

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

5/2023

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

L'ART. 4-BIS O.P. RIFORMATO DAL D.L. 162/2022, CONV., CON MODIFICHE, DALLA L. 199/2022: UN PASSO AVANTI E DUE INDIETRO

di Francesca Moro

Il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modifiche, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199, ha novellato l'art. 4-bis o.p., recante disposizioni in tema di divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti. La riforma prende le mosse dall'ord. n. 97 del 2021, con la quale la Corte costituzionale ha accertato – senza però dichiararla – l'illegittimità del c.d. ergastolo ostativo, statuendo la necessità di superare l'equazione “mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici”. La nuova disciplina dell'art. 4-bis o.p., tuttavia, travalica il monito della Consulta, restituendoci un quadro normativo per molti versi peggiore rispetto al precedente.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Premessa: il discorso pubblico intorno all'ergastolo ostativo. – 3. Le modifiche di cui al comma 1: il nesso teleologico e (finalmente) l'eliminazione dei delitti contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati ostativi. – 4. La scomparsa della collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante. – 5. Le nuove condizioni di accesso ai benefici penitenziari. – 6. Le prescrizioni connesse alla concessione dei benefici: il nuovo comma 1-bis.1.1. – 7. Le modifiche procedurali. – 8. Deroga all'obbligo di istruttoria “rafforzata”: il nuovo comma 2-bis.1. – 9. La partecipazione del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado: il nuovo comma 2-ter. – 10. Eliminazione del doppio binario procedimentale per la concessione dei permessi premio e l'approvazione del programma di lavoro all'esterno. – 11. Modifiche alla disciplina della liberazione condizionale e della libertà vigilata. – 12. Conclusione: un bilancio della nuova disciplina.

1. Introduzione.

Con l'entrata in vigore del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modifiche, dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199, la disciplina in tema di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati c.d. ostativi, cristallizzata nell'art. 4-bis della legge sull'ordinamento penitenziario (d'ora in poi, o.p.), viene nuovamente e significativamente modificata¹. La novella, formalmente diretta al superamento delle

¹ Rammentiamo che la riforma *de qua* prende le mosse dall'ord. n. 97 del 2021, con la quale la Consulta ha accertato – senza però dichiararla – l'illegittimità del c.d. ergastolo ostativo, concedendo al legislatore un congruo tempo per intervenire nel merito. Per ricostruire il lungo e accidentato *iter* che ha condotto a tale decisione cfr. F. GIANFILIPPI, [Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021](#), in *Questione giustizia*, 27 maggio 2021.

preclusioni assolute che impediscono l'accesso ai benefici in caso di condanna per delitti "ostativi", travalica in realtà le indicazioni fornite in materia dalla Corte costituzionale e, a ben vedere, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (di qui in avanti, Corte EDU), restituendoci un quadro normativo per molti versi deteriore rispetto al precedente.

Pare dunque opportuno passare in rassegna i singoli profili della disciplina su cui la riforma ha inciso, realizzando una sintesi tra le modifiche introdotte dal decreto-legge e gli aggiustamenti apportati in sede di conversione, al fine di comprendere se il nuovo e intricato scenario che si dischiude davanti al condannato "ostativo" possa davvero garantire quel diritto alla speranza² che una pena *de iure* o *de facto* irriducibile mira invece a cancellare.

2. Premessa: il discorso pubblico intorno all'ergastolo ostativo.

Innanzitutto, si vuole sgomberare il campo da un equivoco di fondo che spesso caratterizza il dibattito pubblico attorno all'ergastolo ostativo: abolire quest'ultimo non equivale ad un'automatica concessione agli esponenti dei sodalizi mafiosi di benefici penitenziari e misure alternative, liberazione condizionale *in primis*. L'integrazione di tutte le condizioni (peraltro, particolarmente stringenti) ora richieste dalla legge per superare la presunzione di pericolosità che pende sul non collaborante non comporta nessun *diritto* alla concessione dei benefici penitenziari, ma una mera *chance* di accedervi; l'accesso vero e proprio richiederà l'ulteriore vaglio della Magistratura di Sorveglianza in base ai singoli requisiti previsti per ciascun beneficio, compito che la giurisdizione *de qua* ha sempre esercitato con grande senso di responsabilità.

Il tema è certamente delicato e sensibile ma spesso avvolto da una fitta coltre di ingannevole propaganda che oscura il nocciolo della questione. L'ergastolo rimane quale sanzione applicabile nel nostro ordinamento per fatti gravissimi – come sono quelli mafiosi – ma tale pena deve essere declinata in maniera conforme a Costituzione. Tutti i condannati, quale che sia il reato commesso, foss'anche il più grave e turpe, hanno un diritto – questo sì – ad essere trattati dignitosamente al pari di qualsiasi persona umana, e la dignità, prima ancora che la rieducazione, postula un diritto «a percorsi penitenziari aperti alla speranza»³, sempreché, beninteso, siano stati recisi i collegamenti con la criminalità organizzata.

² Sul diritto alla speranza v. P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *L'ergastolo e il diritto europeo alla speranza*, in (a cura di) E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019, 221; D. GALLIANI, *The Right to Hope: la sentenza Vinter e altri v. Regno Unito della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 2014, fasc. 4, 404; E. FASSONE, [L'ergastolo e il diritto alla speranza](#), in *Questione giustizia*, 24 febbraio 2020.

³ Così D. PULITANÒ, [Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona](#), in (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, fasc. n. 10, 2019.

3. Le modifiche di cui al comma 1: il nesso teleologico e (finalmente) l'eliminazione dei delitti contro la pubblica amministrazione dal novero dei reati ostativi.

Dal punto di vista dell'ambito di operatività del "regime ostativo" possiamo osservare due interpolazioni di segno opposto: una con effetti espansivi; l'altra, invece, diretta a ridimensionare il catalogo dei reati "ostativi".

L'estensione del perimetro applicativo dell'art. 4-*bis* o.p. si deve all'introduzione, in coda al primo comma, di una clausola generale che in sostanza deroga all'ormai pacifico criterio interpretativo dello "scioglimento del cumulo"⁴, prevedendo che l'area di "ostatività" possa inghiottire anche reati "comuni" purché collegati attraverso un nesso teleologico *ex* art. 61, n. 2 c.p., riconosciuto dal giudice della cognizione o dell'esecuzione, ai delitti di c.d. "prima fascia"⁵. Si apre così ad un'estensione potenzialmente indeterminata, e soprattutto ingiustificata del regime "ostativo", dentro al quale finiranno per confluire, ancora una volta, fattispecie che nulla hanno a che fare con la criminalità organizzata, terroristica od eversiva, nucleo originario del 4-*bis* o.p.

Da precisare che l'art. 3 del d.l. 162/2022, riconoscendo in detta aggiunta una modifica *in peius*, in linea con quanto stabilito dalla sentenza costituzionale n. 32 del 2020⁶, ne esclude l'applicazione quando il delitto diverso da quelli indicati nell'art. 4-*bis* comma 1 o.p. sia stato commesso prima della data di entrata in vigore del decreto stesso (31.10.2022).

Peraltro, non sono mancati i tentativi di restringere in via interpretativa, per quanto possibile, la sfera di operatività della clausola in questione. Per un verso, si è evidenziata la sua applicabilità ai soli condannati "ostativi" collaboranti, dal momento che essa è inserita nel primo comma, e non anche alle ipotesi di condannato "ostativo" non collaborante, figura ormai disciplinata separatamente e in via del tutto autonoma nei nuovi commi 1-*bis*, 1-*bis*.1 e 1-*bis*.2; per altro verso, si è detto che, in base alla formulazione letterale, essa sembra destinata ad operare a senso unico, e cioè solo nel caso in cui il reato comune sia commesso per eseguirne od occultarne uno "ostativo" o per conseguire o assicurare al condannato o ad altri il prodotto, profitto, prezzo ovvero l'impunità di un reato "ostativo", e non anche viceversa⁷.

⁴ Il criterio dello "scorporo delle pene" ha trovato avallo prima nella giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 14) e poi anche nelle pronunce della Corte costituzionale (cfr. sent. n. 361/1994 e più recentemente sent. n. 33/2022).

⁵ L'effetto estensivo della portata applicativa del regime "ostativo", quale conseguenza dell'inserimento della nuova clausola di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. è indubbio, eccetto che nell'ipotesi di reati "comuni" aggravati dal c.d. metodo mafioso. Ante riforma, infatti, la prevalente giurisprudenza di legittimità consentiva ai Magistrati di Sorveglianza di ritenere "ostativi" anche reati "comuni" rispetto ai quali l'aggravante di cui all'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. nella legge 12 luglio 1991, n. 203, relativa a fatti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. o per agevolare l'attività di una associazione di tipo mafioso, non fosse stata oggetto di formale contestazione nella sentenza di condanna (Cass. pen., sez. I, 26 giugno 2019, n. 41235, Larosa, Rv. 277451-01). Sul punto cfr. anche L. CARACENI, *sub* art. 4-*bis* o.p., in (a cura di) F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 61-62.

⁶ Corte cost., 12 febbraio 2020, n. 32, in www.cortecostituzionale.it.

⁷ Così, A. RICCI, [Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»](#), in

Si registra, invece, tra le poche note positive di questo intervento normativo, la cancellazione dall'art. 4-*bis* o.p. di quella folta schiera di delitti commessi a danno della pubblica amministrazione, il cui inserimento è avvenuto ad opera della c.d. legge spazza-corrotti (l. 9 gennaio 2019, n. 3)⁸. Rimossi questi, viene di conseguenza meno anche il riferimento alla collaborazione ex art. 323-*bis* comma 2 c.p. Non può passare certo inosservata questa modifica contenuta nella legge di conversione, con la quale, per la prima volta nella storia del 4-*bis* o.p., si assiste ad un'inversione di tendenza: il catalogo dei reati "ostativi" non viene dilatato, bensì, perde una costola⁹.

Quest'ultima operazione di sottrazione va certamente accolta con favore ma fa emergere un'incoerenza di fondo del disegno legislativo oggetto di analisi, il quale, da una parte, per l'appunto, espelle – a ragione – dal blocco "ostativo" i reati contro la p.a. e, dall'altra, consente, in virtù dell'esistenza di un nesso teleologico con i delitti "ostativi", di farvi rientrare un qualsiasi reato. Delle due l'una: o si prende finalmente atto della *ratio* originaria della disposizione volta a contrastare il crimine di stampo mafioso, terroristico o eversivo e si agisce di conseguenza, limitando a questi soli casi l'etichetta dell'"ostatività", o si continua a stratificare nella norma fattispecie del tutto avulse da questa logica, al solo fine di placare le inquietudini dell'opinione pubblica davanti a fenomeni che vengono di volta in volta percepiti come socialmente pericolosi.

4. La scomparsa della collaborazione impossibile, inesigibile, irrilevante.

Lascia decisamente perplessi l'integrale riscrittura del comma 1-*bis* che ha eliminato l'equiparazione tra collaborazione in senso proprio e collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante. Tale scelta, infatti, si pone in netto contrasto con le indicazioni fornite dalla Consulta, recentemente ribadite anche nella sentenza n. 20 del 2022, ove si evidenzia l'utilità di distinguere tra chi vorrebbe collaborare ma non può (silente suo malgrado) e chi potrebbe collaborare ma non vuole (silente per scelta)¹⁰. La necessità di mantenere in vita tale distinzione trova la propria giustificazione nel principio di uguaglianza che impone di trattare in modo diverso situazioni tra loro differenti. Non vi è dubbio che la posizione di chi non collabora per impossibilità differisca sostanzialmente da quella di colui che pur potendo collaborare non lo fa, e sembra ragionevole che tale differenza si rifletta anche sugli *standard* probatori richiesti e le procedure applicabili per la concessione dei benefici¹¹.

Giurisprudenza Penale Web, 2022, 11.

⁸ Si tratta, più precisamente, dei reati di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p.

⁹ L'inclusione dei delitti contro la p.a. nel catalogo dei reati "ostativi" è da sempre al centro di feroci critiche da parte della dottrina, per tutti, v. V. MANES, [L'estensione dell'art. 4-*bis* ord. penit. ai reati contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, 105.

¹⁰ Corte cost., 26 gennaio 2022, n. 22, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ In questo senso, D. GALLIANI, [Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati](#), in *questa Rivista*, 21 novembre 2022, par. 6.

Così non sarà più dal 1° novembre 2022. A partire da questa data le opzioni sul campo saranno solo due: collaborare o non collaborare, *tertium genus non datur*. Le ragioni della mancata collaborazione potranno eventualmente essere fatte valere solo quale elemento cui parametrare l'onere di allegazione di «elementi specifici» che consentano di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di un loro futuro ripristino, ferma la necessità di soddisfare gli ulteriori criteri stabiliti dalla legge (adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria, revisione critica, iniziative risarcitorie e riparative). A nulla varrebbe obiettare che la preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari per i non collaboranti è caduta, poiché il silente suo malgrado, se prima disponeva di una procedura *ad hoc* attraverso cui far accertare alla Sorveglianza se versasse in una condizione di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, ora, per godere dei benefici, deve soddisfare gli stessi identici requisiti cuciti sul non collaborante per scelta, trattamento che appare fortemente discriminatorio, vista la diversa posizione in cui queste due figure si vengono a trovare.

Ad ogni modo, l'art. 3 del d.l. 162/2022 introduce una disposizione transitoria in virtù della quale l'istituto continua ad operare nei confronti del condannato non collaborante che abbia commesso il fatto "ostativo" prima dell'entrata in vigore della novella. In un primo momento la sopravvivenza dell'istituto era espressamente garantita solo in relazione all'accesso alle misure alternative e alla liberazione condizionale, con conseguente esclusione dei benefici penitenziari in senso stretto (permessi premio e lavoro all'esterno) ai quali, dunque, si sarebbe dovuta applicare fin da subito la nuova disciplina. Sul punto è intervenuta la legge di conversione che ha sostituito il riferimento alle misure alternative con il più generico richiamo ai «benefici di cui al comma 1 dell'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975», tra i quali, ovviamente, figurano anche i permessi premio e il lavoro all'esterno.

L'utilità della norma di diritto intertemporale non si coglie tanto con riguardo alle misure alternative o alla liberazione condizionale, poiché in questi casi la disciplina della collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante avrebbe comunque continuato ad applicarsi agli autori di reati commessi prima dell'entrata in vigore del decreto-legge in base al *dictum* contenuto nella sentenza costituzionale 32/2020; la disposizione diventa invece fondamentale con riguardo ai benefici penitenziari, che, come noto, sono esclusi dal perimetro applicativo della suddetta pronuncia e, per i quali, dunque, salvo il principio di non regressione incolpevole nel trattamento operante per chi fosse già stato ammesso a fruire dei benefici, in assenza di indicazioni transitorie, avrebbe dovuto applicarsi fin da subito il nuovo (più sfavorevole) regime.

5. Le nuove condizioni di accesso ai benefici penitenziari.

La ridefinizione dei requisiti di accesso ai benefici penitenziari in senso lato, che costituisce il cuore della riforma, riguarda solo la categoria dei condannati "ostativi" non collaboranti che la novella ha suddiviso in due gruppi, a seconda che abbiano commesso

reati riconducibili al crimine organizzato (co. 1-*bis* e 1-*bis*.2)¹² o meno (co. 1-*bis*.1)¹³. A questa distinzione corrispondono condizioni di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative parzialmente diverse.

Per i condannati per uno dei delitti indicati nell'attuale co. 1-*bis* (e 1-*bis*.2) è richiesto: l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento; l'allegazione di 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; la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa.

Non vi sono vistose differenze di disciplina per i condannati ad uno dei delitti indicati nell'attuale co. 1-*bis*.1, se non che non viene richiesta l'allegazione di elementi che consentano di escludere i collegamenti con i gruppi criminali di appartenenza, né vi è spazio per dedurre ragioni a supporto della mancata collaborazione, e ciò comprensibilmente, visto che si tratta di fattispecie che nulla hanno a che fare con i sodalizi mafiosi, terroristici o eversivi.

Così tracciate le coordinate del nuovo sistema, è il caso di chiedersi se la presunzione legale assoluta di immanenza dei collegamenti per il non collaborante sia davvero saltata. È innegabile che, formalmente, essa sia stata relativizzata, ma il sospetto è che la *presumptio iuris tantum* da ultimo introdotta nasconda in realtà un meccanismo preclusivo semi-assoluto. Ciò accade tutte le volte in cui l'oggetto della prova (*rectius* allegazione) sia eccessivamente ampio o, al contrario, oltremodo ristretto, oppure ancora quando sia richiesto di provare un fatto negativo indeterminato¹⁴. In questi casi, il superamento della presunzione assoluta avviene solo sulla carta, mentre si dimostra particolarmente arduo da mettere in pratica. Questa è l'impressione che si ha leggendo i nuovi commi 1-*bis* e 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* o.p.: i "paletti" introdotti con la riforma sono talmente rigidi da rendere molto difficile l'accesso ai benefici penitenziari per il non

¹² Nel nuovo comma 1-*bis* sono ricompresi i seguenti reati: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; art. 416-*bis* c.p., nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; art. 416-*ter* c.p.; art. 12, co. 1 e 3, d.lgs. 25.07.1998, n. 286; art. 291-*quater*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43; art. 74 d.p.r. n. 309/90. Il comma 1-*bis*.2 assoggetta alla disciplina di cui al comma 1-*bis* i condannati per il delitto di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione di uno dei delitti elencati nel medesimo comma.

¹³ Il comma 1-*bis*.1 invece annovera i condannati per le seguenti fattispecie: art. 600 c.p.; art. 600-*bis*, comma 1, c.p.; art. 600-*ter*, co. 1 e 2, c.p.; art. 601 c.p.; art. 602 c.p.; art. 609-*octies* c.p.; art. 630 c.p.

¹⁴ Sui meccanismi presuntivi v. *amplius* F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020, 38-39.

collaborante, alcune espressioni utilizzate dal legislatore appaiono di difficile interpretazione perché eccessivamente generiche e indeterminate; infine, appare fortemente irragionevole la previsione di condizioni omogenee applicabili indistintamente qualsiasi sia la misura per cui si fa istanza.

Ma andiamo con ordine.

Innanzitutto, salta subito all'occhio come la nuova formulazione delle condizioni di accesso ricomprenda al suo interno non più solo elementi che attengono al piano dell'ammissibilità della domanda – com'era in passato – ma anche fattori che rilevano sul piano della meritevolezza (in particolare, revisione critica e atteggiamento riparatorio), con conseguente indebita sovrapposizione di queste due fasi del giudizio¹⁵.

Entrando nel merito delle singole condizioni richieste, parecchi sono i dubbi interpretativi che affollano la mente del lettore.

L'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria costituisce un requisito particolarmente severo e impegnativo da soddisfare, non a caso, sino ad oggi richiamato solo in relazione all'accesso alla liberazione condizionale e alla riabilitazione, due istituti che intervengono al termine del percorso penitenziario e hanno effetti considerevoli (l'estinzione della pena e l'estinzione delle pene accessorie e di ogni altro effetto penale della condanna). Non appare altrettanto ragionevole, invece, pretendere tale adempimento per essere ammessi a godere di misure più contenute come, ad esempio, i permessi premio¹⁶. In alternativa, il d.l. 162/2022 fa comunque salva la possibilità di dimostrare «l'assoluta impossibilità di tale adempimento», senza però specificare se e come tale impossibilità «assoluta» differisca dalla semplice impossibilità di adempiere alle obbligazioni civili *ex art. 179 c.p.*

Al non collaborante è poi richiesta l'allegazione di elementi che consentano di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di un loro futuro ripristino, anche indiretto o tramite terzi. Più nel dettaglio, deve trattarsi di elementi «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», il che dimostra una sostanziale sfiducia del legislatore nel sistema penitenziario di trattamento e rieducazione da cui queste informazioni provengono. Non basta però escludere l'attualità dei collegamenti con il crimine organizzato e il pericolo di un loro futuro ripristino, poichè il nuovo art. 4-bis o.p. richiede anche una cesura rispetto al «contesto nel quale il reato è stato commesso» e proprio questa locuzione appare fortemente nebulosa¹⁷. Se un distacco fisico dal luogo ove l'associazione esercitava il proprio

¹⁵ Cfr. A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022*, cit., 13.

¹⁶ In tal senso F. GIANFILIPPI, [Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete Fabio Gianfilippi](#), in *Giustizia insieme*, 2 novembre 2022, par. 4.

¹⁷ Molte le incertezze della dottrina su questa espressione così sfuggente: cfr. R. DE VITO, [Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis](#), in *Questione giustizia*, 2 novembre 2022, par. 6 e E. DOLCINI, [L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis](#), in *questa Rivista*, 7 novembre 2022, par. 3.

controllo pare comprensibile nel caso di condanna per i tradizionali reati di “mafia”, per coloro che si trovano a scontare una pena per un reato “ostativo” che nulla ha a che vedere con il crimine organizzato, il rischio è quello di un ingiustificato sradicamento dal territorio sociale di riferimento, cosa che sarebbe assolutamente deleteria per la risocializzazione¹⁸.

L’onere di allegazione così delineato andrà parametrato in base alle «circostanze personali e ambientali», alle «ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione» (queste ovviamente solo per i reati di mafia), alla «revisione critica della condotta criminosa» e ad «ogni altra informazione disponibile». Si lascia così un certo margine di discrezionalità alla Magistratura di Sorveglianza, ma tra questi elementi di cui l’organo giudicante dovrebbe tener conto nella sua valutazione, uno appare alquanto problematico. Ci riferiamo alla previsione “secca” della «revisione critica della condotta criminosa», senza alcuna indicazione circa una possibile graduazione della stessa a seconda della tipologia di beneficio richiesto. Tale assetto si pone in contrasto con un consolidato orientamento interpretativo della Corte di cassazione che ammette la possibilità di individuare diversi “gradi” di revisione critica, a seconda del tipo di misura richiesta¹⁹.

Il giudice deve accertare «altresì la sussistenza di iniziative dell’interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa». Premesso che potrebbe risultare difficile la stessa individuazione delle vittime, pare comunque opportuno, se non necessario, considerare queste iniziative come fattori meramente eventuali, valutabili solo se presenti, a meno di non voler ignorare il fondamento di qualsiasi percorso riparativo che consiste nel libero consenso dei soggetti coinvolti.

Ciò che pare più grave, comunque, è l’aver stabilito un complesso di condizioni vevoli, senza distinzioni, per la concessione di benefici penitenziari, misure alternative e liberazione condizionale, istituti ontologicamente differenti, che richiedono livelli diversi di maturazione trattamentale, compatibili con residui di pericolosità sociale di diversa intensità, in rapporto anche al grado più o meno ampio di libertà che le singole misure comportano. Questo appiattimento verso l’alto delle condizioni di accesso indifferenziato per tutte le misure sconfessa apertamente il principio di progressione trattamentale, che discende direttamente da quello rieducativo, cristallizzato in Costituzione nell’art. 27 co. 3²⁰. Il fulcro dell’esecuzione penitenziaria dovrebbe proprio

¹⁸ F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l’interprete Fabio Gianfilippi*, cit., par. 4.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2020, n. 18881, in *Diritto & Giustizia*, 2020; Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2018, n. 1654, in *Diritto & Giustizia*, 2019.

²⁰ Si ricordi che uno degli argomenti che aveva portato alla declaratoria di incostituzionalità del c.d. ergastolo di terzo tipo era stato proprio «l’appiattimento all’**unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l’accesso a tutti i benefici penitenziari** indicati nel primo comma dell’art. 4 bis ord. penit.» (Corte cost., 11 luglio 2018, n. 118, in www.cortecostituzionale.it). Secondo la Consulta, una simile disciplina stravolgeva irragionevolmente la logica gradualistica che permea l’intero ordinamento penitenziario e che costituisce diretta «attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena»; da qui, il contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. Per un commento più approfondito sulla pronuncia si

consistere in un *iter* di reinserimento sociale graduale, che faccia ri-acquisire al soggetto spazi di libertà e responsabilità via via sempre più ampi.

6. Le prescrizioni connesse alla concessione dei benefici: il nuovo comma 1-bis.1.1.

La legge di conversione ha arricchito l'art. 4-*bis* o.p. di un nuovo comma 1-*bis*.1.1. che prevede, con il provvedimento di concessione dei benefici, la possibilità di stabilire prescrizioni «volte a impedire il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o che impediscano ai condannati di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati o al ripristino di rapporti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva». L'utilizzo dell'espressione «*possono essere stabilite*» implica un'ampia discrezionalità del giudice in merito all'*an* dell'imposizione di tali prescrizioni, che dunque non sono obbligatorie. Ampia discrezionalità che si registra anche con riferimento al contenuto prescrittivo delle stesse. Tale aggiunta potrebbe forse considerarsi superflua dal momento che la concessione dei benefici è da sempre accompagnata, nella prassi, al rispetto di talune prescrizioni²¹.

7. Le modifiche procedurali.

Dal punto di vista procedurale, le innovazioni del d.l. 162/2022 sono numerose. Il legislatore ha infatti messo mano al comma 2 dell'art. 4-*bis* o.p. incrementando significativamente gli adempimenti istruttori gravanti d'ufficio sulla Sorveglianza. Se in origine, infatti, veniva semplicemente previsto che ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1, il Magistrato o il Tribunale di Sorveglianza acquisissero «dettagliate informazioni» dal C.p.o.s., attualmente, si prescrive che, nel caso di istanze provenienti da un condannato non collaborante (commi 1-*bis* e 1-*bis*.1), il giudice dovrà acquisire informazioni e pareri da plurime autorità e condurre una serie di accertamenti sul condannato e il suo nucleo familiare.

Nello specifico, dovrà assumere informazioni «dalla direzione dell'istituto ove l'istante è detenuto o internato» e, a seguito della legge di conversione, sarà sua cura acquisire anche «dettagliate informazioni in merito al perdurare dell'operatività del sodalizio criminale di appartenenza o del contesto criminale nel quale il reato è stato consumato, al profilo criminale del detenuto o dell'internato e alla sua posizione all'interno dell'associazione, alle eventuali nuove imputazioni o misure cautelari o di

rimanda a E. DOLCINI, [Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo \(e di rieducazione del condannato\)](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, fasc. 7-8, 145.

²¹ Così, A. RICCI, [Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»](#), in *Giurisprudenza Penale Web*, 2023, 1, par. 3.

prevenzione sopravvenute a suo carico e, ove significative, alle infrazioni disciplinari commesse durante la detenzione».

Dovrà poi essere richiesto il «parere del pubblico ministero presso il giudice che ha emesso la sentenza di primo grado, 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».

Gli accertamenti che il giudice dovrà disporre riguardano, invece, le condizioni reddituali e patrimoniali, il tenore di vita, le attività economiche eventualmente svolte, la pendenza o la definitività di misure di prevenzione personali o patrimoniali dell'istante, degli appartenenti al suo nucleo familiare e delle persone ad esso collegate.

I pareri, le informazioni e gli accertamenti sopra indicati devono essere trasmessi dalle autorità competenti entro sessanta giorni, salvo proroga di ulteriori trenta giorni in ragione della complessità degli accertamenti stessi; decorso il termine, originario o prorogato, il giudice decide anche in assenza dei pareri, delle informazioni e degli esiti degli accertamenti richiesti.

Ora, se le informazioni e gli accertamenti, pur appesantendo l'iter decisorio, non destano particolari preoccupazioni, trattandosi comunque di elementi che concorrono a formare il libero convincimento del giudice, e che, anche in assenza di espressa previsione legislativa, già venivano presi in considerazione nella prassi, diverso discorso vale per i pareri. In primo luogo, perché il parere esercita una forma di condizionamento che implicitamente comprime la discrezionalità dell'organo giudicante; in aggiunta, si consideri che le procure sono apparati per loro natura orientati a sostenere ipotesi accusatorie, propensi ad individuare indizi di pericolosità nel condannato e, all'opposto, scarsamente inclini a fornire elementi *pro reo*²².

Qualora dall'istruttoria svolta emergano indizi dell'attuale sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva o con il contesto nel quale il reato è stato commesso, ovvero del pericolo di ripristino di tali collegamenti, «è onere del condannato fornire, entro un congruo termine, idonei elementi di prova contraria». Tale onere probatorio era già stato delineato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 253/2019 a proposito dei permessi premio. Rimane, però, ora come allora, una criticità di base legata alle inevitabili difficoltà probatorie che incontrano i ristretti. Per porre rimedio a questa debolezza del detenuto, parte della dottrina ritiene doverosa una cooperazione istruttoria d'ufficio da parte del Magistrato di Sorveglianza²³.

Il legislatore ha poi sentito il bisogno di introdurre un obbligo di motivazione rafforzata in capo al giudice stabilendo che «in ogni caso, nel provvedimento con cui decide sull'istanza di concessione dei benefici il giudice indica specificamente le ragioni dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza medesima, tenuto conto dei pareri acquisiti».

²² Si tratta di considerazioni già avanzate a proposito dei pareri provenienti dal C.p.o.s. Sul punto v. *amplius*, C. FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza*, in *Il giusto processo*, 1992, n. 14-15, 174.

²³ Così, R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, cit., par. 9.

Ancora una volta, da queste previsioni traspare, neanche tanto velatamente, una spiccata diffidenza e sfiducia nei confronti della Magistratura di Sorveglianza.

Infine, in chiusura del nuovo comma 2 dell'art. 4-*bis* o.p., è stato introdotto espressamente il divieto di concessione di benefici penitenziari e misure alternative ai detenuti in regime di 41-*bis* o.p. Ora, che ai detenuti in regime speciale fosse nei fatti precluso l'accesso ai benefici penitenziari dipendeva dalla circostanza che la sottoposizione al 41-*bis* o.p. postula la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e dunque una elevata pericolosità sociale. Altra cosa però è sancire un divieto nero su bianco. Si tenga a mente, infatti, che il provvedimento che assoggetta il detenuto al regime di cui al 41-*bis* o.p. è un decreto ministeriale. Il fatto che si ammetta *de iure* che un provvedimento ministeriale impedisca ad un giudice di entrare nel merito della questione e lo obblighi a dichiarare l'inammissibilità dell'istanza presentata, si pone in contrasto con le garanzie di cui all'art. 13 co. 2 Cost.²⁴.

8. Deroga all'obbligo di istruttoria "rafforzata": il nuovo comma 2-*bis*.1.

La legge di conversione ha introdotto l'ennesimo comma all'art. 4-*bis* o.p., il comma 2-*bis*.1, che contempla una deroga espressa agli obblighi istruttori di cui ai commi 2 e 2-*bis* dello stesso articolo quando al condannato sia stato concesso, da non più di tre mesi, un permesso premio o l'ammissione al lavoro all'esterno. Si ritiene, infatti, superfluo rinnovare la complessa istruttoria contemplata nella nuova formulazione del 4-*bis* o.p., quando, essendo trascorso un lasso di tempo limitato (tre mesi) dal provvedimento concessivo del permesso o legittimante il lavoro esterno, si può ragionevolmente supporre non si siano verificati mutamenti rilevanti.

9. La partecipazione del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado: il nuovo comma 2-*ter*.

Il comma 2-*ter* dell'art. 4-*bis* o.p., anch'esso di nuovo conio, ammette la possibilità che le funzioni di pubblico ministero «alle udienze del tribunale di sorveglianza che abbiano ad oggetto la concessione dei benefici di cui al comma 1 ai condannati per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.» siano svolte «dal pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto ove è stata pronunciata la sentenza di primo grado». La l. 199/2022 ha ulteriormente previsto che se il p.m. «ha sede in un distretto diverso, può partecipare all'udienza mediante collegamento a distanza».

La *ratio* della disposizione dovrebbe essere quella di acquisire un parere qualificato dal p.m. che ha partecipato al giudizio di primo grado perché direttamente

²⁴ V. *amplius*, D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, cit., par. 7.

informato sui fatti che hanno portato alla condanna, ma il legislatore mostra di non tener conto di tutta una serie di considerazioni e difficoltà di tipo organizzativo.

Innanzitutto, laddove il soggetto abbia subito plurime condanne per reati processati in sedi giudiziarie territorialmente diverse, non viene fornito un criterio per individuare quale p.m. sia legittimato a partecipare. In secondo luogo, non è raro che il pubblico ministero eventualmente chiamato a partecipare all'udienza non sia la persona fisica che ha conosciuto direttamente i fatti di reato. Non è chiaro, poi, il richiamo all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p. che contiene al suo interno anche tipologie delittuose non riconducibili a quelle "ostative"²⁵.

10. Eliminazione del doppio binario procedimentale per la concessione dei permessi premio e l'approvazione del programma di lavoro all'esterno.

Va sicuramente salutata con favore la decisione del legislatore di cancellare la competenza del Tribunale di Sorveglianza in tema di approvazione del programma di lavoro esterno e concessione di permessi premio nel caso in cui la richiesta fosse stata presentata da un soggetto condannato per delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; associazione di tipo mafioso; delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste.

Molte erano state le critiche che tale previsione si era attirata tra i primi commentatori, alcune di tipo pratico – queste modalità procedurali avrebbero decisamente allungato i tempi decisione e ingolfato ancor di più i Tribunali di Sorveglianza – altre di natura costituzionale (presunto contrasto con il principio di uguaglianza), dal momento che veniva di fatto eliminato un grado di giudizio di merito in funzione del titolo di reato e, quindi, del tipo d'autore, rimanendo possibile esclusivamente il ricorso per cassazione per soli vizi di legittimità²⁶.

Per fortuna il legislatore nella legge di conversione è tornato sui suoi passi e ha ripristinato la competenza dell'organo monocratico di Sorveglianza.

11. Modifiche alla disciplina della liberazione condizionale e della libertà vigilata.

Problematica è anche la modifica di cui al secondo comma dell'art. 2 del d.l. 152/1991, con la quale viene elevata da ventisei a trenta anni di reclusione la soglia di pena necessaria per l'accesso alla liberazione condizionale da parte dell'ergastolano

²⁵ Cfr. A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022*, cit., 33 s.

²⁶ Cfr. D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, cit., par. 4; F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete Fabio Gianfilippi*, cit., par. 8; R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, cit., par. 10.

“ostativo” non collaborante, e dalla metà ai due terzi della pena inflitta quella prevista per il condannato a pena temporanea. Si tratta di un arretramento non solo rispetto all’attuale limite fissato dalla l. Gozzini, ma anche rispetto alla precedente l. 1634/1962 che aveva esteso, per la prima volta, all’ergastolano la liberazione condizionale dopo ventotto anni di pena espiata. Le modifiche in *peius*, però, non si arrestano alla disciplina dei termini per accedere alla libertà condizionale, ma interessano anche la durata della libertà vigilata che a quest’ultima sempre si accompagna. Si prevede, infatti, che la pena dell’ergastolo inflitta al condannato “ostativo” non collaborante, si estingua in dieci anni dalla data del provvedimento di concessione della liberazione condizionale e che la durata della libertà vigilata disposta ai sensi dell’art. 230 comma 1 n. 2 venga corrispondentemente aumentata in anni dieci²⁷. Per tutta la durata della libertà vigilata è inoltre previsto un divieto di incontrare o mantenere contatti con soggetti condannati per delitti di cui all’art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. o sottoposti a misura di prevenzione in casi tassativamente indicati.

Apparentemente, l’innalzamento di pena da ventisei a trenta anni stabilito dal legislatore sembra trovare giustificazione nella volontà di diversificare le condizioni di accesso alla liberazione condizionale in base alla condotta collaborativa o non collaborativa dell’ergastolano “ostativo”, pena un’indebita equiparazione tra soggetti che si trovano in posizioni differenti. Tale argomento non convince e, infatti, come evidenziato da attenta dottrina, il caso in cui l’ergastolano “ostativo” collaborante acceda alla liberazione condizionale dopo ventisei anni è del tutto ipotetico, poiché il collaborante che entra nel sistema di protezione – cosa che avviene praticamente sempre – può presentare istanza di liberazione condizionale trascorsi dieci anni (art. 16-*nonies* d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. in l. 15 marzo 1991, n. 82)²⁸. Se è vero questo, viene allora a crearsi un divario irragionevole *ex art. 3 Cost.* tra condannato “ostativo” collaborante e non collaborante proprio per effetto della novella²⁹, il che appare tanto più ingiustificato se si richiamano alla mente le parole della Consulta per cui: «l’assenza di collaborazione con la giustizia non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, in conseguenza del fatto che il detenuto esercita la facoltà di non prestare partecipazione attiva a una finalità di politica criminale e investigativa dello Stato [...] un conto è l’attribuzione di valenza premiale al comportamento di colui che, anche dopo la condanna, presta una collaborazione utile ed efficace, ben altro è l’inflizione di un trattamento peggiorativo al detenuto non collaborante»³⁰.

²⁷ Vale la pena notare che sull’obbligatorietà e la fissità della libertà vigilata pende una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Sorveglianza di Firenze (ord. n. 791/2022 del 15.02.2022).

²⁸ Cfr. ancora D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l’ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, cit., par. 5.1., il quale evidenzia come l’unico caso in cui l’ergastolano collaborante potrebbe domandare la liberazione condizionale dopo ventisei anni di pena scontata sia quando «a fronte di più procedimenti [...] presta collaborazione in un caso durante la cognizione (e questo di norma evita l’ergastolo) e nell’altro dopo la condanna (ed è quindi mantenuto l’ergastolo), presupponendo che l’entrata nel sistema di protezione non avvenga nel secondo caso».

²⁹ Così secondo E. DOLCINI, *L’ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, cit., par. 3.

³⁰ Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in www.cortecostituzionale.it.

Ma vi è un altro argomento che fa dubitare della legittimità di questo intervento a rialzo. La previsione di un limite così elevato contrasta con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che, nella sentenza *Vinter e altri c. Regno Unito*, ha indicato tendenzialmente in venticinque anni il termine entro cui riesaminare i progressi del condannato a pena perpetua, sicché potrebbe venire in rilievo un eventuale conflitto con l'art. 117 Cost., quale parametro interposto rispetto all'art. 3 CEDU³¹. La soglia dei venticinque anni trova, peraltro, riscontro anche in fonti internazionali come lo Statuto della Corte penale internazionale³².

Rimane un ultimo problema da affrontare, ovverosia la mancanza di una disposizione transitoria che regoli la portata applicativa, da un punto di vista temporale, dell'innalzamento a trent'anni del *quantum* di pena utile per accedere alla liberazione condizionale. L'art. 3 d.l. 162/2022, infatti, ha mantenuto il limite dei ventisei anni solo in presenza delle condizioni di impossibilità, inesigibilità e irrilevanza di utile collaborazione con la giustizia che, come sappiamo, continuano a sopravvivere esclusivamente rispetto a chi ha commesso il fatto prima dell'entrata in vigore del decreto-legge. Nel silenzio del legislatore, quindi, dovremmo concludere che la soglia dei trenta anni di reclusione risulti applicabile in ogni altro caso, anche a coloro che abbiano commesso il fatto prima del 1° novembre 2022. In realtà, una parte della dottrina sostiene che trattandosi di modifica evidentemente peggiorativa, dovrebbe soccorrere la portata della sentenza costituzionale n. 32 del 2020 e far sì che la soglia di pena espianda sia anche in questi casi di ventisei anni³³. Ora, non vi è dubbio che il nuovo limite per accedere alla liberazione condizionale integri una modifica deteriore rispetto alla disciplina previgente, tuttavia non si può trascurare che la novella *de qua* non si limita a questa variazione *in peius*, ma allo stesso tempo introduce una disciplina più favorevole perché permette all'ergastolano "ostativo" non collaborante di accedere alla liberazione condizionale, possibilità prima assolutamente preclusa. Proprio a partire da questo rilievo, altri interpreti hanno escluso la configurabilità di un contrasto con i principi della sentenza 32/2020, «non potendosi operare un collage tra gli aspetti più favorevoli della norma sostituita (la soglia edittale a ventisei anni) e quelli più favorevoli della nuova disposizione (la possibilità di ottenere la liberazione condizionale anche in assenza di collaborazione), pena il rischio di creare una nuova norma al banco del giudice»³⁴.

³¹ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10, in www.hudoc.echr.coe.int. In tale pronuncia, i giudici alsaziani hanno infatti chiarito che una pena perpetua *de iure* o *de facto* irriducibile integra un trattamento disumano e degradante vietato ai sensi dell'art. 3 CEDU. Prende così forma il c.d. diritto alla speranza del condannato, ovverosia il diritto ad una concreta prospettiva di riesame e di liberazione che renda 'riducibile' la pena inflitta a vita.

³² Nello specifico, l'art. 110 co. 3 dello Statuto della Corte penale internazionale recita: «Se la persona ha scontato i due terzi della pena, o venticinque anni di reclusione nel caso di una condanna all'ergastolo, la Corte riesamina la pena per decidere se sia il caso di ridurla. [...]».

³³ Di quest'avviso, A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022*, cit., 26-27.

³⁴ Cfr. R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, cit., par. 11, che comunque non esclude un'applicazione irretroattiva della nuova norma in base ad una valutazione casistica, attenta soprattutto alle ragioni dedotte a fondamento della mancata collaborazione.

Il fatto che la norma in questione abbia, per così dire, una doppia faccia, più favorevole e più sfavorevole allo stesso tempo, non dovrebbe però escludere a priori, a nostro modo di vedere, un'applicazione irretroattiva degli aspetti svantaggiosi. Che l'ergastolo ostativo dovesse saltare l'aveva già chiarito una volta per tutte la Corte costituzionale nell'ord. 97/2021 e prima ancora la sent. *Viola c. Italia* della Corte EDU che ne aveva riconosciuto il carattere irriducibile e dunque contrario all'art. 3 della Convenzione³⁵. La possibilità in sé di ottenere la liberazione condizionale, anche in assenza di collaborazione, non è quindi in discussione e costituisce un punto fermo su cui l'ergastolano poteva fare legittimo affidamento già a partire dall'ord. 97/2021. Appurato questo, il legislatore è certamente libero di disciplinare discrezionalmente il *quomodo* dell'accesso alla liberazione condizionale da parte del non collaborante, anche alzando la soglia ad anni trenta³⁶, ma, ci sembra, solo *pro futuro*. Il volto favorevole della nuova disciplina si radica proprio nell'ord. 97/2021, che indica al legislatore un fine obbligato e irrinunciabile. Rimane, quindi, meritevole di considerazione, al fine di stabilire la portata applicativa temporale della norma, solo il suo volto sfavorevole, che, dunque, in virtù della sentenza 32/2020, non può applicarsi retroattivamente. Si pensi, d'altronde, alla situazione concreta di un ergastolano ostativo, rimasto in “standby” per un anno e mezzo (dall'ord. 97/2021 al d.l. 162/2022), ma certo nel frattempo di stare scontando una pena declinata in maniera costituzionalmente illegittima, magari prossimo o che ha già superato la soglia di ventisei anni di pena espiata, che oltre a dover integrare una *probatio diabolica*, si troverebbe oggi a dover attendere ulteriori quattro anni per poter domandare l'accesso alla liberazione condizionale.

12. Conclusione: un bilancio della nuova disciplina.

Il d.l. 162/2022 sembra andare ben oltre le indicazioni dettate dalla Corte costituzionale nell'ord. 97/2022. La Consulta chiedeva che venisse superata l'equazione “mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici”, demandando al legislatore la predisposizione di un meccanismo tale da consentire all'ergastolano “ostativo” di dimostrare altrimenti l'insussistenza dei collegamenti presenti e futuri con il sodalizio criminale e, dunque, il superamento della propria pericolosità sociale, così da ottenere una mera *chance* (nessun diritto) di accedere alla liberazione condizionale.

Cosa ha fatto il legislatore?

Ha trasformato la preclusione di pericolosità da assoluta a relativa (*rectius* semi-assoluta), subordinando l'ammissibilità dell'istanza a una serie di condizioni alquanto severe, alcune delle quali richiederanno un'attività concretizzatrice della giurisprudenza visto il loro carattere vago e indeterminato; ma non si è fermato qui. Ha sentito il bisogno di derogare al principio dello “scioglimento del cumulo”; cancellare l'istituto della

³⁵ Corte EDU, 16 giugno 2019, *Viola c. Italia*, ric. n. 77633/16, in www.giustizia.it.

³⁶ Se poi tale modifica sia o meno costituzionale spetterà eventualmente alla Corte deciderlo.

collaborazione impossibile, irrilevante e inesigibile; elevare a trent'anni di pena espiata il limite per accedere alla liberazione condizionale (per l'ergastolano "ostativo" non collaborante); sconfessare la progressione trattamentale uniformando senza distinzioni le condizioni di accesso a tutti benefici penitenziari in senso lato; aumentare considerevolmente gli adempimenti istruttori a carico della Sorveglianza; imporre un obbligo di motivazione rafforzata al giudice. Inaspettatamente, nella legge di conversione ha rimosso dal catalogo dei reati "ostativi" di c.d. prima fascia le fattispecie a danno della pubblica amministrazione. Quest'ultima manovra o la relativizzazione della presunzione di pericolosità sociale non bastano a redimere una novella che, nel complesso, compie numerosi passi indietro rispetto alla disciplina previgente. Certo, occorrerà attendere la concreta applicazione della riforma, ma la sensazione è che quel diritto alla speranza, riacceso dalla Corte costituzionale, si spenga a mano a mano che si scorrono le nuove disposizioni dell'art. 4-*bis* o.p.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**