

ERGASTOLANO «NON COLLABORANTE» AI SENSI DELL'ART. 4-BIS, CO. 1, ORD. PENIT. E BENEFICI PENITENZIARI: L'UNICA IPOTESI DI DETENZIONE ININTERROTTA, IMMODIFICABILE E SENZA PROSPETTABILITÀ DI UNA FINE?

LUCIANO EUSEBI

ordinario di Diritto penale

nella Università Cattolica del Sacro Cuore - Milano

SOMMARIO: 1. *Il quadro legislativo.* 2. *I profili di contrasto con la Costituzione.* – 3. *Sull'applicabilità, quantomeno, dei permessi-premio e della semilibertà.* – 4. *L'improponibile configurarsi di una liberazione anticipata irrilevante.*

1. Il quadro legislativo.

A prima lettura parrebbe dedursi dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., l'inapplicabilità assoluta, con riguardo ai delitti contemplati nel medesimo comma, dei *benefici* ivi menzionati – e in particolare del *lavoro all'esterno*, dei *permessi premio* e della *semilibertà* – in assenza di una «collaborazione» a norma dell'art. 58-ter ord. penit. Mentre sembrerebbe esclusa dal divieto la *liberazione condizionale*, cui il divieto, tuttavia, viene espressamente esteso dall'art. 2, co. 1, d.l. n. 152/1991, come convertito nella l. n. 203/1991.

Un esame più attento dell'intero quadro normativo conduce tuttavia a esiti diversi e, in certo modo, rovesciati. Anche se l'apertura – che, come vedremo, ne deriva – all'applicabilità di *lavoro all'esterno*, *permessi premio* e *semilibertà* in favore dei detenuti non collaboranti i quali abbiano subito una condanna per i delitti di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. appare inadeguata, comunque, a risolvere la problematica complessiva connessa a tale norma.

Va immediatamente posto in evidenza, peraltro, che la disciplina in apparenza desumibile dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e dell'art. 2, co. 1, d.l. n. 152/1991 manifesta risvolti particolari e drammatici nel caso di condanna all'ergastolo: verrebbe infatti a configurare l'unica ipotesi, nell'ordinamento penale vigente, in cui l'ergastolo – pur ove gli esiti del trattamento penitenziario fossero da valutarsi in modo positivo – risulterebbe insuscettibile di permettere non soltanto il *fine pena*, ma addirittura qualsiasi mutamento del regime di esecuzione (con totale irrilevanza della *liberazione anticipata*, sebbene esclusa dalle limitazioni di cui sopra), nonché qualsiasi uscita anche molto breve, per effetto di un *permesso-premio*, dalle mura del carcere (salvo il caso eccezionale del *permesso* di cui all'art. 30 ord. penit.).

Non si trascura certamente, a questo proposito, la gravità dei delitti ricompresi nel disposto dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. per i quali sia stata inflitta una condanna all'ergastolo, né si discute dell'esigenza di valutare, ai fini della concessione di determinati benefici, l'atteggiamento del detenuto verso il patto di fedeltà che lo abbia legato a una data organizzazione criminosa. Ciò che viene in considerazione, piuttosto, è l'impossibilità, derivante dalla richiamata lettura dell'impianto normativo, di operare un qualsiasi giudizio rilevante per il diritto circa gli eventuali percorsi risocializzativi dei condannati all'ergastolo i quali non abbiano collaborato ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. (esclusi soltanto i casi di cui al comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit.): preclusione la quale, fra l'altro, potrebbe ostacolare tali percorsi, risultando controproducente dallo stesso punto di vista generalpreventivo¹.

¹ Possono costituire un elemento di confronto le proposte concernenti la disciplina della *pena di massima durata* (sostitutiva dell'ergastolo) formulate dall'ultima Commissione di riforma del codice penale, presieduta da Giuliano Pisapia (artt. 30 e 32 dello Schema di legge delega).

2. I profili di contrasto con la Costituzione.

Una lettura come quella in esame degli artt. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. e 2, co. 1, d.l. n. 152/1991 solleverebbe pertanto, in rapporto alla pena dell'ergastolo, evidenti problemi di compatibilità col dettato costituzionale: problemi che, in parte, si aggiungerebbero a quelli delineabili già nei confronti della reclusione e che, in parte, verrebbero a manifestarsi, rispetto a essi, assai più acuti.

In particolare, assumono rilievo:

- L'insostenibilità della presunzione *iuris et de iure* di non avvenuta rieducazione per il mero persistere della condotta non collaborante, in palese contrasto col rilievo che dev'essere attribuito al conseguimento del fine rieducativo ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost.: ciò tanto più nel caso in cui la scelta di non collaborare sia riferita a vicende criminose ormai del tutto concluse nel tempo e abbia la motivazione del non permutare opportunisticamente propri vantaggi con la privazione della libertà di persone non più legate a quelle attività criminose; o, ancora, quando la non collaborazione sia ricollegabile al pericolo concreto di ritorsioni irrimediabili verso i familiari dell'eventuale dichiarante.

Perfino, infatti, nell'ambito di pur discutibili letture polifunzionali del ruolo svolto dalla pena nella stessa fase esecutiva², non potrà mai ritenersi costituzionalmente ammissibile un regime giuridico che *annulli* gli effetti di una rieducazione effettivamente realizzatasi.

Che d'altra parte l'attività collaborativa non costituisca necessariamente un indizio di avvenuta rieducazione (e, pertanto, non risulti indispensabile a quel fine) viene riconosciuto – essa «ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche» – dalla stessa Suprema Corte³, in esplicito dissenso rispetto a una tesi di segno contrario espressa a suo tempo in Senato dal Ministro Guardasigilli⁴.

Quantomeno, dunque, si tratterà già oggi di valutare – secondo una lettura costituzionalmente compatibile dell'art. 4-*bis* ord. penit. – se sussistano circostanze che escludano la rilevanza in concreto dell'indisponibilità a collaborare da parte del detenuto quale indizio di non avvenuta rieducazione. Diversamente, si realizzerebbe un'ipotesi incostituzionale di *presunzione* del mancato conseguimento della finalità risocializzativa (o, se si vuole, un'ipotesi *sui generis* di *pericolosità presunta* del condannato).

- L'inammissibilità del fatto per cui il diritto di non collaborare, rigorosamente garantito in sede processuale come espressione del principio *nemo tenetur se detegere* (così che la collaborazione rileva esclusivamente come scelta spontanea del soggetto interessato, con effetti premiali), possa trasformarsi nella fase esecutiva in un *dovere* di collaborare onde poter usufruire dell'ordinario regime di rilevanza della partecipazione al trattamento penitenziario. «In questo modo la regola processuale del *nemo tenetur se detegere* resta sconosciuta, almeno per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., nella fase dell'esecuzione penale, dove vige, all'opposto, l'incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*, per cui al detenuto che voglia usufruire [dei benefici previsti dall'ordinamento penitenziario] è imposto l'onere della collaborazione processuale»⁵.

² Cfr. Corte cost. n. 306/203, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1176, nota FIORIO (v. anche *infra*, n. 4). Cfr. altresì A. GAITO, *Limiti applicativi per la liberazione anticipata?*, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 549 s.; M. MARGARITELLI, *Liberazione anticipata ed informativa al tribunale di sorveglianza*, *ibi*, p. 306.

³ Si veda, ancora, Corte cost. n. 306/203.

⁴ Cfr. A. PICCIANI, *La premialità nel sistema penale*, in *Ripensare la premialità*, a cura di S. Armellini e G. Di Giandomenico, Giappichelli, Torino, 2002, p. 322 s., la quale evidenzia in tale contesto i profili di estraneità allo scopo rieducativo, costituzionalmente imposto, del regime di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

⁵ Così L. FILIPPI - G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, 2007, i quali evidenziano in tale prospettiva come verrebbe attribuita alla pena inflitta «una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa costituzionalmente imposta», con violazione ulteriore dell'art. 188 c.p.p., laddove preclude l'impiego per finalità processuali di «metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione».

Verrebbe pertanto a configurarsi, per chi si trova nella fase esecutiva, un regime giuridico ben più pregiudizievole di quello vigente con riguardo al processo, nel cui ambito – si è efficacemente osservato – «il comportamento del reo che si limiti puramente e semplicemente a esercitare il proprio diritto non potrà essere oggetto di autonoma valutazione sfavorevole ad opera del giudice senza che l'ordinamento entri in contraddizione con se stesso»⁶.

- L'inammissibilità di un regime giuridico che escluda ogni rilievo di motivi i quali rendano *non esigibile* il comportamento richiesto, in contrasto col principio di colpevolezza espresso dall'art. 27, co. 1, Cost.⁷.

L'ottenere un vantaggio connesso all'altrui pregiudizio, per motivi di prevenzione, è proposto dalla legge in non pochi casi, com'è noto, alla libera scelta del potenziale destinatario di quel vantaggio. Ma altra cosa risulta il configurare simile modalità dell'agire utilitaristico come requisito necessario *per evitare un danno aggiuntivo* (nel nostro caso, la preclusione dell'accesso, ordinariamente possibile, ai *benefici* di cui discutiamo): dunque, l'operare, secondo la terminologia penalistica, in termini di *costrizione*; e ciò anche nell'ipotesi in cui non vi siano in concreto esigenze di tutela attuale riguardanti determinati individui.

Non può darsi una *costrizione* all'agire utilitaristico: quest'ultimo, nei termini descritti, è *inesigibile*⁸. Tanto più ove la pressione costringitiva sia quella massima, in un ordinamento che non prevede la pena di morte: vale a dire la pressione derivante dalla prospettiva di una permanenza in carcere effettivamente perpetua, pur ove fossero presenti tutti i requisiti che consentirebbero, altrimenti, di evitarla.

Ne deriverebbe, altresì, un'irragionevole disarmonia rispetto al disposto di cui all'art. 384, co. 1, c.p., il quale, per ragioni di *inesigibilità*, esclude conseguenze sfavorevoli con riguardo a comportamenti che, addirittura, integrano *delitti* contro l'amministrazione della giustizia e che potrebbero rappresentare un ostacolo alle attività d'indagine ben più attuale e concreto di quello dipendente dalla non collaborazione dell'ergastolano: simile norma, infatti, prevede una causa di non punibilità riferita, fra l'altro, al caso in cui la condotta richiesta dalla legge esponga il soggetto che debba tenerla «a un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore».

Del resto, una ragione ulteriore di non *esigibilità* della condotta collaborativa sarebbe da ravvisarsi ove la medesima comportasse un pericolo concreto per l'incolumità dei familiari di quel soggetto. Se non lo si ammettesse, emergerebbe, pure in questo caso, un'illogica disomogeneità valutativa rispetto all'art. 384 c.p., il quale considera rilevante il menzionato nocumento, attraverso la condotta richiesta dalla legge, anche nell'ipotesi in cui riguardi un «prossimo congiunto».

- Il fatto per cui si farebbe dipendere da un elemento successivo alla stessa sentenza di condanna l'applicazione di un regime sanzionatorio *più gravoso* rispetto a quello *ordinario* di esecuzione della pena inflitta⁹.

In effetti, l'art. 133, co. 2, c.p., ricomprende anche la condotta susseguente al reato tra i parametri di determinazione della pena, nell'ambito della *capacità a delinquere*. E tuttavia permette di valutare quel tipo di condotta esclusivamente con riguardo, per l'appunto, alla determinazione

⁶ Così S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 228: «anche nell'ipotesi limite – si precisa – in cui tale comportamento avesse come scopo esclusivo quello di cagionare un aggravamento delle conseguenze del reato commesso».

⁷ Il concetto di *inesigibilità* è qui utilizzato in un'accezione (penalistica) diversa da quella con cui si individua la collaborazione c.d. *inesigibile* ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1-bis, ord. penit. (v. infra, n. 3).

⁸ E altresì poco coerente, se non sussistano motivazioni ulteriori, rispetto al fine rieducativo, che implica il recupero di stili comportamentali non meramente utilitaristici.

⁹ Il legislatore può ritenere, date certe condizioni, di ricollegare effetti premiali alla collaborazione di giustizia. Ma ben altra cosa è far dipendere effetti *in malam partem* dalla mera circostanza della non collaborazione: vale a dire, anche nel caso in cui l'assenza di collaborazione non costituisca, in concreto, un indizio della mancata presa di distanze dall'agire criminoso.

della pena da infliggersi. Con la condanna definitiva, di conseguenza, l'ambito applicativo della pena risulta ormai definito, secondo un regime giuridico costituzionalmente fondato che, da quel momento, attribuisce rilievo alla condotta del reo solo in quanto significativa ai fini del giudizio circa la sua risocializzazione (vale a dire, circa l'applicabilità delle misure alternative): regime il quale, comunque, non potrebbe giungere a negare ogni effetto giuridico di una risocializzazione avvenuta. Mentre nell'ipotesi che andiamo discutendo si avrebbe una forma di rilievo *in malam partem* della condotta successiva alla condanna, tale da precludere qualsiasi incidenza favorevole del percorso risocializzativo eventualmente compiuto.

Si deve considerare, inoltre, che lo stesso concetto di capacità a delinquere, dopo l'avvento della Costituzione, non può essere ritenuto suscettibile di assegnare rilievo sfavorevole a elementi della condotta (o della personalità) del soggetto agente i quali non abbiano avuto un'incidenza nel fatto commesso, posto che altrimenti risulterebbero violati sia il principio di offensività, sia il principio di colpevolezza (il quale esige una sanzione riferita, per l'appunto, alla colpevolezza *del fatto*, in tal modo escludendo qualsiasi apertura a logiche di c.d. *colpa d'autore* e a qualsiasi sovrapposizione tra il giudizio inteso alla determinazione della pena e il giudizio di pericolosità sociale).

Non a caso, si è precisato come la *capacità a delinquere* debba pur sempre essere «accertata con riferimento al momento del fatto», onde valutare «l'attitudine che il reo ha dimostrato alla commissione di quel determinato tipo di reato» o, in altre parole, onde valutare «fino a che punto il reato commesso si radichi nella personalità del soggetto» agente¹⁰ (fermo nondimeno il dubbio circa la praticabilità di simili giudizi, stante la carenza di strumenti idonei a tali verifiche da parte del giudice).

Tanto più, dunque, i principi di offensività e di colpevolezza risulterebbero trasgrediti nel caso in cui condotte posteriori al reato (ma anche alla sentenza di condanna) del tutto autonome dalla commissione del reato stesso e nient'affatto indicative di un'automatica maggiore propensione a delinquere al momento del fatto – come sono da ritenersi quelle non collaborative in esame – fossero ritenute suscettibili di modificare il regime sanzionatorio dell'ergastolo escludendo a priori qualsiasi significatività giuridica del percorso risocializzativo.

- L'incomprensibile disparità di trattamento in rapporto alle normative che solo pochi anni orsono attribuiscono rilievo *premiale* – senza esigere alcuna collaborazione di giustizia – a condotte di *dissociazione* da attività criminose (e in particolare dal terrorismo): posto che prese di posizione dissociative credibili potrebbero essere riscontrate anche tra condannati all'ergastolo non collaboranti.

- L'ulteriore, irragionevole contraddittorietà della disciplina giuridica in esame rispetto alla scelta con cui furono abrogate le ipotesi di pericolosità *presunta*, quali previste a suo tempo dall'art. 204 c.p.: stante il parallelismo sostanziale che sussiste tra il presumere la non avvenuta rieducazione dell'ergastolano in assenza di contributi collaborativi e il presumere la permanente pericolosità sociale del medesimo.

- Il fatto che la disciplina suddetta finirebbe per presupporre in modo implicito un ordinamento penale il quale sia esente senza eccezione, condannando all'ergastolo, da errori giudiziari (come invece risulta smentito, per esempio, nella vicenda relativa ai tragici fatti di via d'Amelio a Palermo): posto che per il condannato innocente sarebbe a priori *impossibile* una collaborazione di giustizia veritiera e dunque – senza alcun rilievo attribuibile al buon comportamento in sede trattamentale – la modificazione del regime esecutivo, nonché, di conseguenza, il *fine pena*.

Da tutto ciò si desume che eventuali questioni interpretative della normativa di cui ci occupiamo dovranno essere risolte secondo l'alternativa compatibile col dettato costituzionale. E che nel caso in cui non vi sia spazio per un'interpretazione conforme alla Costituzione dovrà essere sollevata una questione di legittimità costituzionale.

¹⁰ Così S. PROSDOCIMI, *op. cit.*, p. 254 s., nota 102.

3. Sull'applicabilità, quantomeno, dei permessi-premio e della semilibertà.

Ciò premesso, si impongono alcune osservazioni circa il quadro normativo vigente:

- Gli artt. 21, co. 1 (*lavoro all'esterno*), 30-ter, co. 4, lett. c (*permessi-premio*) e 50, co. 2 (*semilibertà*), ord. penit., come modificati ai sensi della legge n. 94/2009, prevedono che i tempi minimi di reclusione, più rigidi dell'ordinario, ivi previsti per beneficiare degli istituti in oggetto sono da riferirsi ai delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'art. 4-bis ord. penit. Mentre in epoca precedente tali norme facevano riferimento al comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., che prima delle modifiche introdotte con d.l. n. 11/2009, come convertito nella legge n. 38/2009, ricomprendeva unitariamente gli attuali commi da 1 a 1-quater.

- Solo anteriormente, dunque, alla legge n. 94/2009 si poteva ritenere che il disposto delle suddette norme relative al *lavoro all'esterno*, ai *permessi-premio* e alla *semilibertà* riguardasse soltanto e complessivamente le ipotesi per le quali, secondo il vecchio comma 1 dell'art. 4-bis, i benefici in esame risultavano ammissibili (compresa l'ipotesi della collaborazione di giustizia allora prevista nella prima parte dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit.: salva, tuttavia, in tal caso, la deroga ex art. 58-ter, co. 1, ord. pen.)¹¹.

- Oggi, invece, gli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit. fanno specifico riferimento (tra l'altro) proprio all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., cioè all'ipotesi del detenuto non collaborante, configurata da quest'ultima norma come *assolutamente ostativa* all'applicazione dei benefici. Per cui si configura una palese antinomia normativa fra quanto prevede il primo comma dell'art. 4-bis ord. penit. e quanto prevedono gli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit.: a una stessa materia si applicano disposizioni dal contenuto differente¹².

- Del resto i limiti temporali previsti agli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit. risulterebbero oggi perfettamente inutili se fossero riferiti ai soli detenuti collaboranti, posto che rispetto a questi ultimi, come poco sopra si accennava, l'applicabilità di quei limiti è esclusa dall'art. 58-ter, co. 1, ord. penit.¹³.

¹¹ Cfr. Uff. Sorv. Pavia 10-1-2011, n. 09/2654 SIUS; 15-3-2011, n. 11/1006 SIUS; 14-4-2011, n. 11/1247 SIUS; 25-5-2011, n. 11/2022 SIUS (in relazione a istanze di detenuti non collaboranti condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis co. 1 ord. penit., intese alla concessione di un permesso premio): «prima dell'entrata in vigore delle leggi indicate [n. 38/2009 e n. 94/2009] era comunque possibile riferire la disposizione dell'art. 30-ter, co. 4, lett. c, ord. penit. (nella vecchia formulazione che non distingueva tra comma 1, comma 1-ter e comma 1-quater) all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. complessivamente (che nella vecchia formulazione non prevedeva la distinzione tra comma 1, comma 1-bis, comma 1-ter e comma 1-quater, ma quella tra comma 1 "primo periodo" e comma 2 [rectius, 1] "secondo periodo") e quindi ad ipotesi in cui, a certe condizioni, il beneficio dei permessi premio era ammissibile, come nell'ipotesi prevista dall'art. 4-bis, co. 1, secondo periodo (c.d. reati ostativi di seconda fascia)».

¹² «Appurata pertanto – osservano ancora i già citati provvedimenti dell'Ufficio di Sorveglianza di Pavia (*supra*, nota 11) – la riferibilità oggettiva (indipendentemente dalla consapevolezza del legislatore in ordine a tali conseguenze) dell'art. 30-ter, co. 4, lett. c, ord. penit. all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., è dato rilevare una (classica) antinomia totale tra l'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. (che prevede che i permessi premio possono essere concessi ai detenuti e internati per i "seguenti delitti" solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter della presente legge) e l'art. 30-ter, co. 4, lett. c, ord. penit. (nella parte in cui prevede che nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit. i permessi premio possono essere concessi dopo l'espiazione di almeno metà della pena e comunque di non oltre dieci anni)».

¹³ A tal proposito sorprende come Trib. Sorv. Perugia 20-10-2011, n. 2011/966 SIUS, giunga a negare – in contrasto con le pronunce di cui *supra*, nota 11, e *infra*, nota 14 – lo stesso sussistere di un'antinomia tra l'art. 4-bis, co. 1, e l'art. 30-ter, co. 4, lett. c, ord. penit., affermando che quest'ultima norma assolverebbe alla funzione di rendere applicabili i limiti temporali più rigidi in essa previsti, circa la concessione di permessi premio relativa ai delitti menzionati dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., nei soli casi di collaborazione cd. *inesigibile, impossibile o irrilevante* di cui al comma 1-bis del medesimo art. 4-bis ord. penit.: posto che invece i limiti temporali ordinari sono applicabili, in forza dell'art. l'art. 58-ter, co. 1, ord. penit. (che non richiama il cit. comma 1-bis), nell'ipotesi di collaborazione *utile* prevista dall'art. 4-bis,

- Gli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit., peraltro, risultano configurarsi in rapporto di specialità rispetto all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., e comunque *prevalenti* secondo il criterio temporale, in quanto modificati ai sensi della legge n. 94/2009, rispetto al medesimo art. 4-bis, co. 1, ord. penit., da ultimo modificato ai sensi della legge n. 38/2009.

Ne deriva che i limiti temporali previsti agli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit., e con essi, pertanto, i benefici del *lavoro all'esterno*, dei *permessi premio* e della *semilibertà*, devono ritenersi applicabili sulla base delle modifiche normative introdotte dalla legge

co. 1, ord. penit. Su questa base, l'art. 30-ter, co. 4, lett. c, come altresì gli artt. 21, co. 1, e 50, co. 2 ord. penit., non entrerebbero in collisione, secondo l'ordinanza, con il comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., che continuerebbe a precludere la concessione dei benefici ivi previsti al detenuto non collaborante. Ora, l'ordinanza si manifesta consapevole del fatto che i citati artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2 ord. penit., nel prevedere limiti temporali più rigidi per l'applicabilità dei benefici cui si riferiscono, non menzionano affatto, dopo la riforma di cui alla legge n. 94/2009, il comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit. e, dunque, proprio le ipotesi di collaborazione *inesigibile*, *impossibile* o *irrilevante*: ma ritiene di poter superare questo problema affermando che l'art. 30-ter, co. 4, lett. c (come le citate norme analoghe), richiamerebbe solo i commi dell'art. 4-bis contenenti, diversamente dal comma 1-bis, elencazioni di delitti, per cui il richiamo al comma 1 varrebbe anche per il comma 1-bis in quanto attinente agli stessi delitti. Il risultato che ne deriva, tuttavia, è paradossale: norme – gli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit. – la cui lettera dice che la concessione dei benefici cui si riferiscono è *ammessa* nei confronti dei condannati alla reclusione per i delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit. vengono rilette come se implicassero che la concessione di quei medesimi benefici *non è ammessa* per i delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., ma lo è (secondo i limiti più rigidi dell'ordinario in esse previsti) nelle situazioni di cui al comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit., delle quali in tali norme non si parla. In un modo assai più lineare, il fatto che gli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit., come modificati dalla legge n. 94/2009, omettano la citazione del comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit. indica che l'applicabilità dei limiti temporali più rigidi in essi previsti risulta esclusa a priori, nel nuovo assetto normativo delineato dalla legge n. 94/2009, rispetto ai casi di collaborazione c.d. *inesigibile*, *impossibile* o *irrilevante*, rendendosi con ciò inutile il richiamo dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ad opera dell'art. 58-ter, co. 1, ord. penit. (esso pure modificato dalla legge n. 94/2009). L'ordinanza in esame finisce, dunque, per operare una vera e propria lettura analogica *in malam partem* dell'art. 30-ter, co. 4, lett. c, e *a fortiori* degli artt. 21, co. 1, e 50, co. 2, ord. penit., estendendone in modo indebito l'ambito applicativo. Si tratta di una lettura, del resto, che solo apparentemente porrebbe un (pur inammissibile) rimedio a un'incongruenza del sistema: che infatti sia illogico non riferire i requisiti temporali più rigidi anche al caso in cui l'applicabilità di *lavoro all'esterno*, *permessi premio* e *semilibertà* dipenda solo dal carattere *inesigibile*, *impossibile* o *irrilevante* della collaborazione è tutt'altro che ovvio. Ove, infatti, quei limiti temporali più rigidi fossero applicati pure nel caso di cui al comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit. si avrebbe un assetto normativo il quale, penalizzando l'accesso ai benefici nel caso di collaborazione c.d. *inesigibile*, *impossibile* o *irrilevante*, riproporrebbe le questioni di legittimità costituzionale che, come ben si sa, interessarono questa materia alcuni anni orsono. Simile lettura, inoltre, configurerebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra detenuti non collaboranti condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, co. 1, ord. penit.: di regola infatti, secondo quella lettura, i benefici sarebbero in tal caso sempre preclusi, mentre tornerebbero applicabili nell'ipotesi in cui la non collaborazione si associasse a una oggettiva *inesigibilità*, *impossibilità* o *irrilevanza* della medesima. Ma tale lettura configurerebbe anche un'irragionevole disparità di trattamento fra il condannato alla reclusione che collabori (il quale potrebbe beneficiare dei limiti temporali *ordinari* di accesso ai benefici) e il condannato alla reclusione – sovente, un gregario – la cui collaborazione risultasse *inesigibile*, *impossibile* o *irrilevante* (il quale potrebbe accedere ai benefici, ma solo una volta trascorsi i termini più ampi di cui agli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit.). Si noti come l'equivoco di una non parificazione trattamentale dei casi in cui l'accesso ai benefici è consentito, rispettivamente, dall'art. 4-bis, co. 1, e dell'art. 4-bis, co. 1-bis, ord. penit., emerga anche in A. RICCI, *Profili di un'indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, in *Giust. pen.*, 2011, II, p. 126 s.: ma ciò esclusivamente perché L'Autore continua a ritenere valide conclusioni sostenibili solo prima dell'entrata in vigore della legge n. 94/2011, quando gli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit. riferivano i limiti temporali più rigidi previsti per l'applicabilità dei benefici ivi contemplati all'intero ambito del vecchio comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., comprensivo delle ipotesi di collaborazione *inesigibile*, *impossibile* o *irrilevante* (l'Autore, in altre parole, trascura di considerare che la legge n. 94/2009 ha inciso non soltanto sull'art. 58-ter, co. 1, ma anche sugli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit.). Fermo tutto quanto s'è detto, deve in ogni caso rammentarsi come ciò che conta ai fini dell'antinomia normativa della quale discutiamo non risulti tanto la mancata citazione del comma 1-bis dell'art. 4-bis ord. penit. sia da parte dell'art. 58-ter, co. 1, ord. penit., sia da parte degli artt. 21, co. 1, 30-ter, co. 4, lett. c, e 50, co. 2, ord. penit., bensì il fatto che proprio questi ultimi articoli prevedano per i delitti di cui al primo comma dell'art. 4-bis ord. penit. una disposizione di segno opposto a quella contenuta in tale medesimo comma.

n. 94/2009 anche ai detenuti non collaboranti condannati per i delitti di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit.¹⁴.

Conclusione, questa, che si configura del resto rispondente, impregiudicato il giudizio sul merito, a una logica plausibile di carattere politico-criminale: quella intesa ad ammettere, nei confronti dei suddetti detenuti, l'applicabilità del *lavoro all'esterno*, dei *permessi-premio* e della *semilibertà*, ma non di altri benefici, tra i quali, in particolare, la *liberazione condizionale*, stante il già richiamato disposto dell'art. 2, co. 1, d.l. n. 152/1991, come convertito nella legge n. 203/1991. In tal modo facendosi salvo un ambito significativo di possibile rilevanza anche per i detenuti non collaboranti – ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost. – del percorso di trattamento penitenziario validamente svolto.

Simile conclusione, riferita alle pene detentive di cui si occupano i più volte citati artt. 21, co. 2, 30-*ter*, co. 4, lett. *c*, e 50, co. 2, ord. penit., non potrà che ritenersi, ovviamente, valida *a fortiori*, sulla base delle medesime motivazioni, anche per quanto concerne le norme ancillari rispetto alle precedenti – artt. 21, co. 2, ultima parte, 30-*ter*, co. 4, lett. *d*, e 50, co. 5, ord. penit. – in tema di applicabilità del *lavoro all'esterno*, dei *permessi-premio* e della *semilibertà* nel caso di condanna all'*ergastolo*.

4. *L'improponibile configurarsi di una liberazione anticipata irrilevante.*

Circa l'*ergastolo* la suddetta conclusione è ulteriormente suffragata dal fatto che, in caso contrario, risulterebbe privo di qualsiasi rilievo pratico la circostanza per cui lo stesso art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit. fa salva l'applicabilità della *liberazione anticipata* anche in favore del detenuto non collaborante.

Giustamente, del resto, si è posta in discussione – alla luce del quadro normativo vigente nel 2001 – l'adeguatezza della sola permanente applicabilità della *liberazione anticipata* nei confronti del detenuto non collaborante a «recuperare» la funzione rieducativa della pena, e dunque «il rispetto non solo del dettato costituzionale, ma anche degli “degli impegni assunti a livello internazionale, che impongono un regime penitenziario dove il trattamento dei detenuti abbia come fine essenziale il ravvedimento e la riabilitazione sociale (art. 10, § 3, del Patto Internazionale O.N.U.)”»¹⁵.

Rilievi i quali valgono ovviamente a maggior ragione con riguardo all'ipotesi in cui la stessa liberazione anticipata venga a perdere, come accade per l'*ergastolano* non collaborante secondo l'interpretazione che criticiamo, qualsiasi incidenza favorevole concreta.

Non a caso, del resto, Corte cost. n. 306/1993 ha ravvisato nella liberazione anticipata «la valvola di sfogo che garantisce la compatibilità dell'intera disciplina [di cui ora all'art. 4-*bis*, co. 1,

¹⁴ In questo senso, ritengono ammissibile – presupposta l'antinomia fra gli artt. 4-*bis*, co. 1, e 30-*ter* co. 4, lett. *c*, ord. penit. – una domanda di permesso-premio, tuttavia rigettata per ciascuno dei richiedenti sulla base di considerazioni relative all'iter trattamentale, i quattro provvedimenti già richiamati (vedi *supra*, nota 11) emessi nel 2011 dal Magistrato di Sorveglianza di Pavia. Essi evidenziano, in particolare, «che la norma di cui all'art. 30-*ter*, co. 4, lett. *c*, ord. penit., espressamente rivolto a disciplinare i permessi premio e l'ammissibilità delle relative istanze nei casi di reati ostativi, deve essere considerata speciale rispetto a quella volta a disciplinare, in generale, le condizioni di ammissibilità di tutti i benefici penitenziari» e, «soprattutto, che il criterio temporale induce a ritenere prevalente l'art. 30-*ter*, co. 4, lett. *c*, ord. penit., introdotto con la l. del 15-7-2009, n. 94, sull'art. 4-*bis* ord. penit., introdotto con la l. 203/91 e, anche a voler considerare l'ultima modificazione, modificato da ultimo con l. 23.4.2009, n. 38». L'ammissibilità della domanda (pur sempre rigettata) di permesso premio di detenuto condannato all'*ergastolo* per reati di cui all'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., risulta altresì riconosciuta da Uff. Sorv. Milano 27-10-2011 (n. 22554/2011 SIUS) e, con riguardo a un diverso procedimento, da Trib. Sorv. Milano 16-11-2011 (n. 4381/2011 SIUS). A sua volta, Uff. Sorv. Spoleto 30-11-2011 (n. 2011/4447 SIUS), dichiara inammissibile una analoga domanda, perché il detenuto non si trovava tuttora «nei termini per la fruizione del permesso (...), come disposto dall'art. 30-*ter*, co. 4, lett. *c*, ord. penit.».

¹⁵ Così A. PICCIANI, *op. e loc. cit.*, in riferimento a M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2517.

ord. penit.] con l'art. 27, co. 3, Cost.»¹⁶. Secondo tale sentenza, infatti, «il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto da “autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena” (sent. n. 313/1990): tant'è – proseguono i giudici delle leggi – che questa Corte ha dedotto dal precetto dell'art. 27, terzo comma, Cost. che l'incentivo ad un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione costituito dalla concedibilità della liberazione anticipata non può essere precluso neanche nei confronti dei condannati all'ergastolo (sent. n. 274/1983)».

Restano infine da tenersi presente – per quanto concerne fatti commessi in epoca anteriore all'introduzione dell'art. 4-*bis* ord. penit. – le argomentazioni concernenti l'inammissibile retroattività di profili sostanziali delle norme sull'esecuzione penale (valga solo, in proposito, il riferimento a Cass. s.u. 31 marzo 2011, n. 250195)¹⁷.

¹⁶ Così C. CESARI - V. GIOSTRA, in V. GREVI - G. GIOSTRA - F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario commentato*, tomo I, 4^a ed., a cura di F. Della Casa, Cedam, Padova, 2011, *sub* art. 4-*bis*, p. 60.

¹⁷ Ma anche il richiamo all'art. 7, co. 1, parte seconda, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui «non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato commesso».