

# DIBATTITI

---

**SIMONE LONATI**

## **Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni**

Da sempre al centro di un vivace dibattito politico, giuridico e culturale, il sistema delle preclusioni ostative ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione volge ormai al tramonto. Con due celebri pronunce, infatti, la Corte costituzionale ha messo in discussione l'assunto alla base dell'ostatività: l'idea che il silenzio del reo sia indice insuperabile di mancata emenda e di perdurante pericolosità sociale. La presunzione assoluta di pericolosità sociale, discendente dalla scelta di non collaborare con la giustizia e preclusiva alla concessione di tutti i benefici e alle misure alternative alla detenzione, è già caduta - per effetto della sentenza n. 253/2019 - con riferimento ai permessi premio. Per effetto dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 97/2021, la stessa presunzione, al momento regge, ma ha i giorni contati anche con riferimento alla liberazione condizionale e a tutte le altre misure. Con il presente contributo ci si propone di ripercorre gli itinerari evolutivi e involutivi che, nell'arco dei suoi ormai trent'anni di vita, hanno contrassegnato la storia del regime ostativo. Dopo aver ricostruito il contesto normativo e giurisprudenziale entro il quale si colloca il sistema delle preclusioni penitenziarie, particolare attenzione verrà dedicata all'esame delle più recenti pronunce della Corte costituzionale ed alle possibili ricadute sistematiche. L'analisi di tali pronunce, a sua volta, consentirà di svolgere una valutazione sull'ultimo progetto di riforma che prima delle dimissioni del Governo Draghi era al vaglio del Parlamento e di effettuare, con lo sguardo rivolto al domani, previsioni sul futuro prossimo dell'ostatività penitenziaria.

*Toward the end of the system of penitentiary preclusions: a thirty year long wait*

Always at the center of a heated political, legal, and cultural debate, the system of preclusions barring prison benefits and alternative measures to detention is now drawing to an end. Indeed, in two renowned decisions the Constitutional Court has challenged the assumption behind the system of penitentiary preclusions: the idea that the convicted' silence is an absolute index of absence of reconsideration and of enduring social dangerousness. The absolute presumption of social dangerousness, descending from the choice not to cooperate with justice authorities and precluding the access to benefits and alternative measures, has already been declared unconstitutional - as a result of Judgment No. 253/2019 - with reference to premium permits. Following Constitutional Court's Ordinance No. 97/2021 the same absolute presumption, even if still in force, is destined to fall also with reference to parole and to all other alternative measures. The purpose of this contribution is to retrace the evolutionary and involutional itineraries that, over the course of its thirty years of existence, have marked the history of the system of penitentiary preclusions. After analyzing the normative and case-law context within which the system of penitentiary preclusion is situated, specific attention will be devoted to examining the most recent decisions of the Constitutional Court and their possible consequences on the system. The analysis of these decisions, in turn, will make it possible to carry out an assessment of the last reform project that was under consideration of the Parliament assembly before Prime Minister Mario Draghi's resignation and to make, with an eye toward tomorrow, some predictions about the near future of the system of penitentiary preclusions.

**SOMMARIO:** 1. Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: le questioni sul tappeto. - 2. Genesi e palinogenesi di una norma problematica: l'art. 4 *bis* ord. penit. - 2.1. (*Segue*) I capisaldi della giurisprudenza costituzionale sull'art. 4 *bis* ord. penit. - 3. Le più recenti conquiste della giurisprudenza costituzionale: l'incostituzionalità dichiarata dell'art. 4 *bis*, co. 1, ord. penit. - 3.1. (*Segue*) Le "due anime" della sentenza costituzionale n. 253/2019: l'insofferenza a presunzioni e automatismi normativi. - 3.2. (*Segue*)

L'attenzione alle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale. - 4. L'incostituzionalità preannunciata dell'ergastolo ostativo. - 5. Le prospettive di riforma del regime ostativo: note a margine del disegno di legge A.S. n. 2547. - 6. Quale futuro per l'ostatività penitenziaria?

1. *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: le questioni sul tappeto\**. Benché sia estranea al linguaggio del legislatore, l'espressione "ostatività penitenziaria" designa lo speciale regime di accesso alle misure alternative alla detenzione, e agli altri benefici premiali, previsto da una specifica disposizione della legge sull'ordinamento penitenziario<sup>1</sup> - l'art. 4 *bis*<sup>2</sup> - e applicabile ai detenuti (e agli internati) per taluno dei gravi delitti di grande criminalità ivi tassativamente elencati e suddivisi in fasce di gravità decrescente.

Un regime speciale, quindi, rigido e restrittivo.

Per la categoria dei detenuti ostativi, e solo per essi, il titolo del reato per il quale è stata riportata condanna costituisce, almeno di regola, motivo d'ostacolo alla concessione degli strumenti trattamentali che consentono un graduale fuoriuscita dall'istituto penitenziario in vista del progressivo reinserimento sociale. Per questi detenuti, infatti, la concessione delle misure alternative alla detenzione e degli altri benefici<sup>3</sup> viene a dipendere, non solo dai requisiti

---

\* L'Autore ringrazia l'avv. Giorgio Ciliberto per l'aiuto prestato nella ricerca prodromica alla redazione del presente contributo.

<sup>1</sup> Legge 26 luglio 1975, n. 354, recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà personale».

<sup>2</sup> Per un commento di ordine generale alla norma, cfr. CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa - Giostra, VI ed., Padova, 2019, 38 ss.; MARANDOLA, *Art. 4 bis*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, a cura di Fiorentin - F. Siracusano, Milano, 2019, 45. Cfr., altresì, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 37 ss.; LO GIUDICE, *Limiti e condizioni ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, a cura di Romano - Tinebra, Milano, 2013, 367 ss.; MAFFEO, *I benefici penitenziari e la politica del cd. doppio binario*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 241 ss.

<sup>3</sup> Precisamente, rientrano nel regime delle preclusioni ostativo, a norma dell'art. 4 *bis*, co. 1 ord. penit., i permessi premio (art. 30 *ter* ord. penit.), il lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.), le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI della legge sull'ordinamento penitenziario (affidamento in prova al servizio sociale, art. 47 ord. penit.; detenzione domiciliare, art. 47 *ter* ord. penit.; semilibertà, art. 50 ord. penit.) nonché, in virtù dell'esplicito richiamo di cui all'art. 2 del d.l. n. 152/1991, la liberazione condizionale (art. 176 c.p.). Il regime ostativo, inoltre, preclude la possibilità di disporre la sospensione dell'esecuzione della pena, ai sensi dell'art. 656 c.p.p. Esulano dal raggio di azione del regime *extra ordinem* la liberazione anticipata (art. 54 ord. penit.), i permessi di necessità (art. 30 ord. penit.), il rinvio obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione della detentiva e delle misure di sicurezza (artt. 146 e 147 c.p.), l'affidamento

ordinari previsti per la generalità dei detenuti, ma anche da condizioni aggiuntive variamente prefigurate dalla norma e sintomatiche, tutte, di una cessata pericolosità sociale.

Come noto, la più problematica di queste condizioni - quella sulla quale si concentreranno le nostre riflessioni - fa leva sull'utile collaborazione con la giustizia da prestarsi nelle forme e nei modi previsti dall'art. 58 *ter* ord. penit.<sup>4</sup> Tale condotta, per la categoria dei condannati per i reati assolutamente ostativi elencati nel comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., diviene la sola ed unica chiave di accesso alle misure che consento, in tutto o in parte, la graduale fuoriuscita dall'istituto penitenziario.

È una dinamica che, per tradizione, si vuole giustificata in ragione dell'elevata pericolosità sociale del reo desunta, in astratto, dalla natura e della gravità del reato consumato, con conseguente esclusione dei poteri di valutazione - caso per caso - della magistratura di sorveglianza.

Rigidamente ancorato al tipo di reato commesso, infatti, il congegno ostativo opera in forza di automatismi normativi a loro volta fondati su presunzioni legali assolute, in grado di scavalcare il vaglio giurisdizionale: la condanna per determinati delitti assurge ad indice sintomatico di appartenenza o collegamento del suo autore alla criminalità organizzata e fonda, quindi, una presunzione legale di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione alle misure extramurarie; correlativamente, la scelta di collaborare con la giustizia, in ragione della valenza rescissoria di tale legame, assurge ad indice legale di cessata

---

in prova al servizio sociale e la detenzione domiciliare ordinaria a soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47 *quater*, co. 9, ord. penit.) nonché, le ipotesi di detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di prole di età non superiore a dieci anni (art. art. 47 *quinquies* co. 1, art. 47 *ter*, co. 1 l. a) e b)), ord. penit. Per un approfondimento si rinvia a CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 49 ss; cfr., altresì, FIORENTIN - FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2020, 380 ss.; LO GIUDICE, *Limiti e condizioni ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 389 ss.

<sup>4</sup> L'art. 58 *ter* ord. penit. descrive una forma di collaborazione con la giustizia (da non confondersi con la collaborazione con la giustizia disciplinata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45) che può concretizzarsi, alternativamente, in due modi: evitando che l'attività delittuosa produca conseguenze ulteriori, o aiutando concretamente l'autorità procedente nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura dei degli autori dei reati. Per un commento alla norma si rinvia a CESARI, *Art. 58 ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa - Giostra, VI ed., Padova, 2019, 836 ss.; FONTI, *Art. 58 ter, l. 26 luglio 1975 n. 354*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda - Spangher, Milano, 2010, 1635 ss.

pericolosità sociale consentendo di rimuovere l'ostacolo alla concessione delle misure trattamentali; per contro, la scelta di non collaborare con la giustizia fa presumere l'immanenza dei collegamenti con la criminalità organizzata, ricavandosene la perdurante pericolosità sociale con la conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari normalmente accessibili agli altri detenuti.<sup>5</sup>

Siamo in presenza – come già è stato osservato<sup>6</sup> – «non di una presunzione legale al quadrato, bensì al cubo», per effetto della quale l'esecuzione penale finisce per «acquisire i contorni di neutralizzazioni e collaborazioni coatte»,<sup>7</sup> coerentemente con il duplice e concorrente obiettivo perseguito che è quello di assicurare a chi collabora con la giustizia le misure e i benefici premiali e, a chi si rifiuta di collaborare, un'esecuzione penale esemplarmente afflittiva<sup>8</sup>.

Introdotta nel clima emergenziale dei primi anni Novanta del secolo scorso, come forma di reazione istituzionale all'allarmante recrudescenza della criminalità organizzata di tipo mafioso, il regime ostativo ha progressivamente dismesso le vesti della normativa contingente per acquisire, via via, connotati di una certa stabilità<sup>9</sup>.

Non di meno, ancora oggi, la disciplina di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. costituisce uno dei temi più controversi dell'intero panorama penitenziario.

Alla base vi è, infatti, il difficile tentativo di coniugare le diverse funzioni tradizionalmente assegnate alla pena: da un lato, la prevenzione generale e la difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retribuitività; dall'altro, la prevenzione speciale e la rieducazione, implicanti un certo grado di flessibilità della pena in vista del progressivo reinserimento sociale del reo. Un compromesso di per sé difficile, reso ancor più complesso dal fatto che, in realtà, «dietro il

<sup>5</sup> Cfr., in tal senso, Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *Giur cost.*, 3922.

<sup>6</sup> PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 90. Parla di una «presunzione legale al quadrato», L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, 3, ss.

<sup>7</sup> Così, SPRICIGO, *La "riflessione critica sul reato" e l'automatismo ostativo dell'art. 4-bis O.P.*, in *Criminalia*, 2014, 628.

<sup>8</sup> PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 91. Cfr., RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, 145.

<sup>9</sup> Lo rileva, tra gli altri, PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione di emergenza alla legislazione di settore*, in *Diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 319 ss.

velo degli automatismi normativi»<sup>10</sup> si scorgono malcelate finalità investigative e logiche securitarie non propriamente compatibili con il volto costituzionale dell'esecuzione penale<sup>11</sup>.

L'argomento è senz'altro complesso, ricco di implicazioni e foriero di altrettanti aspetti problematici. Il principale di questi, senza dubbio, riguarda una «criticità strutturale»<sup>12</sup>: l'ingranaggio che sta alla base del congegno ostativo – l'equazione normativa “collaborazione: ravvedimento” – non ha mai convinto sino in fondo<sup>13</sup>, perché la collaborazione è un atteggiamento processuale, mentre il ravvedimento è uno stato interiore<sup>14</sup>; perché la scelta di collaborare può anche essere sintomatica di valutazioni puramente utilitaristiche e così, il suo opposto, il silenzio del reo, non necessariamente è indice di perdurante

---

<sup>10</sup> L'espressione si deve a PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 93.

<sup>11</sup> In argomento, cfr. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale e incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, a cura dello stesso Autore, Padova, 1994, 10 ss. In senso analogo, DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, ivi, 117 ss.

<sup>12</sup> Così viene definita da L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 11.

<sup>13</sup> Per le critiche alla «pigra equivalenza» tra collaborazione e ravvedimento, con le opportune esemplificazioni e relative indicazioni bibliografiche a dimostrazione del fatto che può aversi ravvedimento senza collaborazione e collaborazione senza ravvedimento, si rinvia a PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 82 ss., e 152 ss.

<sup>14</sup> Cfr., volendo, LONATI, *Il carcere a vita riemerge nella sua variante più crudele: l'ergastolo ostativo*, in *Il Sole 24 ore*, 19 ottobre 2019.

pericolosità sociale<sup>15</sup>; perché, in definitiva, c'è differenza tra il «premiare la collaborazione e sanzionare la mancata collaborazione»<sup>16</sup>.

La scelta di subordinare la concessione dei benefici penitenziari alla disponibilità di un atteggiamento tipicamente processuale – la collaborazione con la giustizia, (in concreto: la denuncia di altri), – che prescinde dall'effettiva partecipazione al trattamento rieducativo e dai progressi compiuti in vista del reinserimento sociale, finisce per obliterare, sino di fatto ad annullare, la finalità rieducativa che la Costituzione, all'art. 27 comma 3, impone alla pena e alla sua esecuzione<sup>17</sup>.

Neppure può sottacersi che il meccanismo ostativo, fondando un vero e proprio obbligo di collaborazione, finisce per realizzare la «metamorfosi della funzione della pena senza benefici fino a trasformarla in un incentivo alla

---

<sup>15</sup> In dottrina si è evidenziato come «collaborazione» e «ravvedimento» siano «categorie eterogenee» (così DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, cit., 124) «operanti su piani diversi, che non si implicano vicendevolmente» (così, PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 83). Parla di una «*factio iuris*», riferendosi all'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento, F. SIRACUSANO, *Affidamento in prova al servizio sociale del condannato, per reati diversi da quelli di "ambito mafioso", non collaborante con la giustizia: un'altra questione, circa la tenuta del modello preclusivo imposto dall'art. 4-bis comma 1 ord. penit., approda al sindacato della Corte costituzionale*, in *Sist. Pen., on line*, 26 ottobre 2021. In argomento, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. *infra*, par. 2.1., spec. nn. 101, 102.

<sup>16</sup> Così, PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 153. A tale proposito si è osservato che, mentre risponde all'idea di ragionevolezza il premio per la collaborazione, dal momento che essa – sia utile o inutile – è sintomatica di cessata pericolosità sociale del soggetto, del tutto indimostrata è la ragionevolezza di un trattamento deteriore per chi si rifiuta di collaborare. In tal senso, per tutti, RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2006, 96 ss. Sulla non esigibilità, in senso penalistico, di una costrizione all'agire utilitaristico (la collaborazione), EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. Pen.*, 2012, 1223. In argomento, v. *infra*, par. 2.1., spec. n. 100.

<sup>17</sup> Come è stato efficacemente rilevato, infatti, per effetto del regime ostativo, indipendentemente dai risultati del trattamento, ciò che conta «è quanto collabori, non cos'hai fatto. Se ti penti, se vendi qualcuno...puoi ottenere tutto. Altrimenti resti qui a marcire», così TORCHIO, *Cattivi*, Torino, 2015, 38. Per una più approfondita disamina dei profili di estraneità dell'art. 4 bis ord. penit, rispetto all'orizzonte rieducativo della pena, cfr. PICCLANI, *La premialità nel sistema penale*, in *Ripensare la premialità*, a cura di Armellini - Di Giandomenico, Torino, 2002, 322 ss.

collaborazione processuale»<sup>18</sup>, con la conseguenza che la regola del *nemo tenetur se detegere*, pienamente riconosciuta nel corso del processo di cognizione, «resta sconosciuta nella fase dell'esecuzione penale, dove vige, all'opposto, l'incivile brocardo *carceratus tenetur alios detegere*»<sup>19</sup>.

Si tratta, peraltro, di una criticità strutturale aggravata dall'assorbimento della riserva di giurisdizione nella riserva di legge: il contributo della magistratura di sorveglianza resta infatti soggiogato nel fitto reticolo di presunzioni e automatismi normativi riducendosi, di fatto, ad una funzione di mera certificazione notarile<sup>20</sup>. In tal modo l'opzione legislativa, di carattere securitario e investigativo, prevale incondizionatamente sulla funzione della magistratura con il preciso intento di evitare il rischio che quest'ultima, attraverso l'esercizio dei propri poteri di valutazione, possa mettere a repentaglio gli obiettivi di politica criminale perseguiti dal legislatore<sup>21</sup>.

Di qui, da sempre aleggia sull'art. 4 *bis* ord. penit. l'ombra sinistra dell'incostituzionalità per contrasto con numerosi principi e diritti sanciti della Carta costituzionale: dal principio di eguaglianza e ragionevolezza, al principio della rieducazione del condannato, sino al diritto alla libertà morale, e al diritto di difesa garantito in ogni stato e grado del processo, anche in fase esecutiva<sup>22</sup>.

Criticità costituzionali che, peraltro, si fanno ancor più evidenti, sino a coinvolgere più da vicino il divieto di pene contrarie al senso di umanità, allorché il regime ostativo sia applicato nei confronti di un condannato alla pena perpetua,

<sup>18</sup> Così, LO GIUDICE, *Limiti e condizioni ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 382

<sup>19</sup> FILIPPI - SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2007, 238.

<sup>20</sup> In tal senso, GALLIANI - PUGIOTTO *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* in *Riv. AIC*, 2017, 4, 18, i quali evidenziano che «Attraverso il meccanismo dell'automatismo legislativo [...] la riserva di giurisdizione è interamente assorbita nella riserva di legge, svuotandosi di autonomo dignificato e perdendo la propria funzione di garanzia imposta dall'habeas corpus dell'art. 13 Cost. In ragione di ciò, l'opzione per l'automatismo legislativo è - a un tempo - metodo e merito, forma e sostanza, mezzo e fine».

<sup>21</sup> Cfr. L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 19, secondo cui l'operare congiunto di presunzioni legali e automatismi applicativi «persegue il preciso obiettivo di escludere che un soggetto diverso dall'attore politico possa rendere inefficaci gli obiettivi di politica criminale perseguiti dalla norma».

<sup>22</sup> Per una completa disamina dei diversi profili d'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit, si rinvia, per tutti, a PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 65 ss.

dando luogo all'«unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di un fine»: il c.d. ergastolo ostativo<sup>23</sup>. Una pena perpetua che si rivela tale, *de iure* e *de facto*, posto che all'ergastolano non collaborante è preclusa la possibilità di accedere alla liberazione condizionale<sup>24</sup>.

Tutti aspetti che a più riprese, e con risultati non sempre persuasivi, hanno richiesto l'intervento della Corte costituzionale la quale, almeno sino ad oggi, si era mostrata decisamente più incline a contenere l'ambito applicativo del regime ostativo, che a modificare l'intero istituto da sempre messo al riparo dalla declaratoria d'incostituzionalità<sup>25</sup>.

Sino ad oggi, appunto.

Nell'arco di un solo triennio, tra il 2019 e il 2021, il regime ostativo è entrato in crisi nei suoi due poli più estremi: i permessi premio, da un lato, e la liberazione condizionale, dall'altro.

---

<sup>23</sup> EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, cit. Come noto l'espressione "ergastolo ostativo" è stata coniata dalla dottrina, ed è ormai stabilmente utilizzata anche dalla giurisprudenza, per indicare una tipologia di pena, non prevista all'interno del Codice penale, che nasce dal connubio applicativo tra l'art. 22 c.p. (disposizione che stabilisce la pena dell'ergastolo), e l'art. 4 bis, commi 1, e 1-bis, ord. penit. In estrema sintesi, l'eventuale condanna all'ergastolo per i delitti "assolutamente ostativi" di cui all'art. 4-bis, ord. penit., non consente l'accesso ai benefici penitenziari, ad eccezione della liberazione anticipata, in assenza della collaborazione con la giustizia da rendersi nelle forme e nei modi di cui all'art. 58-ter, ord. penit.

<sup>24</sup> Per una disamina dei profili d'illegittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, tra i numerosissimi contributi, si rinvia a PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 4, 17 ss. Tra gli Autori che contestano la legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo, senza pretesa di esaustività, si vedano: DOLCINI, *La questione penitenziaria oggi, nella prospettiva del penalista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1655; ID., *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1500 ss.; EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1515 ss.; RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1238; PELISSERO, *La politica penale delle interpolazioni*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2016, 2, 62 ss; PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *Dir. pen. cont., on line*, 10 febbraio 2014; DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1268 ss.

<sup>25</sup> Sottolineano tale aspetto, tra gli altri, GALLIANI - PUGIOTTO *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 13; cfr. L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 9. Per una rassegna degli orientamenti "tradizionali" della giurisprudenza costituzionale sull'art. 4 bis ord. penit., v. *infra*, par. 2.1.

Con la sentenza n. 253, pronunciata il 23 ottobre 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 *bis*, co. 1 ord. penit., nella parte in cui preclude ai condannati che non abbiano utilmente collaborato con la giustizia la possibilità di fruire dei permessi premio, allorché siano stati acquisiti elementi tali da dimostrare egualmente l'assenza di pericolosità sociale del condannato, ancorché non collaborante<sup>26</sup>.

Di lì a poco, con l'ordinanza n. 97, resa il 15 aprile 2021, il Giudice costituzionale ha prospettato l'incostituzionalità dell'art. 4 *bis* ord. penit. nella parte in cui preclude ai condannati ergastolani che non abbiano collaborato con la giustizia la possibilità di fruire dell'unico istituto - la liberazione condizionale - che consente loro la prospettiva di sperare nel recupero della libertà.<sup>27</sup> Come noto, peraltro, con tale ultima pronuncia il Giudice delle leggi si è astenuto dal dichiarare formalmente l'illegittimità costituzionale della norma censurata, ed ha espressamente invitato il legislatore a porre rimedio alla criticità strutturale dell'istituto attraverso un intervento di riforma organica.

Le pronunce della Corte, ben oltre i limiti formali del giudicato costituzionale, hanno segnato il passo, se non verso il definitivo superamento del regime ostativo, quantomeno verso una profonda e radicale rivisitazione dello stesso.

Sia chiaro: la Corte costituzionale non ha censurato la scelta di considerare la collaborazione con la giustizia come una possibile condizione per l'accesso ai benefici penitenziari. Ciò che è stato oggetto di attenzione dei giudici è semmai l'opzione di considerarla come l'unica alternativa possibile capace di escludere tutte le altre. In altri termini, è la scelta di fare della collaborazione con la giustizia la *condicio sine qua non* per l'accesso alle misure premiali ciò che non ha convinto la Consulta, la quale, infatti, si è limitata a convertire da assoluta in relativa la presunzione legale di pericolosità sociale derivante dalla scelta di non collaborare.

La necessità di una tale trasformazione e, più in genere, l'opportunità di approntare una riforma organica del sistema ostativo delineato dall'art. 4 *bis* ord. penit., oggi, sembra essere stata colta anche dal Parlamento. Per dar seguito all'invito rivolto dalla Consulta, ed anche al fine di prevenire ulteriori rilievi

---

<sup>26</sup> Corte cost., 4 dicembre 2020, n. 253, in *Cass. Pen.*, 2020, 1005 ss. V. *infra.*, par. 3.

<sup>27</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, in *Cass. Pen.* 2021, 2682 ss. V. *infra.*, par. 4.

d'incostituzionalità, il legislatore ha varato, infatti, un disegno di legge che, già approvato alla Camera, era oggetto di discussione in commissione giustizia del Senato fino alle dimissioni del Governo Draghi<sup>28</sup>.

Nonostante l'interruzione anticipata della legislatura, plurimi e concordanti segnali - tanto sul fronte giurisprudenziale quanto sul terreno legislativo - lasciano presagire la prossima ed ormai imminente riforma della disciplina ostativa.

È alla luce di tale consapevolezza che, con il presente contributo, ci si propone di ripercorre le evoluzioni - ma forse sarebbe meglio dire le rivoluzioni - che hanno contrassegnato il regime delle preclusioni di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Misurarsi con la storia dell'ostatività penitenziaria, risalendo alle origini e alle successive vicissitudini, normative e giurisprudenziali, che hanno interessato l'art. 4 *bis* ord. penit., costituisce il punto di partenza necessario per comprendere appieno i percorsi argomentativi attraverso i quali, nelle più recenti pronunce, il Giudice costituzionale ha decretato il "tramonto" dell'ostatività penitenziaria. L'analisi di tali ultime pronunce, a sua volta consentirà di esprimere alcune prime osservazioni sui progetti di riforma del regime ostativo e, al contempo, di effettuare previsioni su quello che sarà il prossimo futuro dell'ostatività penitenziaria.

## 2. *Genesis e palingenesi di una norma problematica: l'art. 4 bis ord. penit.*

Nell'arco dei suoi ormai trent'anni di vita, la storia dell'art. 4 *bis* ord. penit. si svolge lungo il *fil rouge* costituito dalla «perenne emergenza»<sup>29</sup>, e all'insegna di due direttrici che, almeno in parte, hanno finito poi per sovrapporsi: l'irrigidimento del regime delle preclusioni che inibiscono, o rendono più arduo,

---

<sup>28</sup> Il riferimento è al disegno di legge A.S. 2574 recante «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. 2013, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia». V. *infra*, par. 5. L'interruzione anticipata della legislatura mette a bordo campo il Parlamento. Per prassi consolidata, in caso di scioglimento delle Camere, l'attività legislativa di indirizzo e di controllo si restringe a pochi ambiti, riconducibili alla natura d'urgenza di alcuni adempimenti quali - ad esempio - la conversione dei decreti-legge, l'autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali, l'attuazione di obblighi e impegni derivanti dall'adesione all'Ue. Al di fuori di questo stretto perimetro, per l'esame e l'approvazione di un disegno di legge è richiesto - prima in Commissione, poi in Aula - il previo consenso unanime circa la sua particolare urgenza.

<sup>29</sup> Si deve l'espressione a MOCCIA, *La perenne emergenza - Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 2000.

l'accesso alle misure alternative e il progressivo ampliamento del catalogo dei reati ostativi, sino a ricomprendervi fattispecie di reato del tutto eterogenee rispetto al nucleo di quelle per le quali, inizialmente, il regime ostativo era stato pensato<sup>30</sup>.

Assente nel testo originario della legge 26 luglio 1975, n. 354, interamente ispirata all'ideale rieducativo da attuarsi secondo le logiche dell'individualizzazione e della progressione trattamentale, la norma ha fatto la sua comparsa nell'ordinamento penitenziario per effetto del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152<sup>31</sup>. Con tale intervento, definitivamente constatato l'insuccesso della «scommessa anticustodialistica»<sup>32</sup>, complice anche la recrudescenza della criminalità organizzata di tipo mafioso, si è inaugurata anche sul terreno penitenziario la politica del «doppio binario», da intendersi come «doppio e contrapposto livello trattamentale dei condannati in fase esecutiva», applicabile in rapporto alla natura e alla gravità del reato commesso<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. in tal senso PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 30 marzo 2020, 4.

<sup>31</sup> Convertito con modificazioni nella legge 12 luglio 1991, n. 203 recante «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa». Per una ricognizione dei relativi contenuti, cfr. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.* 1992, 438 ss.

<sup>32</sup> L'espressione è di DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, cit., 119. Per una precisa analisi del processo di ripensamento delle scelte inaugurate con la riforma penitenziaria del 1975, e successivamente rafforzate dalla legge c.d. Gozzini (l. 10 ottobre 1986, n. 663), si rinvia a, GREVI, *Verso un regime progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, cit., 3 ss. Cfr., altresì, COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di Presutti, Milano, 1994, 33 ss.

<sup>33</sup> Così, GUAZZALOCA, *Criterio del doppio binario, utilizzo della premialità e degiurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di Giostra - Insolera, Milano, 1995, 141 ss. La fortunata «metafora ferroviaria» del «doppio binario» ha avuto «molta fortuna» ed è ormai stabilmente entrata a far parte del lessico giuridico, in questi termini, GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in *AA.VV. Processo penale e criminalità organizzata*, a cura dello stesso Autore, Bari, 1993, 8. Sul «doppio binario penitenziario», cfr. MARGARITELLI, *Regime penitenziario di rigore*, in *Dig. pen., Agg.*, Torino, 2010, 757 ss.; più recentemente, FIORIO, *Il doppio binario penitenziario*, in *questa Rivista*, 1, 2018. Per una ricognizione degli altri interventi riconducibili alla logica del «doppio binario», effettuati sul terreno del diritto penale sostanziale, del procedimento e del processo

All'atto della sua introduzione l'art. 4 *bis* ord. penit. suddivideva i condannati, in base al titolo del reato, in due distinte fasce di gravità dettando, per ciascuna di esse, condizioni di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione aggiuntive rispetto a quelle ordinariamente valevoli per la generalità dei detenuti.

Nei confronti dei condannati per reati particolarmente gravi, di certa riferibilità alla criminalità organizzata (reati c.d. di "prima fascia")<sup>34</sup>, la concessione delle misure alternative alla detenzione e degli altri benefici penitenziari, compresa la liberazione condizionale, era subordinata alla prova positiva di un requisito negativo: si rendeva necessaria l'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»<sup>35</sup>. Una volta accertata l'assenza di tali collegamenti, la concessione delle misure trattamentali e dei singoli benefici era comunque subordinata all'espiazione di una parte di pena più consistente rispetto a quella prevista per la generalità dei condannati<sup>36</sup>. Nei confronti dei condannati per altri reati di elevato allarme sociale, ma non necessariamente riconducibili a contesti di criminalità organizzata (reati c.d. di "seconda fascia")<sup>37</sup>, l'accesso alle misure alternative e gli altri benefici premiali era condizionato, pur sempre dopo l'espiazione di un periodo di detenzione

---

penale, cfr. BITONTI, *Doppio Binario*, in *Dig. pen.*, Agg., Torino, 2009, 393 ss., nonché, AA. VV. *Il doppio binario nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, e, AA. VV. *Legislazione Antimafia e sistema del doppio binario*, a cura di D'Ascola - Mollace, Reggio Calabria, 2009.

<sup>34</sup> Facevano parte dei reati c.d. di "prima fascia" i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale, i delitti di cui all'art. 416 *bis* c.p., e quelli commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare le associazioni mafiose, nonché i delitti di cui all'art. 630 c.p. e all'art. 74 d.P.R. 309/1990.

<sup>35</sup> Previsione ampiamente criticata dalla dottrina in ragione del carattere particolarmente gravoso dell'onere della prova posto a carico del condannato. In tal senso si è parlato di «prova diabolica» o «prova negativa» che impone di dare dimostrazione dell'inesistenza di un fatto (tra gli altri, IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., 440; GREVI, *Verso un regime progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, cit., 5; DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, cit., 102; più recentemente, DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, VI ed., Bologna, 2015, 198.

<sup>36</sup> CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 44.

<sup>37</sup> Nei reati c.d. di "seconda fascia" erano compresi i delitti di cui agli artt. 575 c.p., 628, co. 3 c.p., 629, co. 2 c.p., e 73 d.P.R. 309/1990, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80 co. 2.

superiore a quello previsto dalla disciplina ordinaria, al semplice rilievo oggettivo dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata: era sufficiente – in termini inversi dal punto di vista probatorio – l'insussistenza di elementi tali da far ritenere attuali detti collegamenti<sup>38</sup>.

Peraltro, le più rigorose condizioni temporali per l'accesso alle misure alternative e agli altri benefici, previste per entrambe le categorie di detenuti, erano destinate a cadere qualora i condannati avessero prestato un'utile collaborazione con la giustizia, nelle forme prescritte dall' art. 58 *ter* ord. penit.

Sin da ora, anche per le implicazioni che assume in ordine agli effetti delle più recenti pronunce della Corte costituzionale, è necessario prestare attenzione, in particolare, ad un aspetto della disciplina: nella sua iniziale fisionomia l'art. 4 *bis* ord. penit. prevedeva unicamente una diversa graduazione del regime probatorio per accedere alle misure trattamentali, a seconda della fascia di gravità.<sup>39</sup> In questa fase, per contro, la collaborazione con la giustizia aveva il limitato effetto di rimuovere il trattamento deteriore applicabile ai detenuti considerati socialmente più pericolosi di parificarli – *in toto* – ai detenuti per reati comuni<sup>40</sup>. Detto altrimenti, in questa prima sia pur breve fase di vita della norma, alla collaborazione con la giustizia era riconosciuta autentica valenza premiale.

Se la politica penitenziaria espressa dai provvedimenti adottati nel biennio 1990-1991, lasciava già trasparire il chiaro intento di utilizzare anche la fase esecutiva a fini di deterrenza, tuttavia, solo con i successivi interventi legislativi le politiche penitenziarie di contrasto alla criminalità organizzata, si sarebbero

---

<sup>38</sup> DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 198.

<sup>39</sup> Segnatamente, «Prova negativa, in un caso, prova positiva, nell'altro», così CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 44. In tal senso, cfr. DELLA CASA, *Le recenti modifiche dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della scommessa anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del doppio binario*, cit., 90, a giudizio del quale l'art. 4 *bis* ord. penit., nella sua originaria fisionomia, costituiva il punto di arrivo di quell'«orientamento favorevole a ritenere che la linea di difesa dell'ordinamento penitenziario nei confronti della criminalità organizzata dovesse essere costruita differenziando il regime probatorio afferente alla concessione delle varie misure alternative».

<sup>40</sup> In tal senso, PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni, e sistema della pena costituzionale*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., 89. In senso analogo, DELLA BELLA, *Il carcere duro: tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2017, 86.

indirizzate verso una più decisa «strumentalizzazione del momento esecutivo a fini di prevenzione e, di accertamento del reato»<sup>41</sup>.

Con il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306<sup>42</sup>, emanato sull'onda delle emozioni e dell'allarme sociale suscitato dalla strage di Capaci, la disciplina dell'ostatività penitenziaria ha subito un deciso inasprimento e, ad appena un anno dalla sua comparsa, l'art. 4 *bis* ord. penit. ha mutato radicalmente fisionomia: inalterato il regime applicabile ai detenuti per taluno dei reati di seconda fascia, l'intervento legislativo ha stravolto la disciplina applicabile ai condannati per reati di prima fascia, subordinando la concessione delle misure alternative alla detenzione e degli altri benefici penitenziari alla collaborazione con la giustizia, a norma dell'art. 58 *ter* ord. penit.

A partire da questo momento, dunque, la collaborazione con la giustizia assume un ruolo davvero centrale nell'economia del regime ostativo: assurgendo a prova legale, non suscettibile di smentita, di cessata pericolosità sociale, essa diviene *condicio sine qua non* per interrompere una detenzione altrimenti destinata a scontarsi internamente in regime intramurario<sup>43</sup>.

Il mutamento di prospettiva, rispetto alla disciplina pregressa, è evidente e si sostanzia nel passaggio da «un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza di collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una

---

<sup>41</sup> Così, FIORIO, *Il doppio binario penitenziario*, cit., 6. Cfr., in senso analogo, COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., 6.

<sup>42</sup> Convertito in legge 7 agosto 1992, n. 356 recante «Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa». Per una ricognizione dei relativi contenuti, cfr. MARTINI, *Commento al d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356*, in *Leg. pen.*, 1993, 195.; cfr. altresì, IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. Pen.*, 1993, 1257 ss.; CANEPA, *L'ordinamento penitenziario e la normativa restrittiva del 1991-1992*, in *Quad. CSM*, 1995, 118 ss.

<sup>43</sup> In tal senso, GUZZALOCA, *Criterio del doppio binario, utilizzo della premialità e degiurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, cit., 144, secondo cui «il legislatore perviene al definitivo compimento del suo disegno in ambito penitenziario: i circuiti trattamentali si moltiplicano ed appaiono tra loro estremamente divaricati. Soprattutto, la loro alternatività alla pena detentiva risulta ora commisurata essenzialmente alla quantità e alla qualità della collaborazione prestata».

preclusione per certi condannati, rimuovibile attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)»<sup>44</sup>.

In altri termini, da norma di selezione riguardo la concessione delle misure trattamentali, per effetto della radicale riforma compiuta dal d.l. n. 306/1992 l'art. 4 *bis* ord. penit. è divenuto «norma di incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia [...] gli unici di per sé idonei a consentire il superamento del rigido divieto sancito dalla norma in esame»<sup>45</sup>. Il che, se da un lato appare perfettamente coerente con le logiche di politica criminale del tempo, per gran parte incentrate sulla strategia del pentitismo<sup>46</sup>, dall'altro, «snatura la norma» e la pone chiaramente in contrasto con i principi di eguaglianza e rieducazione che permeano l'esecuzione penale<sup>47</sup>.

Sin dalla modifica apportata dal d.l. n. 306/1992, a dire il vero, la rigidità dell'automatismo ostativo prefigurato con riferimento alla categoria dei condannati per i reati di prima fascia (art. 4 *bis*, co. 1), era comunque temperata dalla previsione dell'ipotesi in cui la collaborazione con la giustizia, ancorché

---

<sup>44</sup> Corte cost., 1° marzo 1995, n. 68, in *Cass. Pen.*, 1995, 1777 ss.

<sup>45</sup> Testualmente, GREVI, *Verso un regime progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenze*, cit., 10. Per una critica di tale impostazione cfr., PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 153, spec. n. 260.

<sup>46</sup> Così, GUAZZALOCCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 13. Per una critica di tale fenomeno, si veda, per tutti, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 175 ss. Per una ricognizione della legislazione in materia di collaboratori di giustizia, cfr. MOLLACE, *La collaborazione con la Giustizia quale fattore di accesso agevolato ai benefici penitenziari*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 417 ss.

<sup>47</sup> L. PACE *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 4, cfr. altresì PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni, e sistema della pena costituzionale*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit. 94.

volontariamente offerta, fosse risultata «oggettivamente irrilevante»<sup>48</sup> e sempre che l'entità del reato fosse mitigata da indici rivelatori di scarsa gravità<sup>49</sup>.

A tale forma di collaborazione, per effetto delle successive sentenze additive della Corte costituzionale, si sono aggiunte le ulteriori ipotesi di collaborazione c.d. «inesigibile» -in ragione della «limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso»<sup>50</sup> - e di collaborazione c.d. «impossibile» - in ragione dell'«integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità»<sup>51</sup>.

Entrambe le fattispecie di creazione giurisprudenziale, assimilate negli effetti alla collaborazione oggettivamente irrilevante, sono state recepite nel testo dell'art. 4 bis ord. penit. ad opera della legge 23 dicembre 2002, n. 279<sup>52</sup>.

---

<sup>48</sup> La collaborazione «oggettivamente irrilevante» (o ininfluyente) «si caratterizza per lo scarso risultato fornito, in rapporto alla quantità e alla qualità d'informazioni ottenute, pur in presenza del massimo contributo reso dal soggetto proपालante. È necessario, infatti, che l'irrilevanza del contributo non derivi da una collaborazione volutamente limitata e parziale e scientemente calibrata in modo da risultare inutile», così LO GIUDICE, *Limiti e condizioni ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 378. In argomento si veda, altresì, CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 57.

<sup>49</sup> Segnatamente, la norma fa riferimento alle circostanze attenuanti previste dagli artt. 62, co. 6, c.p. (integrale risarcimento del danno), 114 c.p. (contributo concorsuale di minima importanza) e 116, co. 2, c.p. (concorso anomalo). Le predette circostanze, assunte quali indici di ridotta pericolosità del condannato, presuppongono l'avvenuto riconoscimento con sentenza di merito, ancorché non passata in giudicato, in tal senso v. MARANDOLA, *Art. 4 bis*, in *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., 72.

<sup>50</sup> Corte cost., 19 luglio 1994, n. 357, in *Giur. cost.*, 1994, 2920 ss., con nota di MARGARITELLI, *Limitata partecipazione al fatto criminoso e accesso ai benefici*, 3209 ss. L'accertamento del requisito fondante la «collaborazione inesigibile» - ossia la limitata partecipazione al fatto criminoso - deve dev'essere condotto avuto riguardo alle risultanze emerse dalla sentenza di condanna, dalla quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, deve emergere il ruolo marginale nella realizzazione del fatto delittuoso, tale da precludere al condannato l'accesso a informazioni spendibili ai fini collaborativi, in tal senso, tra le tante, Cass, sez. I, 13 marzo 2018, n. 11313; Cass., sez. VII, 21 marzo 2016, n. 11827. In dottrina, cfr., RICCI, *Profili di un'indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, in *Giust. pen.*, 2011, 126 ss.

<sup>51</sup> Corte cost., 1° marzo 1995, n. 68, cit., con nota di MARGARITELLI, *La "politica penitenziaria" della Corte costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile*, 3693. Quanto al concetto di «integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità», esso evoca la situazione in cui sia stato definito ogni aspetto del fatto criminoso, «in ordine al quale non è rimasto più nulla da chiarire, sia in ordine all'accertamento dei fatti, che delle responsabilità», così CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 68 ss. In argomento, RICCI, *Profili di un'indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, cit., 126 ss.

<sup>52</sup> Recante «Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario». Per un commento delle novità introdotte con la l. n. 279/2002, cfr., FILIPPI, *La novella*

In tutti gli specifici casi presi in considerazione – accomunati dalla fattiva volontà del condannato di prestare una collaborazione con la giustizia che, tuttavia, per motivi indipendenti dalla sua libera scelta, si rivela ininfluyente, impossibile o inesigibile – il regime di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione torna a fondarsi, come in origine, su una differente graduazione del regime probatorio: in alternativa alla collaborazione – offerta ma rivelatasi sostanzialmente inutile o non praticabile – è necessario acquisire «elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva»<sup>53</sup>.

In seguito all’opzione di revisione organica culminata nella già menzionata l. n. 279/2002, i tre differenti percorsi di accesso alle misure extramurarie, contemplati nell’unico comma di una norma divenuta ormai illeggibile, sono stati ricollocati in tre autonome disposizioni ad opera della legge 23 aprile 2009, n. 38<sup>54</sup>: il “primo percorso” – delineato nel comma 1 – riguarda i condannati per reati di criminalità organizzata (reati c.d. di prima fascia) per i quali, senza sostanziali modifiche rispetto alla disciplina introdotta nel 1992, l’accesso alle misure alternative è rimasto subordinato all’utile collaborazione con la giustizia ai sensi dell’art. 58 *ter* ord. penit.; il “secondo percorso” – previsto nel comma 1-*bis* – riguarda gli autori dei medesimi reati di prima fascia per i quali,

---

*penitenziaria del 2002: la proposta dell’unione delle camere penali e una controriforma che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Cass. Pen.*, 2002, 24 ss.; FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *Giust. pen.*, 2003, c. 437; PETRINI, *Il regime del carcere duro diventa definitivo. Commento articolo per articolo alla l. 23.12.2002, n. 279 - Modifica degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2003, 233 ss.; RUOTOLO, *Quando l’emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche degli artt. 4 bis e 41 bis ord. penit.*, in *Studium Iuris*, 2003, 417 ss.

<sup>53</sup> Per i rilievi critici riguardanti i profili probatori legati alla dimostrazione dell’insussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, si rinvia per tutti a CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 73 ss.

<sup>54</sup> Legge di conversione del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori». Per un commento di tale intervento legislativo, destinato incidere in modo significativo, non solo in ambito penitenziario, ma anche sul terreno del diritto penale sostanziale e processuale, cfr. MAZZA - VIGANÒ, *Il pacchetto sicurezza del 2009*, Torino, 2009; CORBETTA - DELLA BELLA - GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009; GIORIS, *D.l. 23.2.2009 n. 11, con modif. in l.32.4.2009 n. 38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009, 461.

recepando le indicazioni della Corte costituzionale, l'accesso alle misure alternative e agli altri benefici penitenziari è stato consentito altresì laddove la loro collaborazione risulti impossibile, irrilevante o inesigibile, e sempreché sia esclusa l'attualità dei collegamenti con le organizzazioni criminali di appartenenza; il "terzo percorso" – delineato nel comma 1 *ter* – è riferibile agli autori dei reati di grande allarme sociale, non necessariamente associativi (reati c.d. di seconda fascia), per i quali l'accesso alle ai benefici è rimasto subordinato all'assenza di elementi tali da far ritenere l'attualità di collegamento con la criminalità organizzata o eversiva<sup>55</sup>.

Quella appena delineata, desumibile dal combinato disposto dai tre differenti regimi prefigurati nei commi 1, 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 4 *bis* ord. penit., costituisce l'architettura dell'ostatività penitenziaria destinata a rimanere sostanzialmente immutata sino ai nostri giorni o, quantomeno, sino alle più recenti pronunce della Corte costituzionale.

Gli ulteriori – non pochi – interventi legislativi che hanno interessato l'art. 4 *bis* ord. penit., senza incidere sulle dinamiche volte alla rimozione delle preclusioni ostative, hanno progressivamente ridisegnato la geografia dei reati ostativi, con l'effetto di determinare un notevole ampliamento applicativo del regime preclusivo.

Emblematiche, in quest'ultima direzione, le modifiche apportate con la già menzionata l. n. 38/2009 attraverso la quale, proseguendo l'opera intrapresa dalla legge 6 febbraio 2006, n. 38,<sup>56</sup> il catalogo dei reati ostativi – di prima o seconda fascia – è stato ampliato con l'innesto di numerose fattispecie in materia sessuale<sup>57</sup> rispetto ai cui autori, peraltro, è stato delineato un inedito "quarto

<sup>55</sup> In tal senso CARACENI, *Art. 4 bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 46. Per una differente classificazione dei diversi "percorsi trattamentali" di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., cfr. DELLA BELLA, *Il carcere duro: tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit. 90.

<sup>56</sup> Recante «Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet».

<sup>57</sup> Segnatamente, con la legge n. 38/2006, sono stati inseriti nell'originario comma 1 dell'art. 4 *bis*, tra i reati c.d. di seconda fascia, le fattispecie di sfruttamento sessuale di minori e di pedopornografia anche a mezzo internet, (artt. 600 *bis* co.1, 600 *ter*, co.1, 2, 600 *quinqüies*, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *octies*, c.p.). Con il successivo d.l. n. 11/2009, e la relativa legge di conversione n. 38/2009, per un verso si è operata una redistribuzione dei reati sessuali tra la prima e a seconda fascia di gravità e, per altro, sono state aggiunte le ulteriori fattispecie di prostituzione minorile (art. 600 *bis*, co. 2 c.p.) e di pornografia minorile (art. 609 *ter*, co. 3, c.p.). In argomento, per una critica all'impostazione della riforma, cfr. FIORILLI,

percorso” trattamentale ai fini dell’accesso alle misure e ai benefici penitenziari<sup>58</sup>.

In questa stessa direzione, poco dopo, si è mossa anche la legge n. 1° ottobre 2012, n. 172<sup>59</sup> che ha ulteriormente ampliato la platea dei reati sessuali ostatici, attraverso l’innesto di ben sei fattispecie contro la libertà sessuale tutte destinate alla tutela dei minori, ed ha introdotto un ulteriore “quinto percorso” trattamentale applicabile ai *sex offenders* responsabili di reati sessuali commessi in danno di vittime minori<sup>60</sup>.

Da ultimo, per completare il mosaico delle fattispecie criminose progressivamente fiorite nel giardino proibito dei reati ostatici, devono segnalarsi gli innesti operati, dapprima con la legge n. 43 del 2015<sup>61</sup> che ha inserito tra i reati ostatici

---

*Effettività della pena per i pedofili e gli autori dei reati a sfondo sessuale: obiettivo raggiunto?* in *Giust. Pen.*, 2009, 606 ss.

<sup>58</sup> Introdotto nel comma 1 *quater* dell’art. 4 *bis* ord. penit, inizialmente con riferimento agli autori dei reati di cui agli artt. 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quater*, e 609 *octies* c.p., poi ulteriormente esteso (per effetto della l. n. 172/2012) agli autori dei reati di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, e 609 *undecies* c.p., tutti già ricompresi nella prima o seconda fascia di gravità. In tali casi, in aggiunta alle condizioni delineate dall’art. 4 *bis*, commi 1, 1 *bis* e 1 *ter*, ord. penit., l’accesso alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici, è subordinato ai risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno negli istituti penitenziari. In argomento, DELLA BELLA, *Accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati sessuali*, in *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, cit., 437 ss.

<sup>59</sup> Recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno». A commento, cfr. *Relazione a cura dell’Ufficio del massimario della Corte Cassazione*, in *Dir. pen. cont., on line*, 22 ottobre 2012, nonché CAPITTA, *Legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote: le modifiche al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*, ivi, 5 novembre 2012; FIORENTIN, *Trattamento penitenziario severo per i sex offenders*, in *Guida dir.*, 2012, 43, 110 ss.

<sup>60</sup> Previsto nel comma 1 *quinquies* dell’art. 4 *bis* ord. penit, con riferimento agli autori dei reati di cui agli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 660 *quinquies*, 609 *quater*, 609 *quinquies*, e 609 *undecies* c.p., nonché 609 *bis* e 609 *octies*, se commessi in danno di persona minore di età. In tutte queste ipotesi - secondo quanto previsto dall’art. 4 *bis*, co. 1 *quinquies*, ord. penit. - l’accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari è subordinato alla positiva partecipazione a specifici percorsi di riabilitazione e sostegno predisposti dall’amministrazione penitenziaria, ai sensi dell’art. 13 *bis* ord. penit. Critico rispetto alla previsione di tale ulteriore percorso trattamentale, GIUNCHEDI, *Esecuzione e modalità di espiazione*, in questa *Rivista*, 1, 2015, 13.

<sup>61</sup> Recante, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno

di prima fascia la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina<sup>62</sup> (art. 12 co., 1,2 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) , quindi con la legge 23 febbraio 2015, n. 9<sup>63</sup> che vi ha incluso il reato di scambio elettorale politico mafioso (art. 416 *ter* c.p.) e, da ultimo, con la legge 9 gennaio 2019, n. 3<sup>64</sup> la quale, impropriamente ribattezzata «spazzacorrotti», vi ha introdotto altresì le più gravi fattispecie contro la pubblica amministrazione<sup>65</sup> dando rilievo, in tali ipotesi, anche alla collaborazione prestata ai sensi dell'art. 323 *bis* c.p. ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari<sup>66</sup>.

In definitiva, quel che emerge all'esito questa sommaria ricostruzione sull'evoluzione normativa dell'art. 4 *bis* ord. penit. è la «palingenesi»<sup>67</sup> di una norma che, nata sotto il segno dell'emergenza e con lo scopo di apprestare una più adeguata risposta di tipo penitenziario al dilagante fenomeno della criminalità organizzata di tipo mafioso, ha progressivamente smarrito la sua iniziale ragion d'essere finendo, da un lato, per trasformare l'apparato carcerario in

---

ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione». Per un commento, cfr. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2015, 2, 226 ss.

<sup>62</sup> Sulle ragioni che hanno determinato tale innesto, cfr. L. PACE *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 6.

<sup>63</sup> Recante, «Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'art. 416 *ter* del codice penale».

<sup>64</sup> Recante «Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici». Per un commento alla legge, senza pretesa di esaustività, cfr. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *questa Rivista*, 3, 2018; CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *questa Rivista*, 3, 2018; PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. Pen.*, 2018, 3589 ss; MONGILLO, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione* in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2019, 5, 231 ss.

<sup>65</sup> Segnatamente, i delitti di peculato (art. 314 c.p.), concussione (art. 317 c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319 *quater* c.p.), corruzione (artt. 318, 319, 319 *bis*, 320, 321, 322, 322 *bis* c.p.)

<sup>66</sup> Critico rispetto alla soluzione licenziata dalla l. 3/2019, MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2019, 2, 105 ss., nonché PULITANÒ, *Tempeste sul penale. spazzacorrotti e altro*, ivi, 2019, 3, 235 ss.

<sup>67</sup> CARACENI, *Art. 4-bis, in Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 44.

«ingranaggio attivo dell'azione investigativa»<sup>68</sup> ed assumendo, dall'altro, i connotati di «una specie di contenitore di raccolta indifferenziata in cui il legislatore getta i reati demagogicamente più *à la page* senza tenere nella dovuta considerazione la loro gravità, la loro struttura e il loro profilo criminologico»<sup>69</sup>.

2.1. (Segue) *I capisaldi della giurisprudenza costituzionale sull'art. 4 bis ord. penit.* Se l'innesto del sistema ostativo tra i principi direttivi della legge 27 luglio 1975, n. 354 ha inciso profondamente sull'interpretazione delle finalità generali della legislazione penitenziaria<sup>70</sup> dando vita ad un regime penitenziario che, solo raramente ed accidentalmente, è parso in armonia con il volto costituzionale dell'esecuzione penale<sup>71</sup>, allora non sorprende che, nel corso della sua “tormentata” evoluzione normativa, l'art. 4 *bis* ord. penit. sia stato ripetutamente portato al vaglio del Giudice costituzionale per farne accertare i plurimi e concorrenti profili d'illegittimità costituzionale.

Nelle molteplici occasioni in cui è stata chiamata a misurarsi con la legittimità della norma la Corte costituzionale - quantomeno sino alle più recenti

<sup>68</sup> In questi termini, 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 emergenze*, cit., 117.

<sup>69</sup> Testualmente, GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di Brunelli - Pugiotto - Veronesi, Atti del seminario, Ferrara, 25 settembre 2020, 46. In senso analogo, in dottrina, cfr. L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 19; PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 4; FIORENTIN, *Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1597 ss. La conclusione circa la mutata ragion d'essere della disposizione, peraltro, è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale, la quale ha espressamente ricollegato la specialità del regime penitenziario di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., alle valutazioni del legislatore in ordine all'allarme sociale procurato da un determinato reato. In tal senso, cfr. Corte cost., 18 luglio 2019, n. 188, in *Cass. Pen.*, 2019, 4276 ss., con nota di APRILE, *C. Cost.*, data udienza (5 giugno 2019), data deposito 18 luglio 2019, n. 188, 4283 ss.

<sup>70</sup> Vedi, più in generale, BRUNETTI - ZINCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004, 447.

<sup>71</sup> In questi termini, CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, 96. In tal senso si è osservato che la scelta di collocare la nuova disciplina di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. nel capo I della legge sull'ordinamento penitenziario, dedicato ai principi direttivi, avrebbe reso manifesta la volontà del legislatore di «controbilanciare» le altre norme ivi contenute e incentrate su garanzie, diritti e interventi promozionali a favore del condannato, così 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 emergenze*, cit., 58.

pronunce - ha dato prova di autentico *self-restraint*: non si è risparmiata dall'enfatizzarne gli aspetti di maggiore asperità costituzionale ed ha condotto una lenta, ma meritoria, opera volta ad attenuare la rigidità degli automatismi normativi. Tutto ciò sempre comunque salvando nella sostanza il regime penitenziario differenziato dalla censura d'incostituzionalità.

Per questo, ripercorrere, sia pure per sommi capi, i principali orientamenti consolidatisi nella giurisprudenza costituzionale non sembra un esercizio inutile. Uno sforzo necessario almeno per due ordini di ragioni: non solo per avere chiaro il contesto entro cui sono maturate le più recenti pronunce che hanno interessato il regime ostativo previsto dall'art. 4-*bis* ord. penit. decretandone, di fatto, il superamento, ma anche per comprendere appieno l'autentico «salto di qualità»<sup>72</sup> che, soprattutto nelle ultime pronunce, la Corte costituzionale ha compiuto rispetto alla sua tradizionale giurisprudenza che si è sempre mostrata ostinatamente contraria al superamento del regime ostativo.

La giurisprudenza costituzionale sull'art. 4-*bis* ord. penit., come noto, è stata inaugurata dalla celebre sentenza n. 306/1993<sup>73</sup> la quale, resa appena un anno dopo la «controriforma»<sup>74</sup> realizzata con il d.l. n. 306/1992, contiene importanti affermazioni di principio destinate a trovare eco anche in tutta la successiva giurisprudenza costituzionale<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Si esprime così, PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, 503.

<sup>73</sup> Corte cost., sentenza 8 luglio 1993, n. 306, in *Cass. Pen.*, 1994, 837 ss., con nota di ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, *ivi*, 861 ss. Cfr., altresì, FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la "collaborazione" come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 2505 ss.; MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 2511 ss.

<sup>74</sup> In questi termini, MOSCONI, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 143.

<sup>75</sup> Lo rileva, tra i tanti, L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 5, a giudizio del quale si tratta della «pronuncia capostipite della giurisprudenza costituzionale [...] la quale pone le basi per tutta la successiva giurisprudenza in materia». Nello stesso senso, PINI, *La giurisprudenza costituzionale sui reati ostativi: bilanciamento di valori ed equilibrio tra poteri*, in *www.dirittifondamentali.it*, 24 aprile 2020, 1504. In prospettiva critica cfr. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1225, secondo cui «il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., operato dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, ha palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi».

In quell'occasione, la Consulta ha preso le mosse dal coevo contesto interpretativo sul significato del punire<sup>76</sup>, collocando le proprie riflessioni teoriche nel retroterra ideologico costituito dalla teoria polifunzionale della pena. Un'espediente di metodo, quest'ultimo, che col senno di poi si sarebbe rivelato il più «congeniale per mettere in sicurezza la scelta legislativa di riconoscere preminenza al principio di prevenzione generale e, quindi, di difesa sociale, sulla finalità rieducativa» della pena<sup>77</sup>.

Nella citata sentenza, la Corte costituzionale ha infatti esordito ricordando, anzitutto, che tra le due macro-finalità che la costituzione assegna alla pena – l'una afflittiva (prevenzione generale e difesa sociale) e l'altra risocializzante (rieducazione e prevenzione sociale) – non possa stabilirsi a propri una rigida gerarchia, dovendo queste ultime essere sempre in equilibrio senza che l'una possa prevalere, in assoluto, sull'altra<sup>78</sup>. Fissate le coordinate teoriche del proprio ragionamento, il Giudice delle leggi se n'è servito per esprimere una prima, accondiscendente valutazione sulla legittimità del regime ostativo di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. da considerarsi «essenzialmente espressione di una scelta di politica criminale», volta a privilegiare la dimensione afflittiva della pena, su quella risocializzante, e «certamente rispondente all'esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa»<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Cfr. Corte cost., 25 maggio 1989, n. 282, in *Cass. Pen.*, 1990, 543 ss, nonché Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Cass. Pen.* 1990, 221 ss. In proposito, v. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 153, il quale rileva che la sentenza n. 306/1993 costituisce la «la pietra angolare del sub-sistema ermeneutico-costituzionale sulla filosofia della pena». Cfr., altresì EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di D'Orlando - L. Montanari, Torino, 2009, 90 ss.

<sup>77</sup> In questi termini, PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 84. In senso analogo, L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 18.

<sup>78</sup> Cfr., Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit., punto 10 del '*considerato in diritto*'.

<sup>79</sup> Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit., punto 11 del '*considerato in diritto*'. Critico rispetto alle conclusioni della Corte, L. PACE, *L'art. 4 bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e governo dell'insicurezza sociale*, cit., 18 e n. 92, a giudizio del quale «la Corte [...] non si è giovata del retroterra teorico rappresentato dalla sent. n. 313/1990, ma, anzi, lo ha nei fatti accantonato. [...] E questo perché la Consulta ha ritenuto sempre prevalenti le ragioni di difesa sociale sull'ideale rieducativo» Analogamente, PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 85; cfr. altresì, BRUNETTI - ZINCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 445.

Non di meno – nella parte più coraggiosa di quella pronuncia – la Corte costituzionale non ha mancato di sottolineare che la soluzione sottesa alla disciplina di cui all’art. 4-*bis* ord. penit. – quella di inibire l’accesso alle misure trattamentali per i condannati individuati in base al titolo del reato, in assenza di collaborazione con la giustizia – avesse comportato una «rilevante compromissione della finalità rieducativa»<sup>80</sup>. Non è tutto. Poco più oltre, infatti, la Consulta si è spinta sino al punto di recitare un qualcosa di molto simile – almeno nelle premesse – all’epitaffio funebre dell’art. 4 *bis*: «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di tipi d’autore per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita in caso di mancata collaborazione»<sup>81</sup>. Ma soprattutto, in alcuni passaggi di quella prima sentenza i Giudici hanno apertamente smentito l’assunto secondo cui la collaborazione con la giustizia necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento<sup>82</sup>, come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento o emenda<sup>83</sup>.

Eppure, dopo avere enucleato tutte le premesse che lasciavano presagire l’esito dell’incostituzionalità, la Corte costituzionale ha “salvato” l’art. 4 *bis* ord.

---

<sup>80</sup> Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit., punto 11 del ‘*considerato in diritto*’.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Cfr., Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit., punto 9 del ‘*considerato in diritto*’, ove si trova affermato che «la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi commette, e non anche segno di effettiva risocializzazione».

<sup>83</sup> Cfr., Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit., punti 12 e 13 del ‘*considerato in diritto*’, ove, sia pure limitatamente alla questione inerente la legittimità della revoca automatica delle misure e dei benefici penitenziari già concessi al condannato, si trova affermato che «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l’organizzazione criminale [...]» e che «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica». Sul punto ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 867, osserva criticamente: «non si comprende perché quanto detto valga unicamente per la revoca dei benefici e non invece per la loro concessione: anche negando al detenuto l’accesso ai benefici penitenziari per il solo motivo che questi non ha collaborato con la giustizia, si violano pesantemente i principi di colpevolezza, di individualizzazione e di proporzionalità della pena».

penit.<sup>84</sup> facendo leva, anzitutto, sulla fruibilità dell'unico beneficio - la liberazione anticipata - concesso anche condannati per reati ostativi, a prescindere dalla collaborazione con la giustizia. Tanto è bastato, allora, per ritenere solamente compromesso, ma non del tutto «vanificato» il perseguimento della finalità rieducativa della pena<sup>85</sup>. In secondo luogo, sono state valorizzate le ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante per superare l'assunto secondo cui «si dovrebbe presumere pericoloso chi non collabora con risultati rilevanti».<sup>86</sup> La previsione di una forma di collaborazione inutile nei risultati ha consentito alla Corte di affermare che, nel subordinare l'accesso ai benefici, il legislatore avesse adottato un criterio «pertinente all'area della prevenzione speciale»<sup>87</sup>: la condotta collaborativa - questo è, nella sostanza, il sottointeso al ragionamento della Corte - verrebbe presa in considerazione non solo quale strumento di contrasto alla criminalità organizzata, ma anche quale indice di manifestazione dell'avvenuta presa di distanza del reo dall'organizzazione criminale di appartenenza e, perciò, sintomo di cessata pericolosità sociale.

Sulla scia delle importanti affermazioni di principio già rese nella sentenza n. 306/1993, si deve al merito della successiva giurisprudenza costituzionale l'aver saputo restituire al regime ostativo una parte della «flessibilità legislativamente negata»<sup>88</sup>.

Ci si riferisce, in modo particolare, alle note sentenze n. 357/1994 e n. 68/1995, con le quali la Corte costituzionale ha equiparato alla collaborazione «oggettivamente irrilevante» - già prevista nel testo dell'art. 4 *bis* ord. penit. - le

---

<sup>84</sup> L'esito del giudizio di legittimità costituzionale ha suscitato le critiche della dottrina. Cfr., in tal senso, MARGARITELLI, *Limitata partecipazione al fatto criminoso» e accesso ai benefici penitenziari*, cit., 3210, secondo la quale alla Consulta è mancato il coraggio, di «effettuare una operazione di chirurgia legislativa radicalmente demolitoria di tutto quanto estraneo ed incompatibile con il principio di rieducazione». In termini analoghi, ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 867, secondo al quale, invece, la sentenza costituisce una «soluzione di comodo (...) sigello delle scelte di politica criminale prese in un momento di grande confusione, generato da un'eccezionale stato di allarme sociale e politico».

<sup>85</sup> Cfr., Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit., punto 11 del '*considerato in diritto*'.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Così, PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 149.

ulteriori forme di collaborazione «inesigibile» e «impossibile»<sup>89</sup>. Nel far ciò il Giudice delle leggi ha preso le mosse da un presupposto ben delineato: la condizione necessaria – ma anche sufficiente – perché il sistema ostativo possa ritenersi conforme alla Costituzione è unicamente quella di subordinare l’accesso alle misure rieducative ad una collaborazione «naturalisticamente e giuridicamente possibile».<sup>90</sup> Sarebbe infatti irragionevole assimilare il regime giuridico di chi deliberatamente sceglie di non collaborare con quello di chi, invece, pur volendo non può collaborare: in tale ultima ipotesi, «l’inservibilità del suo apporto, in assenza di correttivi, si tradurrebbe in un ostacolo insormontabile all’accesso ai benefici [...] senza che gli si possa addebitare con certezza una mancanza di volontà collaborativa»<sup>91</sup>. Sulla base di tale presupposto, l’art. 4 *bis* ord. penit. è stato dichiarato parzialmente illegittimo nella parte in cui non attribuiva rilievo a tutti i possibili casi di collaborazione impossibile in relazione ai quali, stante l’inservibilità dell’apporto collaborativo, la Corte costituzionale ha ripristinato l’originario regime di prova rafforzata ai fini dell’accesso alle misure e ai benefici trattamentali<sup>92</sup>.

In altre pronunce ancora la Consulta ha tentato, per quanto possibile, di ridimensionare ulteriormente gli effetti sfavorevoli derivanti della disciplina ostativa. E così, ad esempio, è stata dichiarata l’incostituzionalità degli automatismi preclusivi che impedivano l’accesso a determinati benefici penitenziari, ma nei soli casi in cui i detenuti ne avessero già usufruito, o comunque avessero

---

<sup>89</sup> V., per la collaborazione inesigibile, Corte cost., 19 luglio 1994, n. 357, con nota di MARGARITELLI, *Limitata partecipazione al fatto criminoso e accesso ai benefici*, cit. Per la collaborazione impossibile, v. Corte cost., 1° marzo 1995, n. 68, con nota di MARGARITELLI, *La “politica penitenziaria” della Corte costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile*, cit., cfr. altresì MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4 bis ord. penit.: rinvio formale o recettizio?*, in *Cass. Pen.*, 1995, 1785 ss.

<sup>90</sup> Così, tra le altre, Corte cost., 23 marzo 1999, n. 89, in *Cass. Pen.* 1999, 2065.

<sup>91</sup> In questi termini, CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2021, 4, 67 ss.

<sup>92</sup> Ci si riferisce, secondo il disposto di cui all’art. 4 *bis*, co. 1 *bis* ord. penit., alla necessità che siano «acquisiti elementi tali da escludere l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». Per un maggiore approfondimento degli aspetti legati agli oneri gravanti sul condannato, in ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile, cfr. FIORENTIN *Collaborazione impossibile: grava sul condannato l’onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2567 ss.; ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all’art. 4 bis O.P.*, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 16 giugno 2018, 27 ss.

maturato i requisiti per usufruirne, prima dell'entrata in vigore dell'art. 4 *bis* ord. penit.<sup>93</sup>.

Nelle sentenze da ultimo citate, e in quelle successive, la Corte costituzionale ha così delimitato la portata applicativa del regime ostativo, in senso spaziale e temporale, senza tuttavia spingersi mai sino al punto di dubitare della legittimità dell'automatismo normativo che fa della collaborazione con la giustizia l'unica condotta in grado di «oltrepassare lo sbarramento» dell'ostatività<sup>94</sup>.

È una conclusione questa che, nella giurisprudenza costituzionale del nuovo millennio trova conforto, anzitutto, nella presa d'atto della sostanziale ragionevolezza della presunzione di pericolosità dei soggetti che commettono determinati reati, e nella conseguente non irragionevolezza della scelta di fare della collaborazione con la giustizia, ove oggettivamente possibile, la condizione necessaria per accedere ai benefici e alle misure alternative<sup>95</sup>. In più di una pronuncia, infatti, il Giudice delle leggi ha ribadito che, per un verso la scelta di collaborare con la giustizia costituisce ragionevole indice di cessata pericolosità sociale e che, peraltro, la preclusione prevista dall'art. 4-*bis* ord. penit. non è

---

<sup>93</sup> Possono citarsi, tra le altre, le seguenti pronunce: Corte cost., 12 aprile 1995, n. 504, in *Cass. Pen.*, 1997, 1255 ss. (annotata da COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis ord. penit.*, in *Cass. Pen.*, 1995, 1255 ss.), con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 4 *bis* ord. penit. nella parte in cui non consentiva di concedere ulteriori permessi premio al detenuto che ne avesse già usufruito prima dell'entrata in vigore della norma, e che non fosse in grado di offrire un'utile collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 *ter* ord. penit.; Corte cost., 22 aprile 1999, n. 137, in *Cass. Pen.*, 1999, 2475 ss. (annotata da LA GRECA, *Epitome di giurisprudenza costituzionale su criminalità organizzata e permessi premio*, in *Foro It.*, 1999, 1727 ss) con la quale l'art. 4 *bis* ord. penit. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui impediva ai detenuti di accedere ai permessi premio anche se prima dell'entrata in vigore della norma avessero maturato i termini di ammissibilità per la concessione di tale beneficio; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 445, in *Cass. Pen.* 1998, 1310 ss., con la quale la Consulta è intervenuta anche rispetto al beneficio della semilibertà dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 4 *bis* ord. penit. nella parte in cui precludeva la concessione del beneficio per quei condannati che, prima della sua entrata in vigore, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

<sup>94</sup> LO GIUDICE, *Limiti e condizioni ai benefici penitenziari per i detenuti appartenenti alla criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 374.

<sup>95</sup> Cfr. in tal senso Corte cost., 20 luglio 2001, n. 273, in *Giur. cost.*, 2001, 2282 ss., con nota di FAZZIOLI, *La collaborazione come presupposto necessario per l'ammissione ai benefici penitenziari: un nuovo orientamento della Corte?* Cfr. altresì, LA GRECA, *Liberazione condizionale e criminalità organizzata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2002, 21 ss.

contraria all'art. 3 Cost, poiché l'esclusione dal percorso trattamentale non potrebbe ritenersi «conseguenza che discende automaticamente dalla norma» derivando, invece «dalla libera scelta del condannato di non collaborare, pur essendo nelle condizioni di farlo»<sup>96</sup>.

In definitiva, la Corte costituzionale ha ammorbidito il regime ostativo in alcuni dei suoi aspetti di maggiore irrazionalità<sup>97</sup>, ma non ha mai censurato la logica di fondo dell'istituto ed ha sempre escluso che l'ostatività prescritta dall'art. 4 *bis* ord. penit. potesse considerarsi, da sola, «di per sé»<sup>98</sup> incostituzionale.

---

<sup>96</sup> Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135, in *Cass. Pen.*, 2003, 2641 ss. Con tale pronuncia, di fatto, la Corte ha escluso che nella disciplina di cui all'art. 4 *bis* ord. penit siano ravvisabili automatismi normativi in senso proprio atteso che, per un verso, «tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta» e, per altro, «La giurisprudenza costituzionale in tema di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile è significativamente volta ad escludere qualsiasi automatismo degli effetti nel caso in cui la mancata collaborazione non possa essere imputata ad una libera scelta del condannato». Per un commento alla pronuncia, cfr. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e Giust.*, 2003, 19, 14 ss.; MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003, 1351 ss.; VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4 bis Ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giust. pen.*, 2004, c. 81.

<sup>97</sup> Lo ha fatto, più recente, anche con le sentenze 239/2014 e 76/2017 (Corte cost., 22 ottobre 2014, in *Giur. cost.*, 3922, e Corte cost., 12 aprile 2017, n. 76, in *Cass. Pen.*, 2017, 2724) con le quali l'art. 4 *bis* ord. penit. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui escludeva le detenute madri di prole di età pari o inferiore a dieci anni, se condannate per un reato ostativo, dalla possibilità di accedere alla detenzione domiciliare ordinaria e speciale di cui agli artt. 47 *ter* co. 1, l. a, b, e 47 *quinquies* ord. penit. (per un commento di tali pronunce, si rinvia a F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, 3940, in *Giur. cost.*, 2014, 3940 ss.; L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, ivi, 2014, 3948 ss., nonché 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., Riv. trim.*, 2017, 5, 321 ss.) Ancora, proseguendo sulla scia della sua precedente giurisprudenza, (Corte cost. sent. n. 504/1995, sent. n. 137/2009, sent. n. 445/1997) con la recente pronuncia n. 32/2020 (Corte cost, 26 febbraio 2020, n. 32, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1435 ss., con nota di FIORENTIN, *Il divieto di interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in materia di concedibilità delle misure alternative: la svolta della Corte Costituzionale nella sent. 32/2020 e l'argine ad un uso simbolico dell'art. 4-bis*, 1458 ss) la Corte ha esteso il divieto di applicazione retroattiva alle modifiche apportate all'art. 4 *bis* ord. penit. dalla l. n. 3/2019 che, come già detto (v. *supra*, par. 2, nn. 64-66) ha incluso nel catalogo dei reati ostativi i più gravi delitti contro la Pubblica Amministrazione.

<sup>98</sup> Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, cit.

Una presa di posizione, quest'ultima, aspramente criticata dalla dottrina la quale, a dispetto degli approdi cui è giunto il Giudice costituzionale, non ha mancato di rilevare che «le ipotesi di collaborazione oggettivamente inesigibile si limitano a ridurre l'ambito di operatività dell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. penit., ma non ne mutano la natura giuridica di presunzione legale assoluta»<sup>99</sup>. In questa prospettiva, poi, si è sottolineata la differenza tra il premio per la collaborazione la sanzione per la mancata collaborazione<sup>100</sup> e, in ogni caso, si è contestato il fatto che la mancanza di collaborazione sia sempre da imputare ad una «libera scelta» del condannato<sup>101</sup> e che sia, comunque, necessariamente da intendersi come indice univoco di mancato ravvedimento<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> In questi termini, GALLIANI - PUGIOTTO *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 15. In argomento, cfr., GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. civ.*, 2002, 296 ss.; ID., *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.: notarelle aggiuntive*, ivi, 2005, 2004 ss.; ID., *Ancora in tema di misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, ivi, 2005, 2291 ss.

<sup>100</sup> Rinviano a quanto già detto (cfr. *supra* par. 1, n. 16), in proposito si è osservato che la legge, a certe condizioni, legittimamente può «ricollegare effetti premiali alla collaborazione di giustizia. Ma ben altra cosa è far dipendere effetti in *malam partem* dalla mera circostanza della non collaborazione» (così v. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, cit., 1223) «è quanto invece accade nella dinamica del regime ostativo: la condotta utilitaristica imposta dalla legge [...] è richiesta non per far conseguire un vantaggio all'autore del reato, ma per evitargli uno svantaggio (cioè la preclusione a qualsiasi misura extramuraria). Detto altrimenti, non si tratta di una condotta premiale, «semmai di una *condicio sine qua non* per evitare un danno aggiuntivo» (così PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 153).

<sup>101</sup> A questo proposito si è osservato che «il co.1 *bis* contempla solamente le ipotesi in cui il condannato non può collaborare utilmente per ragioni indipendenti dalla sua volontà, ma non quelle in cui il condannato, pur potendo collaborare utilmente, sceglie di non farlo per motivi non rimproverabili, come nel caso, ad esempio, in cui il condannato decida di non collaborare per la paura, che si accerti essere fondata, di mettere a repentaglio con le proprie dichiarazioni l'incolumità propria e dei propri familiari oppure in cui il rifiuto di collaborare derivi dal timore che le proprie dichiarazioni possano portare all'arresto e poi alla condanna di familiari o congiunti», così DELLA BELLA, *Il carcere duro: tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 100. Per una rassegna esemplificativa di tutte le possibili ipotesi in cui la scelta di non collaborare non può dirsi libera, né rimproverabile, si vedano, PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 152 e EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, cit., 1220.

<sup>102</sup> In tale senso si è osservato che «La collaborazione, infatti, al più attesta l'affidabilità oggettiva del condannato, quanto all'avvenuto distacco dal sodalizio criminale. Ma nulla dimostra sul piano del ravvedimento soggettivo, potendosi trattare di una scelta collaborativa strumentale, finalizzata esclusivamente ad evitare la particolare rigidità del regime penitenziario», così GALLIANI - PUGIOTTO *Eppure qualcosa si*

3. *Le più recenti conquiste della giurisprudenza costituzionale: l'incostituzionalità dichiarata dell'art. 4 bis, co. 1, ord. penit.* Sull'impervio terreno dell'ostatività penitenziaria, giuridicamente già dissodato dal fitto «sciame dei precedenti»<sup>103</sup>, la Corte costituzionale è tornata nuovamente a pronunciarsi con la

---

*muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit, 15, n. 60. Cfr., altresì, PRESUTTI, *Alternative al carcere, regime delle preclusioni, e sistema della pena costituzionale*, in *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., 95.

<sup>103</sup> Così MANES, *Lo sciame dei precedenti della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una "dottrina" sulla libertà personale nel segno del "minimo sacrificio necessario"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 457ss., sia pur riferendosi al diverso ambito della giurisprudenza costituzionale pronunciata sulla presunzione di pericolosità sociale di cui all' art. 275 co. 3, c.p.p.

sentenza n. 253/2019:<sup>104</sup> una «decisione “storica” dal grande impatto sistematico»<sup>105</sup>.

Tanto e tale entusiasmo<sup>106</sup> si giustifica in ragione del fatto che, effettivamente, con tale sentenza il Giudice costituzionale si è spinto sino a dove non aveva mai osato, censurando la legittimità costituzionale del congegno ostativo in sé e per

---

<sup>104</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit. Tra i numerosissimi contributi a commento della pronuncia, si vedano: FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, in *Cass. Pen.*, 2020, 1019 ss.; SANTANGELO, *Nuovi profili di illegittimità del regime ostativo: la speranza di un permesso o il permesso di sperare?*, ivi, 2777 ss.; RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. Pen.*, on line, 12 dicembre 2019; GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, ivi, 20 Settembre 2021; DE VITO, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 349 ss.; DODARO, *L'onere di collaborazione con la giustizia per l'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis, comma 1, ord. penit. di fronte alla Costituzione*, ivi, 2020, 259 ss.; PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 30 marzo 2020; BORTOLATO, *Il futuro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga. Brevi riflessioni sulla sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 632 ss.; PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 501 ss.; ID., *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 4 febbraio 2020; CERASE, *La Corte costituzionale sui reati ostativi: una sentenza, molte perplessità*, ivi, 5 febbraio 2020; CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, in *Osservatorio AIC*, 2020, 1, 211 ss.; BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019) n. 253*, ivi, 2020, 2, 324 ss.; MENGOLZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche incianpo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, ivi, 2020, 2, 354 ss.; MENGHINI, *La consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, ivi, 2020, 2, 307 ss.; CIRIOLI, *Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impiccati a una pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte Costituzionale*, ivi, 2020, 4, 207 ss.; MAZZUCCA, *Reati ostativi e benefici penitenziari: l'emergere di un nuovo paradigma ermeneutico (Commento a C. Cost. 23 ottobre 2019, n. 253)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 5 febbraio 2020; TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 18 dicembre 2019.

<sup>105</sup> FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, cit., 1019.

<sup>106</sup> In sede di commento la sentenza n. 253/2019 è stata definita come una vera e propria «rivoluzione copernicana» sul terreno dell'ostatività ai benefici penitenziari, o come il «big bang»: così, rispettivamente, MANCA *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, Milano, 2011, 111, e CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, cit., 1.

sé, ovvero, nella sua componente strutturale costituita dalle presunzioni legali assolute e dai conseguenti (troppo) rigidi automatismi normativi.<sup>107</sup>

A tale ultimo proposito è bene rilevare, sin da ora, che la pronuncia della Corte costituzionale è stata preceduta di qualche giorno dalla celebre sentenza *Viola c. Italia* con la quale, come noto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha definitivamente sancito l'illegittimità dell'ergastolo ostativo sul versante del rispetto dell'art. 3 Cedu<sup>108</sup>. Sotto tale aspetto non può negarsi che i principi affermati dal Giudice di Strasburgo – specie nella parte della sentenza dedicata a smentire la rigida equivalenza tra collaborazione e ravvedimento<sup>109</sup> – abbiano ampiamente condizionato i rilievi del Giudice costituzionale. Altrettanto vero, tuttavia, è che la sentenza n. 253/2019 sviluppa un percorso motivazionale autonomo<sup>110</sup> e, per certi versi, più ampio rispetto a quello della sentenza *Viola c. Italia*, anche perché le due pronunce hanno ad oggetto una questione non propriamente sovrapponibile: avanti la Corte europea dei diritti dell'uomo il

<sup>107</sup> Si sofferma su tale aspetto, tra i tanti, PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 503.

<sup>108</sup> Corte EDU, sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), in *Cass. Pen.* 2019, 3758. Sentenza, anche in tal caso, molto commentata. Vedi, tra i tanti, 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 ss.; FIORENTIN, *La Corte di Strasburgo conferma: la pena perpetua non riducibile è sempre contraria alla Convenzione europea, al rispetto delle dignità umana*, in *Cass. Pen.* 2019, 3065 ss.; SANTANGELO, *La rivoluzione dolce del principio rieducativo tra Roma e Strasburgo*, ivi, 3769; MANCA, *Le dichiarazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra le Corti: da Viola c. Italia alla attesa della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2, 2019; GALLIANI - PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 4, 191 ss.; MORI - ALBERTA, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 14 giugno 2019; TARALLO, *Il "fine pena mai" di fronte al controllo CEDU: un "margine di apprezzamento" sempre più fluttuante e aleatorio*, in *www.dirittifondamentali.it*, 14 gennaio 2020, 91 ss.; PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *SI-DIBlog*, 21 giugno 2019; 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 *Dir. pen. cont.*, on line, 1° luglio 2019.

<sup>109</sup> Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., par. 118 e 119.

<sup>110</sup> In tal senso PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 506. In argomento, sul "mancato dialogo" della Corte costituzionale con la Corte EDU in occasione della sentenza in esame, cfr. altresì MOTTESE, *Ergastolo e diritti umani nella prospettiva del diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 55 ss.

regime ostativo era in discussione con specifico riferimento al divieto assoluto di accesso alla liberazione condizionale previsto nei confronti del condannato all'ergastolo, mentre, avanti la Corte costituzionale, l'ostatività era in questione rispetto al diverso e meno ampio beneficio del permesso premio<sup>111</sup>.

In dettaglio, la sentenza n. 253/2019 trae origine dalle ordinanze di remissione sollevate dalla Corte di Cassazione<sup>112</sup> e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia<sup>113</sup>, similari ma non esattamente sovrapponibili<sup>114</sup>, con le quali la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare la legittimità, rispetto agli art. 3 e 27 Cost., dell'art. 4 *bis*, co. 1, ord. penit., nella parte in cui esclude i condannati alla pena dell'ergastolo per il reato di associazione a delinquere di tipo mafioso e per i reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, dalla possibilità di fruire dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter* ord. penit., in assenza di collaborazione con la giustizia.

---

<sup>111</sup> A puntualizzarlo è la stessa Corte costituzionale: «le questioni di legittimità costituzionale sollevate non riguardano la legittimità costituzionale della disciplina relativa al cosiddetto ergastolo ostativo, sulla cui compatibilità con la CEDU si è, di recente, soffermata la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 giugno 2019, Viola contro Italia» perché, invece, nei processi *a quibus* si fa questione della sola possibilità di concessione, ai detenuti, di un permesso premio, non di altri benefici», così, Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit. punti 5.2 e 5.3. del *considerato in diritto*.

<sup>112</sup> Cass., sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913, in *Dir., pen. cont., on line*, 28 gennaio 2019, con commento di UBIALI, *Ergastolo ostativo e preclusioni all'accesso ai permessi premio: la cassazione solleva questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 27 Cost.*

<sup>113</sup> Trib. Sorv., Perugia, ordinanza 28 maggio 2019, pubblicata in G.U., I serie speciale, n. 34, 21 agosto 2019.

<sup>114</sup> Segnatamente mentre la Suprema Corte denuncia l'incompatibilità dell'art. 4 *bis* co.1 ord. penit., con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., «nella parte in cui esclude 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 fruizione di un permesso premio», il Tribunale di sorveglianza censura la medesima norma (art. 4 *bis* co. 1 ord. penit.), con riferimento ai medesimi parametri costituzionali (artt. 3 e 27 Cost.), «nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo per delitti commessi al fine di agevolare l'attività dell'associazione a delinquere ex art. 416 *bis* cod. pen. della quale sia stato partecipe, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio». In proposito, per un commento più dettagliato di entrambe le ordinanze, si rinvia a MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, cit., 310 ss.; BERNARDI, *Sull'incompatibilità con la costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019) n. 253*, cit., 333 ss.

*Petitum*, dunque, limitato sotto tre diversi aspetti: anzitutto, con riferimento alla tipologia dei reati ostativi, venendo in considerazione esclusivamente le fattispecie di mafia e di “contesto mafioso”; in secondo luogo avuto riguardo alla pena inflitta, trattandosi solo dei condannati alla pena perpetua per taluno di tali reati; da ultimo, anche con riferimento alla specifica tipologia dei benefici oggetto della preclusione ostativa, venendo in gioco esclusivamente la concedibilità dei permessi premio<sup>115</sup>.

Mantenendosi solo in parte fedele al perimetro tracciato dalle ordinanze di rimessione<sup>116</sup>, la Corte costituzionale ha accolto le censure prospettate dai remittenti dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 *bis* co. 1, ord. penit., nella parte in cui non consente che, ai condannati alla pena dell’ergastolo o della reclusione per tutti i delitti ostativi ivi contemplati, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58 *ter* ord. penit, allorché siano stati acquisiti specifici elementi tali da escludere, sia l’attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo di un loro ripristino.

A prima lettura l’elemento di grande novità che traspare dal dispositivo della sentenza è il seguente: con riferimento all’intera categoria dei detenuti ostativi, l’utile collaborazione con la giustizia cessa di essere *condicio sine qua non* ai

<sup>115</sup> Sul perimetro della questione di legittimità costituzionale, PUGIOTTO, *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria*, cit., 2.

<sup>116</sup> Rispetto ai tre differenti profili segnalati nel testo, la Corte ha adottato una soluzione “estensiva” rispetto ai primi due, e una soluzione “restrittiva” rispetto al terzo profilo. La prima soluzione è consistita nell’estendere, in via consequenziale, con lo strumento di cui all’art. 27 l. n. 87/1953, la declaratoria d’incostituzionalità della norma censurata ai condannati alla pena della reclusione, oltre che dell’ergastolo, per tutti i reati, non solo per quelli di contesto mafioso, ciò al fine di evitare «una paradossale disparità» che sarebbe derivata da un «intervento parzialmente ablativo realizzato sui [soli] reati di criminalità organizzata di matrice mafiosa» (Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, punto 12 del ‘*considerato in diritto*). Quanto alla soluzione restrittiva, invece, essa è consistita nel circoscrivere il perimetro della propria decisione alla sola misura invocata dai giudici *a quibus* - il permesso premio di cui all’art. 30 *ter* ord. penit. - senza estenderla a tutte le altre misure alternative e premiali soggette al regime ostativo di cui all’art. 4 *bis* ord. penit. (cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit. punto 5.2. del ‘*considerato in diritto*). In ordine a tali aspetti, si rinvia alle considerazioni di PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 9, nonché BERNARDI, *Sull’incompatibilità con la costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019) n. 253, cit., 338 ss.*, e CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 221 ss.

fini della concessione dello specifico beneficio del permesso premio che, per effetto della sentenza, torna ora a poter essere concesso anche quando si dimostri – per altra via – l’assenza di collegamenti attuali e futuri con la criminalità organizzata

Senza sottovalutare l’importanza del risultato, tuttavia, merita sottolineare il percorso argomentativo seguito dal Giudice delle leggi per giungere a smantellare l’automatismo ostativo.

Invero, avendo bene in mente, da un lato il dispositivo della sentenza e, dall’altro, i principali capisaldi della giurisprudenza costituzionale sull’art. 4 *bis* ord. penit., potrebbe anche pensarsi che la Consulta abbia radicalmente sconfessato alcune delle proprie affermazioni di principio e, in specie, quelle più ostinatamente contrarie al superamento dell’ostatività penitenziaria. Non è affatto così. Il percorso argomentativo seguito si rivela interessante anche perché – come autorevolmente è stato detto – «con una tecnica che almeno alla lontana ricorda quella della maieutica»<sup>117</sup>, prende le mosse dalla tradizione per ricavarne, senza incorrere mai in contraddizione, esiti diversi e nuovi orizzonti.

Il Giudice costituzionale, nel proprio incedere argomentativo, prende spunto proprio da alcune delle sue affermazioni di principio rivelatesi, in passato, le più congeniali per giustificare la sopravvivenza del congegno ostativo. Così, ad esempio, la Corte per un verso ha ricordato di aver già sostenuto di non potersi qualificare il meccanismo previsto dall’art. 4 *bis* ord. penit come «costrizione alla delazione»<sup>118</sup> e, per altro, di aver escluso la sussistenza di un vero e proprio automatismo normativo nella relativa disciplina<sup>119</sup>. Tali affermazioni di principio, senza essere apertamente smentite, sono tuttavia degradate a «mere puntualizzazioni concettuali»<sup>120</sup>. Entro un diverso modo di definire e inquadrare la dinamica applicativa del regime ostativo, infatti, la Corte ha subito cura di precisare che, «la presunzione della mancata rescissione dei collegamenti con la criminalità organizzata incombente sul detenuto non collaborante, deve

<sup>117</sup> CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 214, secondo il quale «l’*overruling* è indiscutibile, ma *ad adiuvandum* la Corte si serve proprio di alcune frasi [...] le quali oggettivamente giovano più al nuovo che al vecchio esito».

<sup>118</sup> Corte cost. 17 febbraio 1994, n. 39, in *Cass. Pen.*, 1994, 1448 ss.

<sup>119</sup> Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135, cit.

<sup>120</sup> Ancora, CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 214, spec. n. 2.

ritenersi assoluta nel senso che non può essere superata da altro se non dalla collaborazione stessa»<sup>121</sup>, unica condotta in grado di rimuovere l’ostacolo alle misure extramurarie. Da subito, quindi, il fulcro del suo ragionamento viene spostato sull’assolutezza della presunzione che – come si vedrà – costituisce il nucleo essenziale della declaratoria d’incostituzionalità<sup>122</sup>.

Sgomberato il campo da possibili equivoci, il Giudice delle leggi ha avuto buon gioco di richiamare anche altri arresti della sua pregressa giurisprudenza che, invero, già allora, erano parsi più funzionali alla declaratoria d’incostituzionalità che all’esito opposto<sup>123</sup>. Ma, soprattutto, tra le affermazioni di principio più risalenti, l’arresto che giova ora più al nuovo che al vecchio esito è quello volto a smentire la (troppo) rigida equazione normativa “collaborazione: ravvedimento”, ed il suo inverso “mancata collaborazione: mancato ravvedimento”<sup>124</sup>.

È esattamente questo il punto della motivazione in cui la tradizione si salda con l’innovazione posto che, secondo il Giudice costituzionale, sono proprio tali ultime valutazioni, debitamente sviluppate, che consentono di rovesciare l’esito dei precedenti e condurre all’accoglimento delle questioni prospettate.<sup>125</sup>

A partire da ora, focalizzata l’attenzione sull’automatismo normativo che preclude l’accesso alle misure trattamentali per il detenuto che scelga di non collaborare pur essendo nelle condizioni di farlo, la Corte ha avuto il merito di

<sup>121</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, punto 7.2. del ‘*considerato in diritto*’.

<sup>122</sup> Sottolineano tale aspetto, tra gli altri, PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 10; CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 216.

<sup>123</sup> Ci riferisce, in particolare, ad alcuni passaggi contenuti nella prima sentenza resa sull’art. 4 *bis* ord. penit (Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit.) nella parte in cui la Corte aveva apertamente manifestato perplessità per l’eco del diritto penale per tipi d’autore che si scorgeva nella relativa disciplina responsabile di una «rilevante» compromissione del finalismo rieducativo della pena. Per tali riferimenti, cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 7.2. del ‘*considerato in diritto*’.

<sup>124</sup> Cfr., in tal senso, Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 7.2. del ‘*considerato in diritto*’, Sotto tale profilo, peraltro, le argomentazioni della Corte (Corte cost., sentenza 23 ottobre 2019, n. 253, cit., punto 7.3. del ‘*considerato in diritto*’) si consolidano, non solo con alcuni arresti della sua pregressa giurisprudenza, ma anche con le affermazioni di principio rese dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Viola c. Italia*, laddove anche il Giudice europeo ha negato che la mancata collaborazione discenda «unicamente dalla persistenza dell’adesione ai “valori criminali” e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza» ed ha smentito l’equivalenza tra collaborazione e ravvedimento, potendo la prima essere motivata esclusivamente dal «proposito di ottenere i vantaggi previsti dalla legge» (cfr. Corte EDU, sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), cit., par. 118, 119).

<sup>125</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 8 del ‘*considerato in diritto*’.

enucleare le ragioni dell'insostenibilità costituzionale della presunzione legale che sta alla base del congegno ostativo.

Anzitutto, ad essere costituzionalmente illegittima - secondo il Giudice delle leggi - non è la presunzione in sé stessa, perché «non è affatto irragionevole presumere che il detenuto non collaborante mantenga vivi i legami con il sodalizio di originaria appartenenza».<sup>126</sup> È irragionevole, piuttosto, pretendere che tale presunzione non possa in alcun modo essere vinta da prova contraria. Insomma, non l'*an*, ma il *quomodo* della presunzione: la Corte ha appuntato le proprie censure sull'«inaccettabile assolutezza»<sup>127</sup> di una presunzione che, solo se «improntata al carattere relativo si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione e con gli impegni di risocializzazione insiti nella pena»<sup>128</sup>.

Ciò, essenzialmente, per almeno tre ordini di ragioni, distinte «ma complementari»<sup>129</sup>.

In primo luogo, perché all'assolutezza della presunzione sono sottese esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva del tutto eccentriche rispetto all'esecuzione penale. Prefigurando «una sorta di scambio tra informazioni utili ai fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso penitenziario»<sup>130</sup>, infatti, l'automatismo ostativo strumentalizza il detenuto a finalità investigative, e produce un *surplus* affittivo che non trova alcun collegamento con la gravità del reato commesso<sup>131</sup>. Sotto questo aspetto la Corte non ha fatto sconti rilevando che «un conto è l'attribuzione di

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> Così, CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 216.

<sup>128</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 8 del '*considerato in diritto*'.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 8.1. del '*considerato in diritto*'.

<sup>131</sup> Si richiamano, sotto tale aspetto, le osservazioni di PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 10 il quale intravede nella «scissione che la preclusione produce tra la disciplina della pena in fase esecutiva e la gravità del reato commesso» il potenziale conflitto con la garanzia di cui all'art. 5 CEDU - nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo - posto che «se è vero che la detenzione consegua alla condanna per il reato commesso, è anche vero che l'impossibilità di accedere ai percorsi extracarcerari, che modificherebbero in modo significativo forme e contenuto della sanzione, dipende non dal reato commesso, ma da condotte di mancata collaborazione che si collocano esclusivamente in fase esecutiva e che rispondono ad esigenze investigative».

valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l'infrazione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante<sup>132</sup>: se è giustificato il "premio" per la collaborazione, da considerarsi come ragionevole indice dell'abbandono del sodalizio criminoso, deve ritenersi inammissibile la "sanzione" per mancata collaborazione che, di fatto, si traduce in un ulteriore aggravio delle modalità esecutive della pena come conseguenza dell'esercizio di una libertà - quella di non collaborare con la giustizia - che l'ordinamento penitenziario non può disconoscere<sup>133</sup>.

Sotto un secondo profilo, il carattere assoluto della presunzione di pericolosità sociale radicata nella scelta di non collaborare contrasta con l'art. 27 co. 3 Cost. poiché, di fatto, esclude in radice la possibilità anche solo di tenere in considerazione la richiesta di accesso al beneficio. L'automatismo ostativo, in tal senso, svilisce la funzione della magistratura di sorveglianza non consentendole di valutare in concreto - secondo i criteri della flessibilità della pena e della progressione trattamentale - gli esiti del percorso rieducativo eventualmente intrapreso dal condannato, e neppure le ragioni che hanno determinato la scelta di non collaborare<sup>134</sup>.

Il terzo profilo d'incostituzionalità della presunzione assoluta - comune a quello proprio di tutte le presunzioni legali assolute - è legato alla sua intrinseca «irragionevolezza», da intendersi come mancata corrispondenza tra la generalizzazione posta a base dell'enunciato presuntivo e i dati di comune esperienza,

---

<sup>132</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., *punto 8.1. del 'considerato in diritto'*. Così facendo, ad avviso della Corte si «produce una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58 ter ord. penit., che (...) garantita nel processo nella forma di vero e proprio diritto, espressione del principio *nemo tenetur se detegere*, (...) in fase d'esecuzione, si trasforma (...) in un gravoso onere di collaborazione che non solo richiede la denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*), ma rischia altresì di determinare autoincriminazioni, anche per fatti non ancora giudicati».

<sup>133</sup> In altri termini, per dirla con le parole di CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 215: «sta bene che la "collaborazione" con la giustizia sia premiata; il suo contrario non può, tuttavia, avere un effetto punitivo senza scampo, tanto meno per chi è già sottoposto a una pena».

<sup>134</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., *punto 8.2. del 'considerato in diritto'*. In questo specifico passaggio della motivazione la Corte, per un verso ribadisce l'importanza «pedagogico propulsiva» del permesso premio, nell'ambito del complessivo programma trattamentale e, per altro, con puntuali riferimenti ad altre sentenze (per tutte, sent. 149/2018) sottolinea l'assoluta necessità di procedere a «valutazioni individualizzate e caso per caso nella materia dei permessi premio».

riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*<sup>135</sup>. Sotto quest'ultimo aspetto, invero, il Giudice costituzionale non ha mancato di sottolineare che la generalizzazione posta a base della presunzione assoluta – l'idea che la mancata collaborazione con la giustizia sia indice (non superabile se non dalla collaborazione stessa) della circostanza per cui il detenuto sia ancora legato al sodalizio criminale di appartenenza – sia supportata da solide ragioni, legate alle specifiche connotazioni criminologiche dei reati di criminalità organizzata di tipo mafioso,<sup>136</sup> ancora attuali e di «notevolissima importanza»<sup>137</sup>. Non di meno, tale presunzione assoluta è da considerarsi costituzionalmente illegittima nella misura in cui immuta un collegamento – quello tra la mancata collaborazione e il mancato ravvedimento – senza tenere in debita considerazione il «ruolo centrale del trascorrere del tempo» che, nella fase di esecuzione della pena, è fattore imprescindibile in quanto «può comportare trasformazioni rilevanti sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere». Proprio in ciò, secondo la Corte, risiede il contrasto, con gli articoli 3 e 27 Cost., «di una presunzione assoluta di pericolosità sociale che, a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto, presupponga l'immutabilità sia della personalità del condannato, sia del contesto estraneo di riferimento»<sup>138</sup>.

Per tutte queste concomitanti ragioni, in definitiva, il Giudice costituzionale ha concluso nel senso che, se non è irragionevole presumere che il condannato non collaborante mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di provenienza, tuttavia, si rende necessario consentire che una tale presunzione possa essere vinta da prova contraria. Di qui, in ossequio ai principi di eguaglianza e rieducazione, la presunzione di pericolosità sociale radicata nella scelta di non collaborare con la giustizia, pur rimanendo tale, ha visto mutare

---

<sup>135</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 8.3. del '*considerato in diritto*', in particolare: «in particolare, l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia possibile formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa».

<sup>136</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 8.3. del '*considerato in diritto*', «L'appartenenza ad una associazione di stampo mafioso implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminale, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo (in materia cautelare, sentenze n. 48 del 2015, n. 213 del 2013, n. 57 del 2013, n. 164 e n. 231 del 2011; ordinanza n. 136 del 2017)».

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

la propria natura giuridica trasformandosi in una presunzione (solo) relativa superabile, come tale, dall'allegazione di elementi di segno contrario in grado di ribaltare la generalizzazione posta a base dell'enunciato presuntivo.

Quali siano questi elementi, a dirlo è stata proprio la Corte muovendo dal presupposto secondo cui, date le peculiari «connotazioni criminologiche» dei reati di contesto mafioso, il superamento della presunzione relativa di pericolosità sociale non può dipendere esclusivamente dalla valutazione di «elementi generici»<sup>139</sup>, occorrendo «altri congrui e specifici elementi» che il Giudice delle leggi ha ricavato risalendo a ritroso la storia dell'art. 4 *bis* ord. penit., e ripristinando – non senza apportarvi alcuni correttivi di maggior rigore – l'originario «regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa»<sup>140</sup>, tarato sull'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

La sovrapposizione rispetto a tale criterio probatorio – attualmente previsto al comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* ord. penit. per i casi di collaborazione irrilevante, impossibile o inesigibile – non può dirsi totale. Dimostrandosi particolarmente attenta alle esigenze di tutela poste alla base delle preclusioni di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., specie quando la mancata collaborazione dipenda dalla scelta del condannato, la Corte ha ampliato l'oggetto dell'onere di specifica allegazione sino a ricomprendervi elementi tali da dimostrare, non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata terroristica o eversiva, ma altresì il «pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle circostanze personali ed ambientali»<sup>141</sup>.

Attraverso un'operazione «marcatamente additiva»<sup>142</sup>, viene così addossato al condannato che scelga di non collaborare uno specifico onere di allegazione

---

<sup>139</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 9 del '*considerato in diritto*', quali ad esempio «[la] sola regolare condotta carceraria o [la] mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno [...] una soltanto dichiarata dissociazione».

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> *Ibidem*, la Corte, in particolare, ha sottolineato che l'ampliamento dei temi oggetto dell'onere di specifica allegazione, anche al pericolo di ripristino, costituisce «aspetto logicamente collegato al precedente, del quale condivide il carattere necessario alla luce della Costituzione, al fine di evitare che il già richiamato interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4 *bis* ord. penit., finisca per essere vanificato».

<sup>142</sup> FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, cit., 1023.

avente ad oggetto circostanze tali da dimostrare l'assenza - attuale e futura - di collegamenti con la criminalità organizzata. Un dovere di specifica allegazione che, peraltro, si trasforma in una vera e propria inversione dell'onere della prova quando le informazioni pervenute dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica depongano in senso negativo<sup>143</sup>: spetterà al condannato, in tal caso, fornire veri e propri elementi di prova volti a dimostrare l'assenza e il pericolo di ripristino dei collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza.

Questi, in definitiva, i passaggi essenziali della sentenza manipolativa di accoglimento con la quale la Corte costituzionale non si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma impugnata ma, di fatto, ha interamente riscritto le dinamiche del regime ostativo, dettando le "nuove" condizioni che, in alternativa alla collaborazione, valgono a superare la presunzione relativa di pericolosità sociale del condannato non collaborante<sup>144</sup>. Il tutto, come detto, limitatamente alla concessione dei permessi premio: unica misura formalmente interessata dagli effetti della pronuncia<sup>145</sup>.

Se, sotto tale ultimo aspetto, la sentenza n. 253/2019 è, e rimane la sentenza c.d. «sui permessi premio», nondimeno coglie nel segno chi ha sottolineato come le argomentazioni impiegate dal Giudice costituzionale per giungere a far cadere la presunzione di pericolosità sociale, trascendano le peculiarità dello specifico beneficio e riguardino l'irragionevolezza in sé e per sé di una presunzione assoluta «che, proprio perché tale, osta illegittimamente a qualsiasi altra misura alternativa alla detenzione»<sup>146</sup>.

Ecco che, allora, può apprezzarsi la potenzialità espansiva della pronuncia in esame la quale, ben oltre i limiti formali del giudicato costituzionale, ha messo in discussione dalle fondamenta la stabilità del congegno ostativo tanto che, da

<sup>143</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 9 del '*considerato in diritto*'.

<sup>144</sup> Ha espresso fondate perplessità circa la «sussistenza dei necessari presupposti per operare una tale "integrazione" del tessuto normativo» RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, cit. 17, a giudizio del quale la Corte costituzionale ha adottato una «pronuncia additiva senz'altro priva, su questo punto, delle c.d. "rime obbligate"».

<sup>145</sup> V. *supra*, nota n. 115.

<sup>146</sup> Così, PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 517.

più parti, ne era stato pronosticato un possibile effetto a cascata – poi, almeno in parte, concretizzatosi – attraverso la proposizione di tante questioni di legittimità costituzionale, quanti sono i benefici penitenziari e le misure alternative alla detenzione soggette al regime ostativo<sup>147</sup>.

3.1. (Segue) *Le “due anime” della sentenza costituzionale n. 253/2019: l’insofferenza a presunzioni e automatismi normativi.* Un’attenta lettura della sentenza sui permessi premio è in grado di rivelarne, chiaramente, una doppia anima: l’una – «garantista e più ancora umanitaria»<sup>148</sup> – è legata alla degradazione giuridica della presunzione assoluta di perdurante pericolosità sociale radicata nella scelta di non collaborare con la giustizia; l’altra – «innovativa e sostanzialmente nomopoietica»<sup>149</sup> – è intimamente connessa alla prima, e risiede nella reintroduzione dell’inedito regime di prova rafforzata che, in alternativa alla collaborazione con la giustizia, rimane comunque condizionante ai fini del superamento della presunzione (ora) relativa di pericolosità sociale.

Nella sua prima dimensione, certo, la sentenza non può dirsi una decisione isolata né un «approdo inaspettato»<sup>150</sup>.

La pronuncia, sotto questo aspetto, si iscrive a pieno titolo in quell’orientamento della giurisprudenza costituzionale che, nel tempo, si è mostrato sempre più insoffidente a tollerare presunzioni legali e automatismi normativi.

In molti e diversi ambiti del diritto e della procedura penale, come noto, la Corte costituzionale si è trovata di fronte alla necessità valutare la

<sup>147</sup> In tal senso, FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, cit., 1021, il quale ha pronosticato una possibile «scia giurisprudenziale che estenderà la portata del principio [...] affermato in materia di permessi ad ogni altro beneficio penitenziario coinvolto nel sistema delle preclusioni così profondamente inciso dal pronunciamento costituzionale». In senso analogo, CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 224, il quale ha pronosticato «un percorso analogo a quello che ha portato a una serie di decisioni di accoglimento “a cascata” per l’art. 275 comma 3 c.p.p.».

<sup>148</sup> In questi termini, CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 213

<sup>149</sup> Così, FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, cit., 1021.

<sup>150</sup> PUGIOTTO, *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell’ostatività penitenziaria*, cit., 1; cfr. altresì, BERNARDI, *Sull’incompatibilità con la costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019) n. 253*, cit., 332, secondo la quale «la sentenza 253 del 2019 testimonia [...] una svolta [...] preannunciata».

ragionevolezza degli “automatismi” che trovano la loro fonte in presunzioni legali e, non di rado, ha dichiarato l’illegittimità delle norme che tali “automatismi” prevedono «in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (...) di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione»<sup>151</sup>.

È accaduto, per fare solo qualche esempio, dapprima con riferimento alle presunzioni di pericolosità sociale relative alla disciplina delle misure di sicurezza<sup>152</sup> e, successivamente, anche con riferimento agli automatismi inerenti all’applicazione delle pene accessorie<sup>153</sup> e della recidiva obbligatoria di cui all’art. 99, co. 5, c.p.<sup>154</sup>. Lo stesso, in ambito processuale, con riferimento alle presunzioni di pericolosità sociale alla base della c.d. custodia cautelare obbligatoria *ope legis*<sup>155</sup>. Più recentemente, anche in ambito penitenziario, la Corte ha

<sup>151</sup> Così CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 12.

<sup>152</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 20 gennaio 1971, n. 1, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), e, Corte cost. 27 luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1584 ss. Per una sintesi degli interventi della Corte costituzionale sul terreno degli automatismi vigenti in materia di misure di sicurezza si rinvia per tutti a PELISSERO, *Art. 203*, in *Codice penale commentato*, a cura di Dolcini - Gatta, Milano, 2017, 2511 ss.

<sup>153</sup> Con riferimento alla sanzione accessoria dell’automatica decadenza dalle responsabilità genitoriale (art. 569 c.p.), in ipotesi di condanna per taluno dei delitti contro lo stato di famiglia (artt. 566, 567 c.p.), cfr. Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Giur. cost.*, 2012, 364 ss. Per un commento alla pronuncia, cfr. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909 ss. V., altresì, Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *Giur. cost.*, 169 ss., con nota di M. MANTOVANI, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale sull’art. 569 c.p., sempre in nome del dio minore*. Con riferimento alla sanzione accessoria dell’inabilitazione all’esercizio di un’impresa commerciale e dell’incapacità di esercitare i relativi uffici direttivi, conseguente alla condanna per il reato di bancarotta fraudolenta, cfr. Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in *Cass. Pen.*, 2019, con nota di APRILE, *Osservazioni a C. cost., data udienza (25 settembre 2018), data deposito 5 dicembre 2018, n. 222*.

<sup>154</sup> Cfr. Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185, in *Cass. Pen.*, 2016, 22 ss., con nota di BIANCHI, *Cade l’ipotesi speciale di obbligatorietà: la consulta prosegue nell’opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva*.

<sup>155</sup> Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, 3169 ss., per un commento, TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 949 ss.; Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, 3169, con nota di MARANDOLA, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, 2950, con nota di MARANDOLA, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, in

smantellato la preclusione assoluta prevista dall'art. 58 *quater*, co. 4, ord. penit.<sup>156</sup>, fondata su un automatismo normativo forse meno noto, ma non meno problematico rispetto a quello di cui all'art. 4 *bis* ord. penit.<sup>157</sup>.

Il tema è quello dei vincoli legislativi imposti alla discrezionalità giudiziaria: argomento complesso che, nelle sue molteplici sfaccettature, meriterebbe ben altro approfondimento<sup>158</sup>.

In questa sede sarà sufficiente osservare che, ogni qual volta la Corte costituzionale rimuove la presunzione legale o ne "relativizza" l'assolutezza, perviene al medesimo risultato pratico: restituisce al giudice – attraverso una «delega di

---

*Giur. cost.*, 2011, 4554, con nota di SCOMPARIN, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa*; Corte cost., 3 maggio 2012, n. 110, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 985 ss. con nota di INGENITO *Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere: obbligatorio l'incidente di costituzionalità*; Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57, in *Giur. cost.*, 2013, 863, con nota di ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 213, in *Dir. & Giust.*, 2013, 995, con nota di CAPITANI, *Illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 232, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 430 ss., con nota di VERGINE, *Art. 275, 3° comma, c.p.p.: una norma dall'utilizzo eccessivo*; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48, in *Giur. cost.*, 968 ss., con nota di CALÒ, *Repetita iuvant: il carcere cautelare obbligatorio per legge, tra Corte costituzionale e legislatore*.

<sup>156</sup> Tale norma, come noto, introduce nei confronti dei condannati per il reato ostativo di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), ove aggravato dalla morte dell'ostaggio, un divieto assoluto di concessione di qualsiasi beneficio penitenziario, prima di aver espiato in carcere almeno due terzi della pena o, se si tratta di pena perpetua, almeno ventisei anni effettivi di pena. Per un commento alla norma si rinvia, per tutti, a CESARI, *Art. 58 quater*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 852 ss.

<sup>157</sup> Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, in *Giur. cost.*, 2018, 1632 ss., con note di PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva*, e FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*. Cfr., altresì, Corte cost., 8 novembre 2019, n. 229, in *Giur. cost.*, 2019, 2961, per un commento delle questioni affrontate v. 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 *Sist. Pen.*, on line, 21 novembre 2019.

<sup>158</sup> In argomento si rinvia, per tutti, a MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 190 ss.; CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Tipologie ed effetti delle decisioni di incostituzionalità*, a cura di Butturini - Nicolini, Napoli, 2014, 85 ss.; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); LEO, *Automatismi legislativi e principi costituzionali*, *Dir. pen. cont.*, on line, 7 gennaio 2014; ZAGREBELSKY - MARCENO, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210 ss.; BIN, *Diritti e Argomenti*, Milano, 1992, 88 ss.; ID., *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento in concreto*, in *Giur. cost.*, 1991, 3575 ss.; CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit.

bilanciamento in concreto»<sup>159</sup> - la possibilità di valutare le particolarità del caso sottoposto al suo esame<sup>160</sup>. In altri termini, rompendo il rigido rapporto tra protasi e apodosi di cui all'enunciato presuntivo, la Corte disinnescò l'automatismo normativo e «restituisce al giudice ciò che il legislatore gli aveva sottratto, cioè l'apprezzamento caso per caso»<sup>161</sup>.

Con la sentenza n. 253/2019 la Corte costituzionale è pervenuta al medesimo risultato utile, limitatamente alla concessione del permesso premio: degradata in relativa la presunzione di pericolosità sociale insita nella scelta di non collaborare, e disinnescato il conseguente automatismo ostativo, spetterà al magistrato di sorveglianza, anche in assenza di collaborazione con la giustizia, valutare caso per caso la concedibilità del beneficio.

Tra le diverse argomentazioni utilizzate per sostenere l'«inaccettabile assolutezza»<sup>162</sup> della presunzione legale di perdurante pericolosità sociale del detenuto non collaborante, quella legata alla sua intrinseca irragionevolezza, desta particolare interesse per le suggestioni comparative che essa è in grado di suscitare, rispetto alla caduta di un'altra presunzione assoluta «in rapporto a materie nelle quali giocano un ruolo preponderante la tutela della libertà personale e le valutazioni di pericolosità sociale»<sup>163</sup>.

Il punto della sentenza in cui tale argomentazione è meglio articolata risiede nel passaggio in cui si afferma che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», cioè che accade «tutte le volte in cui sia possibile formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione»<sup>164</sup>. Traspare,

<sup>159</sup> La felice espressione si deve a BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento in concreto*, cit., 3575. Sulla delega di bilanciamento, cfr. altresì SCACCIÀ, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 342 ss.

<sup>160</sup> Cfr. L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 4 ss.

<sup>161</sup> In questi termini, PUGIOTTO - MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità dell'ergastolo ostativo*, cit., 89.

<sup>162</sup> Così CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 216.

<sup>163</sup> *Ibidem*, 220, spec. n. 8.

<sup>164</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit. punto 8.3. del '*considerato in diritto*'.

in questo passaggio della motivazione, tutto il sospetto nutrito dal Giudice delle leggi nei confronti delle presunzioni legali assolute le quali, per potersi eccezionalmente ritenere legittime, altrettanto eccezionalmente devono rispondere a massime di esperienza generali e non falsificabili. In altri termini, devono resistere ai tentativi di smentita.

Si tratta di una modalità argomentativa ormai consolidata nella giurisprudenza costituzionale, tanto da ricordare quella che, ormai un decennio di anni addietro, la Corte costituzionale aveva impiegato per demolire un altro automatismo normativo fondato su una presunzione assoluta di pericolosità sociale: quello previsto dall'art. 275, co. 3, c.p.p. e relativo alla c.d. custodia cautelare obbligatoria<sup>165</sup>. Com'è noto, a partire dalla sentenza n. 265/2010, e con le successive nove declaratorie seriali d'illegittimità costituzionale<sup>166</sup>, la Corte costituzionale ha progressivamente modificato il sistema della custodia cautelare obbligatoria, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 275, co. 3, c.p.p. nella parte in cui, con riguardo alle ipotesi criminose che venivano di volta in volta in considerazione, prevedeva una presunzione - per l'appunto - assoluta di adeguatezza della misura massima, anziché una presunzione solo relativa. Come anticipato, anche nell'opera di progressivo sgretolamento dell'automatismo normativo alla base della custodia cautelare obbligatoria, la Corte ha utilizzato la modalità argomentativa fondata sull'*id quod plerumque accidit*: la ragionevolezza di quella presunzione assoluta è stata valutata in base al «grado di

---

<sup>165</sup> Come è noto, nella sua formulazione vigente prima delle modifiche apportate dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, l'art. 275, co. 3, c.p.p., prevedeva - con riferimento ad un nutrito ed eterogeneo elenco di reati, in gran parte sovrapponibile a quello di cui all'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit - una presunzione legale assoluta di adeguatezza della (sola) custodia cautelare in carcere che, di fatto, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, e di almeno una esigenza cautelare, rendeva l'applicazione della più grave misura custodiale esito pressoché scontato e automatico. Per un commento alla norma, si rinvia per tutti a SPAGNOLO, *Art. 275 c.p.p. Criteri di scelta delle misure*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, diretto da Lattanzi - Lupo, Milano, 2013, 311 ss. Per un commento alla norma, successivo alla riforma del 2015, LA REGINA *Art. 275 c.p.p. Criteri di scelta delle misure*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, diretto da Lattanzi - Lupo, Milano, 2017, 156. Sulla riforma realizzata dalla l. n. 47/2015, per tutti, AA. VV. *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di GIULIANI, Torino, 2015.

<sup>166</sup>V. *supra*, n. 155.

resistenza empirico alle obiezioni»<sup>167</sup>, ossia, attraverso la verifica della coincidenza tra l'enunciato della presunzione e i dati di esperienza generalizzati<sup>168</sup>. Un tale corrispondenza, com'è noto, per la maggior parte dei reati ricompresi nel catalogo di cui all'art. 275, co. 3, c.p.p. non è stata rintracciata e, per l'effetto, la presunzione assoluta è stata degradata in una presunzione solo relativa<sup>169</sup>, con conseguente riemersione del potere del giudice di valutare, in concreto, la possibilità di applicare misure diverse da quella custodiale. L'unica fattispecie in grado di resistere ai tentativi di smentita, banco di prova necessario ai fini della ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare, è risultata essere quella di cui all'art. 416 *bis* c.p. e, ciò, in ragione delle particolari «connotazioni criminologiche»: la specificità del vincolo associativo che implica ed è suscettibile di produrre una stabile appartenenza del singolo all'organizzazione, destinata a rimanere inalterata nonostante

<sup>167</sup> TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, cit., 953.

<sup>168</sup> La «ratio statistica», come è stata definita da RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in *Giur. cost.*, 2011, 3724. Per un maggior approfondimento sui termini del ragionamento impiegato dalla Corte costituzionale per giungere a trasformare da assoluta in relativa la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, oltre i contributi già citati (cfr. n. 155), si rinvia a CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenza del doppio binario cautelare*, in AA. VV. *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 113 ss.; GIOSTRA, *Carcere cautelare obbligatorio: la campana della Corte costituzionale, le stecche della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4849 ss.; GIALUZ, *Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2013, 110 ss.; ADORNO, *La parabola della custodia cautelare in carcere obbligatoria per legge*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2012, 8 ss.; DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 115 ss.; BARROCU, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, ivi, 2012, 224 ss.

<sup>169</sup> Ossia - esattamente come quella inerente alla sussistenza di almeno una delle esigenze cautelari - superabile ove «siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Ciò, segnatamente, è accaduto per le seguenti fattispecie delittuose originariamente soggette al meccanismo della custodia cautelare obbligatorio: artt. 600 *bis* co.1, 609 *bis*, e 609 *quater* c.p. (sent. n. 265/2010); art. 575 c.p. (sent. n. 164/2011); art. 74 D.p.R. n.309/1990 (sent. n. 231/2011); art. 12, co. 4 *bis*, d.lgs. 286/1998 (sent. n. 331/2011); art. 416 c.p., in relazione ai reati di cui agli artt. 473 e 474 c.p. (sent. n. 110/2012); reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose (sent. n. 57/2013); art. 630 c.p. (sent. n. 213/2013); art. 609 *octies* c.p. (sent. n. 232/2013); concorso esterno in associazione mafiosa (sent. n. 48/2015).

le vicende personali dell'associato, mantenendone viva la pericolosità<sup>170</sup>. Di qui la regola di esperienza sufficientemente condivisa secondo cui è legittimo presumere, senza possibilità di smentita, che il soggetto indiziato di appartenere all'associazione mafiosa resti, nonostante le indagini o il processo in corso, stabilmente legato al gruppo criminale di appartenenza: in nessun caso, pertanto, le esigenze cautelari possono essere fronteggiate con misure diverse da quella della custodia cautelare in carcere<sup>171</sup>.

Ora, tornando ai contenuti della sentenza n. 253/2019 e, in modo particolare, al suo dispositivo di accoglimento, sembrerebbe potersi affermare che - rispetto a quanto fatto sul terreno della custodia cautelare - il Giudice delle leggi abbia compiuto un ulteriore passo verso il progressivo smantellamento degli automatismi normativi: la presunzione di pericolosità sociale radicata nella scelta di non collaborare con la giustizia, infatti, è stata dichiarata

---

<sup>170</sup> Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, cit. punto 11 del '*considerato in diritto*': «l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice» da cui «deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure "minori" sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)». Nello stesso senso, Corte cost., sent. 26 marzo, 2015, n. 48, cit., punto 6 del '*considerato in diritto*': «Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso.

<sup>171</sup> Corte cost., sent. 26 marzo, 2015, n. 48, cit., punto 6 del '*considerato in diritto*': «Sono tali peculiari connotazioni a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione considerata, rendendo ragionevole la convinzione che, nella generalità dei casi, le esigenze cautelari derivanti dal delitto in questione non possano venire adeguatamente fronteggiate se non con la misura carceraria, in quanto idonea - per valersi delle parole della Corte europea dei diritti dell'uomo - "a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine", minimizzando "il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti" (sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia)» (sentenza n. 231 del 2011)». La ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, per i soggetti indiziati del delitto di associazione mafiosa, è stata ulteriormente ribadita dalla Corte costituzionale, sempre in ragione delle anzidette caratteristiche di indissolubilità del vincolo associativo che lega il singolo al gruppo di appartenenza, con l'ordinanza 12 giugno 2017, n. 136, in *Cass. Pen.*, 2018, 178 ss., con note di APRILE, *Osservazioni a C. cost.*, data udienza 8 marzo 2017, data deposito 12 giugno 2017, n. 136, 182 ss., e NOCERINO, *Ancora in tema di presunzioni: per l'associazione di tipo mafioso vige il criterio di "utilità" della misura*, 186 ss.

costituzionalmente illegittima, certo limitatamente al solo beneficio del permesso premio, ma comunque per tutti i reati catalogati nell'art. 4 *bis*, co. 1 ord. penit., ivi compreso per il reato di associazione mafiosa.

Nel far ciò, tuttavia, deve osservarsi come la Corte costituzionale non abbia minimamente messo in discussione, neppure in via incidentale, la tenuta della presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere attualmente vigente per i reati associativi<sup>172</sup>. Anzi, proprio nella motivazione della sentenza sui permessi premio, sembrerebbe che tale presunzione abbia ricevuto un'ulteriore – più o meno esplicita – conferma di ragionevolezza.

Per convincersene sarà sufficiente osservare che, nel richiamare le ragioni fondanti la massima di esperienza<sup>173</sup> posta a base della presunzione assoluta di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., il Giudice delle leggi ha fatto riferimento a quelle stesse argomentazioni che, a suo tempo, le avevano già consentito di ritenere del tutto ragionevole la generalizzazione posta a fondamento della presunzione assoluta di cui all'art. 27, co. 3 c.p.p., ossia: «l'appartenenza ad una associazione mafiosa implica un'adesione stabile ad un sodalizio criminoso, di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza incriminatrice e capace di protrarsi nel tempo»<sup>174</sup>. Ragioni che, come si è detto, la Corte ha ritenuto essere ancora attuali, «di notevolissima importanza» e per niente affatto affievolite con il passare del tempo<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> Ne costituisce conferma, del resto, il fatto che poco dopo la pronuncia sui permessi premio, con la sentenza n. 191/2021, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere stabilita dall'art. 275 co. 3 c.p.p., nei confronti degli imputati per associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico di cui all'art. 270-bis c.p. Cfr., Corte cost., 31 luglio 2020, n. 191, in *Sist. Pen., on line*, 23 novembre 2020, con commento di CATANEO, *Legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per l'associazione con finalità di terrorismo*.

<sup>173</sup> Quella secondo cui «se il condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per i delitti di contesto mafioso non collabora con la giustizia, la mancata collaborazione è indice (non superabile se non dalla collaborazione stessa) della circostanza per cui egli non ha spezzato i legami che lo tenevano avvinto all'organizzazione criminale di riferimento», cfr. Corte cost., 4 dicembre 2020, n. 253, cit., punto 8.3. del «*considerato in diritto*».

<sup>174</sup> *Ibidem*, ove si richiamano espressamente tutti i precedenti in materia di custodia cautelare (sent. n. 48/2015; n. 213/2013; n. 57/2013; 164/2011; 231/2011; ord. n. 136/2017).

<sup>175</sup> *Ibidem*.

Si tratta di considerazioni che, con ogni evidenza, avrebbero anche potuto costituire un serio ostacolo rispetto alla declaratoria d'incostituzionalità della presunzione assoluta di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., quantomeno con riferimento ai condannati per i più gravi delitti associativi di criminalità organizzata. L'ostacolo, tuttavia è stato aggirato dal Giudice delle leggi che, nel far ciò, ha inteso valorizzare l'irriducibile diversità che intercorre tra le due fasi in cui è chiamata ad operare la stessa presunzione di pericolosità sociale: mentre la fase cautelare, può tollerare automatismi normativi radicati in presunzioni legali assolute, «non solo per le peculiari connotazioni criminologiche del sodalizio criminale, ma anche perché la valutazione è svolta quasi nell'immediatezza del fatto»,<sup>176</sup> diversamente, nella fase dell'esecuzione penale nessuna presunzione legale assoluta può essere tollerata, poiché in tale fase «assume un ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto estraneo al carcere».<sup>177</sup>

In definitiva, se dalla sentenza n. 253/2019 non sembra potersi trarre la conclusione di una assoluta incompatibilità con i principi costituzionali di ogni ipotesi di presunzione legale assoluta<sup>178</sup>, tuttavia, sullo specifico terreno dell'esecuzione penale, la Corte parrebbe avere definitivamente inibito la possibile operatività di questo tipo di presunzioni<sup>179</sup>. Il che, del resto, è in perfetta sintonia con il parametro costituzionale del finalismo rieducativo della pena che rifiuta rigidi automatismi normativi ed esige valutazioni individualizzate e in concreto

---

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> Così, del resto, si è espressa la stessa Corte costituzionale, la quale nella già menzionata sentenza n. 191/2021 ha precisato di non avere mai «affermato l'assoluta incompatibilità con i principi costituzionali, in materia di misure cautelari e di tutela della libertà personale della persona indiziata di reato, di ogni ipotesi di presunzione assoluta stabilita del legislatore», Corte cost., 31 luglio 2020, n. 191, cit., punto 4.2. del '*considerato in diritto*'.

<sup>179</sup> Come rilevato da PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 12, a giudizio del quale «In ambito penitenziario le presunzioni assolute ancora presenti dovrebbero essere trasformate in presunzioni relative» e, ciò, «perché la connessione tra trascorrere del tempo e modificazione della personalità del detenuto rende oltremodo fragili regimi rigidi di preclusioni, essendo molto facile che la realtà viva di una personalità in divenire consenta di rinvenire casi che sconfessano la massima di esperienza sulla quale il legislatore costruisce le presunzioni».

che tengano conto del tempo trascorso e della evoluzione della personalità del condannato.

3.2. (Segue) *L'attenzione alle esigenze di prevenzione generale e difesa sociale.* Vi è un punto, scorrendo le articolate motivazioni della sentenza sui permessi premio, in cui può cogliersi il passaggio dalla dimensione più attenta a garantire l'imprescindibile significato del principio rieducativo, connotato di una pena flessibile e sempre aperta a possibili modifiche in funzione dei progressi trattamentali compiuti dal condannato, ad altra dimensione più «creativa»<sup>180</sup> e, al tempo stesso, legata al riaffiorare di preoccupazioni di prevenzione generale e di difesa sociale.

La saldatura tra questi due momenti, precisamente, si realizza là dove il Giudice costituzionale si è fatto interprete dell'inedito e più rigoroso criterio condizionante il superamento della presunzione di pericolosità sociale (ora) relativa, nei casi in cui il condannato, per scelta, eserciti la facoltà di non collaborare con la giustizia. In tal caso, come si è detto, la concessione del permesso premio al detenuto non collaborante resta subordinata all'acquisizione di «elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino tenuto conto delle circostanze personali ed ambientali»<sup>181</sup>.

Si tratta – giova ribadirlo – di un «regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa»<sup>182</sup> che, tuttavia, solo in parte è destinato a coincidere con quello attualmente previsto dall'art. 4 *bis*, co. 1 *bis*, ord. penit. ossia nei casi di collaborazione impossibile, irrilevante o inesigibile.

Segnatamente, impregiudicata la necessità che siano acquisiti elementi tali da escludere la presenza di collegamenti attuali con l'organizzazione criminale di appartenenza, il *novum* - «aggiunta di straordinario rilievo»<sup>183</sup> direttamente fruibile per il giudice *a quo* - si sostanzia, anzitutto, nell'estensione dei temi oggetto

---

<sup>180</sup> CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?* Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale, cit., 5.

<sup>181</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 9 del 'considerato in diritto'.

<sup>182</sup> *Ibidem*.

<sup>183</sup> CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?* Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale, cit., 5.

di prova anche al pericolo del ripristino (in futuro) dei collegamenti con la criminalità organizzata<sup>184</sup>. Non solo. Lo spirito “creativo” della pronuncia può cogliersi anche nella configurazione di un inedito onere di specifica allegazione posto a carico del condannato non collaborante ed avente ad oggetto ambedue i temi di prova (attualità e pericolo di ripristino)<sup>185</sup>. Un onere di specifica allegazione – e siamo al terzo elemento di novità – che si trasforma in una ancor più inedito onere di prova, allorquando le informazioni pervenute dalle autorità per l’ordine e la pubblica sicurezza depongano in senso sfavorevole al condannato<sup>186</sup>.

Se è indubbio che le indicazioni impartite in ordine ai temi di prova costituiscano la parte più inedita della sentenza, al tempo stesso, non se possono sottrarre le ispirazioni conservatrici. Nel ragionamento del giudice costituzionale,

---

<sup>184</sup> Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 9 del ‘*considerato in diritto*’. L’ampliamento dell’oggetto della prova al pericolo di ripristino è considerato dalla Corte «logicamente collegato» all’attualità dei collegamenti. Si tratterebbe – secondo la Corte – di un requisito «necessario alla luce della Costituzione, al fine di evitare che il già richiamato interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4 *bis* ord. penit., finisca per essere vanificato». In proposito, tuttavia, si è obiettato che «il requisito richiesto dalla Corte debba essere *in primis* collegato non tanto all’interesse alla prevenzione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4 *bis* ord. penit., quanto alla regola di giudizio prevista dall’art. 30 *ter* ord. penit. che, per la concessione del permesso premio, richiede un giudizio di assenza di pericolosità sociale del detenuto, rimesso alla valutazione del magistrato di sorveglianza sulla base degli elementi in suo possesso; dunque, già prima della sentenza in commento, l’acquisizione di eventuali elementi che facessero supporre il ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata sarebbe stata ostativa alla concessione del beneficio», così PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 14.

<sup>185</sup> Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 9 del ‘*considerato in diritto*’. Onere di specifica allegazione che la Corte costituzionale desume dalla «costante giurisprudenza di legittimità maturata sul comma 1-bis dell’art. 4 *bis*, ord. penit., in tema di collaborazione impossibile o inesigibile: *ex plurimis*, Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenze 13 agosto 2019, n. 36057, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044». Sottopone a critica il riferimento alle sentenze citate, BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, cit. 636.

<sup>186</sup> Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 9 del ‘*considerato in diritto*’. Inversione dell’onere della prova che la Corte che la Corte costituzionale desume da un’unica pronuncia della Corte di Cassazione, (Cass., sez. I, 12 maggio 1992, n. 1639) resa quando l’art. 4 *bis* ord. penit. non ancora prevedeva il requisito della collaborazione con la giustizia, né tantomeno le ipotesi equivalenti di collaborazione impossibile o inesigibile e dalla quale – come è stato osservato – non sembra potersi trarre «un’inversione *tout court* dell’onere della prova ma il semplice, verrebbe da dire scontato, obbligo per il giudice di tenere debitamente in considerazione anche eventualmente gli elementi offerti dalla difesa», così BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, cit., 637.

infatti, il regime di prova rafforzata trae la propria ragion d'essere dalla consapevolezza che, quando la mancata collaborazione discende dalla scelta del condannato, più rigorosi devono essere i criteri per la valutazione del superamento della presunzione di pericolosità sociale.

Coglie nel segno, allora, chi non ha esitato a definire questa specifica parte della motivazione anche come la «meno felice» della sentenza in quanto il criterio di prova rafforzata coniato dal Giudice delle leggi appare concretamente suscettibile di attenuare la «potenziale grande apertura» che si deve alla prima parte della pronuncia<sup>187</sup>.

Non per caso, in dottrina, c'è chi ha preferito parlare di una presunzione «semi assoluta piuttosto che relativa»<sup>188</sup>, a voler sottolineare che i gravosi oneri dimostrativi addossati sul condannato siano tali da rendere la concessione del permesso premio come «un'eccezione alla regola del diniego»<sup>189</sup>, confinando il beneficio «al limbo delle sole cose possibili e, più concretamente molto improbabili»<sup>190</sup>.

Le questioni “nodali” hanno riguardato, anzitutto, la difficoltà di riempire di autonomi contenuti concettuali il requisito del «pericolo di ripristino» dei collegamenti con il contesto criminale di appartenenza. Si è sottolineato che, diversamente da quello dell'attualità su cui si è ormai sviluppata una prassi comune quanto ai criteri da seguire in istruttoria<sup>191</sup>, il pericolo di ripristino

---

<sup>187</sup> Entrambe le citazioni sono di BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, cit., 635. La preoccupazione è condivisa da pressoché tutta la dottrina, cfr. PELISSERO, *Permesso premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 12 secondo cui «il risultato positivo a cui conduce la decisione [...] rischia di essere vanificato dai requisiti richiesti dalla Corte costituzionale per superare la presunzione relativa». Così, anche PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 513, secondo cui, in ragione del regime di prova rafforzata coniato dal Giudice costituzionale, «La sent. n. 253 si colloca sul crinale tra opportunità e fallimento».

<sup>188</sup> RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., 5.

<sup>189</sup> *Ibidem*.

<sup>190</sup> BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, cit., 636

<sup>191</sup> Per una rassegna degli elementi sintomatici che la giurisprudenza è solita prendere in considerazione ai fini della valutazione circa l'avvenuta recisione dei collegamenti con l'associazione criminale di

costituisca un elemento di davvero «difficile definizione»<sup>192</sup>, tanto da evocare «sciamaniche capacità predittive»<sup>193</sup> in ragione della «problematica aderenza ai dati epistemologici basati sulla materialità dell'oggetto di prova»<sup>194</sup>. Altri ancora, hanno posto l'accento sul rischio di una inevitabile sovrapposizione concettuale tra i due temi di prova dell'«attualità» e del «pericolo di ripristino» dei collegamenti posto che, in definitiva, con il secondo dei due requisiti non si chiede che di «provare che continuerà a non esistere ciò che già oggi non c'è»<sup>195</sup>.

---

appartenenza, si veda ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all'art. 4-bis O.P.*, cit., 32 ss.

<sup>192</sup> MENGHINI, *La consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019*, cit., 5.

<sup>193</sup> PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 513.

<sup>194</sup> Cass., sez. I, 12 febbraio 2020, n. 5553.

<sup>195</sup> Così, GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, cit., 4. In senso analogo, BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, cit., 637, a giudizio del quale «l'onere di allegazione profuturo in realtà configura una sorta di intromissione nella regola di giudizio della magistratura di sorveglianza che, per ogni decisione che adotta, opera già valutazioni prognostiche [...] le quali hanno ad oggetto proprio la difficile predizione di una condizione futura»; cfr., altresì, PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 513, il quale prospetta il rischio di «decisioni pilatesche: non più scudato dall'automatismo legislativo di ieri, il giudice accidioso che insegue anche oggi il quieto vivere potrà sempre ipotizzare domani simili rischi negando perciò il beneficio richiesto». Cfr., altresì, GALLIANI, *L'ergastolo e il regime ostativo, ovvero la speranza presa sul serio*, in *Ristretti Orizzonti*, 19 dicembre 2019, che definisce il nuovo requisito del pericolo di ripristino come una sorta di rischioso «onnivoro contenitore». Diversamente dalle posizioni critiche espresse dagli Autori sin qui richiamati, le quali muovono dal presupposto di ritenere che il requisito del pericolo di ripristino si aggiunga a quello dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, e dia luogo ad un regime probatorio di maggior rigore rispetto a quello attualmente previsto dall'art. 4 bis, co. 1 bis, ord. penit., 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 *Sist. Pen., on line*, 16 aprile 2020, 6 ss., ha escluso che la Corte costituzionale, ai fini del superamento della presunzione di pericolosità sociale, abbia introdotto un regime probatorio di ulteriore rigore rispetto a quello previsto dall'art. 4 bis, co. 1 bis, ord. penit., ritenendo, piuttosto, che essa abbia inteso estendere a tutte le ipotesi di condannati non collaboranti esattamente il regime probatorio previsto da quest'ultima disposizione per i detenuti che si trovino nell'impossibilità di collaborare, atteso che – a giudizio dell'Autrice – «la valutazione circa l'assenza del pericolo di ripristino dei collegamenti altro non rappresenti se non la concreta declinazione, per gli autori di reati della criminalità organizzata, del requisito dell'assenza di pericolosità sociale, che deve essere valutato ai sensi dell'art. 30 ter per la concessione dei permessi premio».

Non meno venati di preoccupazione sono apparsi i commenti relativi ai gravosi oneri addossati sul condannato non collaborante. Alle perplessità legate alla previsione di un inedito onere di specifica allegazione, che non trova pari nella disciplina relativa ai casi di collaborazione impossibile o inesigibile<sup>196</sup>, si sono aggiunte quelle relative alla configurazione di un vero e proprio onere della prova, nel caso in cui le autorità coinvolte nell'istruttoria esprimano parere negativo<sup>197</sup>. Sin da subito bollata come espressione di una «prospettiva securitaria»<sup>198</sup>, effettivamente sembra difficile negare che tale ultima soluzione si ponga in contrasto con il criterio dell'acquisizione che - almeno nel campo delle procedure di sorveglianza e, in modo particolare, di quelle relative alla concessione dei benefici - costituisce principio generale da applicarsi sempre, sia in considerazione della «peculiarità della materia», che involge valutazioni sulla persona, sia in ragione della «lontananza del detenuto dalle fonti di prova», prevalentemente di natura documentale e sotto l'egida dell'amministrazione penitenziaria<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> In tal senso si è osservato che per come è formulata l'attuale disposizione dell'art. 4 *bis*, co. 1 *bis*, ord. penit. («purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti [...]»), nell'interpretazione offertane dalla stessa giurisprudenza di legittimità, (*ex plurimis*, Cass., sez. I, 13 agosto 2019, n. 36057, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044), il richiedente ha unicamente l'onere di fare specifica allegazione di elementi tali da dimostrare la ricorrenza di ipotesi di collaborazione impossibile o inesigibile, ma non anche l'onere di fare specifica allegazione di elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata terroristica o eversiva, il cui accertamento è rimesso al potere esercitato d'ufficio dal magistrato di sorveglianza, sulla base delle relazioni dell'autorità penitenziaria, ed attraverso le dettagliate informazioni provenienti dal Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica. Cfr. in tal senso, BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la strada è ancora lunga*, cit., 635 ss.; FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, cit., 1027; CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?* Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale, cit., 9 ss.

<sup>197</sup> In proposito si è osservato che «quasi mai» le autorità interpellate dal magistrato di sorveglianza escludono un pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, sicché il detenuto sarebbe sempre gravato dall'onere di fornire veri e propri elementi di prova, così, CIRIOLI, *Bertoldo e la presunzione assoluta di pericolosità sociale: entrambi impiccati a una pianta di fragole? Un breve commento alla sentenza n. 253/2019 della Corte Costituzionale*, cit., 251.

<sup>198</sup> MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, cit., 17.

<sup>199</sup> Così, FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, cit., 1025, il quale sottolinea che l'inversione dell'onere della prova costituisce «una novità assoluta nel campo delle procedure di sorveglianza, nel cui ambito [...] mai si è posto a carico del detenuto un onere della prova in senso proprio». In senso analogo, BORTOLATO, *Il futuro rientro nella società non può essere negato a chi non collabora, ma la*

Per queste ragioni, in definitiva, si è diffusa l'impressione che si tratti una prova «diabolica»<sup>200</sup>, se non «impossibile»<sup>201</sup>.

In questo contesto, a fronte delle numerose perplessità sollevate dalla dottrina, non possono passare inosservati i primi orientamenti della giurisprudenza cui va riconosciuto un “doppio merito”: per un verso, quello di aver precisato la portata e il contenuto dell'onere di specifica allegazione gravante sul condannato non collaborante per scelta che aspiri alla concessione del permesso premio e, per altro, quello di aver tenuto distinto tale ultimo più rigoroso regime probatorio da quello, meno rigido, che continua ad essere applicabile nelle ipotesi di accertata collaborazione impossibile o inesigibile.

Sotto il primo aspetto si è distinta, anzitutto, la giurisprudenza di legittimità i cui sforzi, all'indomani della sentenza n. 253/2019, si sono indirizzati al precipuo scopo di circoscrivere il perimetro d'indagine dell'onere di allegazione gravante sul condannato non collaborante<sup>202</sup>. Si è precisato, in tal senso, che «onere di specifica allegazione, significa che gli elementi di fatto prospettati nella domanda devono avere una efficacia indicativa, anche in chiave logica, di quanto occorra a rapportarsi la tema di prova»<sup>203</sup>. In sostanza, escluso che chi aspiri al beneficio sia tenuto a fornire una prova integrale<sup>204</sup>, la Cassazione ha stabilito che gli elementi in questione debbano consistere nella «prospettazione di

---

*strada è ancora lunga*, cit., 637; PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 514.

<sup>200</sup> PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 514.

<sup>201</sup> PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 14.

<sup>202</sup> In argomento, GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, cit., 1 ss. Cfr. altresì MANCA, *Ergastolo ostativo e permessi premio: le risposte della Magistratura di Sorveglianza nelle more della riforma parlamentare*, in [www.osep.jus.unipi.it](http://www.osep.jus.unipi.it), 4 maggio 2022.

<sup>203</sup> Così, Cass., sez. I, 10 settembre 2021, n. 33743.

<sup>204</sup> In proposito si è osservato che «se dunque è nuovo l'oggetto dell'allegazione, si parametra comunque alla giurisprudenza già consolidata la portata dell'onere» poiché «Secondo la Cassazione, [...], il richiamo della Corte Costituzionale ad una serie di pronunce di legittimità in materia di collaborazione impossibile o inesigibile (sent. 36057/2019; 29869/2019; 47044/2017) è da leggersi come volto soltanto a chiarire la portata dell'onere di allegazione relativo all'assenza di collegamenti attuali e di pericolo di un loro ripristino, per la prima volta imposto all'istante», così GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, cit., 3 s.

massima delle circostanze suffraganti la sua richiesta, spettando poi a Tribunale la decisione finale alla stregua della documentazione in atti»<sup>205</sup>.

Con riferimento al requisito del «pericolo di ripristino», pur non avendo fornito spunti particolarmente utili ad individuare gli indici fattuali in base ai quali quest'ultimo andrebbe dimostrato<sup>206</sup>, il Giudice di legittimità ha precisato che, trattandosi di una «condizione relazionale», il richiedente la misura non può essere chiamato a dedurre «circostanze di fatto estranee alla sua esperienza percettiva», vissuta all'interno della realtà intramuraria<sup>207</sup>.

Alla luce di tale premessa, è stata la magistratura di sorveglianza ad aver tentato di riempire di autonomi contenuti lo sfuggente requisito del pericolo di ripristino attraverso l'indicazione di dati che, diversamente dall'operatività del sodalizio criminale, ben possono essere nella disponibilità dell'istante e che, perciò, egli ha l'onere di allegare<sup>208</sup>. In tal senso, ad esempio, in un caso si è fatto riferimento alle motivazioni del detenuto sulle ragioni del silenzio serbato in relazione alle vicende relative alle condanne in esecuzione<sup>209</sup>. In un'altra decisione, in modo forse più puntuale, ci si è riferiti all'assenza di familiari nel territorio dove opera il gruppo criminale, o al loro trasferimento altrove, al tenore

---

<sup>205</sup> Così, ancora, Cass., sez. I, 10 settembre 2021, n. 33743, ove si precisa che «l'onere di allegazione imposto al richiedente deve rapportarsi ai due temi di prova [...] anche in chiave meramente logica e non rappresentativa, essendo sufficiente la pertinenzialità. In particolare, il richiedente è tenuto ad illustrare gli elementi fattuali che abbiano concreta portata «antagonista» sul piano logico rispetto al fondamento della presunzione relativa di pericolosità (ad es. l'assenza di procedimenti posteriori alla carcerazione, il mancato sequestro di missive, la partecipazione fattiva all'opera rieducativa)».

<sup>206</sup> Più precisamente, in alcune decisioni della magistratura di sorveglianza si è sottolineato che «gli elementi indicati dalla Corte di cassazione per riempire di contenuto il requisito del pericolo di ripristino già rilevano sotto il profilo dell'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (l'assenza di procedimenti posteriori alla carcerazione, assenza di corrispondenza sequestrata)», così, Trib. Sorv. Padova, ord. 4 aprile 2022, in *Il Penalista*, 11 maggio 2022, con nota di CATTELAN, *Permesso premio agli ostativi non collaboranti e il pericolo di ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata*.

<sup>207</sup> Cass., sez. I, 10 settembre 2021, n. 33743.

<sup>208</sup> Per una rassegna completa dei primi orientamenti della magistratura di sorveglianza si rinvia a MANCA, *Ergastolo ostativo e permessi premio: le risposte della Magistratura di Sorveglianza nelle more della riforma parlamentare*, cit., 2 ss., nonché GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, cit., 4 ss.

<sup>209</sup> Così, Trib. Sorv. Padova, ord. 4 aprile 2022.

di vita del nucleo familiare compatibile con introiti di tipo lecito ovvero, ancora, al mancato coinvolgimento dei propri congiunti in altre vicende criminali<sup>210</sup>.

Si tratta, con ogni evidenza, di prassi giurisprudenziali che lasciano ben sperare nella misura in cui, come autorevolmente è stato detto, tali orientamenti «appaiono indirizzati nello stesso verso che è quello di ottenere valutazioni serie, arginando il rischio che il requisito sul pericolo di ripristino si arresti su formule astratte, che lo rendano inattuabile»<sup>211</sup>.

Sotto il secondo aspetto, invece, deve darsi atto che subito dopo la sentenza n. 253/2019, non senza iniziali esitazioni<sup>212</sup>, nella giurisprudenza di legittimità si è venuto consolidando l'orientamento interpretativo incline a distinguere la posizione del condannato «non collaborante per scelta», da quella del condannato «non collaborante suo malgrado», per farne discendere precise conseguenze in ordine al diverso regime probatorio previsto ai fini del superamento della

<sup>210</sup> Trib. Sorv. Perugia, ord. 03 dicembre 2020, in *Il Penalista*, 28 gennaio 2021, con nota di MANCA, *Per un diritto penitenziario costituzionale: prime applicazioni in materia di permessi premio per l'ergastolano ostativo*.

<sup>211</sup> In questi termini, GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, cit., 4.

<sup>212</sup> All'indomani della sentenza n. 253/2019, in ragione della possibilità riconosciuta a tutti i condannati non collaboranti di accedere al permesso premio, è sorto il dubbio sull'effettiva permanenza dell'interesse ad accertare i requisiti della collaborazione impossibile o inesigibile (art. 4 *bis*, co. 1 *bis* ord. penit.), ai fini della concessione del medesimo beneficio. Secondo l'iniziale orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass, sez. I, 27 gennaio 2020, n. 3307, n. 3308, n. 3309, n. 3310, n. 331, n. 3313, n. 3314, deliberate nella medesima camera di consiglio) la disciplina dell'art. 4 *bis*, co. 1 *bis*, ord. penit., relativamente all'accertamento della collaborazione impossibile o inesigibile, non avrebbe avuto più spazio applicativo in relazione alla concessione dei permessi premio poiché, come si legge nella motivazione di tutte le sentenze citate, «il presupposto della collaborazione impossibile o inesigibile era stato introdotto nell'ordinamento quale sorta di contraltare alla collaborazione effettiva con la giustizia» con la conseguenza che, per effetto della sentenza n. 253/2019, «una volta venuta meno l'assoluta necessità della sussistenza di quest'ultima per poter accedere al permesso-premio viene a perdere giustificazione anche la prima». Logico corollario di tale impostazione era quello di subordinare l'accesso ai permessi premio per tutti i condannati non collaboranti - a prescindere dalla sussistenza degli estremi di collaborazione impossibile o inesigibile - al più rigoroso regime di prova rafforzata delineato dalla sentenza n. 253/2019, che impone l'accertamento non solo dell'esclusione dell'attualità dei collegamenti, ma anche del pericolo di ripristino degli stessi. Per una rassegna delle sentenze della Cassazione che hanno aderito a tale orientamento, e un relativo commento, cfr., 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*, cit., 1 ss.; cfr. altresì, CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, cit., 10 s.

presunzione relativa di pericolosità sociale per la concessione del permesso premio<sup>213</sup>.

Tale ultimo orientamento, in estrema sintesi, muove dall'assunto secondo cui, per un verso, la decisione della Corte costituzionale non ha affatto interessato le disposizioni in tema di collaborazione impossibile o inesigibile e, per altro, la condizione di chi non collabora perché «oggettivamente può, ma soggettivamente non vuole (silente per scelta)» non può essere equiparata a quella di chi non collabora perché «soggettivamente vuole, ma oggettivamente non può (silente suo malgrado)»<sup>214</sup>: solo in tale ultima ipotesi, infatti, la mancata collaborazione «assume un significato del tutto neutro, il che - nella logica proposta dalla Consulta - consente di circoscrivere la dimostrazione probatoria al parametro della 'esclusione di attualità dei collegamenti'»<sup>215</sup>. Dalla «percepibile differenza ontologica»<sup>216</sup> tra le due condizioni del «silente per scelta» e del «silente suo malgrado», se n'è fatta discendere una differenza, altrettanto chiara, in ordine all'attività istruttoria da compiersi ai fini della concessione dei permessi premio: impregiudicata in ambedue i casi la necessità di acquisire elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata - secondo la Corte di Cassazione - quando la collaborazione sia oggettivamente impossibile, irrilevante o inesigibile, non può gravare sul condannato l'onere di specifica allegazione di elementi tali da escludere anche il pericolo di ripristino di tali collegamenti. In questi termini, dunque, la giurisprudenza della Suprema Corte ha avuto il merito di circoscrivere l'ambito applicativo del più rigoroso criterio probatorio introdotto con la sentenza n. 253/2019 ai soli casi in cui la mancata collaborazione sia frutto di una scelta del condannato e, contestualmente, di

---

<sup>213</sup> Orientamento inaugurato da Cass., sez. I, 12 febbraio 2020, n. 5553, cui hanno fatto seguito le seguenti conformi: Cass., sez. I, 23 marzo 2020, n. 5551; Cass. sez. I, 30 giugno 2020, n. 19600; Cass., sez. I, 22 settembre 2020, n. 26480; Cass., sez. I, 21 ottobre 2020, n. 29140, n. 29141 e n. 29151; Cass., sez. I, 6 novembre 2020, n. 31017 e n. 31025; Cass., sez. V, 21 dicembre 2020, n. 36887; Cass., sez. I, 21 gennaio 2021, n. 2593; Cass., sez. I, 22 aprile 2021, n. 15286; Cass., sez. I, 17 giugno 2021, n. 23858, n. 23859 e n. 23862.

<sup>214</sup> Cass., sez. V, 21 dicembre 2020, n. 36887, posto che - come si legge in motivazione - «l'accertamento in positivo della impossibilità o inesigibilità della collaborazione consente di qualificare in termini Corte di Cassazione - copia non ufficiale univoci (e non connotati da alcun minimo disvalore) la scelta del detenuto di non fornire informazioni alla autorità giudiziaria».

<sup>215</sup> Così, Cass., sez. I, 12 febbraio 2020, n. 5553.

<sup>216</sup> *Ibidem*.

“salvare” l’istituto della collaborazione impossibile, irrilevante o inesigibile il cui accertamento, proprio in ragione del più benevolo regime probatorio gravante sul condannato, continua a rivestire interesse anche dopo la sentenza sui permessi premio.

Un orientamento - evidentemente favorevole alla posizione del detenuto<sup>217</sup> - che, dopo essersi consolidato in termini di “diritto vivente” nella giurisprudenza di legittimità, più di recente, è stato condiviso anche dalla Corte costituzionale. Con la sentenza n. 20/2022<sup>218</sup>, infatti, il Giudice delle leggi ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 4 *bis* ord. penit. - sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27 co. 3, cost. - nella parte in cui la norma impugnata prevede che i permessi premio di cui all’art. 30 *ter* ord. penit. possano essere concessi ai condannati che abbiano ottenuto l’accertamento della collaborazione impossibile e inesigibile, ove sia accertata la sola assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

Con tale pronuncia la Corte costituzionale ha definitivamente certificato la ragionevolezza del «doppio regime probatorio»<sup>219</sup> venutosi a delineare per effetto della sentenza sui permessi premio. Un regime di prova di maggior rigore, solo quando una collaborazione oggettivamente possibile ed esigibile venga volontariamente rifiutata posto che, in tali casi, «la scelta di serbare il silenzio

---

<sup>217</sup> Come ha rilevato 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*, cit., 5, secondo la quale l’orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità risponde all’«intento di preservare i condannati di cui al co. 1 *bis* dall’applicazione di un regime probatorio ancor più rigoroso di quello attuale e di evitare così un effetto paradossale: che cioè da una dichiarazione di illegittimità costituzionale finalizzata a rimuovere delle preclusioni e a valorizzare i principi dell’individualizzazione del trattamento, dell’umanità e della rieducazione della pena, derivino in concreto degli effetti peggiorativi, in termini di riduzione delle possibilità di accesso ai permessi premio, per una certa categoria di condannati (quelli appunto di cui al co. 1 *bis*)».

<sup>218</sup> Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 20, in *Cass. Pen.*, 2022, 1845 ss., con nota di APRILE, *La Consulta “definisce” l’ambito applicativo dell’art. 4-bis ord. penit. nei casi di collaborazione rifiutata, impossibile o inesigibile*, 1851 ss. Per un commento alla sentenza, cfr. altresì 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 *Sist. Pen.*, on line, 2 febbraio 2022, 1 ss., nonché CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile?* Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale, cit., 1 ss.

<sup>219</sup> Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 20, cit., punto 4.1 del ‘considerato in diritto’.

produce, come conseguenza di fatto, un effetto di favore per la consorteia criminale, ciò che giustifica la regola probatoria di maggior rigore»<sup>220</sup>. Viceversa, quando la collaborazione con la giustizia non sia in natura possibile o esigibile, la mancata collaborazione non assume lo stesso significato e, di conseguenza, in tali casi continua ad essere sufficiente - ai fini del superamento del regime ostativo - il consueto *standard* probatorio privo di oneri di specifica allegazione gravanti sul detenuto e improntato alla necessaria dimostrare la sola assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata<sup>221</sup>.

4. *L'incostituzionalità preannunciata dell'ergastolo ostativo*. Sfruttando la «fenditura»<sup>222</sup> aperta nel muro dell'ostatività penitenziaria, a breve distanza dalla sentenza sui permessi premio, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit. è tornata nuovamente ad occupare i banchi della Consulta, questa volta con riferimento all'aspetto più radicale della sua disciplina: quello che, in assenza di collaborazione con la giustizia, preclude ai condannati alla pena perpetua di accedere all'istituto della liberazione condizionale dando luogo, così, all' "ergastolo ostativo"<sup>223</sup>.

Più precisamente, con ordinanza di rimessione sollevata dalla Corte di Cassazione,<sup>224</sup> il Giudice delle leggi è stato investito della questione di legittimità

---

<sup>220</sup> *Ibidem*. In dettaglio, a giudizio della Corte «Il carattere volontario della scelta di non collaborare, infatti, costituisce - secondo l'*id quod plerumque accidit* - un sintomo di allarme, tale da esigere un regime rafforzato di verifica, esteso all'acquisizione anche di elementi (la cui allegazione spetta al richiedente) idonei ad escludere il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, e in mancanza dei quali la decisione sull'istanza di concessione del permesso premio si arresta già sulla soglia dell'ammissibilità».

<sup>221</sup> *Ibidem*.

<sup>222</sup> GIANFILIPPI, *Dopo la sentenza n. 253/2019 della Corte costituzionale: oneri di allegazione e istanze di permesso premio dell'ergastolano non collaborante*, cit., 1.

<sup>223</sup> Per definizione la definizione dell'istituto dell'"ergastolo ostativo", con indicazione della relativa bibliografia, si rinvia al par. 1, nn. 23 e 24.

<sup>224</sup> Cass, sez. I, 3-18 giugno 2020, n.34. Per un commento dell'ordinanza di rimessione, si rinvia a: NICOLÒ, *L'ergastolo ostativo al vaglio della Corte costituzionale*, in *questa Rivista*, 2021, 1; MONACO, *L'ergastolo ostativo nel dialogo fra le Corti. Aspettando il giudice delle leggi*, *ivi*, 2021, 1; CATANI, *Il regime giuridico dell'ergastolo ostativo alla luce del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei*

costituzionale, rispetto agli artt. 3, 27 co. 3, e 117 co. 1 Cost., degli artt. 4 *bis* co.1, 58 *ter* ord. penit. e dell'art. 2 d.l. n. 152/1991<sup>225</sup>, nella parte in cui tali norme escludono che i condannati alla pena perpetua per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose, possano essere ammessi alla liberazione condizionale qualora non collaborino utilmente con la giustizia.

Anche in tal caso, non diversamente dalla questione poi sfociata nella sentenza sui permessi premio, il *petitum* era limitato sotto i tre consueti profili della tipologia di reati, del tipo pena inflitta e dello specifico "beneficio" oggetto della preclusione: impregiudicati i primi due aspetti, ad essere in gioco, in quest'occasione, era l'istituto della liberazione condizionale che, secondo una logica affine a quella delle misure alternative alla detenzione, consente anche all'ergastolano la possibilità di riacquisire progressivamente lo *status libertatis*<sup>226</sup>.

---

*diritti dell'uomo. Problematiche e prospettive*, in *Rivista AIC*, 2020, 4, 427 ss.; SIRACUSA, *La "moralità" dell'ergastolo c.d. "ostativo" per i fatti di mafia*, *Dir. pen. cont., Riv. trin.*, 2021, 1, 192 ss.

<sup>225</sup> Tale ultima disposizione (art. 2, d.l. n. 152/1991, conv. con mod. in l. n. 203/1991), come anticipato, estende la disciplina restrittiva per l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione, prevista dall'art. 4 *bis* ord. penit., anche all'istituto della liberazione condizionale che, in base a quanto previsto agli artt. 176 ss. c.p., consente al condannato a pena detentiva, che durante il tempo di esecuzione della pena abbia dato prova di un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, di essere ammesso alla liberazione condizionale, dopo aver scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni (se si tratta di recidivo deve avere scontato almeno quattro anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli). L'art. 176 c.p. prevede, inoltre, che il condannato all'ergastolo possa essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno 26 anni di pena. In ogni caso la concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle. Disposizioni specifiche sono previste per la revoca della liberazione condizionale e sull'estinzione della pena dall'art. 177 c.p. Sulla natura formale del rinvio contenuto nell'art. 2 del d.l. n. 152/1991, cfr. MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4 bis ord. penit.: rinvio formale o recettizio?*, cit. 1585 ss, nonché, più recentemente, MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4 bis ord. pen.*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, 1353 ss. Sull'istituto della liberazione condizionale, cfr., per tutti, BORTOLATO, *Art. 176 - Liberazione condizionale, e Art. 177 - Revoca della liberazione condizionale o estinzione della pena*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI - GATTA, V. ed., 2021, Milano, 2459 ss.

<sup>226</sup> L'istituto della liberazione condizionale, come detto, trova collocazione sistematica all'interno del Codice penale ove è disciplinato (artt. 176 ss.) nel capo II del titolo VI, tra le cause di estinzione della pena. Nonostante ciò, in dottrina e giurisprudenza prevale la tesi che accomuna l'istituto in parola alle misure alternative alla detenzione previste capo VI, titolo I, ord. penit., poiché, «se si tiene conto del significato proprio dell'alternatività alla detenzione, nel senso di espiazione della pena in alternativa al carcere, soltanto la liberazione condizionale e l'affidamento in prova costituiscono misure alternative alla detenzione

Al cospetto di una questione di legittimità così prospettata, invero, la decisione della Corte appariva pressoché annunciata, non solo in ragione dell'immediato precedente reso in materia di permessi premio, ma anche in considerazione del precedente della Corte di Strasburgo che, come si è detto, con la sentenza *Viola C. Italia* ha sancito l'illegittimità dell'ergastolo ostativo sul versante del rispetto dell'art. 3 CEDU<sup>227</sup>.

Seguendo le coordinate tracciate dai due precedenti, infatti, la questione di legittimità costituzionale sull'ergastolo ostativo è stata accolta, sia pur (solo) nella sostanza, ma non (anche) nella forma. Con l'ordinanza n. 97/2021<sup>228</sup>, il Giudice delle leggi ha esibito tutte le ragioni d'illegittimità, costituzionale e

---

in senso stretto», così, per tutti, PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, cit., 237. In argomento, cfr. altresì MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed, Milano, 2017, 724 ss.

<sup>227</sup> Come rilevato, in modo pressoché unanime, da tutti i commentatori, tra i quali cfr. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, cit., 1 ss.; GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, cit., 37 ss.; PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo al capolinea? Una mappa per orientarsi, in attesa della sentenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2021, 2, 139 ss.; NICOLÒ, *L'ergastolo ostativo al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 17 ss.

<sup>228</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, in *Giur. cost.*, 2021, 1169 ss. Tra i numerosissimi commenti all'ordinanza, si rinvia ai seguenti contributi: PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 2021, 1213 ss.; ID, *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.; RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 651 ss.; PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 1001 ss.; DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. Pen.*, on line, 25 maggio 2021; RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, ivi, 28 febbraio 2022; GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia Insieme*, 20 maggio 2021; GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Quest. Giust.*, 27 maggio 2021; SFERLAZZA, *Riflessioni a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n.97/2021 sull'ergastolo ostativo: molti dubbi e poche certezze*, ivi, 26 maggio 2021; MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti Comparati*, 27 maggio 2021; PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n.97/2021 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 22 settembre 2021; DE LIA, *Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del "Feindstrafrecht"*, ivi, 15 dicembre 2021; V. CARUCCI, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Riv. Corte conti*, 2021, 225 ss.; MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo?*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 12 maggio 2021; MAURI, *La prevista censura dell'ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, «un invito al legislatore»*, in *SIDIBlog*, 27 maggio 2021.

convenzionale, dell'automatismo ostativo che preclude all'ergastolano non collaborante la possibilità di fruire dell'unico istituto che gli consente di sperare nel "fine pena" ma, al tempo stesso, si è astenuto dal dichiararne l'incostituzionalità rimettendo alla discrezionalità del legislatore, entro un congruo tempo, il compito di affrontare la materia.

Un'incostituzionalità, dunque, «prospettata»<sup>229</sup> ma non dichiarata, attraverso una decisione che ha solo la forma dell'ordinanza, e tutta la «sostanza di sentenza»<sup>230</sup>: è proprio questa la peculiarità della decisione resa dalla Consulta che, sotto tale ultimo aspetto, si presta a differenti valutazioni.

Sul piano della sostanza, infatti, è indubbio che l'ordinanza segni una tappa ulteriore nel percorso di progressiva erosione degli automatismi normativi fondati su presunzioni assolute.<sup>231</sup>

Sul piano della forma, invece, desta perplessità la scelta di limitarsi ad illustrare le ragioni d'illegittimità della normativa censurata, senza dichiararne l'incostituzionalità. Si tratta di una tecnica decisoria inedita, ma già sperimentata in altre

---

<sup>229</sup> Così - sia pur riferendosi all'ordinanza resa nel noto caso Cappato - LATTANZI, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2018*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>230</sup> Così, V. CARUCCI, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 230, la quale, invero, sottolinea che già «a livello formale l'ordinanza è strutturata, [...] nella forma tipica delle sentenze (epigrafe, ritenuto in fatto, considerato in diritto, conclusioni), ed è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale». Analogamente, MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, cit. 1, secondo cui «si tratta di un'ordinanza di rinvio che non si limita a contenuti di tipo processuale, ma che motiva ampiamente sulla questione, con argomentazioni diffuse che sarebbero tipiche, piuttosto, di una sentenza di merito e che anticipano una valutazione di incompatibilità della disciplina *sub judice* rispetto alle norme costituzionali». Così anche MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo?*, cit., 1, il quale definisce la decisione della Corte come un'«ordinanza-sentenza».

<sup>231</sup> In tal senso, cfr. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, cit., 2, nonché PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, cit., 4.

occasioni<sup>232</sup>, che, tuttavia, nel caso in esame riposa su argomentazioni non del tutto condivisibili<sup>233</sup>.

Iniziando dalla sostanza, se è vero che l'ordinanza n. 97/2021 non può che esser letta come il precipitato diretto dei due precedenti più prossimi (sentenza n. 253/2019 e sentenza Viola c. Italia), è anche vero che il percorso argomentativo seguito dal Giudice delle leggi si pone in linea di continuità con tutti i

---

<sup>232</sup> Ci si riferisce, come noto, alle due ordinanze rispettivamente rese, la prima nel 2018, in materia di suicidio assistito, (Corte cost 16 novembre 2018, n. 207, in *Giur. cost.*, 2018, 2459 ss., con nota di ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*; cfr., altresì, BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. Giust.*, 19 novembre 2018), e la seconda nel 2020, sulla questione c.d. delle pene detentive per i giornalisti responsabili del delitto di diffamazione aggravato dall'uso del mezzo stampa (Corte cost, 26 giugno 2020, n. 132, in *Giur. cost.*, 2020, 1457 ss., con commento di RECCHIA, *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, 1480 ss.). In sintesi, attraverso la tecnica decisoria dell'incostituzionalità «prospettata» o «differita», ora riproposta anche nell'ordinanza n. 97/2021 sull'ergastolo ostativo, «la Corte costituzionale, accerta l'incostituzionalità della norma di legge sottoposta a scrutinio, ma non la dichiara formalmente, rinviando a data fissa la discussione della causa, al fine di consentire al legislatore, nelle more, di adottare una nuova disciplina della materia, che tenga conto delle segnalate frizioni rispetto alla costituzione», così V. CARUCCI, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit, 2. Più in generale, per un commento sull'inedita tecnica decisoria recentemente adottata della Corte costituzionale, tra gli altri, cfr. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, 644 ss.; ID, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *www.federalismi.it*, 27 gennaio 2021, 54 ss; VERONESI, *Un'altra incostituzionalità "prospettata" ma non (ancora) dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell'ord. n. 132 del 2020*, in *Studium Iuris*, 2020, 1359 ss.

<sup>233</sup> Si è espressa in tal senso la dottrina, pressoché unanime. Ha sottolineato la contraddittorietà «particolarmente evidente» insita nell'uso di tale tecnica decisoria, rispetto al precedente rappresentato dalla sentenza 253/2019, MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, cit., 2 ss. Ha evidenziato «il costo diverso [...] del tutto peculiare [...] difficile da accettare» della «pronuncia-monito», DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, cit., 11 ss.

pregressi sviluppi della giurisprudenza, costituzionale<sup>234</sup> e convenzionale<sup>235</sup>, che hanno consentito di delineare volto costituzionale della pena perpetua.

---

<sup>234</sup> Come noto la Corte costituzionale ha ritenuto la pena perpetua costituzionalmente legittima e, in specie, compatibile con il principio della rieducazione del condannato, facendo leva essenzialmente sulle previsioni che, in progresso di tempo, hanno consentito all'ergastolano accedere all'istituto della liberazione condizionale, così da interrompere - *de facto* - la sua dimensione di pena (solo) astrattamente perpetua. Il riferimento è alle seguenti sentenze, puntualmente richiamate nell'ordinanza n. 97/2021: Corte cost., 21 novembre 1974, n. 64, in *Giur. cost.*, 1974, 2897, con la quale l'ergastolo è stato ritenuto costituzionalmente legittimo rilevando che «l'istituto della liberazione condizionale disciplinato dall'art. 176 c.p. [...] consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile senza che possano ostarvi le sue precarie condizioni economiche»; Corte cost. 27 settembre 1983, n. 274, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1984, 799, con la quale, ai fini della maturazione della soglia di pena necessaria per accedere alla liberazione condizionale, è stata riconosciuta anche all'ergastolano la possibilità di fruire degli sconti di pena previsti dall'art. 54 ord. penit (liberazione anticipata); Corte cost. 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. it.*, 1995, 357, con la quale, nell'escludere l'applicabilità dell'ergastolo nei confronti dei minori, la Corte ha ribadito che «la previsione astratta dell'ergastolo deve ormai essere inquadrata in quel tessuto normativo che progressivamente ha finito per togliere ogni significato al carattere della perpetuità che all'epoca dell'emanazione del codice la connotava»; Corte cost., 4 giugno 1997, n. 161, in *Giur. it.*, 1999, 121, che ha definitivamente stabilito la reiterabilità della richiesta di liberazione condizionale da parte dell'ergastolano. Per una ricognizione completa della giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo, nonché, per un inquadramento generale dell'ergastolo, si rinvia a PAVARINI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 575 ss.; DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. appunti e riflessioni*, *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2018, 3, 1 ss.; ID *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2021, 3, 1 ss.

<sup>235</sup> Il problema della compatibilità della pena perpetua con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel cui ambito manca una previsione esplicita sulla funzione della pena, è stato tradizionalmente ricondotto al diverso parametro del divieto di trattamenti inumani o degradanti, di cui all'art. 3 della Convenzione. Come noto, la Corte EDU è giunta ad una conclusione sostanzialmente analoga a quella della Corte costituzionale, nel senso che «la sua giurisprudenza non è di per sé contraria a sanzioni di durata indeterminata, purché l'indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità (così, con efficace espressione di sintesi, PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 917 ss.). Nelle numerose sentenze rese in materia, in particolare, la Corte EDU ha insistito sulla necessaria condizione di riducibilità della pena perpetua, ossia sulla previsione di un meccanismo di «riesame che permetta alle autorità nazionali di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione» con la logica conseguenza che «laddove il diritto nazionale non preveda la possibilità [effettiva] di un tale riesame, la pena dell'ergastolo effettivo contravviene alle esigenze dell'art. 3 della Convenzione» (così, Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*. Prima di tale pronuncia, *ex multis*, cfr. Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kalkaris c. Cipro*. Successivamente alla sentenza *Vinter c. Regno Unito*, tra le altre, cfr. Corte Edu, Sez. III, 10 dicembre 2013, *Murray c. Paesi Bassi*; Corte Edu, Sez. II, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia*; Corte Edu, Sez. IV, 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito*; Corte Edu, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*; Corte

Attraverso il puntuale riferimento ai suoi precedenti, e a quelli della Corte di Strasburgo, infatti, il Giudice delle leggi ha collocato le proprie riflessioni sulla legittimità dell'ergastolo ostativo entro il contesto della «congenita ambiguità»<sup>236</sup> della pena perpetua la quale, intanto può dirsi compatibile con la Costituzione, sotto il profilo dell'art. 27, co. 3, Cost. e con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo dell'art. 3 CEDU, in quanto sussistano le condizioni che, sul piano normativo e fattuale, consentono di interrompere la sua dimensione di pena perpetua in astratto<sup>237</sup>. Nel nostro ordinamento, come precisato dalla Consulta, la condizione di riducibilità dell'ergastolo è rappresentata proprio dall'istituto della liberazione condizionale, concedibile dall'autorità giudiziaria, dopo almeno ventisei anni di pena espiata e sul presupposto che sia accertato il sicuro ravvedimento del condannato. Di qui la netta conclusione secondo cui, «[s]e la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia [...] totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale»<sup>238</sup>.

È solo a questo punto, ed alla luce di tale presupposto, che il Giudice delle leggi si è misurato con la variante ostativa della pena perpetua, muovendo dalla premessa ben delineata secondo cui tale disciplina, «da una parte eleva la utile

---

Edu, Grande Camera, 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*). Per una rassegna completa della giurisprudenza della Corte Edu in tema di pena perpetua, oltre gli Autori citati nella nota precedente, cfr. RANALLI, *L'ergastolo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rassegna penit. criminol.*, 2015, 289 ss.; ZAGREBELSKY, *La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, in *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, cit. 15 ss, nonché LONATI - NASCIBENI, *La pena e il divieto di tortura*, in *Profili di procedura penale europea*, a cura di CERESA-GASTALDO - LONATI, Milano, 2021, 285 ss.

<sup>236</sup> L'espressione è di MONGILLO, *L'ergastolo oggi: simbolo o realtà?*, in *Critica dir.*, 2010, 121. La contraddizione insita nelle argomentazioni con le quali la Consulta ha affermato la legittimità costituzionale della pena perpetua è stata efficacemente colta anche da FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, 2, 2015, 8, a giudizio del quale «è paradossale che si possa ritenere costituzionale l'ergastolo con la sua perpetuità in astratto, solo a patto di eliminare quella perpetuità in concreto: una pena incostituzionale perché perpetua nella sua comminatoria, diventa tollerabile soltanto perché non è perpetua nella sua esecuzione».

<sup>237</sup> Cfr., Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punti 3 e 4 del 'considerato in diritto'

<sup>238</sup> *Ibidem*, punto 3 del 'considerato in diritto'.

collaborazione a presupposto indefettibile per l'accesso (anche) alla liberazione condizionale, dall'altra sancisce, a carico del detenuto non collaborante, una presunzione di perdurante pericolosità, dovuta, in tesi, alla mancata rescissione dei suoi collegamenti con la criminalità organizzata». Una presunzione che - ha precisato la Corte - deve ritenersi «assoluta perché non superabile da altro se non dalla collaborazione stessa, che lo esclude in radice dall'accesso ai benefici penitenziari e, appunto, fra questi, alla liberazione condizionale»<sup>239</sup>.

In definitiva, se una tale disciplina possa ritenersi conforme con la necessaria condizione di "riducibilità" dell'ergastolo, costituisce il quesito di fondo oggetto della prospettata questione di legittimità costituzionale<sup>240</sup>. A tale quesito la Corte ha risposto in senso negativo mettendo in chiaro, sin da subito, che la disciplina ostativa di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. «mette in tensione»<sup>241</sup> i già richiamati principi che presidono alla legittimità costituzionale e convenzionale della pena perpetua.

Il motivo di tale tensione, tuttavia, non è da ricercarsi, in sé e per sé, nella presunzione di pericolosità sociale correlata alla mancata collaborazione, non essendo «affatto irragionevole presumere che [l'ergastolano non collaborante] mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza»<sup>242</sup>. Ci si riferisce, invece, al carattere eccessivamente rigido dell'automatismo ostativo: irragionevole è fare della collaborazione con la giustizia «l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende, decisamente, la sua restituzione alla libertà»<sup>243</sup>.

<sup>239</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 5 del '*considerato in diritto*'.

<sup>240</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 5 del '*considerato in diritto*'. Sottolinea «il tono [...] sorprendentemente molto sobrio ed equilibrato» della motivazione, quasi a voler presagire l'esito interlocutorio della decisione, MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo?*, cit., I ss., il quale, in particolare, ha soffermato l'attenzione sull'uso del termine «[...]tensione: parola utilizzata con molta consapevolezza, se viene ripetuta più volte, in luogo di concetti più consoni a un giudizio in cui è in gioco la legittimità di una disposizione legale».

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 7 del '*considerato in diritto*', posto che - come precisato al punto 8 del '*considerato in diritto*' - «Le ragioni di una tale generalizzazione sono ben note [...] È ben possibile che il vincolo associativo permanga inalterato anche in esito a lunghe carcerazioni, proprio per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia».

<sup>243</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 7 del '*considerato in diritto*'.

Ancora una volta, come nella sentenza sui permessi premio, la Corte ha posto in discussione non l'*an*, ma il *quomodo* di una presunzione che, nella sua assolutezza collide irrimediabilmente con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost, perché è in grado di generare una pena effettivamente perpetua – non solo *de iure* ma anche *de facto* – e che, per considerarsi legittima, non può che strutturarsi come una presunzione (solo) relativa<sup>244</sup>.

Per giungere a dimostrarlo la Consulta non ha fatto altro che richiamarsi ai principi già enunciati tanto nella sentenza sui permessi premio, quanto nella sentenza Viola c. Italia. Degli uni e degli altri, anzitutto, la Corte si è servita allo scopo di aggirare l'ostacolo costituito dal suo più "ingombrante" precedente che, in passato, le aveva consentito di "salvare" l'ergastolo ostativo in base all'ormai noto assunto secondo cui l'inaccessibilità alla liberazione condizionale non sarebbe stata la conseguenza di un automatismo normativo discendente da una presunzione assoluta, ma frutto della libera «scelta del condannato di non collaborare pur essendo nelle condizioni per farlo»<sup>245</sup>.

Tale assunto, ora non più condiviso, è smentito richiamando le conclusioni della Corte di Strasburgo che, nel censurare la disciplina dell'ergastolo ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., ha sconfessato la rigida equazione normativa tra collaborazione e ravvedimento perché l'una «potrebbe essere dovuta a molte altre ragioni, non sempre commendevoli», e perché l'altro «non è escluso [...] possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia»<sup>246</sup>.....

Di qui, il Giudice costituzionale ha posto in discussione il fatto che la stessa decisione di collaborare con la giustizia possa dirsi sempre e comunque frutto di una scelta sincera e definitiva da parte del condannato. Piuttosto, il Giudice delle leggi ha rilevato che, ove riferito al condannato a pena perpetua, «l'alternativa tra collaborazione e libertà e silenzio e carcere»<sup>247</sup> prefigurata dal sistema

---

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135, cit., richiamata al punto 5 del '*considerato in diritto*'.

<sup>246</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 6 del '*considerato in diritto*'. Cfr., Corte EDU, sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (n. 2), paragrafi 118 ss.

<sup>247</sup> In questi termini, GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, cit., 3, con efficace espressione di sintesi del concetto che la Corte ha espresso riferendosi allo «scambio tra informazioni utili a fini investigativi e conseguente possibilità per il detenuto di accedere al normale percorso di trattamento penitenziario», prefigurato dall'attuale disciplina ostativa, cfr. Corte cost. 11 maggio 2021, cit., punto 6 del '*considerato in diritto*'.

ostativo finisca per assumere una «portata drammatica» sino al punto di tradursi, nel peggiore dei casi, in una «scelta tragica: tra la propria (eventuale) libertà, che può comportare rischi per la sicurezza dei propri cari, e la rinuncia ad essa, per preservarli da pericoli»<sup>248</sup>.

Per il resto, a sostegno dell'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, l'ordinanza riprende le medesime *rationes decidendi* già enunciate nella sentenza sui permessi premio: è costituzionalmente illegittima la presunzione di perdurante pericolosità sociale radicata nella scelta di non collaborare con la giustizia, perché «impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo», e perché «si basa su una generalizzazione che ben si presta ad essere contraddetta dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto»<sup>249</sup>.

In definitiva, per tutte queste concomitanti ragioni, la Corte è arrivata a concludere nel senso che la collaborazione con la giustizia non può costituire l'unica alternativa concretamente percorribile per avere accesso alla liberazione condizionale: benché il rifiuto di collaborare sia un ragionevole indice di perdurante pericolosità sociale, la presunzione che ne deriva, affinché ne sia garantita la compatibilità con i principi costituzionali, dev'essere necessariamente relativa e, come tale, superabile anche attraverso la prospettazione di circostanze ulteriori e diverse dalla collaborazione stessa, egualmente indicative della cessata pericolosità sociale e del percorso di risocializzazione intrapreso dal condannato.

Sino a questo punto, come si è cercato di dimostrare, non c'è soluzione di continuità tra l'ordinanza sull'ergastolo ostativo e la sentenza sui permessi premio, posto che la prima mostra piena e incondizionata condivisione delle argomentazioni già poste a fondamento dell'altra<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Corte cost. 11 maggio 2021, cit., punto 6 del '*considerato in diritto*'.

<sup>249</sup> Corte cost. 11 maggio 2021, cit., punto 7 del '*considerato in diritto*'.

<sup>250</sup> In sede di commento, tuttavia, non si è mancato di sottolineare che mentre «nella sentenza n. 253/2019 la Consulta aveva sottolineato l'irragionevolezza della presunzione assoluta di mantenimento di collegamenti con l'organizzazione criminale, in assenza di collaborazione con l'autorità giudiziaria [...] invece, nell'ordinanza n. 97/2021 la Corte pone l'accento sulla non irragionevolezza della presunzione che siano mantenuti i contatti con la criminalità organizzata [...] è come se l'argomentazione della Corte si invertisse: nella sentenza n. 253 a prevalere è l'irragionevolezza; nell'ordinanza n. 97 si valorizza la ratio che sta alla base della presunzione [...] così da giustificare una conclusione differente in ragione della diversità della

Eppure, dopo aver persuaso il lettore con argomentazioni suscettibili di condurre ad una piena declaratoria d'illegittimità costituzionale, la Corte costituzionale ha intrapreso una strada differente, ponendo le premesse per l'esito interlocutorio dell'«incostituzionalità differita»<sup>251</sup>, con contestuale richiesta di un intervento legislativo<sup>252</sup>.

La continuità, rispetto al percorso argomentativo seguito nella sentenza sui permessi premio, si interrompe nel punto esatto in cui il Giudice delle leggi ha preso in considerazione «la posta in gioco più radicale»<sup>253</sup> della questione sottoposta al suo scrutinio che, in questo caso, involge «aspetti centrali, e per così dire apicali, della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali»<sup>254</sup>: condannati per i più gravi delitti di “contesto mafioso”, ai quali sia stata inflitta la pena massima prevista dall'ordinamento (l'ergastolo), che richiedano di accedere al più ampio e liberatorio “beneficio” concedibile (la liberazione condizionale).

Poste queste premesse la Corte ha rilevato che l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale, attraverso un «intervento meramente demolitorio», sarebbe risultato «inappagante per il complessivo equilibrio della disciplina in esame», e avrebbe messo a repentaglio «le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità organizzata»<sup>255</sup>.

---

misura che viene in considerazione», così PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, cit., 1003.

<sup>251</sup> L'espressione si deve a BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

<sup>252</sup> Come rilevato, tra gli altri, da DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, cit., 5, secondo cui «l'ordinanza appare caratterizzata da un ampio, prolungato ‘crescendo’, al quale segue un inopinato ‘pianissimo’». In senso analogo, cfr., RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, cit., 654, il quale parla di una pronuncia «dicotomica, con una premessa illuminata e un improvviso revirement»; MENGOLZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, cit., 2, rileva che la Corte ad un certo fa «un passo indietro».

<sup>253</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 8 del ‘*considerato in diritto*’, giacché – si legge in motivazione – «in termini ordinamentali, sono in questione le condizioni alle quali la pena perpetua può dirsi compatibile con la Costituzione; mentre, dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena.

<sup>254</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 9 del ‘*considerato in diritto*’.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

In questo contesto l'ordinanza ha cura di soffermarsi, in particolare, su tre possibili effetti di disequilibrio che sarebbero derivati dall'accoglimento della questione.

Anzitutto, secondo il Giudice costituzionale, una dichiarazione di incostituzionalità avrebbe determinato un'ingiustificata parificazione, quanto alle condizioni di accesso alla liberazione condizionale, tra i condannati all'ergastolo per delitti di contesto mafioso collaboranti, da un alto, e non collaboranti, dall'altro. Posto che le due situazioni richiedono una disciplina differenziata, ad avviso della Corte, compete alla discrezionalità legislativa del Parlamento decidere quali ulteriori scelte possano accompagnare «l'eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale»<sup>256</sup>. Conclusione, quest'ultima, avvalorata dal riferimento alla sentenza *Viola c. Italia* nella parte in cui, rilevato il «problema strutturale» sotteso all'attuale conformazione dell'ergastolo ostativo, anche il Giudice di Strasburgo aveva espresso preferenza per una soluzione di «iniziativa legislativa»<sup>257</sup>. La Corte costituzionale, diversamente da quanto intrapreso nella sentenza sui permessi premio, in questo caso si è limitato solo ad alcune indicazioni di massima, suggerendo, ad esempio, di dare rilievo alle specifiche ragioni della mancata collaborazione, come pure di introdurre specifiche prescrizioni volte a governare il periodo di libertà vigilata<sup>258</sup>.

Un ulteriore, possibile effetto disarmonico sarebbe conseguito alla portata del giudicato costituzionale dell'eventuale sentenza di accoglimento il quale,

---

<sup>256</sup> *Ibidem*.

<sup>257</sup> *Ibidem*. In tale contesto, per altro, ad ulteriore sostegno della scelta di rimettere la questione alla discrezionalità del legislatore, la Corte non manca di sottolineare le iniziative legislative già intraprese «dopo la più volte menzionata sentenza n. 253 del 2019, [...] in direzione di una disciplina di assestamento del sistema», citando sia la «Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale», rassegnata il 20 maggio 2020 dalla Commissione Antimafia (pubblicata in *Sist. Pen., on line*, 18 giugno 2020, con commento di CATANEO, *La Relazione della Commissione Antimafia sull'istituto di cui all'articolo 4-bis ord. pen. e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*) sia la proposta di legge A.C. 1951 (v. *infra*), come pure le informazioni rese da Governo al Consiglio d'Europa in merito ai seguiti ordinamentali della sentenza *Viola c. Italia*.

<sup>258</sup> *Ibidem*. Aspetti, questi, che la Corte riconduce espressamente «a tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti, e che eccedono perciò i poteri di questa Corte. Come detto, esse pertengono, nel quomodo, alla discrezionalità legislativa».

necessariamente circoscritto ai soli condannati alla pena perpetua per reati di contesto mafioso, non avrebbe potuto includere i condannati per gli altri reati ostativi previsti dall'art. 4 *bis* co. 1 ord. penit., in relazione ai quali sarebbe rimasto intatto il divieto di accesso alla liberazione condizionale<sup>259</sup>.

Da ultimo la Consulta ha evidenziato l'incoerenza del sistema penitenziario che sarebbe emerso dall'eventuale accoglimento della questione: gli effetti della sentenza, infatti, non avrebbero potuto che investire il solo divieto di concessione del beneficio che assicura il più ampio grado di libertà, ma non anche le altre «misure alternative – lavoro all'esterno e semilibertà – che invece normalmente segnano, in progressione dopo i permessi premio, l'avvio verso il recupero della libertà»<sup>260</sup>.

Per tutte queste ragioni, nonostante fosse chiamata a pronunciarsi su una questione apicale nel contesto delle strategie di contrasto alla criminalità organizzata, la Corte, ha deciso di non decidere e, per «opportune ragioni di collaborazione istituzionale» ha disposto il rinvio della discussione, così da conferire al Parlamento un «congruo tempo» per elaborare «una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa» della materia, riservandosi «il compito di verificare *ex post* la conformità a costituzione delle decisioni effettivamente assunte»<sup>261</sup>.

Un *modus agendi*, quello riproposto nell'ordinanza in commento, che presta il fianco a fondate perplessità. L'impressione – come è stato osservato – è che le ragioni di “cautela” che la Corte costituzionale ha posto a fondamento della tecnica decisoria impiegata, rispondano più alla «logica politica» dei rapporti con il Parlamento, che all'effettiva esigenza di garantire la coerenza e la tenuta del sistema di contrasto alla criminalità organizzata<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 10 del '*considerato in diritto*'.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

<sup>261</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, cit., punto 12 del '*considerato in diritto*'.

<sup>262</sup> Così, PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, cit., 1006. In senso analogo, MORRONE *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo?*, cit., 3, il quale sottolinea come, con l'ordinanza in commento, «La Corte costituzionale dimostra, come non accadeva da tempo, di avere ben presente il lato politico della Costituzione: una decisione di accoglimento [...] rappresenta uno scivolamento nelle scelte di politica criminale del Paese, un'incursione non consentita nella lotta contro le mafie, che richiede unità nazionale, inflessibilità d'azione e, soprattutto, la responsabilità di una decisione legislativa».

Basti osservare, in proposito, che un'eventuale sentenza di accoglimento della questione di legittimità dell'ergastolo ostativo, non avrebbe affatto avuto le temute conseguenze dirompenti sul sistema. Sotto tale aspetto, infatti, una volta dichiarata l'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta che sta alla base del divieto di accesso alla liberazione condizionale per gli ergastolani non collaboranti, nulla avrebbe impedito al Giudice costituzionale di subordinare il nuovo regime di accesso alla misura, per tale categoria di condannati, al più rigoroso regime probatorio introdotto, con la sentenza n. 253/2019, per la concessione dei permessi premio<sup>263</sup>. Una soluzione, quest'ultima, che di per sé sola sarebbe valsa ad evitare la paventata equiparazione, quanto alle condizioni di accesso alla liberazione condizionale, tra le categorie degli ergastolani collaboranti e non<sup>264</sup>.

Allo stesso modo, nulla avrebbe impedito al Giudice costituzionale di replicare lo schema della declaratoria d'illegittimità consequenziale, già utilizzato nella sentenza sui permessi premio, per estendere gli effetti del giudicato costituzionale ai condannati alla pena detentiva, non solo alla pena perpetua, e per tutti i reati ostativi, non solo per quelli di contesto mafioso<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Si sofferma su tale aspetto, per sottolineare la marcata «incoerenza» dell'ordinanza n. 97/2021 rispetto al precedente costituito dalla sentenza n. 253/2019, MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, cit., 2 ss. In senso analogo, DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, cit., 7, a giudizio del quale, con l'ordinanza in commento la Corte «si è astenuta dall'assumere quella funzione «para-legislativa» che aveva assunto nella sent. n. 253 del 2019», posto che, su questo piano, è «difficile distinguere su questo piano tra permessi premio e liberazione condizionale».

<sup>264</sup> Non solo, un secondo elemento non adeguatamente considerato dalla Corte, e che sarebbe valso ad evitare la temuta equiparazione tra collaboranti e non collaboranti quanto alle condizioni di accesso alla liberazione condizionale, è «costituito dal regime particolarmente favorevole previsto per i collaboranti, quanto alle condizioni temporali di accesso ai benefici penitenziari che, per la liberazione condizionale, scendono a dieci anni di espiazione di pena detentiva (art. 16 *nonies*, d.l. n. 8/1991, conv. in l. n. 82/1991)», così PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, cit., 1005. In argomento, cfr. altresì, DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, cit., 8; GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, cit., 19.

<sup>265</sup> In tal senso, tra gli altri, PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, cit., 1005; DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, cit., 8 ss.; V. CARUCCI, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 232.

In ultima istanza – come autorevolmente è stato osservato – la Corte avrebbe potuto «imboccare la via della dichiarazione di illegittimità consequenziale» anche per estendere la declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 4 *bis*, co. 1, ord. penit. agli altri benefici e misure intermedie,<sup>266</sup> attualmente comprese tra «la tappa iniziale (il permesso-premio) e [...] quella finale (la liberazione condizionale) del percorso risocializzativo del detenuto»<sup>267</sup>.

Insomma, se la Corte se avesse voluto, senz'altro avrebbe potuto osare di più e vi sarebbe stato spazio per una dichiarazione d'incostituzionalità anche dell'ergastolo ostativo.

L'udienza di rinvio per trattazione della questione, inizialmente fissata al 10 maggio 2022 è stata ulteriormente, differita all'8 novembre 2022<sup>268</sup> sicché, con ogni probabilità, sarà quella la sede ove la Corte sarà chiamata ad esercitare il proprio dovere di verificare *ex post* la conformità a costituzione delle decisioni assunte, o non assunte, dal legislatore.

*5. Le prospettive di riforma del regime ostativo: note a margine del disegno di legge A.S. n. 2547.* Questa volta la «pronuncia-monito»<sup>269</sup> della Corte costituzionale non poteva restare inascoltata tanto che – mentre altre questioni sulla legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit. sono state sollevate anche con

<sup>266</sup> Il lavoro all'esterno (art.21 ord. penit), l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.), la detenzione domiciliare ordinaria (art. 47 ter ord. penit.), e la semilibertà (art. 50 ord. penit).

<sup>267</sup> Così, rispettivamente, DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, cit., 10 e GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata?*, cit., 43 ss. Esprime un'opinione differente, in merito al possibile impiego dell'istituto della declaratoria d'illegittimità consequenziale, RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, cit., 25, n. 61, secondo il quale è solo «il legislatore a dover procedere nell'opera di 'sanificazione' complessiva del sistema, potendo la Corte intervenire solo chirurgicamente, di volta in volta, per rimuovere le ostatività che ancora precluderebbero le predette 'tappe intermedie'».

<sup>268</sup> Corte cost., 13 maggio 2022, n. 122, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 13 maggio 2022. In particolare, preso atto dello «stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge» e precisato che «permangono inalterate le ragioni che hanno indotto questa Corte a sollecitare l'intervento del legislatore, al quale compete, in prima battuta, una complessiva e ponderata disciplina della materia, alla luce dei rilievi svolti nell'ordinanza n. 97 del 2021», la Corte ha affermato che «appare necessario un ulteriore rinvio dell'udienza, per consentire al Parlamento di completare i propri lavori».

<sup>269</sup> Così, DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, cit., 11.

riferimento alle c.d. misure intermedie<sup>270</sup> – l'appello alla «collaborazione istituzionale» pare aver trovato concreto seguito in Parlamento ove, in breve tempo, si sono susseguite diverse proposte di legge volte ad introdurre modifiche alle norme in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborino con la giustizia<sup>271</sup>.

La prima iniziativa parlamentare in tal senso è la proposta di legge Bruno Bossio (AC 1951)<sup>272</sup> la quale, a riprova dell'attenzione anche legislativa suscitata dalla riforma dell'art. 4-*bis* ord. penit., si colloca addirittura a monte della sentenza n. 253/2019.

In seguito all'ordinanza n. 97/2021 ed alla messa in mora del Parlamento, in breve tempo, si sono succedute tre ulteriori proposte di legge: la proposta di

---

<sup>270</sup> Con ordinanza del 23 settembre 2021, il Tribunale di sorveglianza di Perugia ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit., «nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli di cui all'art. 416 bis c.p. e da quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste nel medesimo articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possa essere concesso l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit), anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58 ter ord. penit., allorché siano acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata terroristica o eversiva, sia il pericolo di ripristino di tali collegamenti» (cfr. Trib. Sorv. Perugia, ord. 23 settembre 2021, n. 1233, *Sist. Pen., on line*, 26 ottobre 2021, con commento di F. SIRACUSANO, *Affidamento in prova al servizio sociale del condannato, per reati diversi da quelli di "ambito mafioso", non collaborante con la giustizia: un'altra questione, circa la tenuta del modello preclusivo imposto dall'art. 4-bis comma 1 ord. penit., approda al sindacato della Corte costituzionale*. Per un commento dell'ordinanza di rimessione, cfr. altresì ALBERTA, *L'inesorabile declino dell'ostatività*, in *Diritto di Difesa*, 1° dicembre 2021, 941). Precedentemente, con ordinanza del 13 novembre 2020 il Tribunale di Sorveglianza di Messina aveva sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 *bis* e 58 ter ord. penit., «nella parte in cui precludono l'accesso alle misure di cui al Capo VI della stessa legge n. 354 del 1975 ai condannati per i reati elencati nel citato art. 4-*bis*, comma 1, che non abbiano collaborato con la giustizia a norma del pure citato art. 58-ter». La Corte costituzionale, con ordinanza depositata il 13 dicembre 2021 ha dichiarato la questione di questione di legittimità costituzionale – prospettata in termini ampi (con riferimento a tutte le misure alternative) e generici (con riferimento a tutti i condannati per reati ostativi –manifestamente inammissibile (cfr. Corte cost, 13 dicembre 2021, n. 242, in *Giur cost.*, 2021, 2697 ss.).

<sup>271</sup> Per un resoconto completo dei lavori parlamentari in vista della riforma dell'art. 4 *bis* ord. penit. si veda DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. il punto sulla questione ergastolo*, cit., 29 ss., al quale si rinvia anche per un commento delle diverse proposte di legge cui si farà riferimento nelle note seguenti.

<sup>272</sup> Proposta di legge ordinaria (AC 1951) a firma della deputata Bruno Bossio (Partito Democratico) presentata il 2 luglio 2019 recante: «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», consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

legge Ferraresi (AC 3106)<sup>273</sup>, la proposta di legge Delmastro Delle Vedove (AC 3184)<sup>274</sup>, e la proposta di legge Paolini (AC 3315)<sup>275</sup>. Tali proposte sono poi state successivamente riunite in un «Testo unificato adottato come testo base» (T.U. C. 1951 - 3106 - 3184 - 3315-A) licenziato il 17 novembre 2021 dalla Commissione giustizia della Camera dei deputati<sup>276</sup>. Dopo ampio dibattito parlamentare, il 31 marzo 2022 il testo unificato è stato approvato con modifiche dalla Camera dei deputati e, successivamente, trasmesso al Senato (A.S. n. 2574)<sup>277</sup>.

<sup>273</sup> Proposta di legge ordinaria (AC 3106) a firma del deputato Ferraresi (Movimento 5 Stelle) presentata l'11 maggio 2021 recante: «Modifiche all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione dei benefici penitenziari e di accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni gravi delitti, nonché delega al Governo in materia di accentramento della competenza del magistrato e del tribunale di sorveglianza per i giudizi riguardanti i detenuti o internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis, comma 2, della medesima legge», consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>274</sup> Proposta di legge ordinaria (AC 3184) a firma del deputato Delmastro Delle Vedove (Fratelli d'Italia) presentata il 30 giugno 2021 recante: «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 concessione di benefici penitenziari e di accertamento della pericolosità sociale nei confronti dei detenuti o internati», consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>275</sup> Proposta di legge ordinaria (AC 3315) a firma del deputato Paolini (Lega Nord) presentata il 13 ottobre 2021 recante: «Modifiche all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, 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», consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>276</sup> Testo unificato (C. 1951-3106-3184-3315-A) recante «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», consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it). Per un commento al Testo unificato, cfr. GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, in *Sist. Pen., on line.*, 29 novembre 2021; DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1497 ss.; RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 3 ss. Cfr. altresì, l'elaborato depositato in Commissione giustizia della Camera dei deputati da parte dell'Osservatorio Carcere dell'Unione delle Camere Penali italiane, *Note al testo adottato come base recante "Modifiche alla legge 26 luglio 1975 n. 354 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e al codice penale, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia"*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it).

<sup>277</sup> Disegno di legge n. 2574 recante «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», consultabile in [www.senato.it](http://www.senato.it). Il testo del disegno di legge è consultabile anche in *Sist. Pen., on line*, 2 maggio 2022, unitamente al *Dossier n. 539 - Disposizioni in*

Prima delle dimissioni del Governo Draghi, il disegno di legge n. 2574 risultava assegnato in sede referente alla Commissione giustizia del Senato, ove era in corso la discussione in vista della riforma sollecitata dalla Corte costituzionale. Nell'approssimarsi alla data dell'8 novembre 2022, dunque, è questo il testo più recente cui fare riferimento per effettuare previsioni più o meno attendibili su quanto potrà accadere all'esito del controllo che la Corte sarà chiamata ad effettuare sulla costituzionalità delle decisioni effettivamente assunte dal legislatore.<sup>278</sup>

L'impressione che si ricava dalla lettura del disegno di legge, lo si anticipa, è che il legislatore solo in parte abbia saputo, o meglio voluto recepire le precise indicazioni della Corte costituzionale poiché – come già è stato osservato – sotto diversi aspetti il testo introduce elementi di novità eccedenti il perimetro degli interventi richiesti dal Giudice costituzionale e volti, nel loro complesso e paradossalmente, a determinare un ulteriore irrigidimento del regime ostativo<sup>279</sup>.

Nel disegno di legge, il comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., rimarrebbe sostanzialmente invariato sia quanto al catalogo dei reati ostativi sia quanto alla

---

*materia di accesso ai benefici penitenziari per i condannati per i reati cosiddetti ostativi (AA.SS. nn. 2574 e 2465)*, del Servizio Studi del Senato.

<sup>278</sup> Per un primo commento al testo del disegno di legge, già approvato dalla Camera, e ora in discussione al Senato, FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, in *Il Sole 24 ore*, 9 aprile 2022 (anche in *Guida Dir.*, 23 aprile 2022).

<sup>279</sup> In tal senso, FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, cit., 1, secondo cui «l'articolato restituisce una vera e propria "controriforma", che renderà molto difficile per i detenuti all'ergastolo e per i condannati a una pena riferibile a taluno dei delitti "ostativi" indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario, l'accesso ai benefici penitenziari esterni al carcere in assenza di una positiva collaborazione con la giustizia». In senso analogo, sia pur riferimento al testo delle singole proposte di legge, solo successivamente confluite nel «Testo unificato adottato come testo base», DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, cit., 35, a giudizio del quale «alcune proposte tendono non ad attuare, bensì a 'sterilizzare', nella sostanza, le indicazioni della Corte costituzionale, facendosi interpreti del timore che la nuova disciplina possa essere avvertita dalla pubblica opinione come un abbassamento della guardia di fronte alla criminalità organizzata». Cfr., altresì, con riferimento al «Testo unificato adottato come testo base», i rilievi critici evidenziati dall'Osservatorio Carcere dell'Unione delle Camere Penali italiane, *Note al testo adottato come base recante "Modifiche alla legge 26 luglio 1975 n. 354 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n.203, e al codice penale, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia"*, cit., 1.

previsione della collaborazione con la giustizia la quale, di fatto, continuerà a rappresentare la «via maestra»<sup>280</sup>, ancorché non più l'unica, per accedere ai benefici e alle misure alternative alla detenzione. Una scelta, quest'ultima, di per sé non irragionevole e neppure contraddittoria con le indicazioni impartite dalla Corte costituzionale le cui censure hanno riguardato, per lo più, le conseguenze derivanti dalla scelta di non collaborare con la giustizia. Il mancato intervento sul catalogo dei reati ostativi, invece, costituisce un'occasione mancata: una scelta poco lungimirante, se non addirittura miope, che, peraltro, non tiene in debita considerazione le precise indicazioni con le quali la Consulta ha posto l'accento sul «complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati» attualmente ricompresi nel catalogo dei delitti ostativi<sup>281</sup>.

L'unica modifica che il disegno di legge si propone di apportare alla disposizione in esame (art. 4 *bis*, co. 1 ord. penit.) muove, come anticipato, nel segno di un ulteriore irrigidimento del regime ostativo perseguito mediante la sostanziale estensione del suo ambito applicativo anche a fattispecie delittuose non ricomprese nel catalogo dei reati ostativi. Tale è effetto derivante dalla previsione di un generalizzato divieto di scioglimento del cumulo di pene inflitte per titoli di reato diversi, in parte ostativi e in parte comuni, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la connessione teleologica tra gli uni e gli altri<sup>282</sup>. Ben aldilà delle indicazioni della Consulta, sotto quest'aspetto la novella, introdurrebbe una vistosa deroga all'orientamento della giurisprudenza di legittimità che, ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari, è ormai incline ad ammettere la scindibilità

---

<sup>280</sup> In termini analoghi, RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit. 5.

<sup>281</sup> Così, Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 12 del '*considerato in diritto*'. In senso analogo, Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, cit., punto 10 del '*considerato in diritto*', nonché, precedentemente, Corte cost. 18 luglio 2019, n. 188, cit., punto 3 del '*considerato in diritto*'.

<sup>282</sup> L'art. 1, co. 1., n.1, (l. a), del d.d.l. n. 2574 prevede di aggiungere, all'attuale art. 4 *bis*, co. 1 ord. penit., il seguente periodo: «La disposizione del primo periodo si applica altresì in caso di esecuzione di pene concorrenti inflitte anche per delitti diversi da quelli ivi indicati, in relazione ai quali il giudice della cognizione ha accertato che sono stati commessi per eseguire od occultare uno dei reati di cui al medesimo primo periodo ovvero per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero l'impunità di detti reati». Cfr., *Dossier n. 539 - Disposizioni in materia di accesso ai benefici penitenziari per i condannati per i reati cosiddetti ostativi (AA.SS. nn. 2574 e 2465)*, cit., 15 ss.

del cumulo materiale e giuridico di pene inflitte con plurime sentenze di condanna per titoli di reato diversi, ostatici e non <sup>283</sup>.

Le modifiche più consistenti previste nel testo del disegno di legge riguardano, tuttavia, le conseguenze della mancata collaborazione con la giustizia, e si sostanziano nella previsione delle “nuove” condizioni che, in tale ultima eventualità, consentirebbero egualmente di superare la presunzione di pericolosità sociale che ne deriva.

A tale proposito, il comma 1 *bis* dell’art. 4 *bis* ord. penit. – che nella sua attuale fisionomia detta le condizioni di accesso ai benefici nei casi di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante – verrebbe interamente riscritto o, per meglio dire, sostituito dall’innesto di tre nuove disposizioni volte ad individuare, per categorie di condannati ostatici non collaboranti, le condizioni di accesso a tutti i benefici e alle misure alternative, compresa la liberazione condizionale <sup>284</sup>. In estrema sintesi. Il nuovo comma 1 *bis* della disposizione in esame riguarderebbe i condannati non collaboranti per reati di criminalità organizzata o connessi, rispetto ai quali verrebbe richiesta «l’allegazione di specifici elementi» tali da dimostrare l’assenza e l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata <sup>285</sup>. Il comma 1 *bis*.1 riguarderebbe, invece, i condannati non collaboranti

<sup>283</sup> Inizialmente negata dalla giurisprudenza di legittimità, la possibilità di sciogliere il cumulo delle pene inflitte con plurime sentenze di condanna, per reati solo in parte ostatici, è stata riconosciuta per la prima volta dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 361/1994, ha riconosciuto al condannato che abbia già espiato la pena per il delitto ostatico la possibilità di essere ammesso alla misura alternativa (Corte 27 luglio 1991, n. 361, in *Cass. Pen.* 1995, 502 ss.). La “scindibilità del cumulo” nel corso dell’esecuzione, quando occorre procedere al giudizio sull’ammissibilità della domanda di concessione di un beneficio penitenziario, è stata successivamente riconosciuta, ed è oggi ammessa, anche dalla giurisprudenza di legittimità (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14; Cass., sez. I, 14 novembre 2001, n. 45735; Cass., sez. I, 15 febbraio 2008, n. 9818; Cass., sez. I, 9 febbraio 2012, n. 5158; Cass., sez. I, 3 dicembre 2013, n. 2285). In argomento, per una rassegna completa degli orientamenti giurisprudenziali, e per un maggior approfondimento delle problematiche sottese alla scindibilità del cumulo, cfr. ROMICE, *La collaborazione impossibile. Note sui margini di superamento dei divieti di cui all’art. 4 bis O.P.*, cit., 37 ss; cfr. altresì, FIORENTIN - FIORIO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 384 ss.

<sup>284</sup> Cfr. *Dossier n. 539 - Disposizioni in materia di accesso ai benefici penitenziari per i condannati per i reati cosiddetti ostatici (AA.SS. nn. 2574 e 2465)*, cit., 18 ss.

<sup>285</sup> Si riporta di seguito il testo del nuovo art. 4 *bis*, comma 1 *bis*, ord. penit., come modificato dall’art. 1, co. 1., n. 2 (l. a), del d.d.l. n. 2574: «1-bis. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, anche in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell’articolo 58-ter della presente legge, ai detenuti e agli internati per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell’ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, per i delitti di cui agli articoli 416-bis e 416-ter

per reati ostativi estranei a contesti di criminalità organizzata, per i quali il superamento della presunzione di pericolosità sociale verrebbe a dipendere dall'allegazione di elementi tali da dimostrare l'assenza di collegamenti con il contesto nel quale il reato è stato commesso<sup>286</sup>. Il comma 1-*bis*.2, infine, estenderebbe il più rigoroso regime di cui comma 1-*bis* ai condannati per il reato di

---

del codice penale, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, per i delitti di cui all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e per i delitti di cui all'articolo 291-quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'articolo 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, purché gli stessi dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile. Al fine della concessione dei benefici, il giudice accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa.

<sup>286</sup> Questo il testo del nuovo art. 4 *bis*, comma 1 *bis*.1, ord. penit., come previsto dall'art. 1, co. 1., n. 2 (l. a) del d.d.l. n. 2574: «1-*bis*.1. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, anche in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'articolo 58-*ter* della presente legge o dell'articolo 323-*bis* del codice penale, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*, 600, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies* e 630 del codice penale, purché gli stessi dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e alleghino 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. Al fine della concessione dei benefici, il giudice di sorveglianza accerta altresì la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa.

associazione per delinquere finalizzato alla commissione dei reati ostativi previsti nel comma 1 *bis*.<sup>287</sup>

La tecnica di redazione normativa, in sé e per sé, appare discutibile posto che, la scelta di inserire tre autonome disposizioni, in luogo dell'unico comma originariamente previsto, finisce per appesantire ulteriormente il testo di una disposizione già complessa e davvero di difficile lettura.

Sul piano del merito, la proposta di modifica suscita valutazioni di segno opposto, alcune favorevoli altre più critiche.

Un primo aspetto positivo: rimediando alle evidenti incongruenze riscontrabili nella prima versione del Testo unificato<sup>288</sup>, il disegno di legge propone di superare la preclusione ostativa con riferimento a tutti i benefici attualmente esclusi e rispetto a tutti i condannati alla pena detentiva o a quella perpetua, per ogni titolo di reato ostativo.

Merita accoglimento anche la scelta di valorizzare la diversità dei reati ostativi attualmente considerati, allo scopo di farne discendere una diversa graduazione del regime di prova richiesto ai fini del superamento della presunzione relativa di pericolosità sociale derivante dalla scelta di non collaborare con la giustizia<sup>289</sup>. Il disegno di legge, sotto questo aspetto, ha il merito di tradurre in precise disposizioni normative le indicazioni con le quali la Corte costituzionale aveva già posto le premesse per introdurre un diverso trattamento tra condannati non collaboranti, a seconda del tipo di reato commesso, quanto alle condizioni che

---

<sup>287</sup> Questo il testo del nuovo art. 4 *bis*, comma 1 *bis*.2, ord. penit., come previsto dall'art. 1, co. 1., n. 2 (l. a) del d.d.l. n. 2574: «1-*bis*.2. Ai detenuti e agli internati, oltre che per taluno dei delitti di cui al comma 1-*bis*.1, anche per il delitto di cui all'articolo 416 del codice penale finalizzato alla commissione dei delitti ivi indicati si applicano le disposizioni del comma 1-*bis*».

<sup>288</sup> Incongruenza messa in luce da DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bi ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, cit., 2, e consistente, in estrema sintesi, nel fatto che la prima versione del Testo unificato introduceva una irragionevole distinzione tra condannati non collaboranti alla pena, rispettivamente, della reclusione e dell'ergastolo: ai primi, infatti, era consentita la possibilità di accedere solo all'istituto del permesso premio, mentre solo gli altri erano ammessi a fruire di tutte le misure alternative e i benefici penitenziari soggetti al regime ostativo.

<sup>289</sup> Anche sotto tale aspetto il d.d.l. n. 2574 rimedia all'incongruenza presente nella prima versione del Testo unificato nella quale, quanto alle condizioni di accesso ai benefici penitenziari, si prevedeva un trattamento unitario applicabile nei confronti dei condannati per tutti i reati ostativi previsti nel comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit. In argomento, cfr. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit. 7 ss., il quale proponeva di valorizzare la diversità dei reati ostativi al fine della prefigurazione di parametri probatori differenziati.

consentono l'accesso ai benefici e alle misure alternative<sup>290</sup>. Nel testo, infatti, il regime probatorio di maggior rigore, improntato sull'onere di specifica allegazione di elementi tali da escludere sia l'attualità che il pericolo di ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, viene mantenuto nel "nuovo" comma 1 *bis* esclusivamente con riferimento alla categoria dei condannati per reati di criminalità organizzata in senso stretto o, comunque, connessi alla criminalità organizzata<sup>291</sup>. Per contro, nei confronti dei condannati per altri reati ostativi, estranei a contesti di criminalità organizzata, il comma 1-*bis*.1 introduce un differente regime probatorio, di minor rigore, tarato sull'onere di allegare elementi specifici e tali da escludere solo l'attualità dei collegamenti - e non anche il pericolo di un loro ripristino - con il contesto criminale nel quale il reato è stato commesso - e non in generale con la criminalità organizzata terroristica o eversiva<sup>292</sup>.

Per quanto detto sino ad ora, almeno dal punto di vista degli oneri di prova e allegazione gravanti sul condannato non collaborante che aspiri alla concessione dei benefici, il disegno di legge si pone in linea di sostanziale continuità

---

<sup>290</sup> In tal senso cfr., ancora, RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 7, il quale - giustamente - sottolinea come, nella sentenza n. 253/2019, il regime di prova rafforzata introdotto *ex novo* ai fini del superamento della presunzione di pericolosità sociale sia stato giustificato dalla necessità di introdurre «criteri di particolare rigore proporzionati alla forza del vincolo imposto dal sodalizio criminoso del quale si esige l'abbandono», ossia limitatamente al superamento della presunzione di pericolosità sociale dei condannati (non collaboranti) per i soli delitti di criminalità organizzata, mafiosa, terroristica o eversiva, e non anche con riferimento a tutti gli altri reati ostativi.

<sup>291</sup> Il d.d.l. n. 2754, peraltro, non ripropone la previsione - contenuta nella prima versione del Testo unificato - secondo la quale l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, o il pericolo di un loro ripristino, avrebbe dovuto essere escluso «con certezza». Cfr., a tale proposito, le osservazioni critiche di DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bi ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, cit., 2, nonché GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, cit., 8.

<sup>292</sup> Scelta del tutto ragionevole, come, del resto, era stato sottolineato subito dopo la sentenza n. 253/2019, posto che, per usare le parole di CHIAVARIO, *La sentenza sui permessi-premio: una pronuncia che non merita inquadramenti unilaterali*, cit., 222, «per i casi di delitti di matrice estranea alla criminalità organizzata così come a quella terroristica o eversiva, nonché di delitti strutturalmente monosoggettivi [...]» non avrebbe alcun senso «l'imporre l'acquisizione, in positivo, di elementi tali da escludere un'attualità o un pericolo di collegamenti con consociazione criminali, che comunque nulla avrebbero a che fare con il delitto per cui si è stati condannati». In senso analogo, PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale*, cit., 16.

con le indicazioni fornite dalla Consulta con la sentenza n. 253/2019<sup>293</sup> e, sotto tali aspetti, le soluzioni legislative ereditano i dubbi e le perplessità già sollevati dalla dottrina<sup>294</sup>.

Non di meno, sotto altri aspetti, il legislatore si è spinto ben oltre le condizioni evidenziate dal Giudice costituzionale, subordinando l'accesso ai benefici penitenziari a requisiti aggiuntivi rispetto alla già gravosa dimostrazione dell'assenza dei collegamenti, attuali o potenziali, con la criminalità organizzata o con il contesto criminale di riferimento. Ci si riferisce, in particolare, alla previsione secondo cui, per tutti i condannati che non abbiano utilmente collaborato con la giustizia, l'accesso ai benefici e alle misure alternative rimarrebbe condizionato anche alla dimostrazione di avere adempiuto le obbligazioni civili e gli obblighi di riparazione pecuniaria derivanti dal reato, salvo il caso di assoluta impossibilità di adempiervi. La riforma, in tal modo, introdurrebbe un inedito principio di «monetizzazione dei benefici»<sup>295</sup>, sin qui sconosciuto alle dinamiche del regime ostativo, e la cui *ratio* parrebbe da ricercarsi nel fatto che l'adempimento costituirebbe indice di risocializzazione da valutarsi, unitamente agli altri, ai fini del ravvedimento del condannato. Nella medesima direzione muove anche l'inedito riferimento alle iniziative di giustizia riparativa annoverate, nel testo del nuovo art. 4 *bis* ord. penit., tra gli elementi rilevanti ai fini della valutazione sulla concessione dei benefici<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> Del tutto coerentemente con le affermazioni di principio rese dalla Corte costituzionale, ad esempio, il disegno di legge ribadisce che, ai fini del superamento della presunzione di pericolosità sociale, sul condannato non collaborante grava esclusivamente un onere di specifica allegazione, così «sgombrando il campo da ogni circa la permanenza del compito dell'accertamento in capo al giudice» (così, DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, cit., 2). Ancora, in continuità con le motivazioni della sentenza sui permessi premio, il testo del disegno di legge precisa che gli elementi di cui l'istante ha l'onere di fornire specifica allegazione dovranno essere diversi ed ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla dichiarazione di dissociazione e alla mera partecipazione del detenuto al percorso carcerario, fornendo un elenco non tassativo degli elementi di cui il Giudice di sorveglianza dovrà tener conto, quali, ad esempio, le circostanze ambientali e personali, le ragioni alla base della mancata collaborazione, l'eventuale revisione critica della condotta criminosa.

<sup>294</sup> Cfr. *supra*, par. 3.2.

<sup>295</sup> Così, ALBERTA, *L'inesorabile declino dell'ostatività*, cit., 948.

<sup>296</sup> Giudica positivamente tale previsione FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, cit., 4, «ancorché l'apprezzamento della genuinità dell'adesione dell'interessato a tale importante fattore di composizione della frattura sociale determinatasi con la commissione del reato dovrà essere particolarmente attenta, così da evitarne il possibile utilizzo strumentale».

La principale e più evidente criticità del disegno di legge, tuttavia, riguarda la scomparsa di ogni riferimento, nel testo dell'art. 4 *bis* ord. penit., alla collaborazione impossibile, inesigibile e irrilevante<sup>297</sup>. Tali ipotesi, come si è anticipato, non trovano alcun riferimento del nuovo comma 1 *bis* ove, di fatto, verrebbero equiparate ai casi in cui il condannato scelga volontariamente di non collaborare con la giustizia. Detto altrimenti, per effetto della nuova disciplina, a fronte dell'istanza presentata dal condannato, il giudice di sorveglianza si troverebbe vincolato da un *aut aut* secco: se non ravvisa gli estremi dell'utile collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit., deve inevitabilmente accertare le più rigorose condizioni cui è subordinata la concessione dei benefici per il detenuto non collaborante per scelta, venendo a mancare il “cuscinetto” attualmente costituito dal regime probatorio meno gravoso applicabile nelle ipotesi in cui sia fornita la prova della collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante<sup>298</sup>. Una soluzione davvero poco comprensibile, e ancor meno giustificabile alla luce della recentissima presa di posizione della Corte costituzionale che, con la già menzionata sentenza 20/2022, ha ribadito come alla «differenza ontologica» sussistente tra il «non collaborante per scelta» e il «non collaborante suo malgrado» debba corrispondere, sul piano normativo, una disciplina differenziata quanto alle condizioni di accesso ai benefici penitenziari<sup>299</sup>. Il disegno di legge, per contro, elude l'affermazione di principio dalla Corte e,

---

<sup>297</sup> Criticità, peraltro, presente anche nel Testo unificato e già oggetto di aspre critiche in dottrina. Cfr., in tal senso, DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bi ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, cit., 2 s.; GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, cit., 3 ss; CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, cit., 21 ss.; RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 14.

<sup>298</sup> In tal senso, DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bi ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, cit., 2 s. Analogamente, FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, cit., 2, a giudizio del quale « La riforma materializza, in definitiva, un radicale superamento del modello delineato dalla giurisprudenza costituzionale [...] dal momento che le ipotesi di collaborazione “impossibile” o “inesigibile”, che attualmente assicurano al condannato una strada meno impervia per il superamento della presunzione relativa di pericolosità, potranno essere valutate, d'ora in avanti, dal giudice in sede di esame del merito dell'istanza, cioè a valle del controllo di ammissibilità, risultando, in definitiva, depotenziate nella loro efficacia agevolatrice del percorso extramurario».

<sup>299</sup> Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 20, cit.

sopprimendo *tout court* l'istituto della collaborazione impossibile, irrilevante o inesigibile, presta il fianco a fondati dubbi di compatibilità con il principio di eguaglianza e ragionevolezza<sup>300</sup>.

Rilevanti modifiche sono previste con riferimento alla disciplina del procedimento per la concessione di benefici penitenziari in favore dei (soli) condannati non collaboranti con la giustizia. Le novità, sotto tale aspetto, interessano il comma 2 dell'art. 4 *bis* ord. penit.<sup>301</sup> e muovono tutte nella medesima direzione: garantire, anche a costo di un appesantimento dell'*iter* istruttorio, un

---

<sup>300</sup> Sottolinea tale aspetto, tra gli altri, GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, cit., 4, secondo il quale «La situazione che si potrebbe produrre oggi, se la riforma sul punto fosse confermata, è esattamente la stessa di quella che si produsse nel 1994 e nel 1995: chiamata a pronunciarsi sulla eliminazione della collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile, la Consulta, ancorché di fronte ora ad una presunzione legislativa relativa, potrebbe rifarsi comunque al principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. [...] In altri termini, non appare manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità circa la eliminazione *tout court* della collaborazione impossibile, irrilevante, inesigibile, in quanto lesiva del principio di eguaglianza, che non permette di trattare in modo eguale situazioni differenti». In argomento cfr., altresì, CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, cit., 23.

<sup>301</sup> L'art. 1, co. 1., n. 3, (l. a), del d.d.l. n. 2574 prevede di aggiungere, all'attuale art. 4 bis, co. 2 ord. penit., il seguente periodo finale: « Nei casi di cui ai commi 1-bis e 1-bis.1, il giudice, prima di decidere sull'istanza, 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 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 con dannato fornire, entro un congruo termine, idonei elementi di prova contraria. In ogni caso, nel provvedimento con cui decide sul l'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 della presente legge solamente dopo che il provvedimento applicativo di tale regime speciale sia stato revocato o non prorogato».

apprezzabile ampliamento delle fonti di conoscenza del giudice di sorveglianza. Nel testo del disegno di legge, il nuovo comma 2 dell'art. 4 *bis* ord. penit., pone, infatti, in capo al magistrato l'obbligo di acquisire, in aggiunta alle consuete informazioni trasmesse dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, anche ulteriori informazioni dalla direzione dell'istituto penitenziario e, soprattutto, il parere del Pubblico Ministero o del Procuratore Nazionale Antimafia<sup>302</sup>. Si tratta di adempimenti istruttori che, pur non avendo alcun valore vincolante ai fini della decisione del giudice di sorveglianza<sup>303</sup>, spiegano effetti rilevanti sotto due distinti profili. Anzitutto, coerentemente con le indicazioni della Corte costituzionale, la norma precisa che, quando dall'istruttoria svolta emergono elementi sfavorevoli al condannato, l'onere di specifica allegazione gravante si trasforma in un vero e proprio onere di fornire idonei elementi di prova contraria<sup>304</sup>. A ciò si aggiunga che la norma pone in capo al giudice di sorveglianza, in ogni caso l'obbligo di specifica indicazione delle ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza presentata dal condannato, avuto riguardo ai pareri acquisiti nel corso dell'istruttoria<sup>305</sup>.

Ulteriori modifiche, sempre sotto il profilo procedimentale, interessano la materia della competenza a decidere sulle richieste di permesso premio e lavoro all'esterno, la quale – attraverso puntuali interventi sugli articoli 21, co. 4, e 30 *ter*, co.1, ord. penit. – è traslata dal magistrato al Tribunale di sorveglianza, ma

---

<sup>302</sup> Sotto tale aspetto si precisa che, in considerazione delle modifiche apportate al procedimento per la concessione dei benefici – con particolare riferimento al ruolo del Pubblico ministero e del Procuratore nazionale antimafia – l'art. 1, co. 1., n. 6 del d.d.l. n. 2574, dispone l'abrogazione del comma 3 *bis* dell'art. 4 *bis* ord. penit., concernente l'impossibilità di concedere benefici penitenziari ai condannati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo o il Procuratore distrettuale comunica l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

<sup>303</sup> Che non ci si trovi dinanzi ad un parere vincolante lo si ricava, del resto, dallo stesso argomento attraverso il quale dottrina e giurisprudenza escludono il carattere vincolante delle informative rese dal Comitato per l'ordine e la sicurezza pubblica (C.p.o.s.): il tenore letterale della norma consente al giudice di sorveglianza che abbia presentato richiesta di informazioni e pareri, di decidere in ogni caso decorso il termine di sessanta giorni dalla richiesta. Sulla natura delle dettagliate informazioni rese dal C.p.o.s., e sul loro grado di vincolatività per il magistrato di sorveglianza, cfr., Corte Cost., 12 giugno 1992, n. 271, in *Giur. cost.* 1992, 2072 ss. In argomento, cfr. altresì, CARACENI, *Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 83 ss.

<sup>304</sup> Cfr. Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit., punto 9 del '*considerato in diritto*'.

<sup>305</sup> Cfr. *Dossier n. 539 - Disposizioni in materia di accesso ai benefici penitenziari per i condannati per i reati cosiddetti ostativi (AA.SS. nn. 2574 e 2465)*, cit., 25.

limitatamente alle sole istanze provenienti da condannati per i più gravi delitti di criminalità organizzata<sup>306</sup>. Una soluzione, quest'ultima, che non va esente da dubbi e perplessità posto che, se da un lato risponde all'esigenza di evitare rischiose situazioni di «sovraesposizione» del singolo magistrato in ordine alle richieste provenienti dai condannati per i più gravi delitti ostativi<sup>307</sup>, altrettanto vero è che lo spostamento di competenza sottrae al giudice di prossimità – che si presume abbia la miglior conoscenza del percorso compiuto dal condannato – la decisione su quei benefici che rappresentano i primi assaggi dell'ambiente esterno e che, più direttamente, sono correlati al percorso del detenuto<sup>308</sup>. Il disegno di legge interviene anche sulla disciplina relativa alla liberazione condizionale e alla libertà vigilata. Le principali novità – che interessano direttamente l'art. 2 del d.l. 13 maggio 1992 n. 152, e indirettamente anche gli artt. 176, 177 e 230 c.p. – riguardano in questo caso esclusivamente i condannati alla pena perpetua per taluno dei reati assolutamente ostativi (art. 4 *bis*, co. 1 ord. penit.), che non abbiano prestato collaborazione con la giustizia<sup>309</sup>. In

<sup>306</sup> Cfr., art. 1, co. 1., n. 6 (lett. *b*, *c*) del d.d.l. n. 2574. In sintesi, lo spostamento di competenza riguarderebbe esclusivamente le richieste di concessione del lavoro all'esterno e dei permessi premio presentate dai detenuti per i delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, nonché per i delitti di cui all'articolo 416-bis del codice penale o commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

<sup>307</sup> In termini analoghi, FIORENTIN, *Preclusioni penitenziarie e permessi premio*, cit., 1028, favorevole allo spostamento di competenza in capo all'organo collegiale.

<sup>308</sup> Per non considerare che, come è stato sottolineato, la scelta di sottrarre tale materia al vaglio del magistrato di sorveglianza non è solo «incongrua» ma anche «rischiosa» poiché, «mentre la decisione del magistrato monocratico sul permesso premio non è immediatamente esecutiva (e non lo è fino alla definizione del reclamo che può essere proposto dal Pm), quella assunta dall'organo collegiale è, invece, immediatamente eseguita anche in pendenza dell'eventuale ricorso per cassazione», così, FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, cit., 3. In senso analogo, avevano manifestato perplessità rispetto all'opportunità di traslare la competenza in capo al Tribunale di sorveglianza, RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit. 6; PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, cit., 512; GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, cit., 5.

<sup>309</sup> Si riporta di seguito il testo dell'art. 2, co. 2, del d.l. n. 152/1991, come modificato dall'art. 2, co. 1., (l. b), d.d.l. n. 2574: «2. Fermi restando gli ulteriori requisiti e gli altri limiti di pena previsti dall'articolo 176 del codice penale e fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 8 della legge 29 maggio 1982, n. 304, i soggetti di cui al comma 1 non possono comunque essere ammessi alla liberazione condizionale se non hanno scontato almeno due terzi della pena temporanea o almeno trenta anni di pena, quando vi è stata

sintesi, per tale categoria di condannati, il periodo minimo di pena espiata, necessario per accedere alla liberazione condizionale, viene aumentato dagli attuali ventisei a trent'anni e, parallelamente, la durata della libertà vigilata è raddoppiata dagli attuali cinque a dieci anni, così da consentire al giudice un più rigoroso controllo successivo all'adozione del provvedimento<sup>310</sup>. A ciò si aggiunge la previsione delle puntuali prescrizioni – inerenti i divieti di incontrare persone condannate per reati connessi alla criminalità organizzata o sottoposte a misure di prevenzione per analoghe fattispecie delittuose – la cui adozione in linea con i suggerimenti della Corte costituzionale<sup>311</sup>, viene resa obbligatoria nel provvedimento di concessione della liberazione condizionale.

Si tratta di modifiche implicant, ancora una volta, un ulteriore irrigidimento delle condizioni di accesso all'istituto della liberazione condizionale in favore degli ergastolani non collaboranti e che, in buona parte, esulano dal perimetro degli interventi richiesti dalla Corte costituzionale. Tra le altre, desta perplessità la scelta di innalzare sino al limite dei trent'anni il periodo minimo di pena che è necessario espiare per consentire all'ergastolano l'accesso alla liberazione

---

condanna all'ergastolo per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. In tal caso, la pena dell'ergastolo rimane estinta e le misure di sicurezza personali ordinate dal giudice con la sentenza di condanna o con provvedimento successivo sono revocate, ai sensi dell'articolo 177, secondo comma, del codice penale, decorsi dieci anni dalla data del provvedimento di liberazione condizionale e la libertà vigilata, disposta ai sensi dell'articolo 230, primo comma, numero 2, del medesimo codice penale, comporta sempre per il condannato il divieto di incontrare o mantenere comunque contatti con soggetti condannati per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale o sottoposti a misura di prevenzione ai sensi delle lettere a), b), d), e), f) e g) del comma 1 dell'articolo 4 del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, o condannati per alcuno dei reati indicati nelle citate lettere».

<sup>310</sup> Sotto tale aspetto è bene sottolineare che il d.d.l. n. 2574 non riproduce la previsione originariamente contenuta nella prima versione del Testo Unificato (art. 1, co. 1, l. b) attraverso la quale – tramite l'innesto di un nuovo comma 3 bis dell'art. 58 ter ord. penit. – si prevedeva, per la categoria dei condannati non collaboranti per taluno dei reati distrettuali di cui all'art. 51, co. 3 bis, e co. 3 quater, l'aumento della metà della pena effettivamente espiata per accedere anche al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alla semilibertà. Previsione, quest'ultima, oggetto di aspre critiche in dottrina, per le quali si rinvia a GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, cit., 10 ss., nonché, DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, cit., 4.

<sup>311</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, cit., punto 9 del 'considerato in diritto'.

condizionale. Come da più parti è già stato osservato<sup>312</sup>, effettivamente, appare difficile che una tale soluzione non si ponga in aperto contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, come noto, ritiene necessario un periodico riesame della pena perpetua non oltre i venticinque anni da quando è stata inflitta<sup>313</sup>.

Un ultimo aspetto interessato dalla riforma riguarda i rapporti tra il regime ostativo e il regime detentivo speciale, di cui all'art. 41 *bis* ord. penit.<sup>314</sup>. Nel testo del disegno di legge, in particolare, il rapporto tra i due istituti è regolato attraverso l'innesto - nel "nuovo" comma 2 dell'art. 4 *bis* ord. penit.<sup>315</sup> - di una clausola di «pregiudizialità espressa»<sup>316</sup> stando alla quale, in costanza di sottoposizione al c.d. "carcere duro", l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari è possibile solo dopo la revoca, o la mancata proroga, del provvedimento ministeriale di sottoposizione al regime detentivo speciale. Una soluzione, quest'ultima, coerente con le affermazioni di principio della Corte costituzionale fondate, a loro volta, sulla presa d'atto dell'incompatibilità

---

<sup>312</sup> FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, cit., 3. Nello stesso senso, con riferimento all'analoga previsione contenuta nel Testo unificato, DOLCINI, *Quale riforma per il 4-bis ord. penit.? Brevi note a margine del testo unificato all'esame del Parlamento*, cit., 4, e GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, cit., 13.

<sup>313</sup> Così, a partire dalla storica sentenza, Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*.

<sup>314</sup> Sul regime detentivo speciale disciplinato dall'art. 41 *bis*, co. 2, ord. penit., tradizionalmente detto "carcere duro", per un inquadramento generale dell'istituto, anche in rapporto al regime delle preclusioni di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., cfr. CESARIS, *Art. 41 bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 533 ss.; DELLA BELLA, *Il carcere duro: tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 105 ss.; ARDITA, *Il regime carcerario differenziato ex art. 41 bis o.p.*, in *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 349 ss.; MAFFEO, *Il regime carcerario di rigore per i detenuti di criminalità organizzata*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata* cit., 269 ss.; CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 113 ss.

<sup>315</sup> Cfr., *supra*, n. 301.

<sup>316</sup> RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit. 4.

concettuale tra i requisiti richiesti ai fini, rispettivamente, della sottoposizione al regime del 41 *bis* ord. penit.<sup>317</sup> e dell'ammissione ai benefici penitenziari<sup>318</sup>

6. *Quale futuro per l'ostatività penitenziaria?* Il futuro del regime ostativo è ormai segnato e, se è troppo ipotizzare l'esito del suo definitivo superamento, quanto meno la radicale rivisitazione dell'istituto appare un traguardo ragionevolmente certo nell'*an*, ancorché non altrettanto nel *quando* e nel *quomodo*. Per un verso, infatti, la Corte costituzionale ha definitivamente censurato l'equazione normativa che sta alla base del congegno ostativo: l'idea che il rifiuto di collaborare con la giustizia sia sempre, e comunque, sintomo di perdurante pericolosità sociale. Sotto tale aspetto, non vi è alcun dubbio che qualunque tentativo di mantenere o ripristinare l'eccessiva rigidità della presunzione assoluta di pericolosità sociale radicata nella scelta di non collaborare incontrerà la strenua opposizione del Giudice delle leggi.

D'altra parte, il superamento del carattere assoluto di tale presunzione costituisce solo il punto di non ritorno, e non anche il punto di arrivo della disciplina attualmente prevista dall'art. 4 *bis* ord. penit. Nella permanente e ragionevole vigenza della presunzione relativa di pericolosità sociale derivante dal rifiuto di collaborare, infatti, la Corte costituzionale ha rimesso al Parlamento il compito di dettare le condizioni necessarie per accompagnare l'eliminazione della mancata collaborazione ostativa ai benefici penitenziari. D'altronde, la possibilità di fruire dei benefici penitenziari non si collega a quel parametro costituzionale che è l'avvenuto reinserimento del condannato, ma alla sua disponibilità ad un atteggiamento processuale (in concreto: la denuncia di altri individui) che con quello ha poco da spartire. E' questo l'ostacolo che deve essere rimosso se si

---

<sup>317</sup> In questi termini è bene sottolineare che diversamente dall'art. 4 *bis* ord. penit., nel cui ambito i divieti di accesso alle misure alternative e agli altri benefici penitenziari operano in forza di presunzioni legali di pericolosità sociale rigidamente ancorate al titolo del reato commesso, il regime detentivo speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. che pure riguarda i detenuti e gli internati per taluno dei delitti assolutamente ostativi di cui all'art. 4 *bis*, co. 1, ord. penit., è applicato dall'Amministrazione penitenziaria (ossia, dal Ministro della Giustizia) sulla base di un accertamento in concreto della pericolosità sociale del soggetto interessato, desunta dall'attualità dei collegamenti con le organizzazioni criminali o, in caso, di proroga, dalla capacità di mantenere tali collegamenti.

<sup>318</sup> Corte cost., 11 maggio 2021, n. 97, cit., punto 8 del '*considerato in diritto*'.

vuole ricondurre l'esecuzione della pena detentiva, ergastolo compreso, sotto la copertura costituzionale<sup>319</sup>.

Il legislatore, come si è visto, si è fatto carico di tale responsabilità licenziando il testo di un disegno di legge che, nel suo complesso, non va esente da dubbi e perplessità. Come si è cercato di evidenziare, accanto ad alcuni aspetti meritevoli di approvazione, le criticità, in buona parte, sono legate all'introduzione di elementi di novità, in parte ultronei – si pensi, ad esempio, al divieto di scioglimento del cumulo o all'innalzamento del limite di pena per accedere alla liberazione condizionale – e in parte contraddittori – tale, su tutti, è da ritenersi la tacita abrogazione della collaborazione impossibile o inesigibile – rispetto alle precise indicazioni offerte dalla Corte costituzionale. In questi termini, allora, certamente il disegno di legge non dissipa ogni dubbio sulla tenuta costituzionale della riforma del regime ostativo, lasciando aperta la via dell'ulteriore declaratoria d'incostituzionalità.

In ogni caso, il prossimo 8 novembre, allorché avrà luogo la riapertura del giudizio sulla legittimità dell'ergastolo ostativo, spetterà alla Corte costituzionale esprimersi sulla conformità delle scelte – o, più correttamente, delle non scelte – del legislatore. L'interruzione anticipata della legislatura, infatti, mette fuori gioco il Parlamento. L'ipotesi che, una volta insediate le nuove Camere, la riforma dell'ergastolo ostativo riemerge con priorità assoluta, così da spingerle a legiferare in poche settimane entro la data indicata dalla Corte costituzionale, è un pronostico avventato<sup>320</sup>. Volendo provare ad ipotizzare i possibili scenari, il più agevole da decifrare è quello che conseguirebbe all'eventualità già sperimentata<sup>321</sup> in cui la riforma è destinata a non vedere mai la luce in Parlamento.

<sup>319</sup> In questi termini, FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015, 204.

<sup>320</sup> Analogamente, PUGIOTTO, *Perché con lo scioglimento delle Camere la Consulta deve bocciare l'ergastolo*, in *Il Riformista*, 27 luglio 2022.

<sup>321</sup> Come è noto gli altri due tentativi di utilizzo della tecnica dell'incostituzionalità differita con contestuale richiesta di interventi del legislatore – vale a dire, l'ord. n. 207/2018, in materia di suicidio assistito, e l'ord. n. 132/2020, in relazione al trattamento sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa – non hanno dato i frutti auspicati e, in ambedue i casi, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa sottoposta al suo scrutinio. Quale seguito dell'ordinanza n. 207/2018, v. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Sist. Pen., on line*, 4 dicembre 2019, con commento di CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*. Quale seguito dell'ordinanza n. 132/2020, v. Corte cost. 12 luglio 2021, n.150, in *Giur cost.*, 2021, 1563 ss., con note di ZAMPETTI, *La "pronuncia doppia" nell'unico giudizio: i tempi della Corte e la*

In tal caso – se pare davvero difficile un altro differimento, visto e considerato che due rinvii della trattazione della questione vi sono già stati<sup>322</sup> – la Corte non potrà far altro che entrare nel merito delle questioni rimaste in sospeso: l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo, già accertata (nella sostanza), allora sarà anche dichiarata (nella forma), attraverso una sentenza manipolativa di accoglimento affine alla sentenza sui permessi premio<sup>323</sup>. Tale eventualità, se per un verso aprirebbe la strada ad esiti analoghi anche con riferimento alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. penit. *medio tempore* sollevate con riferimento alle altre misure intermedie<sup>324</sup>, per altro, non precluderebbe affatto la necessità e la possibilità di un successivo intervento legislativo in materia<sup>325</sup>.

Meno agevole da decifrare è lo scenario conseguente all'eventualità in cui la riforma attualmente in discussione dovesse effettivamente essere approvata

---

*discrezionalità del legislatore*, 1580 ss, e MEDICO, *Il filo d'Arianna dell'incostituzionalità prospettata e il parametro dimenticato (nota alla sent. n. 150 del 2021)*, 1589 ss.

<sup>322</sup> Corte cost., 13 maggio 2022, n. 122, cit. (V., *supra*, n. 268). Il termine, originariamente fissato al 10 maggio scorso, è poi slittato di altri sei mesi per consentire al Parlamento di completare l'iter di formazione di una riforma in materia, già approvata alla Camera ma non ancora al Senato.

<sup>323</sup> In tal senso, cfr. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, cit., 1215 ss.; PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco radicale dell'ergastolo ostativo*, cit., 1006; GALLANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, cit., 5; RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 2, il quale prospetta anche la possibilità che la Corte non si limiti ad accogliere la questione nei termini indicati dal rimettente (ossia, con riferimento al solo istituto liberazione condizionale), ma compia «un intervento più penetrante, anche ricorrendo all'illegittimità consequenziale, per perseguire quell'obiettivo di coerenza e logicità che l'ha indotta ad impiegare l'ordinanza di rinvio». In una prospettiva diversa da quella delineata dagli autori sin qui citati, cfr. V. CARUCCI, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 230, la quale sottolinea come sia «meno prevedibile un intervento demolitorio [della Consulta] in caso di inerzia del Parlamento».

<sup>324</sup> In tal senso è ragionevole ipotizzare che la prima misura alternativa ad essere sottratta dal giogo dell'ostatività sarà quella dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.) atteso che, come detto, con riferimento al divieto assoluto di accesso a tale misura è già stata sollevata, dal Tribunale di sorveglianza di Perugia, questione di legittimità costituzionale (Trib. Sorv. Perugia, ord. 23 settembre 2021, n. 1233, cit., v. *supra*, nt. 270).

<sup>325</sup> Come affermato dal Presidente della Corte Costituzionale G. Amato in un'intervista rilasciata a G. Bianconi sul *Corriere delle Sera* del 16 maggio 2022: «Quando a novembre la Corte si troverà a decidere, non più in mia presenza, valuterà la situazione e in assenza di una riforma affronterà il problema se sancire l'incostituzionalità introducendo un vuoto legislativo che ora abbiamo voluto evitare. A quel punto spetterebbe al Parlamento colmarlo successivamente».

dalle nuove Camere prima dell'8 novembre. In tale ultima ipotesi sembrerebbe doversi escludere che la Corte costituzionale possa sindacare *ex officio* il merito della riforma legislativa<sup>326</sup>. Opinare diversamente finirebbe per sconfessare i capisaldi del nostro sistema di giustizia costituzionale nel cui ambito, come noto, la Corte è chiamata ad operare solo su iniziativa dei soggetti legittimati ad attivarne il sindacato<sup>327</sup>. In questa prospettiva, allora, sembra corretto ritenere che, esattamente come accade in ipotesi di *ius superveniens*, anche nell'eventualità qui presa in considerazione il Giudice delle leggi sarà tenuto a restituire gli atti al giudice *a quo* affinché provveda ad una nuova valutazione sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità originariamente prospettata<sup>328</sup>. Di qui, una volta sollecitata dal giudice remittente, la Corte potrebbe essere investita del compito di sindacare la legittimità costituzionale della riforma legislativa e, per tale via, nell'eventualità in cui non dovesse ritenere le soluzioni legislative effettivamente conformi alla Costituzione, si aprirebbe nuovamente la strada della declaratoria d'incostituzionalità. In ogni caso, come si è anticipato, il futuro dell'ostatività penitenziaria appare segnato<sup>329</sup>: per capire come e quando avrà luogo la drastica rivisitazione

<sup>326</sup> In tal senso, V. CARUCCI, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 238. Diversamente, GALLIANI, *A proposito del testo unificato dei progetti di legge di riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.*, cit., 3, sottolinea che «In alcuni casi, la eventuale questione di costituzionalità potrà essere sollevata utilizzando il normale canale del giudizio incidentale, ma in altri, non lo posso negare, è possibile che si esprima direttamente la Corte costituzionale, in sede di "riapertura" del processo costituzionale il 10 maggio 2022»

<sup>327</sup> Un modello di giustizia costituzionale, quello italiano, prevalentemente orientato verso un giudizio successivo, accentrato, ad accesso indiretto, così BIN - PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, X ed., Torino, 2009, 420. Sui caratteri del sistema di giustizia italiano, si rinvia diffusamente a ZAGREBELSKY - MARCENÒ, *La Giustizia costituzionale*, cit.

<sup>328</sup> In termini analoghi, V. CARUCCI, *Prove tecniche di collaborazione istituzionale: commento all'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, cit., 238 s., spec. n. 57, ove si sottolinea «Se si ammettesse il potere della Corte di valutare in via diretta la costituzionalità dell'intervento legislativo "emendativo" richiesto con l'ordinanza di incostituzionalità prospettata, specie quanto alla sua applicazione pro futuro, la tecnica decisoria in esame si rivelerebbe strumento di rottura dell'equilibrio fra discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità delle leggi, trasformando il sindacato accentrato in un aliud contrario al sistema di giustizia costituzionale italiano».

<sup>329</sup> Nel frattempo, qualcosa si muove ad erodere l'ambito di applicazione del regime ostativo penitenziario. È del 16 giugno scorso (ma depositata il 12 luglio) l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di Bologna (*inedita*) con cui si riconosce ad un ergastolano ostativo l'accesso alle misure alternative - nel caso specifico, la semilibertà - pur in assenza di collaborazione con la giustizia. Si tratta di un approdo interpretativo

dell'istituto, non resta che attendere che il legislatore, in prima battuta, e la Corte costituzionale, in via sussidiaria, esercitino ciascuno le funzioni ed i poteri di rispettiva spettanza.

---

che obbedisce alla più recente giurisprudenza costituzionale in tema di irretroattività della legge penale, ora inclusiva anche di quelle norme penitenziarie (le misure alternative) o ad esse analoghe (la liberazione condizionale) che comportino una trasformazione della natura della pena. Cfr., PUGIOTTO, *Perché con lo scioglimento delle Camere la Consulta deve bocciare l'ergastolo*, cit.