrebbero del tutto volontaria e spontanea²⁰⁷. Stando così le cose, l'unico modo per restituire coerenza al sistema sarebbe imporre per legge una precisa successione tra misure risocializzative, come avevano suggerito le proposte della Commissione Giostra²⁰⁸. Se i requisiti si uniformano, e la sequenza degli strumenti di reintegrazione non è imposta, l'interessato punterà sempre e prioritariamente alle possibilità maggiormente liberatorie, con una vanificazione della progressività trattamentale.

La necessaria, contestuale ricorrenza della messe di verifiche e requisiti aggiuntivi rispetto agli ordinari presupposti delle misure di riavvicinamento alla società esterna crea poi vistose incongruenze con i reati di seconda fascia: nessuna di queste condizioni è imposta all'omicida o al pluriomicida (non per mafia) né a chi sia dedito ad estorsioni; le iniziative riparatorie e i risarcimenti, la revisione critica, i tagli netti con il passato si chiedono però a chi abbia contrabbandato tabacco, o allo straniero che abbia fatto entrare cinque parenti irregolari nel nostro

modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4-bis o.p., in *Sist. pen.*, 28 novembre 2022. Critica anche L. SIRACUSA, *Il decreto-legge n. 162/2022 e la riforma del regime ostativo*, in *DisCrimen*, 16 dicembre 2022, 4 ss.

²⁰⁷ L'art. 4-bis commi 1-bis e 1-bis.1 dispone infatti che «al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta», verbo imperativo, «la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa». Si sofferma sulla incongruenza M. PASSIONE, *loc. ult. cit.*

²⁰⁸ Nell'intento di «accentuare il valore della gradualità del trattamento» si suggerivano modifiche, vevoli per gli ergastolani, al regime di semilibertà, da rendere accessibile dopo vent'anni di detenzione e cinque anni consecutivi di permessi premio fruiti positivamente, e a quello della liberazione condizionale, ottenibile dopo cinque anni consecutivi di positiva sperimentazione del regime di semilibertà (v. Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria*, Nuova editrice universitaria, Roma, 2019, 227 e 235 ss.).

Stato²⁰⁹ e persino per i reati connessi con simili fattispecie²¹⁰. Il sistema barocco dell'art. 4-*bis* è oramai impossibile da raddrizzare, non riesce a diventare coerente: si regge su un viluppo sempre più contorto d'irragionevolezza che saranno da sciogliere una ad una, come un groviglio di nodi. Le plurime condizioni introdotte dalla novella, difatti, non hanno tutte a che fare con legami criminali da appurare e da sciogliere, atteggiandosi piuttosto a meri segnali di un trattamento genericamente più severo, svincolato dallo scopo primario e dalla giustificazione razionale dei “doppi binari”. L'operazione legislativa di esplicitazione e parame-trazione del vaglio giudiziale finisce perciò per far risaltare in modo più netto l'arbitrarietà dell'inclusione e dell'esclusione di fattispecie nelle diverse categorie.

5. Gli elementi su cui fondare la decisione: eccessi e distonie di una procedura rafforzata

La legge interviene poi sul compendio probatorio a sostegno delle delicate decisioni, imponendo una rigorosa raccolta d'informazioni, dati e pareri. Per i reati di loro competenza le procure antimafia si stanno organizzando: la Direzione nazionale ha diramato istruzioni che impongono di censire i detenuti che potrebbero avvalersi delle nuove possibilità e di creare per ciascuno una cartella personale, che raccolga – grazie alle potenti banche dati centralizzate – qualunque dato rilevante²¹¹. Censimento da salutare con favore perché finalmente porterà alla luce

²⁰⁹ Evenienza sufficiente ad integrare un reato di prima fascia, così come aver procurato l'ingresso illegale di stranieri, o averci anche solo provato, se il fatto è commesso insieme ad altre due persone in concorso, o utilizzando documenti contraffatti, oppure servizi internazionali di trasporto (art. 12, comma 3 d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Le incoerenze interne all'art. 4-*bis* sono da tempo denunciate: v. per tutti G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carcerario: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 59 ss.

²¹⁰ Sui problemi posti dalla nuova lista “aperta” dei reati ostativi per connessione e sul possibile contrasto con Corte cost., sent. 27 luglio 1994, n. 361, v. Consiglio Superiore della Magistratura, *Parere sul D.L. 31 ottobre 2022, n. 162, contenente disposizioni di particolare rilevanza per il sistema giudiziario*, delibera 22 dicembre 2022, 7 ss. Le ripercussioni sui severi oneri di allegazione imposti al condannato di reato connesso, che potrebbe essere rimasto del tutto estraneo all'organizzazione criminale ed essere stato coinvolto solo occasionalmente e marginalmente negli episodi delittuosi ad essa collegati, sono evidenziate da R. DE VITO, *Finisce davvero il “fine pena mai”?*, cit.

²¹¹ Protocollo d'intesa del 29 dicembre 2022 tra Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo ed i Procuratori distrettuali della Repubblica, reperibile in *Sist. pen.*, 5 maggio 2023. A commento, v. G. FILOCAMO, *Nuovo art. 4-bis ord. penit.: il Protocollo operativo della DNAA e i risvolti applicativi del “regime probatorio rafforzato” per i condannati non collaboranti*, *ivi*, 2023, f. 5., 213 ss.

il numero (seppur ridotto ai reati di primissima fascia) delle persone soggette alla disciplina dell'art. 4-*bis*, mai calcolato e perciò sempre rimasto sommerso²¹², mentre sarebbe fondamentale percepire la vastità del fenomeno preclusivo.

Queste informazioni non devono tuttavia limitarsi, come troppo spesso accade, ad evocare il profilo criminale dell'istante e la perdurante operatività dell'organizzazione a cui apparteneva: il primo dato è infatti imm modificabile, appartenendo al passato; il secondo, pur rilevante, è indipendente dalla volontà dell'interessato e del tutto sottratto alla sua sfera di potere. Il gruppo criminale può certo sopravvivere nel tempo ma non è detto che dopo decenni dai fatti sia propenso a riaccogliere il già affiliato, né, soprattutto, che questi intenda farvi rientro. I contenuti dei *dossier* inviati dagli inquirenti vanno perciò necessariamente aggiornati e individualizzati, dovendo recare specificazioni – queste sì preziose per la magistratura di sorveglianza – su eventuali tentativi di riavvicinare il condannato, su movimentazioni atte a prepararne il ritorno, su plausibili ruoli che potrebbero ancora essergli assegnati in seno al sodalizio. In ogni caso il giudice non potrebbe appagarsi di informazioni radicate nel passato o non riferibili direttamente alla situazione corrente del detenuto; altrimenti, come di nuovo la giurisprudenza di legittimità ha sottolineato, la disciplina in esame striderebbe ancora con i postulati del principio risocializzativo e con i tratti propri del giudizio di sorveglianza: il trascorso delittuoso, che d'altra parte è ben noto all'organo giudicante, deve porsi «in bilanciamento con il percorso rieducativo» e non può essere «pregiudizialmente assorbente delle verifiche cui è tenuto il giudice di sorveglianza, la cui funzione altrimenti sarebbe svilita e ridotta a quella di mera constatazione dell'insuperabile gravità dei delitti commessi dal condannato»²¹³. Se il profilo criminale del reo fosse sempre soverchiante rispetto al tempo della riabilitazione rientrerebbe insomma dalla finestra la presunzione assoluta d'irrecuperabilità che la Corte costituzionale ed europea hanno inteso espungere dal sistema.

La magistratura di sorveglianza non dovrà poi dar per provata qualunque segnalazione ricevuta, con atteggiamento condiscendente o remissivo. Ove ad esempio le venisse offerto, come si evince dal tenore del Protocollo, il risultato di mere consultazioni delle banche dati a disposizione delle procure antimafia, la cautela valutativa sarebbe d'obbligo. Simili elementi hanno il valore di meri spunti investigativi, o fungono da sprone per il coordinamento tra inquirenti, ma

²¹² Ne tenta una stima D. GALLIANI, *Il decreto-legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sist. pen.*, 21 novembre 2022.

²¹³ Sono le parole limpide e del tutto condivisibili di Cass., Sez. V, sent. 28 febbraio 2022, n. 19536, Barranca, cit.

non sono basi conoscitive solide e verificate, da accettare pedissequamente in giudizio come per forza convincenti. Quando è in gioco il fondamentale diritto alla speranza dei condannati il materiale prospettato va sottoposto a vagli rigosi. Sep-pure in fase esecutiva si rinunci (purtroppo) al *gold standard* del contraddittorio nella formazione della prova, ciò non significa che ogni prospettazione pervenu-ta dagli organi inquirenti vada accolta come incontrovertibile. Occorrerà perciò indagare l'origine delle informazioni ricevute, distinguere la fase (processuale, investigativa o pre-procedimentale) in cui sono emerse, considerarne le modalità di acquisizione e in ogni caso verificarne la tenuta dimostrativa.

Il forte peso che il passato del detenuto conserva in questa delicata fase deci-soria trapela anche dalla disciplina del parere da richiedere al pubblico ministero del primo grado di giudizio²¹⁴. Viene da domandarsi cosa possa aggiungere que-sto interlocutore a quanto risulta cristallizzato nella sentenza definitiva, casomai frutto dello scrutinio di più giudici d'impugnazione. Sulla ricostruzione dei fatti, dopo il giudicato, non fa più fede la visione dell'accusa, specie di primo grado, ma la verità processuale è quella ricostruita dal dispositivo e dalla motivazione della pronuncia irrevocabile. Se scopo dell'interpello è invece ottenere aggiornamenti su possibili vicende successive e collegate, non è affatto detto che gli stessi pubbli-ci ministeri siano chiamati ad occuparsene, date le complesse regole che radicano la cognizione delle cause²¹⁵. La previsione sembra piuttosto esprimere una sorta di concezione proprietaria delle procure sui condannati nei cui confronti hanno proceduto, anche in tempi ormai lontani; concezione, trapelante anche dall'art. 4-*bis*, comma 2-*ter* ord. penit., che non si addice a una funzione impersonale come quella del pubblico ministero.

Senza dubbio utili possono dimostrarsi le indagini sui redditi, i beni, il tenore di vita dei familiari dell'istante²¹⁶. La legge le prevede tuttavia in maniera indiffe-renziata, anche per reati per i quali simili approfondimenti non sembrano assu-mere particolare significato, come ad esempio la pedopornografia, o la violenza

²¹⁴ Art. 4-*bis* comma 2, quinto periodo ord. penit. Nulla esclude, oltretutto, che proprio in primo grado il processo si sia concluso con un proscioglimento (v. F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis*, cit.; F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piove*, cit., 49).

²¹⁵ Sebbene il riferimento a veri e propri "pareri" induca a ritenere che nella comunica-zione vadano incluse componenti valutative, che E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *Sist. pen.*, 7 novembre 2022, ritiene inopportuno non siano riservate al giudice. V. anche ID., *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1499.

²¹⁶ Anch'esse contemplate dal quinto periodo del comma 2 dell'art. 4-*bis* ord. penit. e che la Procura nazionale antimafia e antiterrorismo affida allo SCICO della Guardia di Finanza e alla polizia giudiziaria eventualmente impegnata in attività investigative «sul contesto associa-tivo riferibile al detenuto istante» (così il Protocollo citato in nota 38).

sessuale di gruppo. La disposizione, che indica come obiettivo delle inchieste patrimoniali non solo gli appartenenti al nucleo familiare del reo, ma anche «le persone ad esso collegate» traccia inoltre un orizzonte applicativo talmente vago e dilatato da rendere le attività previste ingiustificate e probabilmente irrealizzabili. Le persone che entrano genericamente in relazione con una famiglia possono essere centinaia, giacché non si specifica quanto intensi debbano essere i vincoli o i contatti tra i conoscenti. Ma soprattutto, ed è l'aspetto più inquietante della previsione, il fondamento di un simile potere statale di avviare indagini a tappeto sulle condizioni patrimoniali ed economiche di persone ignare e non coinvolte in vicende penali appare non sufficientemente saldo e convincente, date la sua estensione e l'occasione del suo conferimento: gli accertamenti richiesti scattano, indistintamente e ineluttabilmente, solo perché qualcuno ha l'avventura di conoscere un familiare di una persona detenuta che abbia chiesto un permesso, il lavoro all'esterno o una misura alternativa. La norma consegna in tal modo alle pubbliche autorità un potere intenso e pervasivo che non sembra rispettoso dei canoni di proporzione. Anche in questo caso, la disposizione sarebbe stata, invero, del tutto condivisibile se la sua formulazione ne avesse assicurato maggiore determinatezza e se avesse offerto alla magistratura di sorveglianza la *possibilità* di disporre simili inchieste, *all'occorrenza* e non in via obbligata. È infatti ben possibile che in certi casi, specie per delitti di stampo mafioso, verifiche patrimoniali accurate possano disvelare legami ancora vitali, o fornire segnali di preparazione del rientro dell'affiliato nel gruppo criminale. Ma l'obbligo di simili istruttorie, insieme al vaporoso concetto di "collegamenti" con un certo nucleo familiare, finiscono per trasformare uno strumento prezioso, se opportunamente dosato a seconda della specificità dei casi concreti, in un potere eccessivo e irragionevole. Anche questa sarà pertanto una norma da ridimensionare in sede interpretativa, o sarà la forza della realtà a smussarne comunque i confini.

La prevista messe di indagini, pareri, verifiche è da replicare trimestralmente per le misure che comportano ripetuti ingressi e uscite dal carcere, come lavoro all'esterno e permessi premio²¹⁷. L'obbligo di meccanica reiterazione produrrà inevitabili ripercussioni sulla continuità dei percorsi trattamentali, che risulteranno di fatto rallentati e disseminati di lunghe stasi. L'endemica scarsità di risorse che connota la giurisdizione di sorveglianza già oggi rende estremamente laboriose, anche fuori dai regimi speciali, le decisioni sui primi contatti con l'ambiente esterno, con un recupero di fluidità nelle valutazioni successive. Nei casi in esame gli ostacoli giuridici si salderanno con quelli pratici, organizzativi, umani, con un'alleanza che sembra quasi sperata dalla legge.

²¹⁷ Art. 4-*bis* comma 2-*bis*.I ord. penit.

Se poi da tutto questo dispiegamento imponente di mezzi e forze emergessero meri “indizi” di possibili legami col tessuto criminale, graverebbe oggi sul condannato, recluso in carcere e con minime possibilità di raccolta di elementi a favore, un paradossale onere di dar “prova” del contrario²¹⁸. Lo squilibrio anche giuridico tra gradi di conoscenza ammessi (quello inferiore, accettato per pubblici ministeri e organi di polizia) e pretesi (quello superiore, richiesto al detenuto) non potrà che essere sanato e appianato dalla giurisprudenza di sorveglianza. Gli approdi, ormai pacifici, sulla ripartizione tra obblighi di allegazione dell’istante e doveri di integrazione officiosa dell’accertamento ad opera del giudice²¹⁹ dovranno essere ancora una volta riproposti, giacché resta immutata la struttura del rito così come il deficit di possibilità dimostrative praticabili dal condannato. Seppure lo slittamento da concetti più elastici, come quello di elementi tali da escludere la sussistenza di collegamenti o il rischio del loro ripristino, a categorie più nette, come il vero e proprio “onere” di «fornire, entro un congruo termine, idonei elementi di prova contraria» potrebbero rendere più difficoltose mitigazioni giurisprudenziali della rigidità normativa.

²¹⁸ Art. 4-*bis* comma 2, nono periodo ord. penit. Il requisito è stato acriticamente mutuato da un passaggio (§ 9) di Corte cost., sent. n. 253 del 2019, che a sua volta lo giustificava richiamando approdi giurisprudenziali risalenti (Cass., Sez. I, 13 aprile 1992 n. 1639, Giampalolo, in *CED Cass.* n. 190111) e in verità pronunciati a favore del condannato. Nella sentenza citata, difatti, la Corte di cassazione chiariva che la concessione di un beneficio non poteva essere esclusa «solo sulla base di un apodittico ed immotivato parere negativo del comitato provinciale per l’ordine e la sicurezza pubblica (al quale in realtà non compete di formulare ‘pareri’ ma solo di fungere da tramite per l’acquisizione delle ‘dettagliate informazioni’ di cui al secondo comma dell’art. 1 del citato D.L. n. 152/91)», dovendo invece il giudice «quanto meno prendere in esame anche gli elementi eventualmente adottati dalla difesa, volti a dimostrare, in positivo, la insussistenza dei collegamenti».

²¹⁹ La giurisprudenza, ormai consolidata, sulla possibilità di pretendere dalle persone detenute soli oneri di allegazione si è sviluppata in materia di collaborazione impossibile e inesigibile (v. ad es. Cass., Sez. I, sent. 12 ottobre 2017, n. 47044, Sorice, in *CED Cass.* n. 271474; Cass. Sez. I, sent. 8 luglio 2019, n. 29869, Lamberti in *CED Cass.* n. 276405) ed è stata confermata dalle più recenti pronunce successive a Corte cost., sent. n. 253 del 2019 con riguardo ai parametri fissati dalla pronuncia per la concessione al non collaborante per scelta dei permessi premio (Cass., Sez., I, 14 luglio 2021, n. 33743, cit.). È stato così chiarito che l’interessato è chiamato a produrre “indicazioni di massima” dal valore antagonista rispetto alla presunzione della sua pericolosità che devono essere sì specifiche ma non complete, spettando al giudice il compito di integrarle mediante l’esercizio dei suoi poteri officiosi. V. F. GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell’ergastolano non collaborante*, in *Sist. pen.*, 20 settembre 2021.

6. La pronuncia del giudice e le ingerenze della legge: i segnali di un rapporto ancora sbilanciato

La legge, dopo aver guidato passo-passo la magistratura di sorveglianza nelle scelte da adottare, con l'enunciazione dei temi di prova, i cataloghi degli indici dimostrativi, i vincoli all'attività istruttoria, esige anche obblighi motivazionali rafforzati²²⁰. V'è da supporre che, anche in assenza dell'esplicita condizione normativa, le pronunce in una materia così delicata sarebbero state accurate nel dar conto delle ragioni a loro fondamento e degli elementi eventualmente disattesi²²¹. La forma dell'ordinanza, del resto, esige già una esplicitazione compiuta dei passaggi che preludono alla decisione. L'imposizione ha perciò il sapore di un ulteriore segnale di diffidente sfiducia verso la giurisdizione rieducativa, a cui si impartisce una sorta di occhiuta pedagogia.

Con lo stesso intento d'ingerirsi anche nel tenore della pronuncia giudiziaria, la riforma impone specifici contenuti alla speciale libertà vigilata decennale, misura di controllo da impartire agli ergastolani che ottengano la liberazione condizionale senza aver collaborato con la giustizia. Invece di lasciare al giudice, come vorrebbe l'art. 228 c.p., l'individuazione delle prescrizioni più idonee nel caso concreto ad evitare la commissione di reati, è la legge ad imporre dall'alto e in via generale un netto divieto d'incontro, e di qualsiasi contatto, con persone condannate per una lunga lista di reati o sottoposte a misure di prevenzione personali²²². Si è di nuovo al cospetto di una norma che, per assolutezza e rigidità, travalica i limiti che il potere statale può esercitare sugli individui: si finisce infatti per impedire al liberato condizionalmente di mantenere rapporti anche con il suo nucleo familiare più stretto, ove uno dei prossimi congiunti sia stato, anche in un passato lontano, coinvolto in una vicenda penale, o sia attualmente sottoposto alle misure previste dal codice antimafia. Non si fa eccezione nemmeno per genitori, figli o coniugi, né si tiene conto di eventuali provvedimenti di riabilitazione nel frattempo intervenuti, laddove i detenuti, e anche quelli ristretti al 41-*bis*, possono coltivare gli affetti familiari senza condizioni di questo genere. Il comune obbligo giudiziale di «non frequentare pregiudicati», modulabile nei singoli casi concreti, diviene norma valevole *erga omnes* e senza eccezioni. La disciplina dei reati ostativi continua così a non trovare un sano punto di equili-

²²⁰ Il decimo periodo dell'art. 4-*bis* comma 2 ord. penit. impone al giudice di indicare in modo specifico le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza, soffermandosi obbligatoriamente sui pareri delle procure.

²²¹ F. GIANFILIPPI, *op. cit.*, osserva giustamente che ciò non è altro che «il cuore del mestiere del giudice».

²²² Art. 2 comma 2, secondo periodo l. n. 203 del 1991.

brio tra i compiti propri della legge e quelli tipici del giudice²²³, che in materia di libertà personale – della sua privazione così come della sua restituzione – dovrebbero secondo la Costituzione essere distribuiti senza che i primi si sostituiscano ai secondi, e viceversa. Accade infatti che, finché il procedimento è in corso e si tratta di decidere sulla perdita della libertà, è il giudice che tende a travalicare limiti della legalità processuale; dopo il giudicato, quando occorre invece valutare se le restrizioni imposte debbano attenuarsi, è il legislatore a confinare la magistratura in recinti irragionevolmente angusti, come la ricchissima giurisprudenza costituzionale in materia di ordinamento penitenziario continua da decenni a rilevare. Come si è visto, la recente riforma, pur chiamata dalle Corti ad ammorbidire le ristrettezze normative, utilizza una tecnica mista per salvaguardare il più possibile la forza impeditiva delle ostatività: cosparge di freni i passaggi della decisione liberatoria e al contempo allarga a dismisura le clausole che consentono di mantenere il condannato in stato detentivo (il «contesto», i «legami indiretti», le «circostanze personali e ambientali»).

In fondo, anche l'innalzamento dei tempi necessari all'ergastolano non collaborante per avanzare istanza di liberazione condizionale²²⁴, oltre a incrementare l'allontanamento dalle soglie indicate dalla giurisprudenza della Corte europea per il riesame sulla pretesa punitiva²²⁵, sembra voler neutralizzare, seppure in via indiretta, gli effetti di un ulteriore spazio di valutazione giudiziale sui concreti progressi rieducativi, quello cadenzato della liberazione anticipata, e così assicurare periodi oltremodo prolungati di effettivo soggiorno in carcere. La scelta le-

²²³ Cfr. D. GALLIANI, *Una cinquina di problemi in materia di ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1523, che ritiene si poggino in questo campo questioni di rispetto della separazione dei poteri. Sul problematico rapporto tra legge e giurisdizione nei sistemi presuntivi v. altresì F. DELVECCHIO, *op. cit.*, 5 ss.

²²⁴ Che può chiedere la liberazione condizionale, nei casi di cui all'art. 4-*bis* comma 1, dopo trent'anni di pena (così dispone il novellato art. 2 comma 2 della l. 15 luglio 1991, n. 203). Ravvisa profili di irragionevolezza, comparando tale soglia con quella prevista per la collaborazione qualificata con la giustizia di cui alla l. 15 marzo 1991, n. 82, così come modificata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45 (art. 16-*nonies*), E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato*, cit., 7.

²²⁵ V. Corte EDU, § 117, 118 e 120, ove «dagli elementi di diritto comparato e di diritto internazionale» viene ricavata «una netta tendenza in favore della creazione di un meccanismo speciale che garantisca un primo riesame entro un termine massimo di venticinque anni da quando la pena perpetua è stata inflitta, e poi, successivamente, dei riesami periodici». Su tale parametro, v. tra gli altri E. FASSONE, *Fine pena ora. Appendice*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 215 ss. e 218 ss.; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato*, cit., 7 ss., che prospetta vizi di illegittimità costituzionale per mancato rispetto dell'art. 117 Cost. a causa del distacco dalle indicazioni sovranazionali.

gislativa ha l'aria di un *escamotage* per aggirare la sentenza costituzionale 11 luglio 2018, n. 149, che aveva censurato l'“arco temporale assai esteso” (ventisei anni) di ininterrotta reclusione per i colpevoli di reati gravissimi²²⁶.

Per la Corte, quella fu l'occasione per dipingere in modo mirabile il senso del finalismo rieducativo, che impone di riconoscere in ogni essere umano, a prescindere dalla gravità del reato commesso, una possibilità di cambiamento. È questa, del resto, la forza dello Stato di diritto, in grado di non eccedere nell'esercizio del suo potere anche di fronte a fatti deprecabili che continuano a scuotere la coscienza collettiva. Il valore conferito alla dignità e all'umanità di ciascuno, così come la salvaguardia degli altri diritti fondamentali (anche di chi di quei fatti si sia reso responsabile) sono proprio i segni che marcano la più profonda distanza dalle logiche cupe e spietate delle organizzazioni criminali. Il superamento dell'ergastolo ostativo, e più in generale dei meccanismi presuntivi che bloccano la riabilitazione sociale, non è pertanto un cedimento nel contrasto ai delitti più allarmanti, bensì una prova di saldezza dell'architettura fondante il nostro ordinamento. Starà ora alla magistratura di sorveglianza e di legittimità far scorrere in queste norme, ora asfittiche, ora nebulose, la linfa della recente giurisprudenza costituzionale e, dove non sarà possibile per le loro eccessive strettoie, riconsegnare alla Corte il giudizio su una disciplina ancora estremamente problematica.

²²⁶ *Ex multis*, M. PELLISERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.; A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva*, in *GCost.*, 2018, 1646; F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del “doppio binario penitenziario” e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, *ivi*, 1657 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *DPC*, 18 luglio 2018.