

C J N

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



4/2021

## EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

## EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

## MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

## EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

## EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Risicato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157  
ANNO 2021 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

ATTUALITÀ	<b>Verso la legalizzazione dell'aiuto (medico) a morire? Considerazioni "multilivello"</b>	1
ACTUALIDAD	<i>¿Hacia la legalización del auxilio (médico) a morir? Consideraciones "multinivel"</i>	
CURRENT EVENTS	<i>Towards the Legalisation of (Medical) Aid to Die? "Multilevel" Considerations</i> Tiziana Vitarelli	
	<b>Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi</b>	33
	<i>El relanzamiento de las sanciones sustitutivas en la "reforma Cartabia": una gran oportunidad pero no exenta de riesgos</i>	
	<i>Relaunching Alternative Sentences in the "Cartabia Reform": A Great Opportunity Not Without Risks</i> Davide Bianchi	
ESECUZIONE DELLA PENA E REATI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA	<b>Il "carcere duro" e gli internati in misura di sicurezza: qualche riflessione a margine di Corte cost. n. 197/2021</b>	50
EJECUCIÓN DE LA PENA Y DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADOS	<i>La "cárcel dura" y los internados por medidas de seguridad: algunas reflexiones a propósito de Corte Constitucional italiana n. 197/2021</i>	
EXECUTION OF SENTENCES AND ORGANISED CRIME	<i>The "Hard Prison" and Detainees Under Securities Measures: Reflections on Judgment nn. 197/2021 by the Italian Constitutional Court</i> Fabio Fiorentin	
	<b>Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?</b>	67
	<i>Delitos que impiden acceder a beneficios penitenciarios: ¿cuál es el futuro de la colaboración imposible o inexigible?</i>	
	<i>Impediment Crimes: What About Impossible or Unenforceable Cooperation?</i> Luciano Ciafardini	

<p>RESPONSABILITÀ DELL'ENTE</p> <p>RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS</p> <p>CORPORATE LIABILITY</p>	<p><b>Prospettive penalistiche del controllo a distanza sull'attività lavorativa nell'attuale contesto normativo e tecnologico</b></p> <p><i>Perspectivas de derecho penal sobre el control a distancia de la actividad laboral en el actual contexto regulatorio y tecnológico</i></p> <p><i>Criminal Law Perspectives of Remote Control on Work Activity in the Current Regulatory and Technological Context</i></p> <p>Attilio Nisco</p>	87
<p>IL FOCUS SU...</p> <p>EL ENFOQUE EN...</p> <p>FOCUS ON...</p>	<p><b>Messa alla prova e "colpa di reazione" dell'ente. Riflessioni critiche a partire da un recente intervento della giurisprudenza</b></p> <p><i>Libertad vigilada y "culpa corporativa reactiva". Consideraciones críticas que se desprenden de la jurisprudencia reciente</i></p> <p><i>Probation and "Reactive Corporate Fault". Critical Considerations Emerging from Recent Case Law</i></p> <p>Amalia Orsina</p>	111
<p>IL FOCUS SU...</p> <p>EL ENFOQUE EN...</p> <p>FOCUS ON...</p>	<p><b>Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri</b></p> <p><i>Estado de Derecho, garantías europeas de independencia judicial y cooperación en materias penales</i></p> <p><i>Rule of Law, European Safeguards of Judicial Independence and Cooperation in Criminal Matters: Pictures at an Exhibition in Fieri</i></p> <p>Gaetano De Amicis</p>	143
<p>IL FOCUS SU...</p> <p>EL ENFOQUE EN...</p> <p>FOCUS ON...</p>	<p><b>Il principio di <i>ne bis in idem</i> e i modelli punitivi "a doppio binario"</b></p> <p><i>El principio ne bis in idem y los modelos sancionatorios "a doble vía"</i></p> <p><i>The Ne Bis in Idem Principle and "Double Track" Sanctioning Systems</i></p> <p>Marco Scoletta</p>	180
<p>IL FOCUS SU...</p> <p>EL ENFOQUE EN...</p> <p>FOCUS ON...</p>	<p><b>La lunga strada della criminalizzazione dell'ecicidio: questioni giuridiche e dinamiche di effettività normativa e sociale</b></p> <p><i>El largo camino de la criminalización del ecicidio: cuestiones jurídicas y dinámicas de efectividad normativa y social</i></p> <p><i>The Criminalization of Ecocide: A Long Way Ahead. Legal Issues Faced with Regulatory and Social Effectiveness Dynamics</i></p> <p>Viola Molteni</p>	205

	<b>Aporie nella distinzione tra specialità per aggiunta e specialità per specificazione. Appunti per una rilettura critica della teoria strutturale del concorso apparente</b>	224
	<i>Aporías en la distinción entre especialidad por adición y especialidad por especificación. Notas para una reinterpretación crítica de la teoría estructural del concurso aparente</i>	
	<i>Aporias in the Distinction Between “Specialty by Addition” and “Specialty by Specification”. Notes for Rethinking the Structure of Apparent Concurrence of Criminal Norms</i>	
	Michele Spina	
<b>LA DISINFORMAZIONE TRA POLITICA E DIRITTO</b>	<b>Disinformazione e politiche pubbliche: una introduzione</b>	248
	<i>Desinformación y políticas públicas: una introducción</i>	
	<i>Disinformation and Public Policies: An Introduction</i>	
<i>LA DESINFORMACIÓN ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO</i>	Antonio Gullo, Giovanni Piccirilli	
<i>DISINFORMATION BETWEEN POLITICS AND LAW</i>	<b>La disinformazione: profili regolatori e policy</b>	251
	<i>Desinformación: aspectos normativos y políticos</i>	
	<i>Disinformation: Regulatory and Policy Issues</i>	
	Marco Galimberti	
	<b>Disinformazione e responsabilità delle piattaforme.</b>	282
	<b>Obblighi di attivazione e misure di compliance</b>	
	<i>La desinformación y la responsabilidad de las plataformas.</i>	
	<i>Obligaciones y formas de compliance</i>	
	<i>Disinformation and Platforms Liability.</i>	
	<i>Obligations and Compliance Requirements</i>	
	Luca D’Agostino	
	<b>Punire la disinformazione: il ruolo del diritto penale e delle misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme tra pubblico e privato</b>	304
	<i>Reprimir la desinformación: el uso del derecho penal y las iniciativas de moderación de contenidos de las plataformas entre el sector público y el privado</i>	
	<i>Punishing Disinformation: The Role of Criminal Law and Platforms’ Content Moderation Between Public and Private Sectors</i>	
	Emanuele Birritteri	

ESECUZIONE DELLA PENA E REATI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA  
*EJECUCIÓN DE LA PENA Y DELITOS DE CRIMEN ORGANIZADOS*  
*EXECUTION OF SENTENCES AND ORGANISED CRIME*

- 50 **Il “carcere duro” e gli internati in misura di sicurezza: qualche riflessione a margine di Corte cost. n. 197/2021**

*La “cárcel dura” y los internados por medidas de seguridad: algunas reflexiones a propósito de Corte Constitucional italiana n. 197/2021*

*The “Hard Prison” and Detainees Under Securities Measures: Reflections on Judgment nn. 197/2021 by the Italian Constitutional Court*

Fabio Fiorentin

- 67 **Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?**

*Delitos que impiden acceder a beneficios penitenciarios: ¿cuál es el futuro de la colaboración imposible o inexigible?*

*Impediment Crimes: What About Impossible or Unenforceable Cooperation?*

Luciano Ciafardini

# Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?

*Delitos que impiden acceder a beneficios penitenciarios:  
¿cuál es el futuro de la colaboración imposible o inexigible?*

*Impediment Crimes: What About Impossible  
or Unenforceable Cooperation?*

LUCIANO CIAFARDINI

*Magistrato ordinario. Assistente di studio presso la Corte costituzionale  
luciano.ciafardini@giustizia.it*

ESECUZIONE DELLA PENA,  
CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

EJECUCIÓN DE LA PENA,  
CRIMINALIDAD ORGANIZADA

EXECUTION OF CRIMINAL SANCTIONS,  
ORGANIZED CRIME

## ABSTRACTS

La Corte costituzionale torna sull'incandescente materia dell'ostatività penitenziaria che circonda gli autori di gravi reati, definendo i contorni del sistema scaturito dalla decisione con la quale lo stesso Giudice delle leggi, in relazione al solo permesso premio, aveva trasformato da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità ostativa al riconoscimento dei benefici, in tal modo consentendo di provare, per strade diverse dalla collaborazione con la giustizia, ma costellate da inediti ostacoli dimostrativi, la rescissione dei legami con la criminalità organizzata. All'interrogativo concernente la sopravvivenza dell'istituto della collaborazione "impossibile/inesigibile", in passato unica porta di accesso al permesso premio per il detenuto che non avesse cooperato con la giustizia, la sentenza n. 20 del 2022 fornisce una netta risposta affermativa. L'articolo ricostruisce il panorama normativo e giurisprudenziale di riferimento, per poi sviluppare gli argomenti esibiti dalla sentenza in commento, individuandone le ricadute sistematiche. Volge infine uno sguardo al futuro dell'istituto, alla luce del dibattito parlamentare in corso.

La Corte Constitucional italiana retoma el incandescente tema de la imposibilidad de acceder a beneficios penitenciarios, que afecta a los autores condenados por delitos graves, definiendo los contornos del sistema establecido por la misma corte en una sentencia que, referida a ciertos permisos penitenciarios, había transformado desde absoluta en relativa la presunción de peligrosidad que impedía el reconocimiento de los beneficios, permitiendo acreditar, de esta forma, la desaparición de los vínculos con el crimen organizado por vías distintas a la colaboración con la justicia. A la pregunta sobre la sobrevivencia de la institución de la cooperación "imposible o inexigible", que en el pasado era la única forma de acceder a beneficios penitenciarios para aquellos reclusos que no habían cooperado con la justicia, la sentencia n. 20 de 2022 da una clara respuesta afirmativa. El artículo reconstruye el marco legal y jurisprudencial de referencia, y luego desarrolla los argumentos presentados por la sentencia en cuestión, identificando sus consecuencias sistemáticas. Por último, examina el futuro de la institución, a la luz del debate parlamentario en curso.

The Italian Constitutional Court deals again with the glowing matter of impediments in the legislation on prisons for the perpetrators of serious offenses, shaping the rules established by the very same Court in the judgment on furlough for good behaviour, where the dangerousness presumption on which the impediment thereof is grounded was changed from absolute to relative, in order to allow the prisoner to demonstrate, not only through cooperation with the police/prosecutors but also with other difficult means, that there were no more ties to organized crime. As to the impossible or unenforceable cooperation, previously the only gateway to furlough for non-cooperating prisoners, the judgment no. 20 of 2022 affirms that such a provision is still in place. This paper reconstructs the relevant legal and case-law framework, then focusing on the arguments used by the said judgment, in order to point out its systemic effects. Finally, it is forecasted the future of the provision, in light of the ongoing parliamentary debate.

## SOMMARIO

1. Il *Big Bang*: la sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale. – 1.1. *In cauda venenum*: gli oneri dimostrativi addossati al detenuto non collaborante. – 2. Le reazioni dottrinarie al nuovo modello probatorio. – 3. La disciplina della collaborazione impossibile o inesigibile. – 3.1. Il regime probatorio della collaborazione “equipollente”. – 4. La collaborazione impossibile/inesigibile al cospetto della sentenza n. 253 del 2019: un inutile relitto storico? – 5. Le questioni di legittimità costituzionale sottoposte allo scrutinio del Giudice delle leggi. – 6. Una pretesa di intervento *in malam partem*? – 7. Non fondatezza della questione sollevata in riferimento all’art. 3 della Costituzione. – 7.1. Le diverse figure di non collaboranti all’interno delle macro-categorie dei “silenti per scelta” e dei “silenti loro malgrado”. – 8. L’inammissibilità della questione sollevata in riferimento all’art. 27 della Costituzione. – 9. Prospettive future.

## 1.

**Il Big Bang: la sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale.**

Con la sentenza n. 20 del 2022, la Corte costituzionale garantisce (almeno per ora) la sopravvivenza dello speciale regime dettato dal comma 1-*bis* dell’art. 4-*bis* della legge di ordinamento penitenziario 26 luglio 1975, n. 354 (di seguito: ordin. penit.) in tema di collaborazione impossibile o inesigibile, messo in discussione – almeno in relazione all’istituto dei permessi premio – dal Magistrato di sorveglianza di Padova.

Per comprendere la genesi dei dubbi di costituzionalità dissipati dalla sentenza in esame, occorre fare un passo indietro, fino al momento in cui il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 253 del 2019, decide – come è stato icasticamente osservato<sup>1</sup> – di aprire una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria.

Come noto, l’art. 4-*bis* ordin. penit. pone rigorosi sbarramenti all’accesso ai benefici penitenziari per i detenuti in espiazione di pene concernenti determinati reati, definiti, proprio per questa ragione, “ostativi”.

Nel sistema originario introdotto dal decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, come convertito, nei confronti dei condannati per reati particolarmente gravi previsti dal primo comma<sup>2</sup>, l’assegnazione al lavoro all’esterno (art. 21 ordin. penit.), i permessi premio (art. 30-*ter* ordin. penit) e le misure alternative alla detenzione<sup>3</sup>, ad eccezione della liberazione anticipata, potevano essere concessi solo dopo l’acquisizione di «elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva».

La strage di Capaci del 23 maggio 1992 produce un inasprimento della risposta punitiva dello Stato al dilagare della violenza mafiosa, sicché, con il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 356, come convertito, si stabilisce che, nei confronti dei condannati per i suddetti reati, i citati benefici penitenziari possano essere accordati nei soli casi di collaborazione con la giustizia, prestata ai sensi dell’art. 58-*ter* del medesimo ordinamento penitenziario<sup>4</sup> e che il legislatore considera come unica condotta idonea a dimostrare, *per facta concludentia*, l’intervenuta rescissione dei legami con la criminalità organizzata.

Al contrario, la mancata collaborazione con la giustizia fonda la presunzione assoluta che i collegamenti con l’organizzazione criminale siano ancora mantenuti, con conseguente preclusione di accesso agli ordinari benefici penitenziari, in forza della permanente pericolosità del condannato.

Su questo impianto, rimasto sostanzialmente inalterato per quasi due decenni, interviene la sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale<sup>5</sup>, interpellata per il prospettato contrasto

<sup>1</sup> PUGIOTTO (2020), p. 160.

<sup>2</sup> Comprendenti l’associazione di tipo mafioso, i relativi “delitti-satellite”, il sequestro di persona a scopo di estorsione e l’associazione finalizzata al narcotraffico.

<sup>3</sup> Sono previste dagli artt. 47 e seguenti ordin. penit.: affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, nelle sue varie articolazioni, e semilibertà.

<sup>4</sup> Ai sensi dell’art. 58-*ter* ordin. penit., la collaborazione è accertata dal tribunale di sorveglianza nei confronti di coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori oppure 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. L’accertamento dell’utile collaborazione con la giustizia deve essere specificamente riferito ai reati oggetto della condanna in relazione alla quale il beneficio è richiesto e, in tale contesto, non può essere limitato soltanto a quelli ostativi, dovendo invece essere esteso a tutti i reati agli stessi finalisticamente collegati (*ex multis*, Cass. pen., sez. I, 12 marzo 2021, n. 9894). Non rilevano i motivi che hanno spinto il condannato a collaborare, né il reale pentimento e neppure la spontaneità del contributo informativo offerto, purché la collaborazione sia piena e la volontà di collaborare certa (in tal senso, Marandola (2019), p. 69).

<sup>5</sup> Si tratta di una tra le pronunce più commentate del Giudice delle leggi. Senza alcuna pretesa di esaustività, basti ricordare i seguenti contributi: PUGIOTTO (2019), pp. 3321 ss.; RUOTOLO (2019); PELISSERO (2020), pp. 1-20; FIORENTIN (2020), pp. 1019-1029; GIANFILIPPI

con gli articoli 3 e 27 della Costituzione del sistema illustrato, nella parte in cui esclude il condannato, che non abbia collaborato con la giustizia, dalla possibilità di fruire di un permesso premio.

*Petiturum* limitato alla disciplina dell'istituto contemplato dall'art. 30-*bis* ordin. penit., dunque, ma sufficiente ad innescare un vero e proprio movimento tellurico, destinato a propagare le proprie onde – come si dirà – non solo sul terreno giurisprudenziale e dottrinario, ma anche in campo legislativo.

Pur rimanendo strettamente aderente al *thema decidendum* delimitato dal perimetro delle ordinanze di remissione della Corte di cassazione e del Tribunale di sorveglianza di Perugia, volte a scardinare il sistema fondato sulla presunzione assoluta di cui si è detto, la Corte (punto 8. del *Considerato in diritto*) motiva in termini molto articolati la decisione di accoglimento, partendo dall'osservazione secondo cui «[n]on è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima», quanto piuttosto il suo carattere assoluto.

Non è questa la sede per ripercorrere approfonditamente i passaggi fondamentali dell'orbito motivazionale che sorregge la pronuncia.

In funzione delle considerazioni che ci si prefigge di sviluppare, è sufficiente qui ricordare che, per la Corte costituzionale, «l'assolutezza della presunzione si basa su una generalizzazione che può essere, invece, contraddetta, a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza»<sup>6</sup>.

La Corte, quindi, è ben consapevole che l'appartenenza ad una associazione di stampo mafioso, ancora oggi, implica un'adesione stabile e duratura ad un sodalizio criminoso. Rileva, tuttavia, che il trascorrere del tempo, nella fase di esecuzione della pena, può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere. Di qui la necessità di riconoscere carattere solo relativo alla presunzione di pericolosità posta a base del divieto di concessione del permesso premio al detenuto che abbia scelto di non collaborare con la giustizia, senza che tale ultima circostanza possa fungere da impedimento alla valutazione in concreto dell'evoluzione della sua personalità.

In definitiva, se non è irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, è tuttavia necessario, in ossequio ai principi scolpiti negli articoli 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, consentire che tale presunzione possa essere vinta da prova contraria.

## 1.1.

### In cauda venenum: gli oneri dimostrativi addossati al detenuto non collaborante.

La consapevolezza della peculiare natura dei reati di criminalità organizzata e della perdurante non irragionevolezza della presunzione di pericolosità (pur se non più assoluta) del detenuto non collaborante induce la Corte (sent. n. 253/2019, punto 9. del *Considerato in diritto*) ad introdurre un particolare – e più rigoroso – standard probatorio per la concessione del permesso premio, nei casi di esercizio della facoltà di non collaborare con la giustizia.

In queste ipotesi, il superamento della presunzione di pericolosità sociale non può dipen-

(2021b); BORTOLATO (2020), pp. 632-641; CHIAVARIO (2020), pp. 211-225; DE VITO (2020), pp. 349-352; CIRIOLI (2020), pp. 227-251; DODARO (2020), pp. 259-279; MAZZUCA (2020), pp. 84-99; MENGHINI (2020), pp. 410-418; MENGOLZI (2020), pp. 354-376; TALINI (2019); CERASE (2020), pp. 175-186; SANTANGELO (2020), pp. 2777-2798.

<sup>6</sup> A quella appena indicata si aggiungono altre due importanti *rationes decidendi*. La Corte, infatti, è conscia del fatto che all'assolutezza della presunzione sono sottese anche esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva. Tuttavia, ritiene che un conto sia l'attribuzione, questa sì ragionevole, di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, indice del presumibile abbandono dell'originario sodalizio criminale; ben altra cosa è, invece, l'infissione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante, presunto *iuris et de iure* quale persona socialmente pericolosa, perché ancora allacciata al crimine organizzato, con un effetto di aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, come conseguenza dell'esercizio della facoltà – che l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto – di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato. In secondo luogo, l'assolutezza della presunzione impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, in quanto impone al magistrato di sorveglianza di dichiarare inammissibile la richiesta di permesso premio, senza consentire una valutazione in concreto e individualizzata della condizione del detenuto – secondo un canone già ritenuto dalla Corte stessa (C. cost., sent. n. 149/2018) costituzionalmente vincolante nella materia dei benefici penitenziari, soprattutto al cospetto di presunzioni di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso (C. cost., sent. n. 90/2017) – e impedendo anche di valutare le ragioni che hanno indotto il detenuto a mantenere il silenzio.

dere dalla sola regolare condotta carceraria o dalla mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno da una mera e declamata dissociazione, ma, nel pensiero del Giudice delle leggi, può determinarsi solo in forza dell'acquisizione di «altri, congrui e specifici elementi», ricavabili dall'intero tessuto normativo imbastito dall'art. 4-*bis* ordin. penit.

E così, la Corte ricorda come la versione originaria dell'art. 4-*bis*, anteriore dell'introduzione del decisivo requisito della collaborazione con la giustizia, imponeva – alla stregua di un «parametro probatorio particolarmente elevato» – l'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva», disegnando, per i reati contemplati dal primo comma, «un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (sentenza n. 68 del 1995)».

Introdotta il regime ostativo per i detenuti non collaboranti, tale standard probatorio rigoroso è sopravvissuto nel comma 1-*bis*, che governa la concessione dei benefici in favore dei detenuti che abbiano ottenuto l'accertamento dell'impossibilità (o inesigibilità) della collaborazione.

Una volta eliminata la preclusione assoluta alla concessione dei permessi premio, per la Corte è allora naturale applicare – ai detenuti che scelgano di non prestare una collaborazione ancora possibile – la medesima regola, incentrata sull'acquisizione di stringenti informazioni in merito all'eventuale permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

Eppure, l'acquisizione di tali elementi, pur essendo fattore imprescindibile, non è ancora considerata sufficiente.

È questa la parte più “creativa” della sentenza della Corte, secondo la quale il regime probatorio rafforzato deve altresì estendersi all'acquisizione di elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il rischio di un loro recupero.

Si tratta di un'aggiunta di straordinario rilievo, che viene trasposta direttamente nel dispositivo della sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, ordin. penit., nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti ivi indicati possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia, appunto, il pericolo del ripristino di tali collegamenti.

Se questo è l'effetto additivo sulla disposizione di ordinamento giudiziario, di non minore impatto – nell'applicazione giurisprudenziale e nel dibattito dottrinario – sono risultate le “direttive” impartite dalla Corte nella parte di motivazione che sorregge l'enunciato in dispositivo.

Viene infatti addossato allo stesso condannato che richieda il beneficio un onere di «specifica allegazione», avente ad oggetto l'esclusione sia dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata che del pericolo di un loro ripristino.

Si tratta di una regola del tutto nuova, che la Corte forgia sicuramente ispirandosi al modello della collaborazione impossibile o inesigibile – come mostra il richiamo ad alcune sentenze di legittimità a quest'ultimo istituto riferite – ma che viene nettamente irrigidito, come si vedrà.

Assolutamente inedita, invece, è l'appendice finale del paragrafo dedicato all'impegno dimostrativo ricadente sul detenuto: se le informazioni pervenute dal comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongono in senso negativo, incombe non il solo onere di allegazione degli elementi a favore, ma anche quello di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno.

## 2.

### Le reazioni dottrinarie al nuovo modello probatorio.

La sentenza n. 253 del 2019 è stata generalmente salutata con favore dalla dottrina specialistica, che l'ha accolta come «decisione “storica” dal grande impatto sistematico»<sup>7</sup> o come «rivoluzione copernicana»<sup>8</sup>, quanto al profilo del superamento dell'assolutezza della presunzione di pericolosità in caso di scelta del detenuto di non collaborare con la giustizia.

Venati di preoccupazione, invece, sono apparsi i commenti in ordine alle indicazioni impartite sui “temi di prova” da approfondire per il superamento della presunzione di pericolosità

<sup>7</sup> FIORENTIN (2020), p. 1019.

<sup>8</sup> MANCA (2020), p. 111.

(ora non più assoluta).

In particolare, con riferimento all'onere di fornire veri e propri elementi di prova a sostegno dell'istanza di concessione del permesso premio, nel caso in cui le informazioni pervenute dagli organi preposti depongano in senso negativo, si è sottolineato il carattere di novità assoluta nel campo delle procedure di sorveglianza, in cui mai si è posto a carico del detenuto un onere della prova in senso proprio: anzi, nella materia dei benefici penitenziari (che involge precipuamente la valutazione della persona), la posizione di "lontananza" del detenuto dalle fonti di prova – essenzialmente di natura documentale e governate dall'amministrazione penitenziaria, dal servizio sanitario e dall'autorità giudiziaria – ha sempre fatto ritenere che «in capo al detenuto non potesse esigersi più che, appunto, la mera indicazione di "elementi" a sostegno della propria richiesta»<sup>9</sup>. E così, vi è chi arriva a bollare l'*addendum* come mera espressione di una «prospettiva securitaria»<sup>10</sup>.

Ancora, si è evidenziato che, con il *novum* in punto di regime probatorio, definito come «la parte meno "felice" della motivazione»<sup>11</sup>, la Corte arriva di fatto a neutralizzare la grande apertura che costituisce il substrato della pronuncia<sup>12</sup>, confinando la concessione di un permesso premio al detenuto per reati di criminalità organizzata «nel limbo delle sole cose possibili e, più concretamente, molto improbabili»<sup>13</sup>.

Altri ancora si limitano a sottolineare che il nuovo requisito richiesto dalla Corte costituisce un elemento «di davvero difficile definizione»<sup>14</sup>, tanto da far ritenere che il criterio così introdotto evochi «sciamiche capacità predittive»<sup>15</sup>, visto che si richiede «di provare che continuerà a non esistere ciò che oggi non c'è»<sup>16</sup>.

Di «"sacra" ma mera affermazione di principio» ragiona chi<sup>17</sup> osserva che «quasi mai» le autorità interpellate dal magistrato di sorveglianza escludono un pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, sicché il detenuto dovrebbe sempre fornire la relativa prova. A tale ultimo proposito, diffusa è l'opinione secondo cui si tratterebbe di una vera e propria *probatio diabolica*<sup>18</sup> se non proprio «impossibile»<sup>19</sup>.

### 3. La disciplina della collaborazione impossibile o inesigibile.

Come era agevole pronosticare, la sentenza n. 253 del 2019 ha aperto ampi spazi di riflessione, che anche la giurisprudenza non ha tardato a riempire.

In particolare, il regime probatorio rigoroso, disegnato dalla Corte per il detenuto "non collaborante per sua scelta" che aspiri alla concessione di un permesso premio, diverge da quello già previsto dal comma 1-*bis* del medesimo art. 4-*bis* ordin. penit. per i casi di collaborazione impossibile o inesigibile, ossia dell'istituto che ora è necessario esaminare più approfonditamente.

Ai sensi della disposizione da ultimo citata, le misure e i benefici (tutti) previsti dal comma 1 possono essere concessi «altresì» ai detenuti o agli internati, per uno dei delitti ivi previsti, e sempre purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, in alcuni casi ben delineati, e precisamente quando tali detenuti o internati sono impossibilitati a collaborare utilmente con la giustizia e tale impossibilità derivi: a) dalla limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna (cosiddetta collaborazione "inesigibile"); b) dall'integrale accertamento dei fatti e delle responsabili-

<sup>9</sup> FIORENTIN (2020), p. 1025.

<sup>10</sup> MONGOZZI (2020), p. 17 ss.

<sup>11</sup> BORTOLATO (2020), p. 635.

<sup>12</sup> In tal senso, PELISSERO (2020), p. 12.

<sup>13</sup> BORTOLATO (2020), p. 636.

<sup>14</sup> MENGHINI (2020), p. 5; nello stesso senso, RUOTOLO (2019), par. 3.

<sup>15</sup> PUGIOTTO (2019), par. 9.

<sup>16</sup> GIANFILIPPI (2021b), par. 4, il quale, però, evidenzia come la magistratura di sorveglianza, nei primi provvedimenti resi in materia (è citato Trib. Sorv. Perugia 3 dicembre 2020), abbia iniziato a valorizzare come significativi alcuni dati che, a differenza di quello relativo alla perdurante operatività del gruppo criminale, ben possono essere nella disponibilità dell'istante, e che perciò gli può essere richiesto di evidenziare: l'assenza di familiari nel territorio dove opera il sodalizio, il loro trasferimento altrove, un tenore di vita del nucleo familiare compatibile con i propri introiti leciti, l'assenza di coinvolgimento in vicende criminali anche da parte dei congiunti.

<sup>17</sup> CIRIOLI (2020), p. 251.

<sup>18</sup> PUGIOTTO (2019), par. 10; nello stesso senso, RUOTOLO (2019), par. 3, il quale, proprio in ragione delle difficoltà che incontra la prova contraria, preferisce parlare di «presunzione semi-assoluta».

<sup>19</sup> PELISSERO (2020), p. 14.

tà, operato con sentenza irrevocabile (cosiddetta collaborazione “impossibile”).

Nel caso della collaborazione inesigibile, piuttosto lineare appare l'accertamento della limitata partecipazione al fatto criminoso, che deve essere condotto alla luce delle risultanze della sentenza di condanna: da quest'ultima, secondo la giurisprudenza di legittimità, deve emergere un ruolo marginale nella realizzazione del fatto delittuoso, tale da precludere al condannato l'accesso a informazioni spendibili ai fini collaborativi<sup>20</sup>.

Quanto alla collaborazione impossibile, il concetto di “integrale accertamento delle responsabilità” evoca le situazioni in cui sia stato definito ogni aspetto riguardante sia il numero sia le identità dei soggetti coinvolti nel reato, a prescindere dal fatto che il giudizio di merito sia approdato a una sentenza di condanna nei confronti di tutti gli imputati. Ciò che dovrebbe rilevare, in sostanza, è l'aver fatto definitivamente chiarezza su quanti e quali siano i responsabili, anche a prescindere dalle ragioni, magari di mera natura processuale, per cui uno più imputati siano stati ritenuti non punibili<sup>21</sup>.

Alle situazioni appena descritte, il comma 1-*bis* accomuna i casi in cui, se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente “irrelevante”, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata<sup>22</sup> una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 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. Vengono in rilievo le circostanze attenuanti dell'avvenuto risarcimento del danno (che normalmente è indicativo di avvenuto “ravvedimento”, ma che qui è preso in considerazione per i suoi effetti pratici, a prescindere dalle motivazioni soggettive<sup>23</sup>, purché spontaneo e non effettuato in esecuzione di un capo della sentenza di condanna), della partecipazione di minima importanza e, infine, della commissione di reato concorsuale più grave di quello effettivamente voluto dal condannato. Tutte situazioni, insomma, in cui la responsabilità del soggetto sia stata in qualche modo ridimensionata nella sentenza di condanna o successivamente.

## 3.1.

### *Il regime probatorio della collaborazione “equipollente”.*

A differenza della collaborazione “irrelevante”, disciplinata dallo stesso legislatore sin dall'introduzione del meccanismo ostativo di cui si discute, la disciplina delle forme di collaborazione impossibile e inesigibile è scaturita da ripetute sollecitazioni della Corte costituzionale (sentt. n. 68/1995, n. 357/994 e n. 306/1993).

Quando, con il d.l. n. 306 del 1992, venne stabilita la presunzione assoluta di pericolosità del condannato non collaborante, al quale venne precluso l'accesso ai benefici e alle misure alternative, lo stesso legislatore, allo scopo di “mitigare” tale rigoroso meccanismo ostativo, equiparò alla collaborazione utile quella “oggettivamente irrilevante”, nelle illustrate ipotesi legislativamente predeterminate, ammettendo in questi casi ai benefici penitenziari il condannato che avesse comunque “offerto” la propria collaborazione, pur se rivelatasi inutile, fermo l'imprescindibile requisito dell'accertamento dell'insussistenza di collegamenti attuali con le associazioni criminali di appartenenza.

La medesima necessità di temperamento è stata individuata dalla Corte costituzionale nelle ipotesi in cui la limitata partecipazione del condannato al reato oppure l'avvenuto accertamento pieno dei fatti in sede giudiziaria rendono in sé superfluo il contributo del reo alle indagini. In questi casi, infatti, l'inservibilità del suo apporto si tradurrebbe, in assenza di correttivi, in un ostacolo insormontabile all'accesso ai benefici. E questo – sembra essere il “sottinteso” al ragionamento all'epoca condotto dal Giudice delle leggi – senza che gli si possa addebitare con certezza una mancanza di volontà collaborativa.

È necessario sottolineare che la concessione del beneficio, nei casi di collaborazione “equipollente” disciplinati dal comma 1-*bis*, richiede il concorso di due presupposti distinti.

Il primo è di carattere oggettivo e si sostanzia nell'accertamento dell'impossibilità o inesigibilità di collaborazione, presupposto di fatto che deve essere oggetto di autonoma valutazio-

<sup>20</sup> Tra le tante, Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2018, n. 11313 e sez. VII, 21 marzo 2016, n. 11827.

<sup>21</sup> CARACENI (2019), p. 69.

<sup>22</sup> Ciò che presuppone, come ricorda MARANDOLA (2019), p. 72, l'avvenuto riconoscimento con sentenza di merito, anche se non ancora passata in giudicato.

<sup>23</sup> CARACENI (2019), p. 67.

ne<sup>24</sup>. Dal punto di vista procedurale, è necessario che il condannato prospetti – almeno nelle linee generali – elementi specifici circa l'impossibilità o l'irrelevanza della sua collaborazione: la richiesta, quindi, non può limitarsi ad espressioni stereotipe o al mero richiamo alle norme vigenti, dovendo piuttosto indicare almeno le circostanze di fatto, oggettive e soggettive, a sostegno della pretesa avanzata e ricavabili dalla sentenza emessa nel caso specifico<sup>25</sup>. Si tratta, dunque, di un onere di *allegazione*, quantunque “qualificato”, adempiuto il quale sorge il dovere dell'autorità giudiziaria<sup>26</sup> di procedere ai necessari accertamenti conseguenti<sup>27</sup> e, dunque, di verificare quanto affermato dall'istante e, in caso di rigetto della richiesta, di motivare sul punto. In questa fase, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup>, non si effettua alcuna valutazione riguardante l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

L'esclusione dell'attualità di tali collegamenti, infatti, costituisce il secondo presupposto (necessario, ma autonomo<sup>29</sup>) richiesto per il superamento del carattere ostativo del delitto. Solo una volta accertata l'impossibilità o inesigibilità della collaborazione, quindi, si pone il problema di escludere l'attualità di collegamenti tra il detenuto e la criminalità organizzata. Spetta al singolo magistrato di sorveglianza l'onere di istruire il profilo dell'assenza di collegamenti attuali, prima dell'ulteriore vaglio di merito sulla sussistenza dei requisiti per la concessione del beneficio richiesto. A tal fine, la norma impone l'assunzione, in positivo, di elementi che dimostrino con un apprezzabile grado di probabilità che i collegamenti con la criminalità organizzata, certi al momento della commissione del fatto, siano nelle more venuti meno<sup>30</sup>.

Si è osservato<sup>31</sup> che, per come la disposizione è formulata («purché siano stati acquisiti elementi tali...»), non sembra esistere a carico del richiedente uno specifico onere di allegazione circa l'inesistenza di tali collegamenti, il cui accertamento è affidato al potere esercitato d'ufficio dal magistrato<sup>32</sup>, non solo sulla base delle relazioni dell'autorità penitenziaria, ma altresì attraverso le dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente<sup>33</sup>, dalle quali comunque il magistrato può prescindere decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta (comma 2 dell'art. 4-*bis*) e fatto salvo il cosiddetto “potere di veto” del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale, che tuttavia non vincola il magistrato di sorveglianza<sup>34</sup>.

## 4. La collaborazione impossibile/inesigibile al cospetto della sentenza n. 253 del 2019: un inutile relitto storico?

All'indomani della sentenza n. 253 del 2019, ci si è domandati che ruolo possa ancora rivestire l'accertamento della collaborazione cosiddetta impossibile o inesigibile, nei casi in cui venga richiesta la concessione di un permesso premio.

Con una prima catena di pronunce omogenee<sup>35</sup>, la Cassazione penale ha concluso nel senso dell'assenza di interesse all'accertamento dell'inesigibilità/impossibilità di una collaborazione con la giustizia finalizzato alla concessione del beneficio del permesso premio. E ciò in ragione della scomparsa dell'originaria preclusione assoluta dell'art. 4-*bis*, comma 1, determinata dalla sentenza n. 253 del 2019, la cui normativa di risulta avrebbe abrogato per incompatibilità la previsione legislativa in tema di collaborazione impossibile o inesigibile.

Alla (sottintesa) domanda sul senso che avrebbe accertare una condizione necessaria a su-

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2019, n. 48717.

<sup>25</sup> MARANDOLA (2019), p. 85.

<sup>26</sup> Individuata nel tribunale di sorveglianza, sebbene il modello procedimentale delineato dal comma 2 dell'art. 58-*ter* ordin. penit., che appunto attribuisce la competenza a tale organo, sia formalmente richiamato dal precedente art. 4-*bis*, comma 1, ordin. penit. solo in relazione alle ipotesi di collaborazione effettiva.

<sup>27</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. I, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044.

<sup>28</sup> Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2019, n. 48717.

<sup>29</sup> Cass. pen., sez. I, 30 maggio 2017, n. 27067.

<sup>30</sup> Cass. pen., sez. I, 28 maggio 2021, n. 21123.

<sup>31</sup> BORTOLATO (2020), p. 636.

<sup>32</sup> In questo senso, anche FIORENTIN (2020), p. 1027.

<sup>33</sup> Per un esteso esame della casistica giurisprudenziale sui criteri e i mezzi per operare l'accertamento dell'avvenuta o intervenuta rescissione dei legami con l'associazione criminale di appartenenza, ROMICE (2018), p. 33.

<sup>34</sup> Il parere contrario del Procurazione nazionale antimafia, infatti, non è considerato vincolante per il giudice, che deve sempre sottoporlo a verifica (Cass. pen., sez. I, 5 dicembre 2016, n. 51878).

<sup>35</sup> Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 2020, n. 3307, n. 3308, n. 3309, n. 3310, n. 3311, n. 3313 e n. 3314, tutte deliberate nella medesima camera di consiglio.

perare un'ostatività che non esiste più, tutte le sentenze citate, con identica motivazione, offrono la medesima risposta: «poiché il presupposto della collaborazione impossibile o inesigibile era stato introdotto nell'ordinamento quale sorta di contraltare alla collaborazione effettiva con la giustizia, 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».

Questo primo orientamento è stato sottoposto a minuziosa revisione critica in seno alla medesima giurisprudenza di legittimità, che l'ha definitivamente abbandonato, in favore di un approdo ermeneutico del tutto diverso ed ormai consolidato in termini di "diritto vivente", in considerazione del numero di pronunce tutte di segno identico, emesse da sezioni diverse, pur senza l'intervento delle Sezioni Unite.

L'epifania del mutamento d'indirizzo si deve alla sentenza della prima sezione penale della Cassazione n. 5553 del 12 febbraio 2020 (seguita, dopo poco, dalla conforme sentenza n. 10551 del 23 marzo 2020).

La Corte di legittimità afferma in modo chiaro che la decisione della Corte costituzionale non riguarda le disposizioni in tema di collaborazione impossibile o inesigibile, che dunque restano vigenti.

Sviluppa poi decisive riflessioni sulla perdurante portata precettiva concreta di tali disposizioni, sia in ragione della diversità parziale delle regole dimostrative della assenza di pericolosità, sia per la «percepibile differenza ontologica» esistente tra il "non collaborante per scelta" e il "non collaborante suo malgrado". Per la Corte di cassazione, infatti, solo ove sia accertata l'impossibilità o inesigibilità della cooperazione, «la scelta di non prestare collaborazione assume un significato del tutto neutro».

Ciò consente al collegio di legittimità di confutare agevolmente la tesi dell'abrogazione tacita dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ordin. penit., e di considerare perdurante l'interesse all'accertamento della collaborazione impossibile o inesigibile.

Il *revirement*, come si anticipava, ha riscosso consenso unanime nella successiva giurisprudenza di legittimità, che vi si è uniformata<sup>36</sup>, offrendo ulteriori argomentazioni a sostegno.

Si è, infatti, ritenuto necessario 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 suo malgrado)»<sup>37</sup>, sicché, ferma la necessità di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, sul condannato che versi in una situazione di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia non può gravare anche l'onere di specifica allegazione degli elementi che ineriscono al pericolo di ripristino di tali collegamenti.

Più variegata sono state le conclusioni scaturite dalla riflessione dottrina, sebbene anche tra gli Autori<sup>38</sup> che si sono occupati dello specifico tema risulti prevalente la tesi secondo cui, poiché la sentenza n. 253 del 2019 non ha avuto ad oggetto il comma 1-*bis*, non si può in alcun modo ritenere estromesso dal sistema normativo il meccanismo di "equipollenza" tra collaborazione "attiva" e collaborazione "impossibile/inesigibile"<sup>39</sup>. Anzi, si aggiunge, non solo la Corte non ha formalmente inciso su tale ultimo istituto, ma ne ha, semmai, confermato indirettamente la piena vigenza nella costruzione del nuovo congegno di collaborazione non prestata<sup>40</sup>.

Sconta il carattere dell'ovvietà, del resto, l'osservazione secondo cui, poiché il *decisum* fa cadere l'originario automatismo penitenziario limitatamente al beneficio del permesso premio,

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. I, 30 giugno 2020, n. 19600; 22 settembre 2020, n. 26480; 21 ottobre 2020, n. 29140, n. 29141 e n. 29151; 6 novembre 2020, n. 31017 e n. 31025; 21 gennaio 2021, n. 2593; 22 aprile 2021, n. 15286; 17 giugno 2021, n. 23858, n. 23859 e n. 23862.

<sup>37</sup> Cass. pen., sez. V, 21 dicembre 2020, n. 36887.

<sup>38</sup> RICCI (2020), 1; CIRIOLI (2020), pp. 248-249; PUGIOTTO (2019), 11, il quale osserva che il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* non è stato neppure colpito – come ben sarebbe stato possibile – da una declaratoria d'illegittimità in via consequenziale, nonostante a questa tecnica la Corte abbia fatto ricorso (ad altri scopi) nella medesima pronuncia.

<sup>39</sup> Peculiare è la posizione espressa da DELLA BELLA (2020), la quale ha condiviso il presupposto dal quale muoveva il primigenio indirizzo di legittimità, secondo cui, se il comma 1-*bis*, dell'art. 4-*bis* ordin. penit. aveva lo scopo di sottrarre terreno alla presunzione assoluta di permanenza dei legami associativi in assenza di collaborazione, è logico ritenere che le ragioni della sua applicazione siano venute meno a seguito della sentenza della Corte costituzionale, visto che, indipendentemente da situazioni che rendano la collaborazione impossibile o irrilevante, qualunque condannato è ammesso a dimostrare la rottura del vincolo associativo. Tuttavia, con un approccio originale rispetto agli altri commentatori (ed alla stessa presa di posizione del diritto consolidatosi come "vivente"), l'Autrice esclude che la Corte costituzionale abbia introdotto, per la dimostrazione della rottura del vincolo associativo, un regime probatorio di ulteriore rigore rispetto a quello previsto nel suddetto comma 1-*bis*, ritenendo, piuttosto, che essa abbia inteso estendere a tutte le ipotesi di condannati non collaboranti esattamente il regime probatorio previsto da quest'ultima disposizione per i detenuti che si trovino nell'impossibilità di collaborare.

<sup>40</sup> MAZZUCA (2020), p. 98.

è altrettanto certo che il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* continua a rappresentare — in alternativa alla scelta di collaborare — il *passé-partout* per superare la preclusione all'accesso a tutte le altre misure alternative, rispetto alle quali la presunzione che ne è alla base conserva ancora la sua originaria natura assoluta<sup>41</sup>.

## 5. Le questioni di legittimità costituzionale sottoposte allo scrutinio del Giudice delle leggi.

Nel fermento giurisprudenziale e dottrinario appena illustrato si inserisce l'iniziativa del Magistrato di sorveglianza di Padova di interrogare la Corte costituzionale sulla compatibilità del sistema venutosi a creare con i parametri di cui agli artt. 3 e 27 della Costituzione.

La giudice rimettente muove dal presupposto per cui l'introduzione di un "doppio regime probatorio" per i detenuti in espiazione pena per reati ostativi, a seconda che la mancata collaborazione dipenda da scelta consapevole (comma 1 dell'art. 4-*bis*) oppure da impossibilità/inesigibilità oggettiva di cooperazione con la giustizia (comma 1-*bis* del medesimo articolo), costituisca ormai "diritto vivente".

Proprio questa eterogeneità di disciplina è fatta bersaglio di censura<sup>42</sup>, poiché la giudice *a quo* ritiene che tra le due situazioni non sussistano differenze tali da giustificare una diversità di trattamento, anche sul terreno degli oneri dimostrativi gravanti sul richiedente il permesso premio. Inoltre, solo l'estensione alla collaborazione impossibile/inesigibile della regola probatoria dettata dalla sentenza n. 253 del 2019 consentirebbe, per il Magistrato di sorveglianza di Padova, una reale valutazione della personalità del detenuto individualizzata, come tale conforme al canone della personalizzazione della pena che s'impone anche nella fase dell'esecuzione.

Per la rimettente, con la sentenza n. 253 del 2019, si sarebbe determinata l'«abrogazione implicita *in parte qua* delle disposizioni in tema di collaborazione impossibile o inesigibile»: negata tale soluzione dalla giurisprudenza di legittimità ormai stabilizzatasi, si chiede alla Corte di manipolare anche il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ordin. penit., per come esso "vive" nell'ordinamento, dichiarandolo illegittimo nella parte in cui prevede che i permessi premio possano essere concessi ai condannati che abbiano ottenuto l'accertamento della collaborazione impossibile e inesigibile, ove sia accertata la sola assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

L'obiettivo, in altre parole, è quello di estendere anche al detenuto "non collaborante suo malgrado" il più rigoroso regime probatorio introdotto per il detenuto "silente per scelta"<sup>43</sup>, imponendo anche al primo l'onere di allegare specifici elementi<sup>44</sup> per sostenere l'assenza del pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata.

<sup>41</sup> PUGIOTTO (2019), p. 11.

<sup>42</sup> Al riguardo, è appena il caso di ricordare che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale (puntualmente ricostruita nella sentenza in commento), in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudice *a quo* ha la facoltà di assumere l'interpretazione censurata in termini di "diritto vivente" e di richiederne su tale presupposto il controllo di compatibilità con i parametri costituzionali (*ex plurimis*, sentenza n. 180 del 2021), senza che gli si possa addebitare di non aver seguito altra interpretazione, più aderente ai parametri stessi, sussistendo tale onere solo in assenza di un contrario diritto vivente. È infatti possibile invocare l'intervento del giudice delle leggi anche allorché il rimettente abbia unicamente l'alternativa di adeguarsi ad un'interpretazione che non condivide o assumere una pronuncia in contrasto, probabilmente destinata ad essere riformata (tra le ultime, C. cost., sent. n. 1/2021).

<sup>43</sup> Al detenuto silente per scelta va equiparato anche chi si sia visto rigettare l'istanza di accertamento dell'impossibilità/inesigibilità della collaborazione, poiché in tal caso risulterebbe acclarata l'esistenza di margini per una collaborazione utile che, a quel punto, il detenuto mostrerebbe di non voler prestare, ricadendo così nell'ambito operativo della sentenza n. 253 del 2019.

<sup>44</sup> La giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. I, 10 settembre 2021, n. 3373) ha ben chiarito la portata di questo onere, osservando che la sentenza della Corte costituzionale si limita a porre un presupposto di "specificità della allegazione", sicché l'istante «ha l'onere di indicare la prospettazione di massima delle circostanze suffraganti la sua richiesta», spettando poi all'autorità giudiziaria la decisione finale, alla stregua dell'esame della documentazione e degli atti. Più in particolare, il richiedente è tenuto ad illustrare elementi fattuali "antagonisti" sul piano logico rispetto al fondamento della presunzione relativa di pericolosità (ad es. l'assenza di procedimenti posteriori alla carcerazione, il mancato sequestro di missive, la partecipazione fattiva all'opera rieducativa) ma non può essere chiamato a fornire la prova negativa "diretta" di una «condizione relazionale», quale è il "pericolo di ripristino" dei contatti, frutto del giudizio prognostico spettante al giudice. Si tratta di una impostazione che ha trovato concorde la dottrina specialistica, secondo cui non è necessario che gli elementi di fatto che l'istante è tenuto a prospettare siano idonei a fornire una prova integrale, bastando che essi costituiscano «pregnanti spunti» per lo svolgimento di una istruttoria di pertinenza della magistratura di sorveglianza (GIANFILIPPI (2021b), par. 3).

## 6. Una pretesa di intervento *in malam partem*?

La sentenza n. 253 del 2019 ha riservato al “non collaborante per scelta” una peculiare attività istruttoria, ben più rigorosa rispetto ai fardelli dimostrativi allo stato gravanti sul “non collaborante suo malgrado”, al quale ultimo è richiesta unicamente l’allegazione di specifici elementi volti a stimolare l’accertamento (che resta pur sempre officioso) della situazione di fatto contemplata dal comma 1-*bis* dell’art. 4-*bis* ordin. penit.

È evidente, allora, che l’accoglimento delle questioni sollevate avrebbe determinato un rilevante aggravamento della posizione dei detenuti che oggi possono giovare dell’accertamento dell’impossibilità/inesigibilità della collaborazione. Di qui, come agevolmente prevedibile, l’eccezione preliminare d’inammissibilità sollevata dall’Avvocatura generale dello Stato, intervenuta nel giudizio costituzionale, per il verso *in malam partem* dell’intervento richiesto alla Corte.

La sentenza in esame, tuttavia, rigetta l’eccezione, osservando come avrebbe senso – già in fase di scrutinio sull’ammissibilità delle questioni sollevate – interrogarsi sul verso della pronuncia sollecitata, solo qualora la disciplina sulla quale il rimettente chiede di incidere avesse natura “sostanziale”, con il corollario della piena applicabilità delle garanzie apprestate dall’art. 25 della Costituzione (prima fra tutte, quella della riserva di legge in senso formale).

Se davvero così fosse, dovrebbe prestarsi ossequio al principio costantemente affermato nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui è inibito alla Corte costituzionale sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque attinenti alla punibilità (di recente, *ex multis*, C. cost., sentt. n. 8/2022 e n. 37/2019), salve specifiche eccezioni, che assicurano la dovuta ampiezza del controllo di legittimità costituzionale, ma non vulnerano il principio costituzionale della riserva di legge<sup>45</sup> (tra le più recenti, C. cost. sentt. n. 17/2021 e n. 189/2019).

Sta di fatto, invece, che tale conclusione deve fare i conti con la recente giurisprudenza costituzionale, che ha operato una profonda revisione dei rapporti tra i principi stabiliti nel secondo comma dell’art. 25 della Costituzione e la disciplina delle misure concernenti l’esecuzione delle pene detentive.

Nella sentenza n. 32 del 2020, in particolare, la Corte ha bensì chiarito come non tutte le disposizioni dell’ordinamento penitenziario presentino natura esclusivamente processuale (con connessa applicazione del principio *tempus regit actum*), nonostante una tale convinzione sembrasse radicata sia nella giurisprudenza costituzionale precedente, sia nel diritto vivente risalente ad uno stabile indirizzo della giurisprudenza di legittimità<sup>46</sup>.

Tuttavia, venendo al profilo che qui riveste rilievo centrale, ha affermato che la disciplina dei permessi premio deve continuare ad essere riferita alla dimensione procedimentale (in tal senso, anche C. cost., sent. n. 17/2021). Ne deriva che perde rilevanza l’indubitabile carattere “peggiorativo” della condizione del “non collaborante per impossibilità/inesigibilità” legato all’eventuale accoglimento delle questioni, non essendo inibito alla Corte procedere in tal senso.

<sup>45</sup> La giurisprudenza costituzionale ha progressivamente individuato, nella prospettiva di superare l’esistenza, nell’ordinamento, di “zone franche” dal controllo di legittimità costituzionale, una serie di eccezioni al divieto di interventi *in malam partem* in materia penale: non sono in principio inammissibili questioni di legittimità costituzionale incentrate sull’asserita irregolarità del loro procedimento di produzione, così come non sussistono ostacoli alla sindacabilità di “norme di favore” e di norme che contravvengono ad obblighi di matrice sovranazionale.

<sup>46</sup> Non è il caso, in questa sede, di ripercorrere per intero la parabola motivazionale – ampia, rigorosa e ricca di riferimenti anche sovranazionali – che il Giudice delle leggi ha tracciato per giungere alle conclusioni che qui interessano. Rinviando alla lettura della sentenza n. 32 del 2020 (come della successiva n. 17 del 2021), è infatti sufficiente ricordare che, nel pensiero della Corte, riveste ormai rilievo decisivo la distinzione tra «interventi normativi di carattere procedurale in tema di esecuzione e variazioni relative invece ai profili sostanziali delle misure di ordinamento penitenziario» (C. cost., sent. n. 17/2021), sicché l’applicazione generalizzata delle disposizioni di ordinamento penitenziario che contengano «mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato» risponde al principio *tempus regit actum* ed è «talvolta addirittura necessaria, anche al fine di tutelare l’eguale trattamento dei detenuti», mentre devono essere valutate diversamente le disposizioni sopravvenute che implicino «una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato»: per queste ultime, infatti, sussistono le esigenze di garanzia assicurate dal secondo comma dell’art. 25 Cost. e, perciò, il divieto della loro applicazione retroattiva (oltre che, conviene aggiungere in questa sede, la riserva di legge in senso formale). Ciò che «paradigmaticamente, si verifica – come rilevato nella sentenza n. 32 del 2020 – allorché al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita (in tutto od in parte) “fuori” del carcere, ed essa risulti però trasformata – per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto – in una sanzione da eseguire di norma, e pur non mutando formalmente il proprio *nomen juris*, “dentro” il carcere» (C. cost., sent. n. 17/2021).

## Non fondatezza della questione sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Il “cuore” del sospetto di incostituzionalità prospettato dal Magistrato di sorveglianza di Padova risiede nella ritenuta irragionevolezza, al lume dell'art. 3 Cost., della differenza di disciplina tra il detenuto “silente per scelta” e quello “silente suo malgrado” e, dunque, del più “benevolo” trattamento riservato a quest'ultimo, sotto il profilo degli oneri dimostrativi.

La pronuncia in commento provvede a fugare i dubbi avanzati, dichiarando non fondata la questione.

La Corte non condivide l'angolo visuale di partenza privilegiato dalla giudice *a quo*, la quale ha scelto di muovere le proprie critiche al sistema disegnato dal diritto vivente focalizzando l'attenzione su un peculiare profilo: per la giudice rimettente, infatti, l'«atteggiamento soggettivo» di entrambe le figure di detenuto prese in considerazione potrebbe essere identico, nel senso che «anche chi si vede accertata la collaborazione impossibile può non voler collaborare».

La Corte è netta nell'affermare che, «per quanto tale congettura possa trovare riscontro nella realtà», essa non potrebbe mai imporre, per necessità costituzionale, «la parificazione delle due situazioni messe a confronto».

Nella prospettiva della Corte costituzionale, infatti, è la situazione oggettiva quella che deve governare la disciplina di cui stiamo trattando.

Proprio nella sentenza n. 253 del 2019, che ha dato la stura al flusso argomentativo della rimettente, la Corte aveva infatti rilevato come, in mancanza di collaborazione con la giustizia, la presunzione di pericolosità si basasse su «precisi dati di esperienza», concernenti la forza e la stabilità del vincolo associativo di stampo mafioso, «capace di protrarsi nel tempo» e tale da far ritenere non irragionevole la presunzione (purché relativa e non più assoluta) di mantenimento dei legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza.

Solo al medesimo compendio di regole di esperienza collegate alla scelta di non collaborare, e non certo al mero atteggiamento soggettivo (in quanto tale insondabile, se non tradotto in atti concreti), l'ordinamento può «non irragionevolmente» ancorarsi, dunque, per definire il regime probatorio necessario a superare la presunzione di pericolosità.

Così poste le coordinate di giudizio, la Corte ha buon gioco nel rilevare l'apprezzabile differenza che caratterizza i due casi posti in comparazione dal rimettente: nel primo, una collaborazione oggettivamente ancora possibile «viene tuttavia rifiutata». Nel secondo, qualunque utile collaborazione si presenta come «oggettivamente impossibile o inesigibile».

È la medesima differenza “ontologica” che, come si è in precedenza illustrato, la giurisprudenza di legittimità ha valorizzato – stabilizzandosi, sul punto, in termini di diritto vivente – per trarne le dovute conseguenze in ordine ai diversi standard probatori da soddisfare per vincere la presunzione di pericolosità, oggi relativa, per la concessione del permesso premio.

La Corte costituzionale condivide l'assunto, osservando come – ferma restando, in entrambi i casi considerati, la necessità di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, in quanto imposta dai dati di esperienza che accomunano tutte le figure di detenuti non collaboranti – la scelta di serbare il silenzio, a fronte di una collaborazione pur ancora possibile ed esigibile, produce, come conseguenza di fatto, un «effetto di favore per la consorteria criminale», ciò che giustifica una «regola “probatoria” di maggiore rigore rispetto allo standard minimo» e, dunque, l'indispensabilità di accertare anche la mancanza di pericolo di ripristino dei suddetti collegamenti, in base ad elementi il cui onere di allegazione incombe sul richiedente il beneficio del permesso premio.

Se la collaborazione – che conserva la sua natura di prova regina dell'abbandono definitivo dei legami con l'ambiente criminale di provenienza – non è *in natura* possibile, l'atteggiamento interiore del detenuto «assume un significato del tutto neutro», sicché, ai fini del superamento del regime ostativo, è sufficiente il rispetto del consueto standard probatorio minimo tarato sull'esclusione dell'attualità di collegamenti pericolosi e scevro da oneri di allegazioni particolari incombenti sul richiedente.

In definitiva, per la Corte costituzionale permangono solide ragioni per giustificare la differenza di trattamento – in punto di regola probatoria che governa la richiesta di concessione del permesso premio – tra il detenuto silente per scelta e quello che abbia ottenuto l'accertamento dell'impossibilità/inesigibilità della collaborazione.

Non è, infatti, irragionevole presumere la perdurante pericolosità del detenuto che, pur essendo nelle condizioni di farlo, scelga di non prestare un'utile collaborazione con la giustizia.

Se questo non legittima una presunzione assoluta (spazzata via dalla sentenza n. 253 del 2019), certamente giustifica quello che la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., sez. I, 10 settembre 2021, n. 33743) definisce «uno svantaggio sul terreno degli oneri dimostrativi», rispetto al detenuto «non collaborante suo malgrado».

Appare conclusivo, a tal proposito, richiamare il condivisibile argomento addotto dalla Corte di cassazione per sostenere la permanenza dell'interesse all'accertamento dell'impossibilità/inesigibilità della collaborazione: soltanto per il «silente per scelta» la mancata collaborazione può considerarsi sintomatica della volontà di mantenimento dei collegamenti con la criminalità organizzata, «conferendo al silenzio il significato di una forma di favoreggiamento». Salvo prova contraria, appunto.

## 7.1.

### *Le diverse figure di non collaboranti all'interno delle macro-categorie dei "silenti per scelta" e dei "silenti loro malgrado".*

Pur a fronte del condivisibile approdo individuato dalla Corte costituzionale, qualche riflessione ulteriore s'impone.

I dubbi sollevati dal Magistrato di sorveglianza di Padova, infatti, non possono essere liquidati con un'alzata di spalle, dal momento che di certo non devono essere trascurati i motivi per i quali un detenuto, rispettivamente, scelga il silenzio (pur non essendo «omertoso») oppure chieda l'accertamento dell'impossibilità di collaborare (pur se egli non avrebbe comunque collaborato, se anche ciò fosse stato possibile).

Nel primo caso, come già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, l'opzione del silenzio potrebbe essere determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali: la mancata collaborazione, infatti, può essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quali, ad esempio, «l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari» (in tal senso, C. cost., sent. n. 504/1995).

Nel secondo caso, l'impossibilità di prestare la collaborazione può ben essere – come appunto lamentato dalla giudice rimettente patavina – lo schermo dietro il quale si nasconde una (tutt'altro che commendevole) pervicace volontà di continuare a favorire il sodalizio criminale.

Ciò che tuttavia differenzia le situazioni – e rende, conseguentemente, non irragionevole il «doppio regime probatorio» cristallizzato dal diritto vivente – è la diversità della situazione fattuale sulla quale si innesta lo scrutinio giudiziale.

In un caso, la valutazione muove da una collaborazione oggettivamente ancora possibile (che viene negata, a prescindere dal motivo). Nell'altro caso, la medesima valutazione parte da una collaborazione oggettivamente impossibile (di cui, solo eventualmente, il detenuto «aprofitta»).

È evidente che una tale oggettiva differenza non può non influire sulle regole probatorie richieste per superare l'ostatività alla concessione del permesso premio derivante dalla gravità del titolo di reato.

Se, infatti, per i «non collaboranti per scelta» risulta ragionevole una generalizzazione – quella secondo la quale l'opzione consapevole di non collaborare (pur potendolo fare) produce comunque, come conseguenza di fatto, un vantaggio per la consorteria criminale, tanto da giustificare una regola «probatoria» di maggiore rigore – altrettanto non può dirsi in caso di accertamento di un requisito di fatto quale è l'impossibilità o l'irrilevanza della collaborazione, che nessun giovamento supplementare apporta al sodalizio.

Altrettanto ovviamente, il rilievo degli stati soggettivi non dovrà affatto essere rimosso, ma il relativo «recupero» dovrà dispiegarsi nella successiva fase, concernente la valutazione della «meritevolezza» del permesso premio richiesto: nel primo caso, nel senso di consentirne la concessione; nel secondo caso, nel senso di imporre il rigetto della relativa istanza.

Se, infatti, non può escludersi che anche nell'area della collaborazione impossibile/inesigibile vi siano detenuti «meramente approfittatori» di una situazione oggettiva, non può certo giustificarsi – solo in forza di tale possibile evenienza – una opzione normativa generalizzante che, sempre e comunque, coinvolga in un regime di maggior rigore per l'accesso stesso al be-

neficio anche coloro che, se solo avessero potuto, avrebbero certamente collaborato.

In altre parole, nei casi regolati dal comma 1 (come rimodellato dalla sentenza n. 253 del 2019) esiste sicuramente un sintomo di grave allarme (risalente al carattere volontario della scelta non collaborativa), che esige un regime rafforzato di verifica nel senso opposto, e che, in mancanza di elementi rassicuranti sull'attualità e sulla potenzialità dei legami criminali (elementi la cui allegazione spetta al richiedente), arresti la valutazione dell'istanza di permesso premio già sulla soglia dell'ammissibilità. Quando invece la collaborazione non potrebbe comunque essere prestata, crescono le possibilità che non sia l'ulteriore connivenza a spiegare il silenzio dell'istante, e si giustifica, in sede di scrutinio di ammissibilità della richiesta di permesso premio, una mera verifica in positivo – peraltro priva di aggravamenti in punto di allegazione a carico dell'istante – dell'inattualità di legami criminali, potendosi riservare all'esame di merito ogni altra valutazione prognostica.

La soluzione adottata dalla sentenza in commento va accolta con favore, non fosse altro che per i paradossali effetti di sistema che un accoglimento delle questioni sollevate avrebbe, invece, comportato.

Si sarebbe, infatti, "aggravato" il carico probatorio addossato al detenuto impossibilitato a collaborare, ma per il solo riconoscimento del beneficio del permesso premio, immutata restando la portata precettiva del comma 1-*bis* in relazione alla richiesta di accesso a tutti gli altri benefici e misure contemplati dal comma 1 dell'art. 4-*bis* ordin. penit., per i quali avrebbe continuato ad operare il più "leggero" standard probatorio attualmente contemplato.

A tale proposito, va invece evidenziato come la sentenza n. 253 del 2019 abbia inteso "rafforzare" – rispetto al meccanismo preso a modello dal comma 1-*bis* – l'impegno "dimostrativo" da addossare al detenuto "silente per scelta" onde consentirgli l'accesso ad un unico beneficio tra quelli indicati dal comma 1, mantenendo inalterato il sistema ostativo per tutti gli altri.

In caso di accoglimento delle questioni sollevate, per il detenuto "impossibilitato a collaborare" si sarebbero "appesantite", all'inverso, le regole probatorie per l'accesso ad uno soltanto dei benefici ai quali è sempre stato ammesso (ma alle più "leggere" condizioni previste dal comma 1-*bis*), peraltro quello considerato come il "primo gradino" della scala trattamentale<sup>47</sup>.

Ciò che avrebbe indotto il detenuto, come è stato osservato in dottrina<sup>48</sup>, ad optare direttamente per una misura alternativa per la quale sarebbe stato ancora sufficiente, da parte sua, chiedere l'accertamento della collaborazione "equipollente", con effetti irragionevoli in ordine, prima di tutto, alla necessaria (tanto più nei casi di condannati a reati gravi) progressione nel trattamento.

## 8.

### L'inammissibilità della questione sollevata in riferimento all'art. 27 della Costituzione.

Il Giudice delle leggi si sbarazza agevolmente, invece, della questione sollevata in riferimento all'art. 27 della Costituzione, definendo la relativa censura oscura ed apodittica (oltre che intrinsecamente contraddittoria) e, dunque, inammissibile.

A fronte della doglianza della giudice rimettente, che lamentava essenzialmente l'impossibilità di procedere ad una valutazione individualizzata della personalità del detenuto "non collaborante suo malgrado", la Corte osserva che al magistrato di sorveglianza spettano sempre ampi margini di valutazione, anche e soprattutto sulla pericolosità sociale del richiedente il permesso premio.

In effetti, non è certo il maggiore rigore dello standard probatorio introdotto dalla sentenza n. 253 del 2019 a consentire al magistrato di sorveglianza di operare la – sempre necessaria, al lume del parametro costituzionale evocato<sup>49</sup> – valutazione individualizzante sulla persona-

<sup>47</sup> Nella sentenza n. 253 del 2019 (punto 8.2. del *Considerato in diritto*), si legge: «[i]l permesso premio, almeno per le pene medio-lunghe, rappresenta un peculiare istituto del complessivo programma di trattamento. Esso consente «al detenuto, a fini rieducativi, i primi spazi di libertà» (sentenza n. 188 del 1990), mostrando perciò una «funzione "pedagogico-propulsiva"» (sentenza n. 504 del 1995, poi sentenze n. 445 del 1997 e n. 257 del 2006), e permette l'osservazione da parte degli operatori penitenziari degli effetti sul condannato del temporaneo ritorno in libertà (sentenza n. 227 del 1995)».

<sup>48</sup> BORTOLATO (2020), p. 639.

<sup>49</sup> Sempre dalla sentenza n. 253 del 2019: «[l]a giurisprudenza di questa Corte (in particolare sentenza n. 149 del 2018) ha del resto indicato come criterio costituzionalmente vincolante quello che richiede una valutazione individualizzata e caso per caso nella materia dei benefici penitenziari (in proposito anche sentenza n. 436 del 1999), sottolineando che essa è particolarmente importante al cospetto di presunzioni di

lità del richiedente il permesso premio.

Oggi, il detenuto “silente per scelta” non matura certo un “diritto” alla concessione del permesso premio, pur dopo l’accertamento della mancanza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e del rischio del ripristino futuro di essi. Così come, da sempre, il medesimo diritto non è conquistato dal detenuto “silente suo malgrado” per il solo fatto dell’accertamento della collaborazione impossibile/inesigibile e dell’inattualità dei medesimi legami pericolosi.

In entrambi i casi, solo in un secondo momento il magistrato di sorveglianza dovrà vagliare, nel merito, la sussistenza dei presupposti per la concessione del beneficio.

Tra i requisiti richiesti spicca l’assenza di pericolosità sociale, indissolubilmente connessa alla valutazione delle motivazioni che hanno portato il condannato alla decisione di non collaborare e del percorso rieducativo compiuto *medio tempore* dallo stesso.

È noto, infatti, che, in via generale, l’art. 30-ter ordin. penit. – dopo l’espiazione di metà della pena (per gli ergastolani, almeno dieci anni) da parte dei detenuti per i reati indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell’art. 4-bis ordin. penit. – subordina la concessione del permesso premio a una duplice condizione: la regolare condotta penitenziaria e l’assenza di pericolosità sociale.

È comune l’affermazione che il legislatore abbia inteso richiamare il concetto di pericolosità già presente nel nostro ordinamento e definito in particolare dall’articolo 203 cod. pen. Da ciò deriva che la valutazione della pericolosità comporta un giudizio prognostico, dovendo consistere nello stimare la probabilità che il soggetto commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato, in base alla considerazione degli elementi indicati dall’art. 133 cod. pen. (cui l’art. 203 cod. pen. fa rinvio), interpretati come riferiti anche ai comportamenti tenuti nella fase di espiazione della pena<sup>50</sup>.

Ciò porterà inevitabilmente a vagliare, anche per il detenuto che si sia giovato dell’accertamento dell’impossibilità/inesigibilità della prestazione, l’eventuale pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata<sup>51</sup>.

L’unica differenza – come detto, non irragionevole, alla luce delle differenti situazioni di partenza – si coglie nel fatto che un simile accertamento è ora imposto al detenuto “silente per scelta” già solo per superare l’ostatività alla presentazione dell’istanza di concessione del permesso premio, laddove, per il detenuto che si avvalga dell’accertamento dell’impossibilità/inesigibilità della collaborazione, il suddetto scrutinio è posticipato alla fase di merito concernente la meritevolezza del beneficio richiesto.

È questo, del resto, il senso che si deve attribuire al passaggio contenuto già nella sentenza n. 253 del 2019, laddove essa afferma, con riferimento all’esclusione del pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, che si tratta «di aspetto logicamente collegato al precedente» (ossia all’esclusione dell’attualità dei suddetti collegamenti).

Ed è evidente che, rispetto ai detenuti che si trovino nelle condizioni di cui al comma 1-bis dell’art. 4-bis ordin. penit., l’area nella quale questa valutazione è destinata *naturaliter* a dispiegarsi con maggiore pregnanza sarà quella di coloro per i quali l’osservazione trattamentale avrà offerto elementi per ritenere che, se anche avessero potuto, essi non avrebbero *comunque* collaborato.

E così, mentre per il detenuto “non collaborante per scelta” si tratterà essenzialmente di dimostrare che il suo silenzio non è dovuto ad atteggiamento che appare *prima facie* omertoso (e dunque pericolosamente contiguo al favoreggiamento del sodalizio), ma ad altri motivi che non impediscono la valutazione di meritevolezza del beneficio, inverso sarà il percorso da seguire per l’altra categoria di detenuti qui in esame. Per questi ultimi la giurisprudenza di legittimità<sup>52</sup> ha chiarito che, poiché l’impossibilità di collaborazione con la giustizia (dipendendo essa in astratto da molteplici fattori) «non comporta *ex se* ed automaticamente una valutazione di minore pericolosità sociale» e «non elide il rischio di ripresa di contatti con i sodali della consorterìa», anche rispetto al detenuto che abbia ottenuto l’accertamento *ex art. 4-bis*, comma 1-bis, ordin. penit., nello scrutinare nel merito la richiesta di concessione del

maggior pericolosità legate al titolo del reato commesso (sentenza n. 90 del 2017). Ove non sia consentito il ricorso a criteri individualizzanti, l’opzione repressiva finisce per relegare nell’ombra il profilo rieducativo (sentenza n. 257 del 2006), in contrasto con i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena (sentenza n. 255 del 2006).

<sup>50</sup> DI BRONTO (2019), p. 422. Si tratta, peraltro, di un giudizio che – come affermato in giurisprudenza (Cass. pen., sez. I, 17 giugno 2021, n. 23862) – deve essere effettuato con particolare rigore nei confronti di condannati per reati di peculiare gravità.

<sup>51</sup> In tal senso, anche DELLA BELLA (2020), par. 6.

<sup>52</sup> Cass. pen., sez. I, 22 luglio 2020, n. 21946.

beneficio deve essere esaminato – anche per scongiurare questi rischi – «tutto il tema della concreta condizione del detenuto».

## 9. Prospettive future.

Si è detto, all’inizio di queste note, che la sentenza n. 253 del 2019 ha innescato un sommovimento, destinato a coinvolgere anche il legislatore.

Basti qui accennare al fatto che lo schema argomentativo della pronuncia costituzionale ha costituito il canovaccio seguito dalla Corte di cassazione per sollevare questioni di legittimità costituzionale ancora sull’art. 4-*bis*, comma 1, ordin. penit., in combinato disposto con il successivo art. 58-*ter*, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia.

Si tratta di questioni sfociate, allo stato, nell’ordinanza n. 97 del 2021<sup>53</sup>, con la quale la Corte costituzionale si è limitata ad illustrare le «ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata». Al contempo, in considerazione degli «effetti disarmonici sulla complessiva disciplina» che un immediato accoglimento delle censure avrebbe comportato, ha deciso di rinviare il giudizio in corso e di fissare una nuova discussione, dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia.

Questa “messa in mora” del Parlamento non poteva rimanere inascoltata, tanto che alla Camera dei deputati sono state depositate diverse proposte di legge<sup>54</sup>, poi confluite in un testo unificato, per introdurre modifiche complessive alle norme in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia.

Ciò che preme qui sottolineare è che dal testo unificato attualmente in discussione in Commissione Giustizia è scomparso del tutto l’istituto della collaborazione impossibile o inesigibile<sup>55</sup>, con conseguente riconduzione ad un regime – anche probatorio – unitario delle diverse figure di detenuti non collaboranti, modellato su quello, più rigoroso, oggi incombente sul detenuto “silente per scelta”, e per il quale pure viene introdotto un ulteriore inasprimento<sup>56</sup>.

Non sembra che un simile esito sia davvero conforme alle coordinate ermeneutiche somministrate dalla Corte costituzionale, nelle pronunce innanzi passate in rassegna e, soprattutto, nella sentenza in commento.

È certamente vero che la Corte costituzionale, nel rigettare questioni sollevate in riferimento ad uno o più parametri costituzionali prescelti dai giudici rimettenti, non certifica affatto la necessità costituzionale di sopravvivenza della disposizione di legge sottoposta al suo scrutinio.

Ma vi sono casi in cui la permanenza nell’ordinamento di un istituto, quale che sia la conformazione che ad esso il legislatore resta libero di attribuire, risponde ad esigenze di diversa

<sup>53</sup> Sulla quale, almeno, DOLCINI (2021), pp. 1-33; GIANFILIPPI (2021a); GALLIANI (2021a); PELISSERO (2021); MORRONE (2021).

<sup>54</sup> C. 1951 Bruno Bossio, C. 3106 Ferraresi, C. 3184 Delmastro Delle Vedove e C. 3315 Paolini.

<sup>55</sup> Ferma restando l’attuale formulazione del comma 1, si prevede, infatti, che il comma 1-*bis* dell’art. 4-*bis* ordin. penit. sia sostituito dal seguente: «1-*bis*. I benefici di cui al comma 1 del presente articolo, al di fuori dei casi già espressamente esclusi dalla legge, possono essere concessi ai detenuti condannati alla pena dell’ergastolo per i delitti ivi previsti, anche in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell’articolo 58-*ter* o dell’articolo 323-*bis* del codice penale purché oltre alla regolare condotta carceraria e alla partecipazione al percorso rieducativo, dimostrino l’integrale adempimento delle obbligazioni civili e delle riparazioni pecuniarie derivanti dal reato o l’assoluta impossibilità di tale adempimento nonché, a seguito di specifica allegazione da parte del condannato, si accertino congrui e specifici elementi concreti, diversi e ulteriori rispetto alla mera dichiarazione di dissociazione dall’organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere con certezza l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali. Queste disposizioni si applicano anche ai detenuti o agli internati per taluno dei delitti indicati nel comma 1 del presente articolo ai fini della concessione dei permessi premio di cui all’articolo 30-*ter*, anche se non condannati alla pena dell’ergastolo». Va però segnalato che, in data 28 dicembre 2021, risultano depositati numerosi emendamenti, da parte di deputati di diversa estrazione politica, volti a reintrodurre una disciplina peculiare per i casi di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante.

<sup>56</sup> Basti pensare alla previsione del previo integrale adempimento delle obbligazioni civili e delle riparazioni pecuniarie derivanti dal reato (surrogabile solo dall’assoluta impossibilità di tale adempimento) o alla necessità di escludere con certezza (e dunque ben oltre il giudizio probabilistico tipico degli accertamenti giudiziari *in subiecta materia*) sia l’inattualità dei collegamenti con la criminalità organizzata sia il pericolo del loro ripristino. Sul testo attualmente all’esame del Parlamento, GALLIANI (2021b).

natura.

Non è peregrino ipotizzare che il tema di cui ci si è occupati rientri in tale novero, se si sofferma l'attenzione sulla chiosa della sentenza in commento.

La Corte, infatti, nel ribadire che la differenza di regime degli oneri dimostrativi incombenenti sulle due diverse categorie di detenuti non collaboranti – disciplinati, rispettivamente, dai commi 1 e 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ordin. penit. – non è irragionevole, ha aggiunto alla trama argomentativa un passaggio che conviene riportare testualmente, anche perché enfatizzato addirittura nel comunicato stampa che ha accompagnato la pubblicazione della sentenza: «[...] senza dimenticare che la previsione delle ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile scaturisce da ripetute pronunce di questa Corte (sentenze n. 68 del 1995, n. 357 del 1994 e n. 306 del 1993), tese appunto – nella vigenza di un regime basato, senza eccezioni, sulla presunzione assoluta di pericolosità del non collaborante – a distinguere, con disposizioni di minor rigore, la posizione del detenuto cui la mancata collaborazione non fosse oggettivamente imputabile».

Abbozzando un tentativo di lettura in controluce, sembra che la Corte abbia voluto rimarcare la “paternità” dell'istituto della collaborazione impossibile o inesigibile, richiamando proprio le sentenze che hanno guidato la penna del legislatore nella scrittura del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ordin. penit. e nelle quali il Giudice delle leggi evidenziò la differenza che intercorre tra il detenuto che “decida” di non collaborare, pur potendolo fare, e il detenuto che si trovi nell'impossibilità oggettiva di farlo (o dal quale non possa esigersi una condotta di cooperazione, per il limitato bagaglio delle sue conoscenze sui fatti).

Da allora è certamente cambiato il contesto, perché in quelle occasioni si trattava di “mitigare” la posizione del detenuto “silente suo malgrado” rispetto ad una presunzione assoluta di pericolosità che circondava in generale la figura del detenuto non collaborante.

Tuttavia, pur avendo già rimodellato, almeno parzialmente, il sistema presuntivo alla base del meccanismo ostativo, sembra che la stessa Corte, nella pronuncia in esame, abbia inteso affermare il perdurante rilievo dell'oggettiva differenza esistente tra le situazioni a confronto, questa volta al fine di distinguere gli standard probatori da soddisfare per neutralizzare gli effetti della presunzione di pericolosità, oggi relativa, per la concessione del permesso premio. Ciò che milita per l'opportunità di conservazione dell'istituto della collaborazione impossibile o inesigibile.

Si tratta però, non di un tradizionale “monito al legislatore”, quanto piuttosto di un “avviso ai naviganti”.

Si vedrà in che misura, nei “marosi parlamentari”, le illustrate indicazioni sapranno orientare quella che, allo stato, appare una «nave senza nocchiere in gran tempesta»<sup>57</sup>.

## Bibliografia

BORTOLATO, Marcello (2020): “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”, *Diritto penale e processo*, 5, pp. 632-641.

L. CARACENI, Lina (2019): “art. 4-*bis*”, in Della Casa, Franco e Giosta, Glauco (diretto da): *Ordinamento penitenziario commentato*, pp. 40-92.

CERASE, Marco (2020): “La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, pp. 175-186.

CHIAVARIO, Mario (2020): “La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali”, *Osservatorio AIC*, 1, pp. 211-225.

CIRIOLI, Giacinto (2020): “Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impiccati a una pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte Costituzionale”, *Osservatorio AIC*, 4, pp. 227-251.

<sup>57</sup> Purgatorio, canto VI, v. 77.

DELLA BELLA, Angela (2020): “La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità”, *Sistema Penale*, 16 aprile 2020.

DE VITO, Riccardo (2020): “Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 349-352.

DI BITONTO, Maria Lucia (2019), “Art. 30-ter”, in FIORENTIN, Fabio e SIRACUSANO, Fabrizio (a cura di): *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, pp. 418-423.

DODARO, Giandomenico (2020): “L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 259-279.

DOLCINI, Emilio (2021): “Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 1-33.

FIORENTIN, Fabio (2020): “Preclusioni penitenziarie e permessi premio”, *Cassazione penale*, 3, pp. 1019-1029.

GALLIANI, Davide (2021a); “Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo”, *Giustizia Insieme*, 20 maggio 2021.

GALLIANI, Davide (2021b): “A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.”, *Sistema Penale*, 29 novembre 2021.

GIANFILIPPI, Fabio (2021a): “Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021”, *Questione Giustizia*, 27 maggio 2021.

GIANFILIPPI, Fabio (2021b): “Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante”, *Sistema Penale*, 20 Settembre 2021.

MANCA, VERONICA (2020): *Regime ostativo ai benefici penitenziari* (Milano, Giuffrè).

MARANDOLA, Antonella (2019): “art. 4-bis”, in FIORENTIN, Fabio e SIRACUSANO, Fabrizio (a cura di): *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, pp. 39-86.

MAZZUCA, Jessica (2020): “Reati ostativi e benefici premiali: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico (Commento a C. Cost. 23 Ottobre 2019, n. 253)”, *Federalismi.it*, 3, pp. 84-99.

MENGHINI, Antonia (2020): “Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4-bis comma 1 ord. penit.”, *Giurisprudenza italiana*, 2, pp. 410-418.

MENGOZZI, Marta (2020): “Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)”, in Osservatorio AIC, 2, pp. 354-376.

MORRONE, Andrea (2021): “Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo”, *Consulta on line*, 2, pp. 388-392.

PELISSERO, Marco (2021): “Il percorso sospeso: la posta in gioco “radicale” dell'ergastolo ostativo”, in *Diritto penale e processo*, 8, pp. 1001-1007.

PELISSERO, Marco (2020): “Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale”, *La legislazione penale*, 30 marzo 2020, pp. 1-20.

PUGIOTTO, Andrea (2020): “La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria”, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, pp. 160-174.

PUGIOTTO, Andrea (2019): “Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 6, pp. 3321 ss.

RICCI, Alessandro (2020): “Riflessioni sull’interesse del condannato per delitto ostativo e non collaborante all’accertamento di impossibilità o inesigibilità di utile collaborazione con la giustizia ex art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 253 del 2019”, in *Giurisprudenza penale*, 1, pp. 1-17.

ROMICE, Sergio (2018): “La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all’art. 4-*bis* O.P.”, *Giurisprudenza penale*, 6, pp. 1-54.

RUOTOLO, Marco (2019): “Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale”, *Sistema Penale*, 12 dicembre 2019.

SANTANGELO, Alessandra (2020): “Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso o il permesso di sperare?”, in *Cassazione penale*, 7-8, pp. 2777-2798.

TALINI, Silvia (2019): “Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale”, *Consulta on line*, 3, pp. 729-742.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>