

**SIMONA METRANGOLO**

### **“Lasciate ogni speranza, voi ch’intrate”: l’ergastolo ostativo e la sua problematica compatibilità con i principi costituzionali**

Il contributo offre una panoramica, anche in chiave critica, degli arresti giurisprudenziali più significativi in materia di ergastolo ostativo. Esso si sofferma, altresì, sull’analisi delle principali novità normative introdotte in materia con il recente d.l. 31 ottobre 2022, n. 162.

*“All hope abandon ye who enter here”: is life imprisonment without parole constitutional?*

*This article offers an examination on the problems of constitutional legitimacy of the life imprisonment without parole and it also gives a glance on new regulations about this crucial topic.*

**SOMMARIO:** 1. Retrospectiva storica: le radici normative del carcere a vita nel sistema penale italiano e le tappe salienti dell’evoluzione legislativa in materia penitenziaria. - 2. L’ergastolo ostativo. - 2.1. *L’affaire Viola c. Italia.* - 3. L’ordinanza di remissione della Suprema Corte. - 4. La successiva decisione della Corte costituzionale. - 5. Quale futuro per la disciplina dell’ergastolo ostativo? - 5.1. Le principali novità introdotte con il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 e con la relativa legge di conversione (l. 30 dicembre 2022, n. 199).

*1. Retrospectiva storica: le radici normative del carcere a vita nel sistema penale italiano e le tappe salienti dell’evoluzione legislativa in materia penitenziaria.* Nel nostro sistema penale, l’ergastolo comparve per la prima volta nel codice Zanardelli del 1889 (artt. 11 e 12), quale surrogato delle pene di morte e dei lavori forzati, previste dai codici preunitari.

Esso era collocato al «vertice superiore del catalogo delle pene»<sup>1</sup> riportato nell’art. 11 e riguardava un numero limitato di fattispecie incriminatrici. L’art. 12 ne sanciva, invece, il carattere perpetuo e le modalità d’esecuzione all’interno di stabilimenti *ad hoc*, i c.d. ergastoli<sup>2</sup>, «dove il condannato rima-

---

<sup>1</sup> Così DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell’ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 dicembre 2018, 2. Per una sintetica ricostruzione storica dell’istituto dell’ergastolo, v. COSENTINO, *Origine e giustificazione della pena dell’ergastolo*, in [www.dirittopenaleuomo.org](http://www.dirittopenaleuomo.org), 7 ottobre 2020, 1-6.

<sup>2</sup> Poi aboliti dalla l. 26 luglio 1975, n. 354 (Ordinamento penitenziario). Può destare interesse un’annotazione di carattere storico-etimologico: la parola “ergastolo” deriva dal latino *ergastolum*, che a sua volta reca la radice del verbo greco ἐργάζομαι (lavorare), e, nell’antica Roma, «era la casa dove schiavi e non scontavano la pena ai lavori agricoli forzati» (così BELLO, *Dizionario della violenza. Le mille voci della violenza antropica presenti nella lingua italiana*, Tricase, 2016, 253). Da qui nasce il

ne[va] per i primi sette anni in segregazione cellulare continua con l'obbligo del lavoro»<sup>3</sup>, potendo essere ammesso al lavoro assieme agli altri detenuti solo successivamente, con l'obbligo del silenzio e ferma restando la segregazione cellulare notturna.

Per il legislatore dell'epoca, l'isolamento in cella, l'obbligo del lavoro e quello al silenzio rappresentavano gli opportuni “congegni” affinché l'ergastolo fosse un “esempio salutare”<sup>4</sup>: essi miravano a garantirne «l'afflittività e l'effetto di prevenzione generale»<sup>5</sup> nei confronti dei cittadini, rasserenando altresì «gli animi preoccupati dell'avvenire per l'abolizione dell'estremo supplizio»<sup>6</sup>.

Se, infatti, l'eliminazione della pena capitale suggeriva l'idea di un progresso verso una risposta sanzionatoria più umana, quei congegni confermavano la natura parimenti severa della nuova pena: nella rigida solitudine cui era costretto il condannato all'ergastolo si vedeva un influsso benefico sull'emenda del reo e si considerava la segregazione come un freno al contagio criminale.

Nel ventennio fascista, al codice Zanardelli fece seguito il codice Rocco, entrato in vigore il 1° luglio 1931 e tuttora vigente, ancorché oggetto di innumerevoli, profonde e significative modifiche via via intervenute nel corso del tempo.

Complici la crisi dei valori liberali che avevano caratterizzato le codificazioni ottocentesche, l'avanzare dei totalitarismi nell'Europa continentale e l'aumento della delinquenza nel primo dopoguerra, il codice Rocco proponeva un modello di diritto penale improntato al rigorismo repressivo e assegnava allo strumento sanzionatorio «la funzione di rappresentare lo Stato fascista come Stato forte anche nella lotta contro la criminalità»<sup>7</sup>. Al perseguimento di quest'obiettivo contribuiva, tra le altre cose<sup>8</sup>, il ripristino della pena

---

significato - oggi desueto - di ergastolo come galera e trae origine l'odierna metonimia con cui quella galera identifica la pena perpetua.

<sup>3</sup> Art. 2 codice Zanardelli.

<sup>4</sup> Così CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia. Sub art. 12, II*, Torino, 1891, 279.

<sup>5</sup> Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 2.

<sup>6</sup> Così CRIVELLARI, *Il codice penale*, cit., 279.

<sup>7</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*<sup>8</sup>, Bologna, 2019, 38.

<sup>8</sup> E, cioè, incremento delle ipotesi di reato; notevoli inasprimenti sanzionatori, con generalizzato aumento dei minimi e dei massimi edittali; crescita delle ipotesi di circostanze aggravanti e simmetrica abolizione delle circostanze attenuanti; incisivo aggravamento di pena in caso di recidiva: v. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2, 575 ss.

di morte (che rimaneva comunque limitata ai più gravi delitti contro la personalità dello Stato e contro la vita dei cittadini) mentre l'ergastolo, nel catalogo delle pene principali previste dal nuovo art. 17 c.p., assurgeva adesso al ruolo di "comprimario", per tornare a vestire quello di protagonista nel 1944, con l'abolizione della pena capitale per tutti i delitti previsti dal codice penale<sup>9</sup>.

Rispetto a quanto previsto dal codice Zanardelli, la disciplina dell'ergastolo nel codice Rocco presentava varianti *in melius*, come la segregazione cellulare esclusivamente notturna<sup>10</sup>, ma anche *in peius*, come il regime della prescrizione: infatti, mentre il codice Zanardelli prevedeva espressamente la prescrittibilità dei reati puniti con l'ergastolo (art. 91, n. 1), il codice Rocco la escludeva di fatto, omettendo di specificare quale fosse «il tempo necessario a prescrivere» per i reati puniti con il carcere a vita (art. 157, commi 2 e 3)<sup>11</sup>. Nelle discipline di entrambi i codici, restava tuttavia ferma la caratteristica dell'irriducibilità della pena perpetua, fatto salvo l'accoglimento delle domande di grazia eventualmente avanzate dal condannato.

Con la caduta del fascismo e la fine del secondo conflitto mondiale, il codice Rocco ha subito incisive modifiche. Tra queste, spiccava la previsione della possibilità di applicare l'ergastolo in via alternativa<sup>12</sup> rispetto alla pena di morte (per quei reati che ancora la prevedevano), seguita, a distanza di poco tempo, dalla definitiva abolizione<sup>13</sup> di quest'ultima.

Nel secondo dopoguerra non sono, peraltro, mancate disposizioni normative di matrice più benevola: nell'ampio disegno di pacificazione nazionale, rientrano infatti provvedimenti di amnistia (la più nota è la c.d. amnistia To-

<sup>9</sup> DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 3.

<sup>10</sup> Per la precisione, l'art. 72 c.p. sanciva che, nel caso di condanna per un delitto punito con l'ergastolo in concorso con uno o più delitti puniti con pene detentive temporanee, l'ergastolano fosse sottoposto a un periodo di isolamento diurno non inferiore a un anno e non superiore a cinque: v. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., 588 ss., e, nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost., 22 novembre 1974, n. 264, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>11</sup> Sarà la successiva prassi giudiziaria a stabilire, in via interpretativa, la non prescrittibilità dei reati puniti con la pena perpetua: sul punto, v. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 6.

<sup>12</sup> Sul punto v., *funditus*, PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., 578-579, nonché ID., *La pena di morte in Italia (1926-1948)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 14.

<sup>13</sup> La pena di morte fu soppressa dall'art. 1, comma 2, d.lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224. Per una rassegna storica delle ipotesi delittuose che prevedevano l'applicazione della pena di morte in Italia, dal Medioevo in poi, v. PRETE, *Lecco. In giro per i rioni: storia, chiese e palazzi*, Brivio (Lc), 2008, 41 ss. (v., in particolare, nota n. 56).

gliatti, di cui al d.P.R. 22 giugno 1946, n. 4) e conversioni di ergastoli in pene di trent'anni, con riguardo a specifiche ipotesi di reato (cfr. art. 9 d.P.R. citato). Scopo di quest'opera di "distensione degli animi" era riportare «nel Paese un clima di serenità nel quale più proficuamente [potesse] essere compiuto lo studio e avviata la decisa attuazione di provvedimenti di progresso sociale, essenziali per il benessere del popolo»<sup>14</sup>.

Il tema dell'ergastolo fu affrontato, sebbene in modo sommario, anche dall'Assemblea costituente, durante i lavori preparatori<sup>15</sup> della Costituzione. La trattazione più approfondita del tema fu, però, rimessa a sedi più opportune, ossia quelle della riforma del codice penale e della legislazione penitenziaria, a distanza di anni dalla nascita della Carta fondamentale.

Un primo, rilevante, intervento di riforma si ebbe, infatti, con la l. 25 novembre 1962, n. 1634, «Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale». Tra le principali novità, vi furono la modifica dell'art. 22 c.p., nel senso di ammettere subito il condannato all'ergastolo al lavoro all'aperto, senza la previa espiazione di tre anni di detenzione, e quella dell'art. 176 c.p., riguardante la «liberazione condizionale»<sup>16</sup>, che rese la pena perpetua non più ineluttabilmente tale.

Grazie alla riforma, l'ergastolano poté godere della liberazione condizionale dopo aver scontato ventotto anni di reclusione e aver dato prove costanti di buona condotta. Ciò significava, in pratica, che egli poteva contare su una reale prospettiva di recupero e di reinserimento sociale; prospettiva, ormai, irrinunciabile per una pena costituzionalmente orientata alla rieducazione del condannato. L'art. 177, comma 3, c.p. stabilì, inoltre, che, decorsi cinque an-

---

<sup>14</sup> Così PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., 580. Per un *excursus* sulle politiche di "distensione" adottate dal legislatore dell'epoca e da quello degli anni a venire, si veda Dossier Servizio Studi del Senato, XVII Legislatura, *I provvedimenti legislativi di amnistia e indulto dal 1948 ad oggi*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 67, 2013, 9-19.

<sup>15</sup> Ne offre una sintesi PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., 580-582.

<sup>16</sup> La norma esiste ancora oggi, benché con modifiche rispetto alla versione originaria, ed esisteva già nel codice Zanardelli (artt. 16-17). Il codice Rocco lasciò inalterato l'istituto il quale subì, invece, un'incisiva trasformazione proprio con la legge del 1962 quando, per la prima volta, fu applicato a tutti i detenuti, ergastolani e non, che dessero prova di essersi ravveduti per quanto fatto: per una ricostruzione storico-giuridica dell'istituto della liberazione condizionale, v. Senato della Repubblica, X Legislatura, *Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Onorato, Battello, Macis, Salvato e Moro. Modifica degli articoli 176 e 177 del codice penale concernenti la liberazione condizionale*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 1134, 16 giugno 1988, 1 ss.

ni dal provvedimento di liberazione condizionale senza il sopravvenire di cause di revoca, la pena si estinguesse e fossero altresì revocate le misure di sicurezza personali, eventualmente ordinate dal giudice<sup>17</sup>.

Un'ulteriore svolta nella storia normativa dell'ergastolo si ebbe a metà degli anni settanta, con la legge 26 luglio 1975, n. 354, «Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», altresì nota come legge sull'Ordinamento penitenziario (d'ora in poi: o.p.) e considerata «l'unica vera grande riforma di attuazione costituzionale dell'era repubblicana»<sup>18</sup>. Essa ha sancito la chiusura degli ergastoli e ha assegnato i relativi condannati alle case di reclusione, regolate da apposita normativa<sup>19</sup>. Una simile scelta si doveva alla consapevolezza che la previsione di carceri destinate ai soli ergastolani causava «degenerazioni di ambiente a causa soprattutto dell'assenza di dinamiche psico-sociali, interindividuali e di gruppo»<sup>20</sup> diversificate, sicché l'originario rigore cedette il passo a una maggiore umanità nelle modalità di espiazione della massima pena, complice anche il disposto dell'art. 27, comma 3, Cost.

In ragione di ciò, l'art. 6, comma 2, o.p. stabilì che «i locali destinati al pernottamento» dei detenuti consistessero «in camere dotate di uno o più posti», senza ripartire i condannati in base alla pena da espianare, come accaduto fino ad allora. Da qui, poiché regime incompatibile con la norma dianzi citata, si pervenne all'abolizione dell'isolamento anche notturno<sup>21</sup> degli ergastolani stante, tra l'altro, la natura sanzionatoria sottesa all'isolamento medesimo, ben

<sup>17</sup> Al riguardo, cfr. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, cit., 585.

<sup>18</sup> PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, in *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale: atti del Convegno* (Trento, 21-22 gennaio 2022), Università degli studi di Trento, a cura di Menghini-Mattevi, Trento, 2022, 6.

<sup>19</sup> Trattasi, nello specifico, del d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431, «Regolamento di esecuzione della L. 26 luglio 1975, numero 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà», e del successivo d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà».

<sup>20</sup> DI GENNARO-BREDA-LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione. Commento alla Legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni*, Milano, 1997, 290.

<sup>21</sup> Va tuttavia precisato che, secondo le Regole penitenziarie europee (EPR), adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 19 gennaio 1973, e poi modificate nel 1987, nel 2006 e nel 2020, l'alloggiamento notturno in camere individuali sarebbe da preferire perché più dignitoso e salutare per il detenuto: v. CRÉTÉNOT, *Dalle prassi nazionali alle linee guida europee: iniziative interessanti nella gestione penitenziaria*, in *European Prison Observatory*, Roma, 2013, 8, nonché DOLCINI, *Quale futuro per la pena carceraria?*, in *www.sistemapenale.it*, 25 novembre 2019, 42-45.

lungi da finalità umanitarie e, anzi, prossima a logiche di depersonalizzazione e mortificazione del reo.

Il legislatore del 1975 tuttavia andò oltre questa, progressiva, “umanizzazione” dell’ergastolo e cercò di migliorare ancora la vigente disciplina penitenziaria, contemplando più favorevoli modalità di espiazione della pena detentiva in generale.

Sempre nel segno della parificazione tra condannati, la l. 354/1975 introdusse un ampio novero di misure alternative alla detenzione, applicabili sia agli ergastolani che ai reclusi in via temporanea, e cioè: l’affidamento in prova al servizio sociale, la semilibertà e il beneficio dei permessi d’uscita fruibili dai detenuti in presenza di gravi e comprovati motivi, ivi inclusi eventi familiari eccezionali e connotati da particolare gravità. La *ratio* di tali previsioni, ispirate alla logica del c.d. trattamento progressivo, era quella di monitorare le situazioni carcerarie *in fieri* in modo da apprezzarne le singole evoluzioni, concedendo se del caso al condannato spazi di libertà gradualmente e, al tempo stesso, preparandolo al futuro reinserimento in società.

Sulla medesima scia umanitaria<sup>22</sup>, si collocava la successiva l. 10 ottobre 1986, n. 663, c.d. legge Gozzini<sup>23</sup>: essa riformò ulteriormente il sistema di misure alternative alla detenzione rendendo applicabile, ai sensi dell’art. 54, comma 4, o.p., la liberazione anticipata anche nei confronti del condannato

---

<sup>22</sup> Va ricordato che, agli inizi degli anni ‘80 (17-18 maggio 1981), il Partito Radicale aveva promosso un quesito referendario, nel quale si chiedeva agli italiani il consenso all’abolizione dell’istituto dell’ergastolo. La proposta fu approvata soltanto dal 22,63% dei votanti e respinta dal 77,37%: come rilevato in dottrina da PISANI, *La pena dell’ergastolo*, cit., 591, esiti siffatti incoraggiavano il legislatore a intraprendere percorsi innovativi in altre direzioni (nel medesimo senso, si veda altresì BORTOLATO, *Fiato alla speranza: l’ergastolo ostativo e la Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 15 ottobre 2019, 1-3). La stessa Consulta, inoltre, nella sentenza che dichiarò ammissibile il quesito abrogativo (Corte cost., 11 febbraio 1981, n. 23), confermò la forte legittimazione democratica dell’istituto e ricordò come questo si muovesse in un ambito coperto dalla discrezionalità del solo legislatore, complice una Costituzione sul punto silente. Quest’ultima tuttavia, anche se non proscriveva espressamente l’ergastolo, nemmeno lo prescriveva e ciò rendeva, dunque, possibile una sua futura rimozione dall’ordinamento: in tali termini, PUGIOTTO, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l’ergastolo è incostituzionale*, in *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di Corleone-Pugiotto, Roma, 2012, 116-117. Rimozione effettivamente prevista, ma poi non attuata, in alcuni progetti di riforma del codice penale: si pensi ai noti progetti Riz (1994), Grosso (1999) e Pisapia (2007).

<sup>23</sup> Cfr. DELLA CASA, *Quarant’anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della “questione penitenziaria”)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1168.

all'ergastolo, dapprima escluso<sup>24</sup>.

L'art. 9 della legge Gozzini introdusse, inoltre, nella l. 354 del 1975, la c.d. detenzione domiciliare (art. 47-ter) e l'importante beneficio dei permessi-premio ex art. 30-ter, fino ad allora sconosciuto alla nostra legislazione penitenziaria. Agli straordinari permessi di necessità, di cui all'art. 30 o.p., si affiancavano adesso degli altri qualitativamente diversi, grazie ai quali i detenuti potevano trascorrere fuori dal carcere periodi lunghi fino a quindici giorni (notti incluse), per un totale massimo di quarantacinque giorni all'anno; nel caso specifico dell'ergastolano, la norma prevedeva che potesse fruirne previa espiazione di almeno dieci anni di pena. Scopo della misura era quello di consentire al condannato di coltivare i propri rapporti familiari, affettivi, culturali, di lavoro e di poter finanche soddisfare esigenze personalissime - come quelle sessuali<sup>25</sup> - ma "ordinarie" e, quindi, non sorrette da ragioni di straordinaria necessità.

Infine, l'art. 8 della legge Gozzini modificò l'art. 176 c.p. prevedendo, al terzo comma, che fossero sufficienti ventisei anni di pena scontati (e non più ventotto) perché l'ergastolano potesse accedere alla liberazione condizionale e aspirare, decorsi cinque anni di libertà vigilata, all'estinzione della massima pena.

Un'altra incisiva riforma della legge sull'ordinamento penitenziario fu quella realizzata nei primissimi anni Novanta con il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (poi convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 203), che introdusse l'art. 4-bis o.p. Al primo comma erano individuate le severe condizioni che

---

<sup>24</sup> Esclusione, peraltro, criticata da Corte cost., 27 settembre 1983, n. 274, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), con nota di GREVI, *Sulla configurabilità di una liberazione condizionale "anticipata" per i condannati all'ergastolo*, in *Foro it.*, 1984, 1, 17 ss.

<sup>25</sup> Se il soddisfacimento di tali esigenze, nella realtà carceraria italiana, rappresentava una novità e soltanto da poco tempo non costituisce più un argomento tabù (v., al riguardo, la recentissima questione di legittimità costituzionale sollevata, con ordinanza, dal magistrato di sorveglianza di Spoleto e avente ad oggetto la presunta illegittimità costituzionale dell'art. 18 o.p., nella parte in cui non prevede che al condannato sia consentito, quando non ostino ragioni di sicurezza, di svolgere "colloqui intimi" - anche di natura sessuale - con la persona convivente non detenuta, senza che sia imposto il controllo a vista da parte del personale di custodia: Mag. Sorv. Spoleto, ord. 12 gennaio 2023, est. Gianfilippi, nonché, in dottrina, PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 2-bis, 1 ss.), in Spagna la pratica dei colloqui intimi assume connotati decisamente evoluti. Essi prendono lo stesso nome dei colloqui con i familiari (*vis a vis*) e si tengono una volta al mese all'interno dell'istituto penitenziario, in una stanza appositamente adibita ad alcova.

permettevano ai condannati, per i soli delitti previsti dalla norma<sup>26</sup>, di accedere alle misure alternative alla detenzione, al lavoro all'esterno e ai permessi-premio.

Si distinguevano i detenuti in due categorie<sup>27</sup>, a seconda del delitto commesso: alla c.d. prima fascia appartenevano i condannati per delitti di criminalità organizzata o eversiva, mentre la c.d. seconda fascia ricomprendeva i condannati per delitti particolarmente odiosi, latori di grave allarme sociale, pur se non di matrice mafiosa o terroristica (ad es.: omicidio volontario, talune ipotesi aggravate di reati contro il patrimonio, etc.).

Può essere utile precisare, inoltre, che, con l. 23 aprile 2009, n. 38 è stato introdotto, nell'art. 4-*bis* o.p., il comma 1-*quater*, tuttora vigente, che disciplina un'altra categoria di reati ostativi: quelli commessi dai c.d. *sexual offenders* e spesso identificati come reati di "terza fascia".

A dire il vero questi ultimi, benché in numero più ridotto, facevano parte del catalogo di reati previsto dall'art. 4-*bis* o.p. sin dal 2000, quando vi furono inseriti con il d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (poi convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4). La loro peculiarità risiede nella relativa disciplina di accesso ai benefici penitenziari, che si discosta da quella prevista per i reati della prima e della seconda fascia: non essendovi connessioni con la criminalità organizzata o eversiva, la concessione è subordinata ai risultati dell'osservazione scientifica della personalità del detenuto, per il tempo di almeno un anno<sup>28</sup>.

Ad ogni modo, nella versione dell'art. 4-*bis* o.p., risalente al 1991, i condannati per i reati di prima fascia accedevano alle misure alternative alla deten-

---

<sup>26</sup> Si trattava di crimini particolarmente efferati, grosso modo riconducibili alla criminalità organizzata, comune e politica, e oggi in buona parte classificabili come delitti "di mafia": v., sul punto, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 8.

<sup>27</sup> Al riguardo si vedano le ricostruzioni di DI CARO, *Ergastolo "ostativo": la "presunta" legittimità costituzionale del "fine pena mai" tra spinte riformatrici nazionali e sovranazionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 5, 8, e di DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 8-10.

<sup>28</sup> MARI, *Le principali novità introdotte dalla legge attuativa della Convenzione di Lanzarote*, in *Cass. Pen.*, 2012, 12, 3956 ss. L'elenco dei reati di terza fascia è stato notevolmente ampliato con la l. 1° ottobre 2012, n. 172, sicché esso, da allora, ricomprende anche gli articoli da 600-*bis* a 600-*quinqüies* c.p., nonché il delitto di adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.). L'art. 12, comma 5, lett. a), l. 19 luglio 2019, n. 69 («Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere», c.d. codice rosso) ha poi inserito nell'elenco dei reati di terza fascia un'ulteriore fattispecie incriminatrice, ossia quella prevista dall'art. 583-*quinqüies* c.p. («Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso»).

zione e ai benefici penitenziari dopo aver espiato una cospicua parte di pena detentiva – il cui *quantum* differiva a seconda del tipo di detenzione subita (temporanea o non) – e dopo aver dato prova dell’assenza di attuali collegamenti con le associazioni criminali. Per gli autori dei delitti di seconda fascia, l’accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari era, invece, condizionato al semplice rilievo oggettivo dell’insussistenza di detti collegamenti<sup>29</sup>.

In altre parole, se intendevano accedere alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari, i condannati per i reati della prima fascia dovevano dimostrare di non avere (più) contatti con le associazioni criminose, fornendo una “diabolica” prova negativa di ciò. Ne derivava il rischio concreto di escludere, quasi *de plano*, tali soggetti dalla concessione di qualsivoglia “vantaggio” penitenziario; il che produceva, a sua volta, l’effetto di abbandonarli all’espiazione di una pena soltanto afflittiva. Diversamente, ai detenuti della seconda fascia bastava fornire la c.d. prova positiva dell’insussistenza di quei legami, spettando al p.m. dimostrare, se del caso, il contrario<sup>30</sup>.

In tutta evidenza, il distinto regime probatorio e di trattamento che caratterizzava le due fasce di reati (e di detenuti) si basava sulla presunzione – più o meno invincibile – della pericolosità sociale del condannato, la quale era, a sua volta, imperniata sul tipo di reato commesso e sul suo tipo d’autore.

Ciò posto, non è un caso, allora, se taluno definì la riforma del 1991 come una “controriforma carceraria”<sup>31</sup>, che ha vanificato gli apprezzabili sforzi compiuti dal legislatore per rendere più umana la legislazione penitenziaria.

Nella seconda versione dell’art. 4-*bis* o.p., introdotta dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (poi convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356) e rimasta pressoché<sup>32</sup> inalterata fino al mese di dicembre del 2019<sup>33</sup>, le condizioni di accesso dei condan-

<sup>29</sup> Ulteriori ragguagli, sul punto, in DI CARO, *Ergastolo “ostativo”*, cit., 8.

<sup>30</sup> Cfr. DEGL’INNOCENTI-FALDI, *Reato commesso con metodo mafioso e “collaborazione impossibile” ai fini dell’esclusione dei benefici penitenziari*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 16 aprile 2019.

<sup>31</sup> L’espressione dà il titolo al contributo di MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 2, 127 ss.

<sup>32</sup> L’art. 4-*bis* o.p. è stato oggetto, nel tempo, di frequenti modifiche, sia su iniziativa dello stesso legislatore (v. la riforma che ha ulteriormente ampliato il catalogo di reati ostativi: l. 9 gennaio 2019, n. 3, c.d. legge Spazzacorrotti) sia per effetto di numerose sentenze della Consulta che, dal 1994 in avanti, ha vagliato a più riprese la tenuta della norma in questione sul piano dei principi costituzionali.

<sup>33</sup> Ossia, finché non è intervenuta la sentenza di Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253: al riguardo, cfr.

nati ai benefici penitenziari, alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale<sup>34</sup> (esclusa quella anticipata) divennero più restrittive. Ai sensi del nuovo art. 4-*bis*, comma 1, o.p., il detenuto poteva accedervi solo ove collaborante<sup>35</sup> con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* o.p.: vale a dire che la fruibilità delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari dipendeva adesso dall'aiuto "utilmente"<sup>36</sup> prestato dal reo all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o per la cattura degli autori dei reati<sup>37</sup>. In quest'ordine di idee, la distinzione tra reati (e condannati) di prima e di seconda fascia sopravviveva, ma il divario tra le due categorie si faceva – se possibile – ancora più vasto. Per entrambe vigeva, infatti, la collaborazione quale *condicio sine qua non* perché fossero concessi benefici e misure alternative alla detenzione; tuttavia, i condannati della prima fascia dovevano (continuare a) dimostrare anche la mancanza di interlocuzioni con le associazioni criminose. Per loro, insomma, operava una sorta di "doppio sbarramento all'ingresso"<sup>38</sup>: se aspiravano a ottenere il riconoscimento di misure alternative

---

*infra*, par. 4, diffusamente.

<sup>34</sup> Devesi precisare, infatti, che la disciplina di cui all'art. 4-*bis* o.p. andava estesa anche alla liberazione condizionale in ragione del rinvio formale, permanente e recettizio operato, nei suoi confronti, dall'art. 2, commi 1, 2 e 3, d.l. 152/1991, poi convertito nella l. 203/1991 (si vedano, in tal senso, anche Cass., Sez. I, 23 febbraio 1993, n. 205, Mura, nonché Corte cost., 1° marzo 1995, n. 68).

<sup>35</sup> Anche la disciplina della collaborazione rappresentava una novità del momento, essendo stato l'art. 58-*ter* introdotto, dapprima, nella l. 354/1975 ad opera del d.l. 152/1991 e, subito dopo, inserito quale rinvio, nel primo comma dell'art. 4-*bis* o.p., da parte del d.l. 306/1992.

<sup>36</sup> Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 8-9, il quale precisa inoltre che, su impulso del Giudice delle leggi (cfr., *ex multis*, Corte cost., 19 luglio 1994, n. 357), all'utile collaborazione il legislatore ha poi equiparato la collaborazione c.d. impossibile e quella oggettivamente irrilevante (o inutile), «purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» o eversiva (art. 4-*bis*, comma 1-*bis* o.p., introdotto con la l. 23 aprile 2009, n. 38). La collaborazione, prosegue l'Autore, è impossibile «in ragione della limitata partecipazione del soggetto al fatto criminoso ovvero in quanto i fatti e le responsabilità siano stati integralmente accertati con sentenza irrevocabile»; è oggettivamente irrilevante «allorché al condannato sia stata riconosciuta una delle seguenti circostanze attenuanti: riparazione del danno o eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato (art. 62 co. 6 c.p.); contributo di minima importanza nel concorso di persone nel reato (art. 114 c.p.); concorso in un reato più grave di quello voluto ex art. 116 co. 2 c.p.» (v. sempre DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 8-9). Per un'ulteriore definizione del concetto di collaborazione impossibile e oggettivamente irrilevante, v. DEGL'INNOCENTI-FALDI, *Reato commesso con metodo mafioso*, cit.

<sup>37</sup> V. art. 58-*ter* o.p.

<sup>38</sup> Si veda, in tal senso, MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, in *Riv. AIC*, 2020, 2, 308-309.

alla detenzione e di benefici penitenziari, dovevano dimostrare di aver reciso qualsiasi legame con la malavita e addirittura “pentirsi”, collaborando, di avere in passato intrattenuto legami siffatti.

La collaborazione assumeva così, più che il ruolo di una condizione di ammissibilità, quello di una vera e propria preclusione, basata sullo stigma sociale e sulla persistente, invincibile, presunzione di pericolosità, caratterizzante certe classi di delinquenza<sup>39</sup>, specie se non disposte al dialogo con gli organi istituzionali<sup>40</sup>.

Benché sprovvista di espressi riferimenti agli ergastolani, la disciplina contenuta nell’art. 4-*bis*, comma 1, o.p. si mostrava maggiormente afflittiva per questa categoria di condannati. Per loro infatti, in assenza di collaborazione con la giustizia, veniva a replicarsi una situazione del tutto simile a quella antecedente alle rivoluzionarie riforme del 1962 e del 1986, potendo essi sperare soltanto nella liberazione anticipata ex art. 54 o.p. All’atto pratico, però, tale vantaggio si rivelava inconsistente giacché fruibile dal solo condannato che avesse dato «prova di partecipazione all’opera di rieducazione [...], quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società»<sup>41</sup>. È facile intuire, allora, come l’ergastolano restio alla collaborazione fosse condannato a una pena detentiva di fatto irriducibile, ben compendiate nel noto *slogan*, in uso nel gergo carcerario, del “fine pena mai”.

Prendeva così forma quello che la dottrina<sup>42</sup> ha definito, con un’originale sineddouche, “ergastolo ostativo”<sup>43</sup>, ovvero sia l’ergastolo «che, sulla base di una

---

<sup>39</sup> A riprova di ciò, e delle modifiche che hanno riguardato nel corso degli anni tale complessa materia, si pensi che, in base all’art. 58-*quater* o.p., come modificato dall’art. 7, l. 5 dicembre 2005, n. 251, ai condannati per delitti associativi, già recidivi ex art. 99, comma 4, c.p., era negato l’accesso per più di una volta a taluni benefici penitenziari, anche laddove collaboranti: sul punto v. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 6.

<sup>40</sup> Non a caso si parlava - e si parla ancora - di “reati ostativi”, laddove ostatività significa impedimento e, dunque, la commissione di tali reati impediva in via potenziale la fruibilità, da parte degli autori, dei vantaggi offerti dalla legge penitenziaria ai rei “virtuosi”.

<sup>41</sup> Così l’art. 54, comma 1, o.p., come modificato dall’art. 18 della legge Gozzini (versione, peraltro, tuttora vigente).

<sup>42</sup> Tra i tanti si veda, in particolare, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 9.

<sup>43</sup> Devesi rilevare come la stessa Corte costituzionale, nell’ordinanza n. 97, datata 11 maggio 2021 (sulla quale v. *infra*, par. 5, diffusamente), utilizzi l’espressione «ergastolo cosiddetto ostativo», quasi a rimarcare l’inesistenza di tale formula nei testi di legge.

presunzione assoluta di persistente pericolosità del condannato non collaborante», ne escludeva «qualsiasi possibilità di ritorno – sia temporaneo sia definitivo – alla società libera»<sup>44</sup>.

L'equazione era agevolmente risolta: chi non collabora, lo fa perché è ancora, e forse in modo indissolubile, legato a sodalizi criminali; pertanto, non può godere di alcun beneficio o di misure premiali. La collaborazione diventava, insomma, l'unico criterio di controllo della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata e del conseguente «sicuro ravvedimento del condannato»<sup>45</sup>; inoltre, ove prestata, essa si traduceva in un comportamento produttivo di «vantaggi» penitenziari, altrimenti non conseguibili<sup>46</sup>.

Tanto premesso, nonostante qualche reticenza della Corte di cassazione a riconoscerlo quale «autonoma tipologia sanzionatoria»<sup>47</sup>, poteva ora ritenersi che il nostro ordinamento prevedesse due diverse forme di «carcere a vita»: quello «comune», la cui originaria incompatibilità con il principio della rieducazione del condannato risultava in un certo qual modo attenuata, e quello ostativo che, invece, si poneva in contrasto con la Costituzione, posponendo «le istanze della rieducazione [...] all'intento di incentivare la dissociazione da organizzazioni criminali»<sup>48</sup>.

In realtà, a voler essere precisi, esisterebbero anche altre due diverse forme di ergastolo: quello c.d. di terzo tipo – adesso abolito – e l'ergastolo «bianco» o nascosto<sup>49</sup>.

Il primo, denominato così da autorevole dottrina<sup>50</sup>, era una particolare *species* di ergastolo prevista dall'art. 58-*quater*, comma 4, o.p. nei casi di condanna per sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione o per sequestro di persona a scopo di estorsione, seguiti dalla morte della vittima (rispettiva-

---

<sup>44</sup> Così, ancora, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 9.

<sup>45</sup> Così Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273.

<sup>46</sup> Sul punto si veda PRESUTTI, «Alternative» al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di Presutti, Milano, 1994, 81 ss.

<sup>47</sup> V., tra le altre decisioni, Cass., Sez. I, 30 aprile 2014, n. 18206, Grassonelli.

<sup>48</sup> Così DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 9.

<sup>49</sup> Nei confronti dei condannati minorenni, la pena perpetua è stata, invece, dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte cost., 28 aprile 1994, n. 168, perché incompatibile con gli artt. 27, comma 3, e 31 Cost.

<sup>50</sup> DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 8, 10, 28.

mente: artt. 289-*bis*, comma 3, c.p. e 630, comma 3, c.p.). In detti casi, ai sensi del citato comma 4, i condannati erano ammessi ai benefici di cui all'art. 4-*bis* o.p. soltanto se avessero effettivamente espiato almeno i due terzi della pena irrogata o, se ergastolani, almeno ventisei anni. In altre parole, l'accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari era subordinato alla reale espiazione, in carcere, di un certo *quantum* della pena applicata dal giudice. Questo aspro trattamento era riservato a una ristretta cerchia di condannati e motivato dall'aver commesso efferati delitti: parevano dunque, anche qui, profilarsi sullo sfondo le fattezze di una *Täterschuld*.

Ma ci ha pensato la Consulta a sistemare le cose e a rendere la legislazione penitenziaria più aderente ai principi costituzionali, quantomeno con riguardo al trattamento degli ergastolani: infatti, in relazione alla parte che li interessava, il Giudice delle leggi ha dichiarato, con una ben nota sentenza<sup>51</sup>, l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, o.p., poiché in contrasto con i principi di uguaglianza e di rieducazione.

Di ergastolo bianco, invece, si parla ancora oggi a proposito della misura di sicurezza dell'internamento nelle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (R.E.M.S.), sostitutive degli ospedali psichiatrici giudiziari, la quale, di rinnovo in rinnovo, «assume troppe volte la forma di una vera e propria reclusione *sine die*»<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149. V., inoltre, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 28; ID., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, 145 ss.; PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss.; PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Riv. AIC*, 2018, 3, 405 ss.; TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta online*, 2018, 3, 505-510; GALLUCCIO, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. Giust.*, 16 luglio 2018; BERNARDI, *Dalla Consulta un'ulteriore affermazione dei principi di flessibilità e progressività nell'esecuzione della pena detentiva: definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58 quater, co. 4 ord. penit.*, in *www.sistemapenale.it*, 21 novembre 2019; BARBERO, *La (seconda) audace sentenza in tema di concessione di benefici penitenziari: dalla Consulta un forte richiamo alla finalità rieducativa della pena*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 11, 1 ss., nonché l'arresto di Corte cost., 8 novembre 2019, n. 229, dov'è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 4, o.p. anche nella parte in cui impediva l'accesso ai benefici penitenziari dei condannati a pena temporanea che non avessero effettivamente espiato almeno due terzi della pena loro inflitta.

<sup>52</sup> Così PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 marzo

L'ergastolo bianco ricomprenderebbe, altresì, la misura di sicurezza dell'assegnazione a case di lavoro, luogo dove transitano coloro che appartengono alle categorie descritte dall'art. 216 c.p. Il paradosso è che tale misura prevede, in capo ai destinatari, l'obbligo del lavoro quale mezzo per arrivare al reinserimento sociale, ma nella difficile realtà odierna il lavoro manca. Sicché i periodi d'internamento restano privi di una data finale e il magistrato di sorveglianza può prorogarli "ad libitum", fino a quando non ritenga cessata la pericolosità sociale dell'internato.

Ebbene, il neonato "ergastolo ostativo" si faceva strada in un periodo storico, politico e culturale peculiare, che ne giustificava il trattamento peggiorativo, attuato - come visto - con il ricorso non casuale alla decretazione d'urgenza.

Era il periodo delle stragi di Capaci e di Via D'Amelio e il legislatore doveva dare, al più presto, un'efficace risposta alle gravi criticità che il Paese aveva vissuto e si apprestava a vivere. Ciò comportò un brusco arresto nell'evoluzione "umanitaria" della pena detentiva *tout court*, evidentemente sacrificata sull'altare delle istanze securitarie.

2. *L'ergastolo ostativo*. Qualcuno, in dottrina, ha definito gli ergastolani ostativi come «ergastolani senza scampo»<sup>53</sup>. Essi, infatti, in assenza di collaborazione, sono condannati a una pena «perpetua sia nella sua dimensione statica (in quanto ergastolo) sia nella sua proiezione dinamica»<sup>54</sup> in quanto impedisce l'accesso alla liberazione condizionale<sup>55</sup>, ultimo baluardo posto a difesa della

---

2013, 6. Sulla chiusura degli o.p.g., disposta dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9 e s.m.i., e sul passaggio alle R.E.M.S., si vedano PELISSERO, *Sistema sanzionatorio e infermità psichica. I nodi delle questioni presenti tra riforme parziali effettuate e riforme generali mancate*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 10 ss., GATTA, *Chiusura completa degli o.p.g.: finalmente a un passo dalla meta*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 marzo 2017, nonché CUPELLI, *Dagli OPG alle REMS: un ritorno alla medicina custodiale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 23 dicembre 2016, 1 ss.

<sup>53</sup> L'espressione evoca il titolo della monografia di MUSUMECI-PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.

<sup>54</sup> PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, 20.

<sup>55</sup> Con un comunicato risalente al 15 aprile 2021, l'Ufficio stampa della Corte costituzionale, adita sul punto, ha reso noto che «la vigente disciplina del cosiddetto ergastolo ostativo preclude in modo assoluto, a chi non abbia utilmente collaborato con la giustizia, la possibilità di accedere al procedimento per chiedere la liberazione condizionale, anche quando il suo ravvedimento risulti sicuro»; essa è, pertanto, ingiusta. Poiché, però, l'accoglimento immediato delle correlate questioni di legittimità costituzionale «rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizza-

libertà personale del reo.

Si è detto che per l'ergastolano ostativo «ogni giorno trascorso è un giorno in più (e non in meno) di detenzione; per lui, e solo per lui, l'espressione gergale “finire dentro” vale alla lettera, nel senso inedito e senza speranza di chi dentro in carcere è destinato a finire»<sup>56</sup>. L'ergastolo ostativo assume, così, gli spaventosi connotati di una «pena detentiva *fino* alla morte»<sup>57</sup>, sfatando quel mito in ragione del quale l'ergastolo in Italia non esiste più perché dopo un po' di anni escono tutti.

Invece gli «ergastolani ostativi non escono *mai*, nemmeno per un'ora»<sup>58</sup> fino al loro decesso, prova ne sia la lettura dei loro certificati di detenzione, i quali recano una data eloquente: fine pena: 31/12/9999. Essi parrebbero, allora, vittime di una “burocrazia penitenziaria” quasi beffarda, improntata – come vogliono i tempi moderni – all'informatizzazione e, pertanto, incapace di concepire l'assenza di perimetri temporali, opportunamente rimodulati in date futuribili e lontanissime, ma comunque finite<sup>59</sup>.

Nella sua Storia Naturale, Plinio Il Vecchio scriveva “*nulla dies sine linea*”<sup>60</sup> e, in modo non dissimile, più di recente, si è detto che «in natura non c'è nessuna cosa che dura per sempre, se persino le stelle nell'universo alla fine muoiono e si spengono. [...] solo gli uomini hanno creato una pena che non

---

ta», il Giudice delle leggi ha deciso di rinviare la trattazione per ben due volte (v. Corte cost., ord. 97/2021, cit., nonché Corte cost., ord. 13 maggio 2022, n. 122), in modo da consentire l'intervento del legislatore in materia (cosa che, in effetti, è accaduta a ottobre 2022). Il testo integrale del comunicato è reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); per un commento estemporaneo alla decisione n. 97 del 2021 della Corte v., invece, ROMANO, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: La Corte costituzionale decide di non decidere*, in [www.penaedp.it](http://www.penaedp.it), 15 aprile 2021, nonché VERGINE, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale per i reati di mafia: depositata l'ordinanza della Corte Costituzionale*, in [www.penaedp.it](http://www.penaedp.it), 14 giugno 2021. Per maggiori dettagli sul “doppio rinvio” operato dalla Corte costituzionale e sulle menzionate sopravvenienze normative, v. *infra*, par. 5.

<sup>56</sup> PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 20.

<sup>57</sup> PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 21 (corsivo in originale).

<sup>58</sup> Così, ancora, PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 20 (corsivo in originale).

<sup>59</sup> DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 15 novembre 2021, 2.

<sup>60</sup> P. IL VECCHIO, *Nat. Hist.*, XXXV, 84. Attribuito dall'Autore al pittore greco Apelle, vissuto nel IV sec. a.C. e del quale si dice che non lasciasse passare giorno senza adoperare il suo ingegno, il “proverbio” (come lo definisce MANCINI, In *pictura summa sublimitas. Su una lettura militante di Plinio Il Vecchio nella Francia del Settecento*, in *I Quaderni del Ramo d'oro* online, 2015, 7, p. 137) viene oggi usato per indicare la necessità del quotidiano esercizio alle arti e ai valori. Esso è altresì utilizzato per sottolineare l'esigenza che nessun giorno possa trascorrere senza un “fine”, un obiettivo – quale può essere l'uscita dal carcere – che motivi l'uomo a vivere e a migliorarsi.

finisce mai inventandosi l'ergastolo ostativo»<sup>61</sup>. Queste parole risultano assai significative perché pronunciate da chi<sup>62</sup> ha vissuto sulla sua pelle l'esperienza del "carcere a vita" e gli studiosi, dal canto loro, si sono a lungo interrogati (e s'interrogano tuttora) sulla costituzionalità<sup>63</sup> degli "ingranaggi"<sup>64</sup> messi a punto nell'art. 4-*bis* o.p., specie ove applicati alla massima pena prevista dalla nostra legislazione penale.

In particolare, la dottrina si è chiesta se, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata del sistema penale, per cui si punisce «qualcuno per poi averlo indietro, possibilmente cambiato»<sup>65</sup>, una disciplina rigida qual è quella dell'ergastolo ostativo non si ponesse in contrasto con detta finalità visto che, in assenza di collaborazione, il condannato perderebbe a monte l'occasione di dimostrare il cambiamento ottenuto proprio grazie al percorso rieducativo intrapreso durante la detenzione. In questi termini, inoltre, l'art. 4-*bis* o.p. si mostrava addirittura lesivo della «autonomia di giudizio della magistratura di sorveglianza nel proprio», essenziale, «compito di valutazione dell'individuo sulla base della personalizzazione del trattamento»<sup>66</sup> intramurario.

A tali riflessioni se ne affiancava poi un'altra<sup>67</sup>, che riguardava la *ratio* sottesa alla necessità di un comportamento processuale collaborativo, in tutta evidenza ispirata alla regola del "*carceratus tenetur alios detegere*"<sup>68</sup>, se non vuole

<sup>61</sup> MUSUMECI, *Ergastolo ostativo, un condannato scrive: "Mi dicono che uscirò dal carcere nel 9999"*, in *La Repubblica*, 15 settembre 2014.

<sup>62</sup> Si tratta di Carmelo Musumeci, noto ergastolano ostativo al quale il Tribunale di Sorveglianza di Perugia, con ordinanza 14 agosto 2018, ha concesso contestualmente la liberazione condizionale e la sottoposizione alla misura di sicurezza personale non detentiva della libertà vigilata per un tempo pari a cinque anni, con decorrenza dall'effettiva rimessione in libertà (riporta e annota il testo dell'ordinanza di scarcerazione MANCA, *Concessione della liberazione condizionale e ravvedimento del detenuto. Il caso Musumeci*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 9).

<sup>63</sup> V., ad esempio, EUSEBI, *Ostativo del "fine pena". Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2017, 1515 ss.

<sup>64</sup> L'espressione è di PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 21.

<sup>65</sup> V., ancora, PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 21.

<sup>66</sup> Così PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 22. Nello stesso senso, FIORIO, *Il "doppio binario"*, cit., 2, afferma che l'art. 4-*bis* o.p. ripropone «risalenti e discutibili concezioni soggettivistiche del diritto penale, esasperate, in modo particolare, dalla reintroduzione di arcaici automatismi sanzionatori, che privano il giudice della discrezionalità necessaria a graduare individualmente la pena».

<sup>67</sup> V. Camera Penale di Milano, *L'inferno della speranza. Riflessioni sull'ergastolo ostativo. Atti del Convegno*, in [www.camerapenalemilano.it](http://www.camerapenalemilano.it), 16 giugno 2016, 1.

<sup>68</sup> PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 31. Nello stesso senso, v. ID., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Riv. AIC*, 2014, 2, 4.

nuocere a se stesso praticando il silenzio. Ciò che si traduceva, in pratica, nell'imporre al reo un'alternativa secca tra «diritto al silenzio e dovere di collaborazione»<sup>69</sup>.

Di queste preoccupazioni si fece carico la Corte costituzionale, investita nel tempo<sup>70</sup>, e a più riprese, di questioni di legittimità costituzionale inerenti all'art. 4-*bis* o.p.

Con una nota sentenza di rigetto del 2003<sup>71</sup>, il Giudice delle leggi ritenne di poter superare i dubbi di legittimità costituzionale con argomentazioni così riassumibili: posto che l'art. 4-*bis* o.p. fa salve le ipotesi di collaborazione impossibile o irrilevante, negli altri casi, la mancata collaborazione con la giustizia sarebbe riconducibile a una libera scelta del condannato<sup>72</sup>; ne consegue

<sup>69</sup> L'espressione è di AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 408 ss. Sull'ergastolo ostativo quale istituto lesivo, altresì, del diritto di difesa ex art. 24, comma 2, Cost., si veda, *ex multis*, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 17.

<sup>70</sup> V. Corte cost., 7 agosto 1992, n. 306 e, nella recente giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. I, 10 aprile 2014, n. 15982, la quale ha giudicato «manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 24, 27 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 bis, comma primo, e 58 ter della legge 25 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui subordinano la concessione dei benefici penitenziari (nella specie, permessi premio) ai condannati alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti previsti dall'art. 4 bis, comma primo, cit. alla collaborazione con la giustizia, poiché tale disposizione consente al detenuto di scegliere se collaborare o meno, nonché di modificare la propria scelta, in ogni caso fruendo delle garanzie previste dagli artt. 210 e 197 bis cod. proc. pen., e trova, inoltre, un limite quando la collaborazione è impossibile perché inesigibile o irrilevante». Danno conto di quest'arresto, tra gli altri, ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4bis o.p.*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 6, 19, e GALLINA, *Benefici penitenziari e collaborazione con la giustizia: quale presente e quale futuro?*, in *Quest. Giust.*, 17 aprile 2020, 12.

<sup>71</sup> Si tratta di Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135, con commento di VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4bis Ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta. Nota a Corte cost. 24-4-2003 n. 135*, in *Giust. pen.*, 2004, 3, 1, 81 ss.

<sup>72</sup> Di recente, la Corte costituzionale ha affermato che «il carattere volontario della scelta di non collaborare costituisce un oggettivo sintomo di allarme», giacché indicativo di una potenziale, persistente prossimità del condannato alle associazioni criminali. Ne consegue che, in termini di standard probatori richiesti dall'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p. per l'accesso ai benefici di cui al comma 1, è corretto e conforme al principio costituzionale di uguaglianza distinguere la posizione di chi «oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole» collaborare da quella di chi «soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può» farlo, perché il suo contributo verrebbe ritenuto irrilevante o collocato nell'ambito della c.d. collaborazione impossibile (così Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 20, con note di CIAFARDINI, *Quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, 67 ss., di BERNARDI, *La disciplina della collaborazione impossibile supera il vaglio della Consulta: legittima la previsione di uno standard probatorio diverso da quello richiesto per chi non collabori "per scelta"*, in *www.sistemapenale.it*, 2 febbraio 2022, e di CAPI-

che non gli sarebbe totalmente precluso l'accesso alla liberazione condizionale e che l'art. 4-*bis* o.p. non contrasterebbe con il principio rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, Cost.<sup>73</sup>

Si affermava, in sostanza, che chi non aiuta la giustizia, «pur essendo nelle condizioni per farlo»<sup>74</sup>, sceglie spontaneamente di battere la strada più dura, ossia quella che assegna all'ergastolano ostativo l'epiteto di “ribelle sociale”<sup>75</sup> incorreggibile<sup>76</sup> e il ruolo kafkiano<sup>77</sup> di chi «attende davanti a una porta della quale nessuno ha la chiave»<sup>78</sup>, perché lui stesso ha deciso di disfarsene.

Dette argomentazioni, però, non convinsero appieno.

Innanzitutto perché, come già osservava la dottrina, collaborazione e rieducazione, «ben lungi dall'implicarsi vicendevolmente, [sono] categorie del tutto eterogenee»<sup>79</sup>; concetto poi espresso, in termini pressoché identici, nella Relazione del 2014 che accompagnava una proposta di revisione dell'ergastolo ostativo<sup>80</sup>, avanzata dalla Commissione di studio istituita con decreto del 2013 dall'allora Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo<sup>81</sup>. La proposta di revisione trovava la sua ragion

TTA, *Permessi premio e reati ostativi: la Consulta ritiene corretta la distinzione tra detenuti non collaboranti “per scelta” e non collaboranti “per impossibilità”*, in *Arch. pen.*. Gran parte delle argomentazioni spese dalla Corte costituzionale all'interno della citata sentenza muove da quelle già prospettate in Corte cost., 253/2019, cit., oggetto di approfondimento *infra*, par. 4.

<sup>73</sup> Sul punto, si veda anche DOLCINI, *Quinta sessione. La rieducazione: dalla realtà ai percorsi possibili*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1682.

<sup>74</sup> Corte cost., 135/2003, cit.

<sup>75</sup> In tal modo si è definito Carmelo Musumeci, in un'intervista raccolta da FUSARELLI, *Carmelo Musumeci: «Io e Chico Forti, due facce della stessa medaglia»*, in *Left*, 3 aprile 2020.

<sup>76</sup> PICARO, *La Corte Edu dichiara l'ergastolo ostativo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza “Viola”*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 5.

<sup>77</sup> Come scrive PUGIOTTO, *Come e perché eccepire*, cit., 24, «si trasforma kafkianamente in una colpa irredimibile [...] il non aver nomi o fatti da denunciare», come se averli e farli, invece, contribuisse a liberare il reo dalle sue responsabilità o servisse a concedergli “una grazia” per essersi messo a disposizione degli organi di giustizia: sul punto, v. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, Napoli, 2019, 60, e anche PUGIOTTO, *Il volto costituzionale*, cit., 5.

<sup>78</sup> Così FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, 132.

<sup>79</sup> In questo senso DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa anticustodialistica” agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, 124.

<sup>80</sup> Il testo integrale della Relazione, assieme all'articolato normativo, è disponibile *online*: v. *Superamento dell'ergastolo ostativo: la proposta della Commissione Palazzo. Proposta di modifica dell'art. 4bis, co. 1bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2, co. 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 febbraio 2014.

<sup>81</sup> Si veda, sul punto, del medesimo A., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzio-*

d'essere «nell'insostenibilità della presunzione assoluta di mancato realizzarsi del fine rieducativo della pena, o dei progressi nella rieducazione ritenuti rilevanti dalla legge ai fini dei benefici penitenziari, per il mero sussistere di una condotta non collaborante [...] da parte del detenuto»<sup>82</sup>.

La Consulta sembrava infatti dimenticare che la disciplina dell'ergastolo ostativo muovesse da una discutibile presunzione assoluta circa i rapporti tra mancata collaborazione con la giustizia e attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata: come se l'assenza di collaborazione comportasse, in automatico, l'attualità di quei collegamenti<sup>83</sup> e, quindi, la mancanza di progressi nel percorso penitenziario<sup>84</sup>. Al contempo, il Giudice delle leggi non considerava che l'assenza di collaborazione potesse dipendere, per esempio, dal timore di ritorsioni sui familiari del pentito da parte dell'organizzazione criminale<sup>85</sup>: pertanto, un condannato non collaborante, che avesse preso definitivamente le distanze da certe scelte di vita, poteva e doveva, ciononostante, restare in carcere, in applicazione dell'art. 4-*bis* o.p.<sup>86</sup>

---

*ni penali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 febbraio 2014.

<sup>82</sup> *Superamento dell'ergastolo ostativo: la proposta*, cit., 3. Tali contenuti sono stati poi ripresi, quasi pedissequamente, in due successive proposte di legge, che non ebbero seguito: la n. 3091, presentata alle Camere il 4 maggio 2015 dai deputati Bruno Bossio, Verini, Leva et al., per le «Modifiche agli articoli 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia», e la n. 4368, presentata alle Camere il 23 settembre 2015 dai deputati Ferranti, Verini, Mattiello et al. (è la c.d. riforma Orlando in materia di ordinamento penitenziario), la quale puntava all'eliminazione di quegli automatismi normativi che rendevano *de facto* irriducibile la pena perpetua. Per un commento di tale ultima proposta, v. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 giugno 2017, 250-252. I testi dei provvedimenti n. 3091 e n. 4368 sono consultabili sul sito *web* della Camera dei Deputati (XVII Legislatura): [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>83</sup> Negli stessi termini, v. Cass., Sez. I, 21 settembre 2018, n. 51877 e Cass., Sez. I, 18 febbraio 2019, n. 9126, Marchi.

<sup>84</sup> In questo senso, v. DOLCINI, *Quinta sessione. La rieducazione*, cit., 1683.

<sup>85</sup> DOLCINI, *Quinta sessione. La rieducazione*, cit., 1683; nello stesso senso, v. SIRACUSA, *La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per i fatti di mafia*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 1, 196.

<sup>86</sup> Nella sua proposta di legge, la Commissione ministeriale Palazzo aveva evidenziato quest'aporia e suggerito di trasformare, da assoluta in relativa, la presunzione di pericolosità che gravava sul condannato non collaborante. Ma l'idea non ebbe successo e, sulla sua falsariga, gli Stati Generali dell'Esecuzione penale, nel 2016, proposero una nuova, "duplice" riforma, che riguardava gli artt. 4-*bis* e 58-*ter* o.p. Quanto all'art. 4-*bis* o.p., in particolare, si suggeriva di riformularne il primo comma, circoscrivendo le preclusioni ivi previste per i detenuti non collaboranti ai soli condannati per delitti di mafia o di terrorismo, giacché gli unici, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, a poter giustificare astratte presunzioni di pericolosità (cfr., su quest'ultimo punto, GIOSTRA, *Questione*

Da ultimo, secondo qualcuno<sup>87</sup>, la Corte costituzionale trascurava il fatto che l'ergastolo ostativo violasse anche il principio di uguaglianza-ragionevolezza ex art. 3 Cost., a causa dell'imposizione di un trattamento uguale in relazione a situazioni diverse: quella del condannato che non collabora perché ha effettivamente mantenuto i collegamenti con l'associazione criminale e quella di chi, avendo abbandonato ogni scelta di vita *contra legem*, non collabora per ragioni personali e, dunque, insindacabili perché appartenenti al c.d. foro interno<sup>88</sup>.

Era insomma evidente – e autorevole dottrina<sup>89</sup> non mancò di sottolinearlo – come la Consulta, nel 2003, avesse liquidato in modo sbrigativo la questione della compatibilità dell'ergastolo ostativo con la Costituzione, ponendo le basi perché essa tornasse sotto la sua lente, e sotto quella della Corte Edu<sup>90</sup>, negli anni a venire, per una svolta magari definitiva.

Detta svolta si è compiuta soltanto di recente, quando la Corte costituzionale, su impulso della Corte di cassazione, ha scritto un'altra pagina del capitolo sulla (in)costituzionalità dell'ergastolo ostativo.

2.1. *L'affaire Viola c. Italia*. Prima di “fare il punto sulla questione ergastolo”<sup>91</sup> ostativo in seno alla giurisprudenza italiana, vale la pena di soffermarsi rapidamente su quella europea e, in particolare, sul c.d. caso Viola, alla luce del notevole interesse scientifico suscitato dalla sentenza della Corte Edu<sup>92</sup>, con

---

*carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 27 giugno 2014). I lavori degli Stati Generali dell'Esecuzione penale, *Tavolo 16, Trattamento - Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo*, sono consultabili *online*, sul sito [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>87</sup> DOLCINI, *La pena detentiva perpetua*, cit., 16.

<sup>88</sup> Per EUSEBI, *L'ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e i benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di una fine?*, in *Cass. Pen.*, 2012, 4, 1223, escludere ogni rilevanza dei motivi che rendono non esigibile il comportamento collaborativo del condannato renderebbe la disciplina dell'ergastolo ostativo addirittura lesiva del principio di colpevolezza ex art. 27, comma 1, Cost.

<sup>89</sup> Si veda, ancora una volta, DOLCINI, *Quinta sessione. La rieducazione*, cit., 1683.

<sup>90</sup> Il riferimento è, *in primis*, al *leading case* Corte Edu, Sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (per rapidi approfondimenti sul “caso Viola”, cfr. *infra*, par. 2.1).

<sup>91</sup> DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999*, cit., 1.

<sup>92</sup> Corte Edu, *Viola c. Italia*, cit. La decisione s'inserisce nel solco di analoghi precedenti sovranazionali, inaugurati dall'arresto pilota *Kalkaris c. Cipro* (2008), cui sono seguite le note pronunce *Vinter c. Regno Unito* (2012), *Ocalan c. Turchia* (2014) e *Murray c. Paesi Bassi* (2016), aventi ad oggetto l'illegittimità convenzionale di pene detentive perpetue irriducibili. In dottrina, in materia, v., *ex multis-*

cui si è concluso il relativo procedimento, e della grande risonanza mediatica avuta dalla vicenda.

Marcello Viola, boss dell'omonima famiglia di 'Ndrangheta, era stato condannato all'ergastolo per aver commesso reati ostativi, alcuni dei quali particolarmente efferati (associazione di tipo mafioso finalizzata a una serie di delitti: omicidio plurimo, sequestro di persona aggravato dall'evento morte, porto illegale di armi da fuoco, tutti aggravati dal metodo mafioso), tant'è che, nei primi sei anni di detenzione, era stato sottoposto al regime del c.d. carcere duro ex art. 41-*bis* o.p.

Una volta sottoposto all'ordinario regime detentivo e maturati i termini per formularle, egli si era poi visto respingere dal Tribunale di Sorveglianza le domande di ammissione ai permessi-premio e alla liberazione condizionale ritualmente avanzate, sulla base di un argomento definito "*tranchant*"<sup>98</sup>: i condannati per reati ostativi possono accedere ai benefici offerti dalla legislazione penitenziaria solo se collaborino con la giustizia, fatte salve le ipotesi di colla-

---

*simis*, NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 47 ss.; GALLIANI-PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari*, in *Riv. AIC*, 2017, 4, 1 ss.; FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo. Brevi note sulle osservazioni scritte presentate nella causa Viola c. Italia (n. 77633/16), pendente davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, dall'Associazione "L'Altro diritto" onlus*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 marzo 2018, 5 ss.; DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 925-948; SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1° luglio 2019; PICARO, *La Corte Edu dichiara l'ergastolo ostativo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione*, cit., 1 ss.; MARTINO, *L'ergastolo "ostativo" alla prova della Corte EDU. Brevi osservazioni sulla sentenza Viola c. Italia*, 15 luglio 2019, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); SYLOS LABINI, *Il cielo si tinge di Viola: verso il tramonto dell'ergastolo ostativo?*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 2 ss.; GALLIANI-PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Riv. AIC*, 2019, 4, 191 ss.; GALLIANI, *Ponti, non muri. In attesa di Strasburgo, qualche ulteriore riflessione sull'ergastolo ostativo*, in *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di Dolcini-Fassone-Galliani-Pinto De Albuquerque-Pugiotto, Torino, 2019, 183 ss.; PINTO DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in *Il diritto alla speranza*, cit., 221 ss.; SANTANGELO, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, in *Cass. Pen.*, 2019, 10, 3769 ss.; VIGGIANI, *Viola n. 2: la mancata collaborazione quale automatismo legislativo, lesivo della dignità dell' "ergastolano ostativo"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, 3, 646-656; MANNA, *L'ergastolo ostativo alla luce delle pronunce delle Corti interne e internazionali*, in *Bilanciamento e sistema delle fonti*, a cura di Di Carlo, Torino, 2020, 125 ss., e infine ID., *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, 1 ss.

<sup>98</sup> SANTINI, *Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cit.

borazione impossibile o irrilevante. E dal momento che Marcello Viola non aveva mai collaborato (anzi: si era sempre proclamato innocente rispetto ai fatti di reato contestati), le sue richieste di concessione di benefici penitenziari venivano rigettate in automatico dal Tribunale di Sorveglianza.

Poiché anche i diversi tentativi di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* o.p. per contrasto con il principio di rieducazione della pena ex art. 27, comma 3, Cost. risultavano vani (il Tribunale di Sorveglianza, investito delle questioni, le riteneva sistematicamente infondate, impedendone un seguito dinnanzi alla Corte costituzionale), Marcello Viola decideva, allora, di adire la Corte Edu, rilevando l'irriducibilità *de facto* della sua pena, data l'inesistenza di concrete prospettive di liberazione.

Più nel dettaglio, il ricorrente sosteneva che la disciplina dettata dall'art. 4-*bis* o.p. fosse lesiva del principio di umanità della pena ex art. 3 Cedu perché obbligava l'ergastolano a compiere una scelta drammatica: non collaborare, rinunciando di fatto a ogni possibilità di scarcerazione, oppure collaborare, rinunciando alla convinzione di essere innocente e correndo il rischio di ritorzioni nei propri confronti o nei confronti dei propri cari. Inoltre, in quest'ottica, l'art. 4-*bis* o.p. si poneva altresì in contrasto con l'art. 8 Cedu, che prevede il diritto al rispetto della vita privata e familiare dell'individuo.

I giudici della Corte europea hanno accolto il ricorso proposto da Marcello Viola con riguardo alla lamentata violazione dell'art. 3 Cedu e, pur essendo ben consapevoli delle ragioni storiche e politico-criminali che hanno portato l'Italia all'adozione di una disciplina penitenziaria così severa, hanno affermato che la lotta contro "flagelli"<sup>94</sup> come le organizzazioni di stampo mafioso «non può giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumane o degradanti»<sup>95</sup>, qual è quella dell'ergastolo ostativo.

In altri termini, l'assenza di prospettive di liberazione per chi non collabora, giustificata dalla «presunzione legale secondo la quale il difetto di collaborazione significa necessariamente persistenza della pericolosità sociale»<sup>96</sup> del de-

---

<sup>94</sup> Corte Edu, *Viola c. Italia*, cit., par. 130.

<sup>95</sup> Corte Edu, *Viola c. Italia*, cit., par. 130.

<sup>96</sup> DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999*, cit., 24.

tenuto, rendeva la disciplina ex art. 4-*bis* o.p. convenzionalmente illegittima, negando al condannato ogni possibilità di dimostrare altrimenti l'avvenuto allontanamento dall'ambiente mafioso<sup>97</sup>.

La Corte Edu ha dunque invitato il nostro legislatore a procedere a una modifica della disciplina relativa all'ergastolo ostativo, in modo da renderla aderente ai principi convenzionali e alla funzione risocializzatrice della pena. E gli ha suggerito, altresì, di prevedere un apposito strumento di revisione della sentenza di condanna, che permetta al reo di usufruire dei vantaggi penitenziari anche in assenza di collaborazione, prendendo in considerazione altri elementi in grado di attestarne l'effettiva dissociazione dal sodalizio criminale.

3. *L'ordinanza di rimessione della Suprema Corte.* Con un'ordinanza "apripista"<sup>98</sup> di rimessione al Giudice delle leggi, la Cassazione ha sollevato una questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., dell'art. 4-*bis*, comma 1, legge 26 luglio 1975, n. 354, «nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, nei termini di cui all'art. 58-*ter* Ord. Pen., possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio»<sup>99</sup> ex art. 30-*ter* o.p.

In breve, il caso dal quale trae origine la vicenda riguardava Sebastiano Cannizzaro, un boss siciliano condannato alla massima pena per aver commesso reati ostativi. Nello specifico, il detenuto proponeva reclamo avverso il decreto con cui il magistrato di sorveglianza aveva dichiarato inammissibile la sua richiesta di permesso-premio, ritualmente avanzata perché era maturato il *quantum* di tempo previsto dalla legge per fruire del beneficio.

Il competente Tribunale di sorveglianza, pronunciandosi sul reclamo, lo rigettava e precisava che la pena scontata dal condannato fosse riferibile esclusi-

---

<sup>97</sup> DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999*, cit., 24.

<sup>98</sup> A quella della Cassazione sono, infatti, seguite altre ordinanze di rimessione, dai contenuti sovrapponibili a quelli del provvedimento della Suprema Corte. Tra queste, cfr. Tribunale di sorveglianza di Perugia, ord. 28 maggio 2019, n. 135.

<sup>99</sup> Così Cass., Sez. I, ord. 20 dicembre 2018, n. 57913; per un commento, v. UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusione all'accesso ai permessi premio: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 gennaio 2019, 1-4.

vamente a delitti ostativi per i quali non sussisteva alcuna condotta di collaborazione con la giustizia ex art. 58-ter o.p. Il Tribunale ribadiva, poi, come l'art. 4-bis, comma 1, o.p. non costituisse un'ipotesi di preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, potendo il detenuto superare il divieto normativo scegliendo di collaborare.

Il condannato ricorreva, allora, per cassazione avverso la decisione del Tribunale, deducendo due motivi di doglianza. Nel secondo, in particolare, egli evidenziava che le preclusioni sancite dall'art. 4-bis, comma 1, o.p. si ponevano in contrasto con la funzione rieducativa della pena, con il principio di uguaglianza e con i principi affermati dall'art. 3 Cedu, che impone agli Stati membri di dettare tempistiche certe in base alle quali, in presenza di una condanna all'ergastolo, al detenuto è garantita la possibilità di ottenerne la *review*, in considerazione del percorso rieducativo intrapreso in carcere.

Sulla base di tali argomentazioni, il Cannizzaro chiedeva, quindi, alla Corte di cassazione di sollevare questione di legittimità costituzionale, per valutare la compatibilità dell'art. 4-bis, comma 1, o.p. rispetto agli artt. 3, 27, comma 3, e 117 Cost. in relazione all'art. 3 Cedu. La Cassazione reputava rilevante e non manifestamente infondata la questione e la rimetteva alla Consulta, con l'ordinanza prima citata.

La Cassazione, tuttavia, sceglieva di non sostenere la tesi della "frontale"<sup>100</sup> incostituzionalità dell'intera disciplina dell'ergastolo ostativo, ma d'imboccare un'altra strada. L'oggetto della censura veniva, infatti, ritagliato sul caso particolare del detenuto: un condannato non collaborante per un reato ostativo, che richiedeva la concessione del permesso-premio.

A tal proposito, la Suprema Corte ricordava testualmente che «l'art. 30-ter o.p. subordina la concessione del permesso premio alla condizione che il condannato all'ergastolo abbia scontato almeno dieci anni di reclusione, abbia tenuto in carcere una condotta regolare e non sia socialmente pericoloso». Sennonché - aggiungeva - per i soggetti come il ricorrente, condannati all'ergastolo ostativo, «non si può procedere a tale valutazione di pericolosità in concreto. Ad essa osta la disciplina dello stesso art. 4 bis che impedisce a costoro il godimento dei benefici penitenziari in mancanza di una condotta di

---

<sup>100</sup> Così UBIALI, *Ergastolo ostativo*, cit., 2.

collaborazione con la giustizia».

La Cassazione prendeva atto, insomma, del carattere assoluto della presunzione di pericolosità dei detenuti non collaboranti, prevista dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., e la riteneva meritevole di censura, in primo luogo sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost., giacché identici meccanismi presuntivi operavano per tutte le diverse ipotesi di contiguità mafiosa contemplate dalla norma. A supporto di ciò, la Suprema Corte ricordava che analoghe perplessità avevano investito, in passato, talune presunzioni esistenti nel nostro ordinamento: ad esempio, quelle che riguardavano l'adeguatezza della custodia cautelare in carcere per gli indagati di reati di criminalità organizzata (art. 275, comma 3, c.p.p.), ritenuti dalla legge pericolosi per il sol fatto di appartenere o interagire con gruppi delinquenziali strutturati. Il limite di dette presunzioni, poi scardinate da due pronunce del Giudice delle leggi<sup>101</sup>, era chiaro: s'impediva all'Autorità giudiziaria di delibare, caso per caso, ognuna delle situazioni soggettive oggetto d'indagine, trascurando che, per alcune di esse, potevano valere meccanismi di giudizio personalizzati e non automatici<sup>102</sup>.

Detto questo, non v'era dubbio, allora, che l'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. violasse il principio di uguaglianza laddove, salvo i casi di collaborazione con la giustizia, equiparava tutti i soggetti coinvolti in un'indagine di criminalità organizzata nella preclusione dal godimento dei vantaggi penitenziari e impediva, di conseguenza, al giudice di riconoscere e valorizzare le correlate differenze nella fase esecutiva della pena<sup>103</sup>.

Da quest'ultima considerazione, la Suprema Corte prendeva spunto per argomentare l'incompatibilità delle previsioni dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. anche rispetto all'art. 27, comma 3, Cost. e passava in rassegna le più rilevanti sentenze della Consulta<sup>104</sup> in materia di esecuzione della pena, dove si sancì-

<sup>101</sup> Si tratta di Corte cost., 25 marzo 2013, n. 57 e Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48.

<sup>102</sup> In questo senso, v. UBIALI, *Ergastolo ostativo*, cit., 2.

<sup>103</sup> V., ancora una volta, MENGHINI, *La Consulta apre una breccia*, cit., 311.

<sup>104</sup> E cioè: Corte cost., 149/2018, cit., Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, con nota di FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. pen. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare ordinaria e speciale in favore delle detenute madri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 ottobre 2014, e Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76 che, sulla falsariga della pronuncia n. 239, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinqüies*, comma 1, o.p., nella parte in cui impediva alle madri di prole di età inferiore agli anni dieci, condannate per un reato ostativo, di accedere alla detenzione domiciliare speciale ivi prevista (sul punto, si vedano, tra i tanti,

vano i principi fondamentali della progressività trattamentale, della flessibilità della sanzione penale e del finalismo rieducativo. In queste sentenze si affermava che le preclusioni all'accesso ai vantaggi penitenziari sono legittime soltanto se sorrette da valutazioni individualizzate, fatte dalla magistratura di sorveglianza con riguardo al percorso intramurario intrapreso dal singolo condannato. L'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., invece, non prevedeva nulla di tutto ciò: al contrario, la sua stringente disciplina violava il diritto di un'ampia categoria di condannati a ricevere un trattamento intramurario rivolto alla risocializzazione e privava il giudice della «possibilità di verificare in concreto la permanenza o meno di condizioni di pericolosità sociale» in capo al reo, «tali da giustificare percorsi penitenziari non aperti alla realtà esterna»<sup>105</sup>.

La Cassazione notava, infine, come lo stesso carattere temporaneo del permesso-premio suggeriva al legislatore una modulazione dei suoi requisiti d'accesso diversa rispetto a quella prevista per gli altri benefici penitenziari, tanto più considerato che, secondo principi di diritto già noti, detto permesso è parte integrante del programma rieducativo del condannato e, perciò,

---

LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 321 ss., e DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020, 148). Ma non è tutto. In data 14 febbraio 2020, e dunque in tempi successivi rispetto all'ordinanza della Suprema Corte di cui si sta dando conto, la Consulta, con sentenza n. 18, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1, o.p. laddove non estendeva la detenzione domiciliare speciale alle condannate madri di figli di età maggiore a dieci anni e affetti da handicap grave, accertato secondo i criteri dettati dall'art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104 (v., al riguardo, CAPITTA, *Detenzione speciale alle madri di figli gravemente disabili con più di dieci anni di età - Corte cost., n. 18 del 2020*, in *Arch. pen.*). Di recente, la disciplina dell'art. 47-*quinquies* o.p. è tornata ancora una volta all'esame della Corte costituzionale per effetto di un'ordinanza di rimessione del magistrato di sorveglianza di Siena (Mag. Sorv. Siena, ord. 1° febbraio 2021, est. Venturini), riguardante la presunta illegittimità costituzionale di detta disposizione, per contrasto con gli artt. 3, 27, comma 3, e 117 Cost., nella parte in cui non prevede che il magistrato di sorveglianza, previa apposita istanza, possa applicare in via provvisoria e urgente la detenzione domiciliare speciale a norma dell'art. 47-*ter*, comma 1-*quater*, o.p.: riporta e annota il testo dell'ordinanza di rimessione FIORENTIN, *La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri*, in *www.sistemapenale.it*, 19 febbraio 2021. Infine, la Corte costituzionale, con sentenza 3 febbraio 2022, n. 30, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, commi 1, 3 e 7, o.p., nella parte in cui «non prevede che, ove vi sia un grave pregiudizio per il minore derivante dalla protrazione dello stato di detenzione del genitore, l'istanza di detenzione domiciliare può essere proposta al magistrato di sorveglianza, che può disporre l'applicazione provvisoria della misura, nel qual caso» si applicano, laddove compatibili, le disposizioni dell'art. 47, comma 4, o.p. (così Corte cost., 30/2022, cit.). Per un commento, v. PIVA, *Applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale - Corte cost., n. 30 del 2022*, in *Arch. pen.*.

<sup>105</sup> Cass., 57913/2018, cit.

dev'essere adeguatamente valorizzato<sup>106</sup>.

I Giudici di legittimità passavano, quindi, il testimone al Giudice delle leggi affinché desse le attese<sup>107</sup> risposte. Essi non richiamavano, però, l'asserita violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 3 Cedu, che la difesa del ricorrente aveva invocato a supporto della sollevata questione di legittimità costituzionale.

4. *La successiva decisione della Corte costituzionale.* Nel 2019, con una sentenza di manipolazione additiva a effetto sostitutivo, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., nella parte in cui non prevedeva «che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-*bis* del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste», potevano concedersi «permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* del medesimo ordin. Penit.», allorché fossero stati acquisiti «elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»<sup>108</sup>. Sempre la Consulta, in via consequenziale e per evitare esiti di paradossale disparità di trattamento, ha esteso la declaratoria d'incostituzionalità anche ai detenuti per tutti gli altri reati previsti dall'art. 4-*bis*, peraltro rimuovendo, con apposita e

<sup>106</sup> Sul punto, v. Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204.

<sup>107</sup> Al riguardo, cfr. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Riv. AIC*, 2020, 1, 503.

<sup>108</sup> Così Corte cost., 253/2019, cit. Si tratta di una delle pronunce più commentate del Giudice delle leggi: v., *ex multissimis*, FIORIO, *Ergastolo ostativo e diritto alla speranza? Sì, però...*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, 3, 649 ss.; PUGIOTTO, *La sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 febbraio 2020, 160 ss.; ZANON, *Il lavoro della Corte nell'elaborazione e nella scrittura della sentenza n. 253 del 2019*, in *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, a cura di Grieco-Scalera, Cassino, 2020, 113 ss.; DELLA MONICA, *Riflessioni a margine della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, cit., 71 ss.; MENGHINI, *Permessi premio: la Consulta apre un varco nell'art. 4 bis, 1° comma, ord. penit.*, in *Giur. it.*, 2020, 2, 410 ss., nonché MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere*, in *Oss. cost. AIC*, 2020, 2, 354 ss. (per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. *infra*). Il 20 gennaio 2020, presso la Casa circondariale di Cassino, si è tenuta una giornata di studio interamente dedicata alla decisione della Corte costituzionale: gli Atti del relativo Convegno sono raccolti in *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo?*, cit.

successiva pronuncia<sup>109</sup>, l'analoga preclusione inerente all'esecuzione penale minorile.

Inutile dire che la vicenda giudiziaria prima e la decisione subito dopo hanno sollevato un vivace dibattito tra gli addetti ai lavori<sup>110</sup> e non<sup>111</sup>. Dinnanzi alla Corte costituzionale si sono susseguiti numerosi interventi *ad adiuvandum*, come quello del Garante nazionale dei detenuti e delle persone private della libertà personale, dell'U.C.P.I. e dell'Associazione "Nessuno Tocchi Caino", volti a ottenere la cancellazione dei divieti di cui all'art. 4-*bis* o.p.

Anche il detenuto Sebastiano Cannizzaro si è costituito in giudizio, lamentando la "inascoltata" violazione degli artt. 117 Cost. e 3 Cedu e richiamando la sentenza Viola c. Italia, divenuta definitiva in data 8 ottobre 2019.

La sentenza della Corte Edu rappresentava, infatti, una svolta epocale in materia, con la condanna dell'Italia per aver negato all'ergastolano ostativo il "diritto alla speranza" di uscire, prima o poi, dal carcere e per aver mortificato la dignità umana in sé, in virtù della quale un detenuto non può essere privato della libertà *sine die*, senza alcuna prospettiva di reinserimento civile e di ri-socializzazione. Da più voci, e con ardore crescente, s'invocava, dunque, una "sentenza italiana" che rimuovesse la preclusione di accesso ai benefici penitenziari (quantomeno con riguardo ai permessi-premio) in assenza di collaborazione, con riferimento sia ai condannati a pene temporanee sia agli ergastolani ostativi.

In prima battuta, va detto che la doglianza circa la violazione degli artt. 117 Cost. e 3 Cedu rimaneva inascoltata anche nel giudizio davanti alla Corte costituzionale dato che, in tale sede, non si potevano indagare profili

---

<sup>109</sup> Corte cost., 6 dicembre 2019, n. 263. Per un commento, v. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale*, cit., 509-510, CAPITTA, *Detenuti minorenni: illegittime le preclusioni assolute per accedere ai benefici penitenziari*, in *Arch. pen.*, 6 dicembre 2019, nonché BERNARDI, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *www.sistemapenale.it*, 29 gennaio 2020.

<sup>110</sup> Cfr., ad esempio, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, a cura di Brunelli-Pugiotto-Veronesi (atti del Seminario di Ferrara), in *www.discrimen.it*, 27 settembre 2019.

<sup>111</sup> Si vedano, ad es., gli articoli di TRAVAGLIO, *Fine pena vediamo*, (*Il Fatto Quotidiano*, 11 ottobre 2019); di RAZZANTE, *Stop all'ergastolo ostativo, il regalo alle mafie che va sanato*, (*La Notizia*, 25 ottobre 2019); di ZACCARIA, *I permessi premio ai boss irriducibili? Una decisione bizzarra della Consulta*, (*La Discussione*, 26 ottobre 2019), nonché di ZAMPARUTTI, *Ergastolo ostativo, quando lo Stato di diritto vince sulla ragion di Stato*, (*Left*, 1° novembre 2019).

d'illegittimità diversi da quelli affrontati nell'ordinanza di rimessione.

In secondo luogo, la Consulta puntualizzava che, in realtà, le questioni sottoposte alla sua attenzione non riguardavano strettamente l'ergastolo ostativo, tema specifico della decisione europea, bensì la più generale situazione carceraria dei condannati a qualsiasi pena, sia temporanea sia a vita, per i reati di mafia di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. Di conseguenza, era un mero caso che i ricorrenti Viola e Cannizzaro fossero tutt'e due ergastolani ostativi, tanto più considerato che oggetto della dedotta questione di legittimità costituzionale erano le sole preclusioni d'accesso al beneficio del permesso-premio con riguardo ai citati delitti di mafia, non venendo peraltro contestata la legittimità costituzionale *in toto* della disciplina dell'art. 4-*bis*.

Dopo aver ricordato le ragioni di politica criminale e di pubblica sicurezza, sottese all'introduzione e al successivo inasprimento della normativa penitenziaria, e dopo aver ripercorso le tappe essenziali della propria giurisprudenza<sup>112</sup>, la Corte costituzionale si soffermava sulla collaborazione e sul fatto che essa fosse la sola idonea, per legge, «a rimuovere l'ostacolo» alla concessione dei benefici penitenziari, in virtù «della sua valenza “rescissoria” del legame con il sodalizio criminale»<sup>113</sup>: prova ne sia che chi non collabora è considerato *a fortiori* un pericoloso mafioso.

Anche la Consulta riconosceva, insomma, il carattere assoluto e “invincibile” - dunque costituzionalmente illegittimo - della presunzione di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., che impediva al detenuto non collaborante di dimostrare in altro modo<sup>114</sup> l'avvenuto, definitivo, distacco dalla consorteria.

Più nello specifico, il Giudice delle leggi argomentava l'incostituzionalità di questa presunzione assoluta di pericolosità sotto profili «distinti ma comple-

---

<sup>112</sup> Ossia: Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306, Corte cost., 357/1994, cit., e Corte cost., 1° marzo 1995, n. 68, rese in tema di collaborazione impossibile o infruttuosa. In particolare, nella decisione n. 306 del 1993, il Giudice delle leggi aveva già mosso dubbi riguardo al fatto che la scelta collaborativa fosse l'unica indicativa del ravvedimento del condannato. Sempre nella stessa pronuncia, la Consulta aveva inoltre stigmatizzato l'inasprimento della legislazione penitenziaria e, nello specifico, la previsione della presunzione ex art. 4-*bis* o.p., ritenendoli contrastanti con il finalismo rieducativo della pena e prestando essi, inoltre, il fianco a preoccupanti derive verso una problematica e inaccettabile *Täterschuld*.

<sup>113</sup> Corte cost., 253/2019, cit.

<sup>114</sup> Sul punto, v. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 dicembre 2019.

mentari»<sup>115</sup> (che poi sono, grosso modo, gli stessi affrontati nell'ordinanza di rimessione della Suprema Corte).

Ad avviso della Consulta, simili presunzioni hanno ricadute negative sul condannato perché comportano ulteriori conseguenze afflittive a suo carico, non correlate al reato commesso e imputabili, in via esclusiva, alla sua renitenza a collaborare. In questo senso, l'assetto normativo delineato dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. si mostrava funzionale ad assecondare un certo tipo di esigenze investigative ma, con la "scusa" della renitenza a collaborare, mortificava l'istanza rieducativa e il principio di proporzione nell'esecuzione della pena<sup>116</sup>. Al pari della Cassazione, la Corte costituzionale notava, poi, come le presunzioni assolute previste dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. fossero lesive dell'autonomia di giudizio della magistratura di sorveglianza, impedendo a quest'ultima di valutare, *case by case*, gli eventuali progressi fatti nel tempo dal singolo detenuto, durante il percorso rieducativo carcerario. Il tempo, inoltre, si rivelava un fattore cruciale anche rispetto alla valutazione del contesto esterno, perché la realtà associativa potrebbe non esistere più o esistere in modo diverso, a distanza di anni (un'associazione mafiosa, ad esempio, può essere stata sgominata o essersi estinta).

Tanto bastava, dunque, perché la Consulta abbandonasse l'eccessivo «*self-restraints*»<sup>117</sup> del passato, riconoscesse l'irragionevolezza dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. e dichiarasse l'illegittimità costituzionale delle sue presunzioni assolute, riportandole, sulla falsariga di quanto già proposto nel 2013 dalla Prima Commissione Palazzo<sup>118</sup>, entro i confini della relatività e della "vincibilità"<sup>119</sup> per mezzo di «specifiche allegazioni contrarie»<sup>120</sup>, suscettibili tuttavia di trasformarsi «in un vero e proprio onere della prova»<sup>121</sup> gravante sul reo laddove il materiale prodotto non fosse valutato positivamente dalla magistratura di

<sup>115</sup> Così BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4bis comma 1 ord. pen.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28 gennaio 2020.

<sup>116</sup> Al riguardo, v. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia*, cit., 319-320.

<sup>117</sup> CATERINI, *L'ergastolo in cammino: da Strasburgo a Roma, passando dallo Stato sociale di diritto, sta giungendo al capolinea*, in *Leg. pen.*, 4 maggio 2020, 2.

<sup>118</sup> V. *Superamento dell'ergastolo ostativo: la proposta della Commissione Palazzo*, cit., 2.

<sup>119</sup> CATERINI, *L'ergastolo in cammino*, cit., 11.

<sup>120</sup> Le definisce così Corte cost., 253/2019, cit.

<sup>121</sup> MENGHINI, *La Consulta apre una breccia*, cit., 321.

sorveglianza e dagli altri organi a ciò preposti, ossia, ai sensi dell'art. 4-*bis*, commi 2 e 3-*bis*, o.p., il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, competente in relazione al luogo di detenzione del condannato, e i Procuratori nazionali e distrettuali antimafia.

Per fornire idonea allegazione contraria, la Corte costituzionale precisava, allora, che il condannato non poteva, *sic et simpliciter*, dichiarare di non fare più parte di certe realtà criminose, dimostrare la buona condotta carceraria e/o aderire a percorsi di rieducazione intramurari. Al contrario, il superamento della presunzione relativa di pericolosità sociale del detenuto andava collegato all'acquisizione di elementi di fatto particolarmente efficaci sul piano probatorio, in grado di escludere la persistenza e il futuro ripristino dei contatti tra il reo e le organizzazioni criminali. Questo significava che l'accesso del condannato al beneficio del permesso-premio diventava difficile, se non eccezionale<sup>122</sup>: basti considerare che, con riguardo al tema di prova del pericolo di ripristino dei legami con la consorteria, si chiedeva al detenuto di dimostrare praticamente l'indimostrabile, ossia che qualcosa che oggi non c'è continuerà a non esistere<sup>123</sup>.

Di recente, però, la Cassazione<sup>124</sup> ha cercato di ammorbidire la linea dura

<sup>122</sup> In questo senso, RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio*, cit., ma anche PELISSERO, *Permesso premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 30 marzo 2020, 12-15. Inoltre, secondo qualcuno, la decisione della Corte costituzionale sembrerebbe abrogare di fatto l'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o.p., nel senso che ai detenuti ostativi non verrà più riconosciuta, né questi avranno l'interesse concreto a farsi riconoscere, la collaborazione impossibile o irrilevante, al fine di godere dei permessi-premio: RICCI, *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 *Giur. pen. trim.*, 2020, 1, 28 ss., nonché ID., *“Collaborazione impossibile” e permessi premio: le prime risposte della giurisprudenza di legittimità post sentenza Corte costituzionale n. 253 del 2019*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 5, 1 ss. Di opinione contraria, tuttavia, è la prevalente giurisprudenza di legittimità: cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 27 gennaio 2020, n. 3309, con commento di DELLA BELLA, *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*, in *www.sistemapenale.it*, 16 aprile 2020, a fronte di poche pronunce di segno diverso (cfr., tra le altre, Cass., Sez. I, 12 febbraio 2020, n. 5553).

<sup>123</sup> V., in questi termini, PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale*, cit., 513, ID., *Dopo la sentenza (di accoglimento) che verrà*, in *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di Brunelli-Pugiotto-Veronesi (atti del Seminario di Ferrara), in *www.discrimen.it*, 25 settembre 2020, 213 ss., ma anche GALLIANI, *L'ergastolo e il regime ostativo, ovvero la speranza presa sul serio*, in *www.ristretti.org*, 19 dicembre 2019.

<sup>124</sup> Cass., Sez. I, 10 settembre 2021, n. 33743.

tracciata dalla Consulta, suggerendo una lettura un poco più indulgente degli standard probatori necessari ad attestare il definitivo recesso del sodale dal *pactum sceleris*.

Pronunciandosi in sede di ricorso avverso la decisione di un Tribunale di sorveglianza<sup>125</sup>, che respingeva il reclamo di un detenuto contro la declaratoria d'inammissibilità della sua richiesta di permesso-premio, la Suprema Corte ha affermato che, ai fini dell'ammissibilità di detta domanda, il reo non è tenuto a fornire prova integrale dell'assenza di collegamenti con la consorterìa e del pericolo di un loro ripristino; al contrario, è sufficiente allegare elementi di fatto i quali, "anche solo in chiave logica"<sup>126</sup> e in via indicativa, esauriscano questi temi di prova<sup>127</sup>.

Tirando le somme del discorso, la Corte costituzionale, con la sua pronuncia - ma anche la Cassazione con la sentenza appena citata -, non riconosceva il diritto del condannato a ottenere il permesso-premio, bensì riconsegnava alla magistratura di sorveglianza il "diritto di autonomia valutativa" di cui era stata privata durante gli anni '90 del secolo scorso, per predominanti esigenze di politica criminale. In questo senso, la Consulta ha attribuito al giudice un significativo spazio di manovra, entro il quale poter valutare le informazioni e gli elementi prodotti a supporto dell'assenza di collegamenti, attuali e futuri, tra detenuto e organizzazioni criminali.

In proposito, il Coordinamento Nazionale dei Magistrati di Sorveglianza (C.O.N.A.M.S.), poco dopo la pubblicazione del dispositivo della sentenza della Consulta, ha diramato un comunicato-stampa dove ribadiva che «l'esercizio del potere discrezionale costituis[ce] un connotato essenziale della giurisdizione rieducativa [ed è] patrimonio storico della Magistratura di sorveglianza [...] che ha sempre esercitato tale discrezionalità in casi molto difficili, ad alto rischio e sotto elevata pressione ambientale, con senso di responsabilità e senza lasciarsi condizionare da indebite interferenze di qualsivoglia provenienza, rispondendo al proprio mandato istituzionale ed obbedendo alla

---

<sup>125</sup> Tribunale di sorveglianza di Bologna, ord. 3 dicembre 2020.

<sup>126</sup> Cass., 33743/2021, cit.

<sup>127</sup> Sul punto, v. altresì GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 20 settembre 2021.

propria coscienza e deontologia professionale»<sup>128</sup>.

Diversamente, certa parte della magistratura di sorveglianza ha levato alto i suoi scudi e affermato che, d'ora in poi, si troverà a esercitare una delicatissima autonomia di giudizio cui non era più abituata. A parere di questi giudici, infatti, un mafioso si comporta bene in carcere non perché è assorbito da un percorso riabilitativo, ma perché segue le regole del codice mafioso<sup>129</sup>, sicché essi non disporrebbero degli strumenti adatti per valutare l'autentico ravvedimento del condannato.

A parte questa divergenza di vedute fra esponenti di una medesima magistratura, è tuttavia innegabile che il Giudice delle leggi, con la sentenza del 2019, abbia realizzato un'opera di ricomposizione degli equilibri, restituendo al legittimo titolare quel potere che gli è proprio e che rappresenta l'aspetto saliente del controllo giurisdizionale sull'esecuzione penale<sup>130</sup>.

5. *Quale futuro per la disciplina dell'ergastolo ostativo?* I “contraddittori”<sup>131</sup> e anomali meccanismi operativi, che caratterizzavano l'accesso ai permessi-premio, sono destinati a scomparire<sup>132</sup> anche con riguardo a un altro istituto

<sup>128</sup> Ne dà conto ALIPRANDI, *I Magistrati di Sorveglianza difendono il loro ruolo nel rispetto della Costituzione*, in *Il Dubbio*, 20 novembre 2019.

<sup>129</sup> Tali timori, invero, appaiono esagerati perché si trascura «che la magistratura di sorveglianza è quotidianamente esposta a simili rischi», nell'esercizio delle funzioni sue proprie. Dunque, «quella dei magistrati di sorveglianza è [...] una giurisdizione di prossimità perché presuppone l'osservazione del detenuto e una costante interlocuzione con gli operatori penitenziari», così PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, cit., 172. Proprio alla luce delle delicate funzioni che è chiamata a esercitare, giacché si occupa «più dell' "anima" dell'autore che del fatto criminoso», la magistratura di sorveglianza dovrebbe «possedere conoscenze e competenze che trascendono la sfera giuridica». Il giudice di sorveglianza dovrebbe essere, cioè, «un po' psicologo, un po' pedagogista, un po' sociologo»: non a caso, Michel Foucault, nel suo celebre saggio *Sorvegliare e punire*, lo definiva – in senso non dispregiativo – il “giudice bastardo”: v., in questi termini, FIANDACA, *Relazione di sintesi sulla rieducazione in fase esecutiva*, in *La rieducazione oggi*, cit., 217.

<sup>130</sup> Cfr. FORNASARI, *Prefazione*, in *La rieducazione oggi*, cit., 3, nonché MENGHINI, *La rieducazione nella fase esecutiva: percorsi giurisprudenziali e realtà carceraria*, in *La rieducazione oggi*, cit., 164.

<sup>131</sup> EUSEBI, *Forme e problemi della premialità*, in *Studium iuris*, 2001, 3, 277, nonché SPRICIGO, *La “riflessione critica sul reato” e l'automatismo ostativo dell'art. 4-bis O.P.*, in *Criminalia*, 2014, 626, la quale ha parlato di «tecnica di controllo sociale contraddittoria» perché il combinato disposto degli artt. 4-bis e 58-ter o.p. proponeva un modello normativo in cui convivevano due “anime” incompatibili: l'una che induceva al dialogo e allo scambio di informazioni tra detenuto e organi di giustizia e l'altra “repressiva” perché, se non c'era il dialogo, svaniva qualsiasi auspicio di agevolazioni carcerarie.

<sup>132</sup> Ne era già convinto, in tempi non sospetti, PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, cosa è e perché ha le ore contate*, in *Il Riformista*, 9 luglio 2020.

caratterizzante la legislazione penitenziaria: la liberazione condizionale, fino a pochissimo tempo fa inaccessibile all'ergastolano ostativo non collaborante.

Con l'ordinanza n. 18518 del 18 giugno 2020, la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., degli artt. 4-*bis*, comma 1, 58-*ter* o.p. e 2 d.l. 152/1991, convertito, con modificazioni, dalla l. 203/1991, «nella parte in cui escludono che 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, possa essere ammesso alla liberazione condizionale»<sup>133</sup>.

Il dubbio di legittimità costituzionale si annidava, ancora una volta, «nel convincimento che la collaborazione» fosse l'«indice esclusivo dell'assenza di ogni legame con l'ambiente criminale di appartenenza», ben potendo invece altri elementi «in concreto essere validi e inequivoci indici dell'assenza di detti legami e quindi di pericolosità sociale»<sup>134</sup> del detenuto; elementi discrezionalmente valutabili dal giudice nella prospettiva di ammettere alla liberazione condizionale il reo che ne faccia domanda.

La Corte costituzionale<sup>135</sup>, adita sul punto, ha però deciso che è compito *in primis* del Parlamento modificare simili aspetti della disciplina dell'ergastolo

<sup>133</sup> Cass., Sez. I, ord. 18 giugno 2020, n. 18518. Per un commento, v., tra gli altri, BRUCALE, *Liberazione condizionale agli ergastolani ostativi. L'art. 4 bis torna alla Consulta*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 19 giugno 2020; BELLINI-PROCOPIO, *L'ergastolo ostativo al vaglio della Consulta. Se non ora, quando?*, in *Giur. pen. trim.*, 1, 2021, 181-182; MONACO, *L'ergastolo ostativo nel dialogo fra le Corti. Aspettando il giudice delle leggi*, in *Arch. pen.*, 2021, 1, 1 ss., nonché NICOLÒ, *L'ergastolo "ostativo" al vaglio della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2021, 1, 1 ss.

<sup>134</sup> Cass., 18518/2020, cit.

<sup>135</sup> Corte cost., ord. 97/2021, cit., con note di DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25 maggio 2021; di ROMANO, *L'incostituzionalità "prospettata" dell'ergastolo ostativo*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 27 maggio 2021; di PUGIOTTO, *Troppo o non abbastanza? L'ord. n. 97 del 2021 e l'incostituzionalità virtuale dell'ergastolo senza scampo*, in *Studium iuris*, 2021, 9, 1015 ss.; di RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 641 ss., nonché di CATANI, *Sull'ergastolo ostativo. Prime riflessioni a partire dall'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost. AIC*, 2021, 5, 163 ss. V., altresì, i contributi di PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, quella scelta tragica al di fuori della Costituzione*, in *Il Riformista*, 13 maggio 2021, di CARDONE-SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2022, 2, 79 ss., e di SFERLAZZA, *Riflessioni a margine della ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021 sull'ergastolo ostativo: molti dubbi e poche certezze*, in *Quest. Giust.*, 24 giugno 2021.

ostativo: ha quindi ordinato un duplice rinvio del giudizio sulla questione (dapprima al mese di maggio 2022 e, successivamente, al mese di novembre 2022<sup>136</sup>), in modo da consentire alle Camere di realizzare in tempi ragionevoli le opportune modifiche normative.

Il legislatore, dal canto suo, non è rimasto con le mani in mano.

In data 31 marzo 2022, la Camera dei Deputati ha approvato il disegno di legge n. 2574 di riforma della disciplina penitenziaria in materia di reati ostativi e di collaborazione con gli organi di giustizia, intitolato: «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»<sup>137</sup>. In data 1° aprile 2022, il testo è stato trasmesso in Senato per l'approvazione definitiva e pochi giorni dopo – il 6 aprile 2022 – è stato assegnato alla Commissione Giustizia per il relativo esame (che, però, non è mai iniziato: ecco perché la Consulta ha poi disposto l'ulteriore rinvio del giudizio di costituzionalità al mese di novembre 2022).

Il disegno di legge univa<sup>138</sup> più proposte di riforma presentate di recente e obbediva al monito della Consulta, nel tentativo di elaborare un testo normativo che fosse in grado di superare le criticità rilevate, sul piano della compatibilità con i principi costituzionali, nel testo vigente dell'art. 4-*bis* o.p.

Tra le altre cose<sup>139</sup>, il disegno di legge individuava peculiari modalità e condizioni per l'accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici peni-

---

<sup>136</sup> Corte cost., ord. 122/2022, cit., con nota di CAPITTA, *Ergastolo ostativo: la Corte dispone un ulteriore rinvio all'udienza dell'8 novembre 2022 - Corte cost., n. 122 del 2022*, in *Arch. pen.*, e di LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"*, in *Consulta online*, 2022, 3, 1189 ss.

<sup>137</sup> V. Senato della Repubblica. Atti parlamentari. XVIII Legislatura, *Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 31 marzo 2022, 2574, 1 ss.

<sup>138</sup> Cfr. *Approvato dalla Camera il testo unificato del d.d.l. di riforma della disciplina in materia di reati ostativi ex art. 4-bis ord. penit.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 aprile 2022.

<sup>139</sup> Per più puntuali approfondimenti, v. Dossier Servizio studi della Camera, XVIII Legislatura, *Accesso ai benefici penitenziari per i condannati per reati c.d. ostativi*, in [www.temi.camera.it](http://www.temi.camera.it), 25 febbraio 2022, e Dossier Servizio studi del Senato, XVIII Legislatura, *Disposizioni in materia di accesso ai benefici penitenziari per i condannati per reati c.d. ostativi*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), aprile 2022, 539.

tenziari da parte dei condannati per reati ostativi non collaboranti (art. 1, comma 1, lett. a), nn. 1, 2 e 3, d.d.l. 2574/2022) e spostava, da un organo monocratico (il magistrato di sorveglianza) a un organo collegiale (il Tribunale di sorveglianza), la competenza ad autorizzare il lavoro all'esterno e i permessi-premio nei confronti dei condannati per associazione mafiosa, terrorismo ed eversione dell'ordine democratico (art. 1, comma 1, lett. b), d.d.l. 2574/2022).

Il disegno di legge prevedeva altresì che gli ergastolani ostativi potessero accedere alla liberazione condizionale solo dopo aver scontato trent'anni di pena detentiva e nel rispetto delle modalità e delle condizioni dettate per l'accesso agli altri vantaggi penitenziari (art. 2, comma 1, lett. a) e lett. b) d.d.l. 2574/2022).

Detto questo, e prima di passare all'illustrazione delle principali novità normative intervenute, con il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, in materia di concessione delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari ai condannati per reati ostativi non collaboranti<sup>140</sup>, è opportuno soffermarsi sui motivi che hanno spinto la Consulta a rinviare per ben due volte il giudizio sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Suprema Corte.

Il giudice *a quo* aveva chiesto che l'illegittimità costituzionale delle norme censurate fosse riconosciuta con stretta aderenza al caso di specie e, quindi, in relazione ai soli delitti perpetrati in un contesto mafioso, per i quali era intervenuta una condanna all'ergastolo, e con esclusivo riguardo alla concessione della liberazione condizionale.

È noto, tuttavia, come il catalogo dei reati di prima fascia di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. comprenda ormai anche reati diversi da quelli di mafia (si pensi a quelli relativi alla criminalità terroristica o ai delitti contro la pubblica amministrazione). Per alcune di queste fattispecie, inoltre, non è nemmeno infrequente la condanna alla pena perpetua, soprattutto rispetto ai delitti di eversione violenta o commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale.

È, altresì, noto che, ai sensi dell'art. 4-*bis* o.p., l'accesso alle misure alternative

---

<sup>140</sup> Il testo del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 è consultabile nella Gazzetta Ufficiale del giorno 31 ottobre 2022 (GU - Anno 163°, n. 255).

alla detenzione e ai benefici penitenziari diversi dal permesso-premio era vietato ai detenuti non collaboranti<sup>141</sup> (ciò, almeno, fintantoché non è entrata in vigore la riforma operata con il citato d.l. 162/2022).

È allora evidente come l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale, così come sollevata dalla Suprema Corte, avrebbe determinato una disparità di trattamento tra detenuti condannati all'ergastolo per reati di mafia e detenuti condannati all'ergastolo per un reato diverso, con riguardo all'accesso alla liberazione condizionale: i primi avrebbero ottenuto il beneficio anche in assenza di collaborazione, che invece, per i secondi, avrebbe continuato a rappresentare una *condicio sine qua non* per la scarcerazione<sup>142</sup>.

Non solo. Come sappiamo, proprio per effetto della sentenza della Consulta n. 253 del 2019, i condannati per i reati di prima fascia, anche se non collaboranti, possono essere valutati dal magistrato di sorveglianza per l'accesso al beneficio dei permessi-premio.

Una pronuncia di pedissequo accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione avrebbe dato vita, allora, a un sistema penitenziario incoerente sul piano operativo: i detenuti per reati di mafia non collaboranti avrebbero potuto ambire alla liberazione condizionale, restando loro precluso, tuttavia, l'accesso ad altri benefici e misure alternative alla detenzione (come il lavoro all'esterno o la semilibertà). Ossia, proprio a quegli istituti che di solito segnano, in progressione dopo i permessi-premio, l'avvio verso il recupero della libertà<sup>143</sup>.

Date queste premesse, l'immediato accoglimento delle questioni proposte dalla Suprema Corte avrebbe provocato effetti distonici sulla disciplina penitenziaria in esame e disfunzionali rispetto alla prospettiva di una progressività trattamentale, che è una delle *rationes* ispiratrici del soggiorno intramurario. Da qui, la decisione della Consulta di rinviare più volte il giudizio e di concedere al legislatore tempistiche idonee a una puntuale regolamentazione della

---

<sup>141</sup> V. Corte cost., 97/2021, cit.

<sup>142</sup> Per DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale*, cit., la Consulta poteva ovviare alla discrasia per mezzo di una sentenza d'illegittimità costituzionale c.d. consequenziale, in modo analogo a quanto fatto con la citata decisione n. 263 del 2019, estensiva degli effetti della sentenza n. 253 del 2019 anche nei confronti dei condannati minorenni e di quelli *ad tempus*, cui era inizialmente negato l'accesso ai permessi-premio se non collaboranti.

<sup>143</sup> Corte cost., 97/2021, cit.

materia, cercando, ove possibile, un “punto di equilibrio”<sup>144</sup> tra i diversi argomenti posti sul tappeto.

In dottrina, la decisione della Corte costituzionale non ha mancato, com'era prevedibile, di suscitare critiche e perplessità<sup>145</sup>. Queste critiche hanno avuto ad oggetto, in particolare, la singolare tendenza della Consulta, emersa in tempi recenti, di “decidere di non decidere”<sup>146</sup> (o, come anche si è scritto, di “decidere di decidere”<sup>147</sup> entro un certo lasso di tempo), sospendendo temporaneamente il giudizio costituzionale e “passando la palla” al legislatore, per un intervento risolutivo, che non è detto che poi arrivi<sup>148</sup>.

<sup>144</sup> Così Corte cost., 97/2021, cit.

<sup>145</sup> V., ad es., MOCCIA, *L'ergastolo e le sue varianti*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2021, 4, 666, e PASSIONE, *Il muro torto. Barlumi di incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu), 27 maggio 2021, il quale ha criticato piuttosto aspramente la “pavida” decisione della Consulta.

<sup>146</sup> Così ROMANO, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale*, cit.; in senso non dissimile, v. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in [www.dirittocomparati.it](http://www.dirittocomparati.it), 20 maggio 2021. Invece, per PISANÒ, *Il Re è nudo. La «nuova forma di collaborazione» tra potere legislativo e potere giudiziario nel caso Cappato, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *Politica del diritto*, 2020, 1, 67-68, e per CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 dicembre 2018, la Corte costituzionale ha imboccato una strada nuova e coraggiosa, dimostrando grande sensibilità e rispetto dei rapporti tra poteri statali e delle loro prerogative costituzionali.

<sup>147</sup> ROBERTI, *I moniti “a termine” della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del Parlamento*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2021, 17, 176. Con specifico riferimento all'ordinanza n. 97 del 2021, MORRONE, *Finale di partita. Cosa vuole davvero la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo?*, in *Consulta online*, 2021, 2, 388, ha parlato di “ordinanza-sentenza” proprio perché si tratta di un provvedimento che propone contenuti ampi e strutturati circa le ragioni per le quali la disciplina penitenziaria sottoposta al vaglio della Consulta non sarebbe costituzionalmente legittima. Nello stesso senso, v. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro*, cit.

<sup>148</sup> Il riferimento è, nello specifico, alla nota vicenda Antonioni/Cappato, in relazione alla quale la Corte aveva dapprima rinviato la trattazione giudiziale della questione, invitando frattanto il legislatore a provvedere in materia. Decorso *inutiliter* il termine di un anno, la Consulta non poté fare altro che prendere atto dell'inerzia legislativa e dichiarare la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, con commento di CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 8 settembre 2020, 1 ss. Ma anche in un'altra occasione, di poco successiva, la Corte costituzionale si è vista costretta a rimediare all'inerzia del legislatore, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 e 30, comma 4, l. 6 agosto 1990, n. 223 rispetto agli artt. 21, 117 Cost. e 10 Cedu, nella parte in cui comminavano la pena della reclusione da uno a sei anni all'autore del delitto di diffamazione a mezzo stampa e radiotelevisione, ove consistente nell'attribuzione di un fatto determinato: v. Corte cost., 12 luglio 2021, n. 150, con commento di GULLO, *Diffamazione, pena detentiva e chilling effect: la Consulta bussava alla porta del legislatore*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 2, 217 ss., e di CARDONE, *Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione: quid iuris oltre il caso della professione giornalistica?*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 2, 192 ss.

Qualcuno ha ravvisato una certa prudenza nell’atteggiamento del Giudice delle leggi<sup>149</sup>, volto solo a posticipare l’inevitabile declaratoria d’illegittimità costituzionale degli artt. 4-*bis*, comma 1, 58-*ter* o.p. e 2 d.l. 152/1991 rispetto agli artt. 3, 27 e 117 Cost., come d’altronde già “prospettata”<sup>150</sup> all’interno della stessa pronuncia n. 97 del 2021.

Non si è mancato, d’altra parte, di rilevare la discutibilità, se non la singolarità<sup>151</sup>, del fatto che si debba continuare ad applicare, almeno fino a quando non verrà trattata la questione di legittimità costituzionale, una norma la cui incompatibilità con i principi costituzionali che disciplinano la materia penale è stata formalmente acclarata. E c’è chi ha definito il “rinvio del rinvio”<sup>152</sup>, operato dalla Consulta a maggio 2022, come «un prolungato arresto cardiaco del principio di legalità costituzionale»<sup>153</sup>, non condividendo la scelta di «tenere artificialmente in vita»<sup>154</sup> norme destinate, in tutta evidenza, alla morte.

In verità, a parere di chi scrive, sono almeno due i motivi per i quali la presa di posizione della Consulta sarebbe sostanzialmente da condividere.

Il primo: una decisione d’immediato accoglimento delle questioni di legittimità sollevate dal Giudice della nomofilachia avrebbe creato una grave lacuna sul piano della tutela nell’odierno sistema di contrasto alla criminalità organizzata<sup>155</sup>, il quale si regge su delicati equilibri e incastri normativi, frutto, come si è visto, di numerose e annose riforme<sup>156</sup>.

Il secondo: una decisione siffatta avrebbe altresì favorito la creazione di vuoti operativi nella disciplina penitenziaria, eventualità inaccettabile, considerata la *ratio* ad essa sottesa, la natura giuridica dei reati di contesto mafioso e la necessità di preservare, per mezzo di interventi mirati, l’attività collaborativa in

<sup>149</sup> ROMANO, *Ergastolo ostativo e liberazione condizionale*, cit.

<sup>150</sup> LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulle attività della Corte svolte nel 2018*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 21 marzo 2019, 12.

<sup>151</sup> WOODCOCK, *Qualche considerazione sulla recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di “ergastolo ostativo”*, in *Quest. Giust.*, 26 maggio 2021.

<sup>152</sup> PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 762.

<sup>153</sup> PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 762.

<sup>154</sup> PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 767.

<sup>155</sup> In questo senso, v. SIRACUSA, *Il Decreto-Legge n. 162/2022 e la riforma del regime ostativo di cui all’art. 4 bis ord. pen.*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 16 dicembre 2022, 2.

<sup>156</sup> Ricordate peraltro nella *Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 20 maggio 2020, 21.

certi, peculiari, frangenti.

Vero è che la Corte costituzionale avrebbe, forse, potuto imboccare una strada diversa da quella del rinvio reiterato e riproporre lo schema della sentenza di accoglimento manipolativo, già usato nel 2019, in relazione ai permessi-premio<sup>157</sup>, e per la vicenda Antonioni/Cappato, in relazione all'art. 580 c.p.

Ma, a ben vedere, la trattazione di materie scottanti come quella in esame imponeva in prima linea il coinvolgimento delle Camere, nell'auspicio che l'eventuale tutela da accordare al "valore"<sup>158</sup> della collaborazione non «fac[esse] rientrare dalla finestra ciò che si [era] provato a fare uscire dalla porta»<sup>159</sup>; nella speranza, cioè, che il legislatore del rinvio non costruisse un nuovo sistema penitenziario imperniato sul vecchio e «discutibile rapporto di scambio tra la concessione di benefici e la "scelta" di delazione imposta al detenuto ergastolano»<sup>160</sup>, nel solco di quelle "confessioni e delazioni" tipiche «dei tempi della colonna infame di manzoniana memoria»<sup>161</sup>.

Spettava, dunque, al legislatore "l'ardua sentenza" ed è stato così: come anticipato, qualche mese fa, il Governo ha emanato il d.l. 162/2022, il cui art. 1<sup>162</sup> ha innovato radicalmente la disciplina prevista dall'art. 4-*bis* o.p.

*5.1. Le principali novità introdotte con il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 e con la relativa legge di conversione (l. 30 dicembre 2022, n. 199).* Il d.l. 162/2022 risponde alla chiamata della Consulta e riforma l'art. 4-*bis* o.p., modificando, in particolare, la formulazione dei commi 1, 1-*bis*, 2 e 2-*bis*, nonché abrogando il comma 3-*bis* e aggiungendo i nuovi commi 1-*bis*.1, 1-*bis*.2 e 2-*ter*. Esso riproduce, quasi pedissequamente, i contenuti del d.d.l. 2574/2022, fatta eccezione per talune previsioni normative che non c'erano nel testo originario

<sup>157</sup> Nello stesso senso, v. LONATI, *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni*, in *Arch. pen.*, 2022, 2, 74.

<sup>158</sup> Corte cost., 97/2021, cit.

<sup>159</sup> WOODCOCK, *Qualche considerazione*, cit.

<sup>160</sup> WOODCOCK, *Qualche considerazione*, cit. Nello stesso senso, v. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale*, cit.

<sup>161</sup> SPRICIGO, *La "riflessione critica sul reato"*, cit., 636. In senso non dissimile, v. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019, nonché EUSEBI, *Appunti minimi di politica criminale in rapporto alla riforma delle sanzioni penali*, in *Criminalia*, 2007, 191 ss.

<sup>162</sup> Oltre all'art. 1, anche gli artt. 2, 3 e 4 del d.l. 162/2022 prevedono nuove disposizioni in punto di disciplina dei reati ostativi. In particolare, sulla disciplina transitoria prevista dall'art. 3, v. *infra*.

della proposta di riforma e che, invece, compaiono all'interno del decreto-legge citato.

Tra le novità principali<sup>163</sup>, va evidenziata l'aggiunta di un nuovo periodo alla fine del comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., che prevede un sensibile ampliamento del regime dell'ostatività e che sarà oggetto di riflessione più avanti.

Il comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p., invece, è stato sostanzialmente riscritto; anzi, si può dire che le novità più dirompenti apportate dal d.l. 162/2022 si concentrino proprio nel testo riformato di questa disposizione: vale la pena, pertanto, di soffermarsi sui suoi contenuti e di rilevarne le eventuali criticità.

La disposizione prevede una disciplina di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione (inclusa la liberazione condizionale) ben diversa rispetto alla precedente. Nello specifico, nei confronti del condannato per i reati previsti dal comma 1-*bis*, ove non collabori con la giustizia, è venuta meno la presunzione assoluta di pericolosità sociale; al suo posto, però, sono dettate diverse condizioni che il detenuto deve rispettare per godere dei citati vantaggi penitenziari.

Al riguardo, si può dire che la presunzione assoluta di pericolosità sociale viene sostituita da un percorso che scarica sul condannato la prova<sup>164</sup> dell'allontanamento da certe realtà criminali e, in effetti, è così: la collaborazione cede il passo a un complesso *iter* di accertamenti che hanno ad oggetto l'allegazione di una sequela di circostanze, la cui presenza dovrebbe essere espressiva del distacco del condannato dalla consorte e della sua cessata pericolosità.

Il novellato comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p. stabilisce, infatti, che, «anche in assenza di collaborazione con la giustizia», i detenuti per reati ostativi possono accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione

---

<sup>163</sup> Per una puntuale disamina di tutte le novità introdotte dal d.l. 162/2022, v. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *www.sistemapenale.it*, 7 novembre 2022, 1 ss., nonché SIRACUSA, *Il Decreto-Legge*, cit., 1 ss.

<sup>164</sup> Al riguardo, v. RICCI, *Nel labirinto dell'art. 4-bis o.p.: guida pratica per il "condannato ostativo" all'accesso a permessi premio e misure alternative alla detenzione dopo le sentenze costituzionali n. 253/2019 e 32/2020 (e in attesa di ulteriori sviluppi)*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 6, 9 ss. *Contra*, tuttavia, v. *Ergastolo ostativo: la requisitoria del Procuratore Generale della Cassazione in vista dell'udienza a valle della restituzione degli atti disposta dalla Corte costituzionale con ord. 227/2022*, in *www.sistemapenale.it*, 9 marzo 2023, 13-14.

«purché dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità» di procedervi e «allegghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria e alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile». In coda alla disposizione, è poi previsto che il giudice, ai fini della concessione dei vantaggi penitenziari, tenga conto anche di eventuali iniziative, di tipo risarcitorio o riparativo, assunte dal detenuto a favore delle vittime dei reati ostativi.

In altre parole, il superamento dell'ostatività è subordinato al rispetto, da parte del reo, di più condizioni concorrenti tra loro<sup>165</sup>: egli deve dimostrare di aver adempiuto alle obbligazioni civili derivanti dalla condanna o di non avervi potuto procedere per carenza di mezzi; inoltre, deve allegare una serie di elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla mera partecipazione al percorso rieducativo e alla tenuta di una buona condotta carceraria, tali da escludere l'attualità di collegamenti, anche indiretti, con la criminalità organizzata e il pericolo di un loro ripristino<sup>166</sup>.

Anche se il nuovo testo del comma 1-*bis* non prevede più la collaborazione quale *condicio sine qua non* per l'accesso dei condannati ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, è abbastanza palese, però, che la strada da imboccare per usufruirne sia impervia e ricca di ostacoli, contrariamente a quanto auspicato al riguardo dalla Consulta, negli arresti del 2019 e del 2021, e dalla Corte Edu, nella sentenza Viola c. Italia.

Per avere un'idea concreta di ciò, basti pensare alle sicure difficoltà che il detenuto non collaborante incontrerà quando, in un'ipotetica richiesta di permesso-premio, dovrà allegare l'inesistenza del pericolo di un futuro ripristino di collegamenti, anche indiretti, con il sodalizio criminoso. Infatti, se il lungo

<sup>165</sup> Cfr. SIRACUSA, *Il Decreto-Legge*, cit., 3.

<sup>166</sup> È curioso notare come, ai sensi del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p., la buona condotta carceraria e la partecipazione ai trattamenti rieducativi non siano considerati alla stregua di elementi sufficienti dai quali poter desumere il definitivo abbandono, da parte del detenuto, di certi stili di vita.

periodo di reclusione cui è solitamente costretto il condannato ostativo dovrebbe garantirne l'avvenuto recesso dal *pactum sceleris*, sarà quanto mai arduo, se non impossibile, per il medesimo condannato allegare circostanze specifiche, in grado di comprovare che i contatti con la consorterìa criminale non verranno ripresi nemmeno in futuro, una volta fuori dal carcere.

Peraltro, il nuovo comma 1-*bis* è anche formulato in modo un po' vago<sup>167</sup> e non dà indicazioni su quali siano gli elementi specifici che il condannato deve allegare al momento del deposito dell'istanza di accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative alla detenzione: ne consegue che una siffatta lacuna non potrà che essere colmata in sede applicativa dalla magistratura di sorveglianza, la quale vi potrebbe procedere esercitando un'ampia discrezionalità valutativa.

Forse proprio per scongiurare esiti del genere, pure il testo del secondo comma dell'art. 4-*bis* è stato profondamente innovato: al magistrato di sorveglianza si chiede, adesso, di svolgere un'istruttoria imponente, regolata da tempistiche ben precise, che si snoda attraverso richieste di dettagliati pareri e informative alle competenti Procure e alle Direzioni Distrettuali e Nazionali Antimafia e Antiterrorismo, nonché alle Direzioni degli istituti penitenziari dove il detenuto è ristretto. Le informazioni così acquisite dovrebbero servire ad ampliare il patrimonio documentale in possesso del giudice, in modo da aiutarlo nella selezione degli elementi utili ai fini della concessione (o meno) dei benefici penitenziari o delle misure alternative alla detenzione nei confronti di chi ne faccia richiesta<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Anche la formula «contesto nel quale il reato è stato commesso» è stata tacciata di assoluta nebulosità e ambiguità poiché non se ne comprende l'effettiva portata, sia sul piano semantico che su quello applicativo: v. Aipdp, *Osservazioni sul d.l. 31 ottobre 2022, n. 162*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 5 novembre 2022, 2.

<sup>168</sup> Può essere utile riportare il lungo testo del comma 2 dell'art. 4-*bis* o.p., nella versione antecedente all'ulteriore modifica subita in sede di conversione in legge del d.l. 162/2022: «Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto. Nei casi di cui ai commi 1 *bis* e 1 *bis*.1, il giudice chiede altresì il parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado o, se si tratta di condanne per i delitti indicati all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale, del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del

In punto di disciplina, i contenuti del comma 1-*bis* sono, peraltro, identici a quelli del nuovo comma 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* o.p., tant'è che quest'ultimo può essere considerato una sorta di "doppione" del primo. Tuttavia, le severe condizioni di accesso ai vantaggi penitenziari prima illustrate, nel comma 1-*bis*.1 sono dettate per una categoria di detenuti non collaboranti diversa rispetto a quella prevista dal comma 1-*bis*: si tratta, infatti, dei condannati per taluni delitti contro la persona (segnatamente: artt. 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 c.p.) e contro la pubblica amministrazione<sup>169</sup>.

L'intervento di riforma ha rimosso le due categorie di reati (e di condannati) dal testo originario del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p. e le ha collocate all'interno di una disposizione *ad hoc*, che è, per l'appunto, quella del nuovo comma 1-*bis*.1. Il d.l. 162/2022 ha, dunque, effettuato una traslazione di fatti-specie incriminatrici da un comma all'altro del medesimo articolo, dettando per ciascuna di esse, e per gli autori dei reati ivi tipizzati, una nuova, comune, disciplina dell'ostatività<sup>170</sup>.

Infine, ai sensi del nuovo comma 1-*bis*.2, la disciplina dettata dal comma 1-*bis*

---

distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado e del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, acquisisce informazioni dalla direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato e dispone, nei confronti del medesimo, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate, accertamenti in ordine alle condizioni reddituali e patrimoniali, al tenore di vita, alle attività economiche eventualmente svolte e alla pendenza o definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali. I pareri, le informazioni e gli esiti degli accertamenti di cui al quarto periodo sono trasmessi entro sessanta giorni dalla richiesta. Il termine può essere prorogato di ulteriori trenta giorni in ragione della complessità degli accertamenti. Decorso il termine, il giudice decide anche in assenza dei pareri, delle informazioni e degli esiti degli accertamenti richiesti. Quando dall'istruttoria svolta emergono indizi dell'attuale sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, ovvero del pericolo di ripristino di tali collegamenti, è onere del condannato fornire, entro un congruo termine, idonei elementi di prova contraria. In ogni caso, nel provvedimento con cui decide sull'istanza di concessione dei benefici il giudice indica specificamente le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza medesima, tenuto conto dei pareri acquisiti ai sensi del quarto periodo. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi al detenuto o internato sottoposto a regime speciale di detenzione previsto dall'articolo 41 *bis* solamente dopo che il provvedimento applicativo di tale regime speciale sia stato revocato o non prorogato».

<sup>169</sup> La legge di conversione del d.l. 162/2022 ha rimosso i delitti contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati ostativi di prima fascia: sul punto, v. *infra*.

<sup>170</sup> Sul punto, v. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 11, 8-9, 15-19, e BERNARDI, *Il "regime ostativo" ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022: il testo risultante dalla versione approvata dal Senato il 13 dicembre 2022*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 22 dicembre 2022.

si applica anche ai condannati non collaboranti per il delitto di associazione per delinquere (art. 416 c.p.), finalizzato alla commissione dei reati previsti dal citato comma 1-*bis*.

In definitiva, le previsioni messe a punto dal d.l. 162/2022 superano soltanto formalmente gli automatismi legislativi che caratterizzavano la previgente versione dell'art. 4-*bis* o.p., sicché al condannato che non intenda cacciarsi in un dedalo di allegazioni converrà, forse, ancora una volta, percorrere la via della collaborazione con la giustizia.

È poi meritevole di una riflessione a sé stante la modifica apportata dal d.l. 162/2022 al primo comma dell'art. 4-*bis* o.p., il cui contenuto suscita dubbi di legittimità costituzionale in punto di ragionevolezza della relativa disciplina.

In coda alla disposizione è stato aggiunto un periodo che amplia a dismisura la disciplina dell'ostatività, fino a determinare la trasfigurazione del suo originario significato giuridico<sup>171</sup>. Si applicano, infatti, le stesse preclusioni previste per i reati di prima fascia anche ai delitti rispetto ai quali «il giudice della cognizione o dell'esecuzione ha accertato che sono stati commessi per eseguire od occultare» un reato di prima fascia ovvero «per conseguire o assicurare al condannato» o a terzi «il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati». In altre parole, d'ora in poi, un qualsiasi illecito penale potrà essere assorbito nel severo regime delle preclusioni ex art. 4-*bis* o.p., a ciò bastando la sussistenza di un mero nesso teleologico tra l'illecito stesso e il “reato-base” di prima fascia<sup>172</sup>.

Com'è stato di recente osservato, suscita preoccupazione il fatto che «strumenti progettati per contrastare la criminalità organizzata, comune o terroristica, per la quale può essere ragionevole prevedere una disciplina penale più severa, purché in linea con le garanzie costituzionali e sovranazionali, vedano esteso il loro ambito applicativo, senza che vi siano specifiche evidenze empiriche che giustifichino peculiari presunzioni di pericolosità e regimi differenziati»<sup>173</sup>.

Un'anomalia che va segnalata è, poi, quella riguardante l'eliminazione del ri-

---

<sup>171</sup> Cfr. SIRACUSA, *Il Decreto-Legge*, cit., 9.

<sup>172</sup> Aipdp, *Osservazioni*, cit., 2.

<sup>173</sup> Così Aipdp, *Osservazioni*, cit., 2. Nello stesso senso, v. SIRACUSA, *Il Decreto-Legge*, cit., 9 ss.

ferimento alle ipotesi della collaborazione impossibile, inutile o irrilevante all'interno del comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* o.p. Non si comprende come mai il legislatore abbia deciso di espungerle dal nostro sistema penitenziario, considerato che la stessa Corte costituzionale ne ha pure evidenziato, di recente, l'importanza<sup>174</sup>.

Invero, con la previsione di cui al secondo comma dell'art. 3 d.l. 162/2022 («Disposizioni transitorie in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari»), si è cercato di rimediare a questa criticità dettando una disciplina intertemporale *ad hoc*, che prevede la persistenza operativa delle citate ipotesi di collaborazione soltanto in favore di chi abbia commesso reati ostativi prima dell'entrata in vigore della riforma<sup>175</sup> e a patto che siano rispettate le seguenti condizioni: 1) oggetto della richiesta del detenuto dev'essere la concessione di una misura alternativa alla detenzione (restano, quindi, fuori i benefici penitenziari); 2) devono essere stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti tra il reo e la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (il che rende, sostanzialmente, poco utile la stessa persistenza operativa delle ipotesi di collaborazione infruttuosa o inesigibile).

Infine, una terza anomalia che va segnalata è quella contenuta nell'ultimo periodo del novellato secondo comma dell'art. 4-*bis* o.p.: esso sancisce che i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis* o.p. non possono fruire dei vantaggi previsti dalla legislazione penitenziaria se non «dopo che il provvedimento applicativo di tale regime sia stato revocato o non prorogato». Vale a dire: fintantoché perduri lo speciale regime di detenzione, ai condannati sottoposti al c.d. carcere duro non è consentito avanzare richieste di accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative, sul presupposto, evidentemente, dell'attualità della loro pericolosità, che giustifica l'applicazione di regimi carcerari così severi.

Sfortunatamente, la l. 30 dicembre 2022, n. 199<sup>176</sup>, di conversione del d.l.

---

<sup>174</sup> Al riguardo, v. Corte cost., 20/2022, cit.

<sup>175</sup> Detta previsione crea un'irragionevole disparità di trattamento tra condannati per un medesimo delitto, basata esclusivamente sul fattore temporale, ossia sul momento in cui ciascun reo ha posto in essere la condotta illecita.

<sup>176</sup> In data 13 dicembre 2022, il Senato della Repubblica ha approvato il disegno di legge n. 274 di conversione, con emendamenti, del d.l. 162/2022. In data 27 dicembre 2022, il Governo ha posto la questione di fiducia sul provvedimento normativo, che è stata votata dalla Camera dei Deputati nel pome-

162/2022, non ha posto rimedio a queste criticità. Essa è intervenuta sui contenuti dell'art. 4-*bis* o.p. e ne ha offerto un ulteriore *restyling*, ma gli emendamenti apportati sono stati, tutto sommato, minimi (fatta eccezione per una modifica in particolare, di cui si dirà a breve), sicché le logiche severe e poco inclusive che caratterizzavano la disciplina penitenziaria tratteggiata dal decreto-legge di riforma hanno trovato una conferma definitiva.

Tra le modifiche degne di nota, va evidenziata la rimozione dei delitti contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati di cui ai commi 1 e 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* o.p. e ciò rappresenta, senz'altro, un intervento normativo dirimpente, in contrapposizione rispetto alla tradizionale tendenza accrescitiva del catalogo di reati ostativi<sup>177</sup>. La modifica apportata sortirà, inoltre, effetti benefici anche nei confronti delle richieste pendenti di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione avanzate dai condannati che abbiano commesso delitti contro la P.A. prima dell'entrata in vigore della l. 199/2022, in applicazione del principio di retroattività favorevole<sup>178</sup>.

La legge di conversione ha, altresì, inserito un nuovo comma 1-*bis*.1.1 all'interno dell'art. 4-*bis* o.p., in virtù del quale il magistrato di sorveglianza può imporre al detenuto «prescrizioni volte a impedire il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o che

---

riggio del giorno 28 dicembre 2022, con 206 voti favorevoli. La conversione in legge del d.l. 162/2022 è avvenuta il giorno 30 dicembre 2022 (l. 30 dicembre 2022, n. 199, entrata in vigore in data 31 dicembre 2022): v. Senato della Repubblica, XIX Legislatura, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, recante misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 13 dicembre 2022, 274, 1 ss.

<sup>177</sup> Al riguardo, v. RICCI, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 1, 2. I delitti contro la pubblica amministrazione sono stati inseriti nel catalogo di reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* o.p. dalla c.d. legge Spazzacorrotti: cfr. MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 105 ss.

<sup>178</sup> V. Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), con nota di MANES-MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 23 marzo 2020, 1 ss. Nello stesso senso della decisione della Consulta, v., più di recente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Sorveglianza Bologna, ord. 12 luglio 2022, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), con scheda di BERNARDI, *Art. 4bis ord. pen. e irretroattività della legge penale sfavorevole: l'importante svolta del Tribunale di Sorveglianza di Bologna*, 3 ottobre 2022.

impediscano ai condannati di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati o al ripristino di rapporti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», ivi compresi il divieto o l'obbligo di soggiorno in uno o più Comuni determinati.

In verità, l'intervento non è autenticamente innovativo perché, nella prassi, è frequente l'adozione di provvedimenti che contengono prescrizioni di questo tipo, specie con riguardo all'eventuale concessione di misure alternative alla detenzione.

Ad esempio, spesso i giudici, nel decidere se accogliere o meno una richiesta di liberazione condizionale, valutano se sia opportuno restituire il condannato al territorio d'origine, dopo anni di assenza dovuta alle restrizioni carcerarie<sup>179</sup>. In casi del genere, ove ne ricorrano i presupposti, i giudici sono soliti accogliere la richiesta del detenuto, ma il provvedimento di concessione della misura è integrato con la prescrizione di obblighi o di divieti di soggiorno del reo all'interno di un dato territorio, così da evitare che l'uscita dal carcere si trasformi, per il condannato, in un'occasione per ristabilire certi contatti e per tornare a delinquere<sup>180</sup>.

Ancora, i commi 2 e 2-*bis*<sup>181</sup> dell'art. 4-*bis* o.p. hanno subito ulteriori modifiche in sede di conversione del decreto-legge<sup>182</sup>.

<sup>179</sup> RICCI, *Le modifiche introdotte*, cit., 3.

<sup>180</sup> RICCI, *Le modifiche introdotte*, cit., 3.

<sup>181</sup> Art. 4-*bis*, comma 2-*bis*, o.p.: «Nei casi di cui al comma 1 *ter* il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni». È stata inoltre apportata una modifica al comma 2-*ter* dell'art. 4-*bis*: il comma, come precisato *supra*, è stato inserito nel testo dell'art. 4-*bis* o.p. dal d.l. 162/2022; la legge di conversione ha aggiunto, in coda al comma medesimo, un nuovo periodo, in base al quale si dà al pubblico ministero la possibilità di partecipare da remoto alle udienze: «Alle udienze del tribunale di sorveglianza che abbiano ad oggetto la concessione dei benefici di cui al comma 1 ai condannati per i reati di cui all'articolo 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, del codice di procedura penale, le funzioni di pubblico ministero possono essere svolte dal pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado. In tal caso, se ha sede in un distretto diverso, il pubblico ministero può partecipare all'udienza mediante collegamento a distanza».

<sup>182</sup> Per la precisione, la l. 199/2022 ha anche aggiunto un nuovo comma 2-*bis*.1 al testo dell'art. 4-*bis* o.p.: «Le disposizioni di cui ai commi 2 e 2-*bis* non si applicano quando è richiesta la modifica del provvedimento di ammissione al lavoro all'esterno e non sono decorsi più di tre mesi dalla data in cui il provvedimento medesimo è divenuto esecutivo a norma dell'articolo 21, comma 4. Allo stesso modo si procede quando è richiesta la concessione di un permesso premio da parte di un condannato già ammesso a fruirla e non sono decorsi più di tre mesi dal provvedimento di concessione del primo per-

In particolare, ai sensi del riformato comma 2, il giudice deve procedere a una serie di adempimenti istruttori volti a individuare e a selezionare gli elementi utili per decidere sulla concedibilità o meno dei benefici penitenziari o delle misure alternative alla detenzione: il giudice «acquisisce, anche al fine di verificare la fondatezza degli elementi offerti dall'istante, dettagliate informazioni in merito al perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell'internato e alla sua posizione all'interno dell'associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione».

Infine, la l. 199/2022 ha modificato anche il secondo comma dell'art. 3 del d.l. 162/2022 e ha esteso il regime transitorio di ultrattività della collaborazione impossibile, inutile o irrilevante a tutti i vantaggi penitenziari (ivi inclusi, dunque, i benefici penitenziari) previsti dalla legislazione O.P.<sup>183</sup>

Nonostante gli emendamenti apportati al testo originario del decreto-legge di riforma dalla l. 199/2022, le criticità più macroscopiche permangono. E devono essere state notate anche dalla Corte costituzionale<sup>184</sup> quando ha restituito alla Corte di cassazione, nelle vesti di giudice *a quo*, gli atti di un procedimento incardinato davanti alla stessa Consulta due anni or sono, affinché vanti la compatibilità della nuova disciplina dei reati ostativi rispetto agli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost., anche alla luce delle sopravvenienze normative intervenute con la legge di conversione del d.l. 162/2022.

L'innegabile irrigidimento della disciplina dell'ostatività cela, evidentemente, il desiderio del legislatore di preservare il contributo dei collaboratori di giustizia, rendendo preferibile, per questi ultimi, collaborare anziché accollarsi allegazioni "diaboliche" e magari infruttuose, il cui oggetto poco o nulla ha a che fare con la dissociazione dal sodalizio criminale.

Se così è, spetterà alla Cassazione, nel vero senso della parola, "l'ardua sentenza", e cioè il porre in evidenza, in un'ulteriore ordinanza di rimessione, gli

---

messo premio».

<sup>183</sup> Per un commento critico, v. RICCI, *Le modifiche introdotte*, cit., 6-11.

<sup>184</sup> Corte cost., ord. 10 novembre 2022, n. 227, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

eventuali profili d'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* o.p., nell'auspicio che la Consulta metta da parte, stavolta, il “dialogo” con il legislatore e scriva, invece, il proprio “monologo” sull'incompatibilità dell'ergastolo ostativo con i principi costituzionali relativi alla materia penale<sup>185</sup>.

---

<sup>185</sup> Al riguardo, v. *Ergastolo ostativo*, cit., 1 ss., dove però si salutano tutto sommato con favore le novità apportate alla disciplina dell'art. 4-*bis* o.p. dal d.l. 162/2022 e dalla successiva legge di conversione.