

# STUDIUM IURIS

RIVISTA PER LA FORMAZIONE NELLE PROFESSIONI GIURIDICHE

RIVISTA BIMESTRALE

Anno XXIX

Coordinatore  
e direttore responsabile  
**ALESSIO ZACCARIA**

**3/2023**

 [pacinieditore.xligo.com/rivista/studium.iuris](http://pacinieditore.xligo.com/rivista/studium.iuris)

## Comitato di Direzione

Renato Balduzzi - Giovanni Bonilini - Roberto Calvo - Marco Cian - Giorgio Conetti - Guido Corso - Luigi Costato  
Giovannangelo De Francesco - Giovanni De Cristofaro - Maria Vita De Giorgi - Franco Ferrari - Gianluca Gardini - Fausto  
Giunta - Vincenzo Maiello - Antonella Marandola - Giorgio Marasà - Antonio Masi - Pietro Masi - Francesco Palazzo  
Marco Pelissero - Andrea Pugiotto - Antonio Serra - Giorgio Spangher - Ferruccio Tommaseo - Paolo Veronesi - Enzo Vullo  
Alessio Zaccaria

## Responsabile della Redazione

Alessandro Pepe

***Prospettive di riforma della legge professionale forense***

***La riforma dell'ergastolo ostativo***

***Riforma Cartabia: la fase introduttiva del processo ordinario  
di cognizione e la prima udienza di comparizione***

***Il giudizio civile d'appello secondo la Riforma Cartabia***

***Nullità del contratto di locazione per omessa registrazione  
ed effetti della registrazione tardiva***

***Il nuovo processo tributario e la tutela del contribuente***

***Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro***

***Rinnovo automatico delle concessioni balneari e diritto UE***

***Giudizio direttissimo: termini a difesa e riti alternativi***

**Temi in questo numero:**

***La prestazione in luogo dell'adempimento***

***La responsabilità civile della P.A. per reato del dipendente***

***Nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto***

***Omicidio doloso e reato omissivo improprio***

***Capacità di succedere del nascituro e riabilitazione  
dell'indegno***

***Riserva di proprietà e circolazione di immobili pervenuti  
per liberalità indiretta***

# *Studium Generale*

Collana di periodici per la didattica universitaria e postuniversitaria

fondata da

**Giorgio Cian e Diega Orlando**

---

## STUDIUM IURIS

rivista per la formazione nelle professioni giuridiche

progetto e realizzazione di Giorgio Cian e Alessio Zaccaria



# STUDIUM IURIS

rivista per la formazione nelle professioni giuridiche

## COMITATO DI DIREZIONE

RENATO BALDUZZI	ANTONELLA MARANDOLA
GIOVANNI BONILINI	GIORGIO MARASÀ
ROBERTO CALVO	ANTONIO MASI
MARCO CIAN	PIETRO MASI
GIORGIO CONETTI	FRANCESCO PALAZZO
GUIDO CORSO	MARCO PELISSERO
LUIGI COSTATO	ANDREA PUGIOTTO
GIOVANNANGELO DE FRANCESCO	ANTONIO SERRA
GIOVANNI DE CRISTOFARO	GIORGIO SPANGHER
MARIA VITA DE GIORGI	FERRUCCIO TOMMASEO
FRANCO FERRARI	PAOLO VERONESI
GIANLUCA GARDINI	ENZO VULLO
FAUSTO GIUNTA	ALESSIO ZACCARIA
VINCENZO MAIELLO	

*coordinatore e direttore responsabile*  
*Alessio Zaccaria*

*redazione*

*Alessandro Pepe*

*Edoardo Caruso Francesco Oliviero*

*Francesco Porcari Riccardo Villani*



#### REFERAGGIO - NORME DI AUTODISCIPLINA

I contributi ospitati nelle sezioni Attualità e Saggi e Lezioni sono innanzi tutto vagliati da un Direttore e quindi sottoposti a procedimento di revisione tra pari a singolo o a doppio cieco (come indicato in nota).

I contributi trasmessi per la valutazione a un componente del Comitato per la valutazione scientifica non recano il nome dell'Autore. L'identità dei valutatori è coperta da anonimato.

La Redazione informa l'Autore dell'esito della valutazione e degli eventuali suggerimenti per il miglioramento del lavoro. In caso di pareri contrastanti tra più revisori, la Direzione si assume la responsabilità della decisione finale.

I contributi dei Direttori non sono sottoposti a referaggio.

I Temi e le Rassegne sono controllati da un Direttore.

La documentazione relativa alle procedure di valutazione viene conservata presso la Redazione della Rivista.

## INDICE DEL FASCICOLO 3/2023



### OPINIONI

- GIAMPAOLO DI MARCO, *Le prospettive di riforma della professione forense a dieci anni dall'approvazione della legge n. 247 del 2012* ..... **235**



### ATTUALITÀ E SAGGI

- MARTA MENGOZZI, *La riforma in extremis dell'ergastolo ostativo. La parola torna ai giudici comuni* ..... **248**
- GIUSEPPE SASSU, *La fase introduttiva del processo ordinario di cognizione e la prima udienza di comparizione delle parti e trattazione della causa: le modifiche apportate dal d. legisl. n. 149 del 2022* ..... **258**
- FRANCESCO TEDIOLI, *La riforma del processo civile: il giudizio di appello* ..... **264**
- MARCO SANNINO, *Locazioni abitative e nullità per omessa registrazione del contratto: la sanatoria in caso di registrazione tardiva è ancora possibile?* ..... **272**
- ANNA MIOTTO, *Il nuovo processo tributario e la tutela del contribuente* ..... **279**
- BRUNO CARUSO, *Massimo D'Antona e l'idea di soggetto nel diritto del lavoro* ..... **290**



### TEMI

- Concorso per uditore giudiziario – Prova scritta di diritto civile, di PIETRO FAINARDI ..... **300**
- Concorso per uditore giudiziario – Prova scritta di diritto amministrativo, di FABIO PAVANINI ..... **303**
- Esame per l'iscrizione agli albi degli avvocati – Parere motivato su quesito proposto in materia di diritto civile, di ROBERTO CALVO ..... **307**
- Esame per l'iscrizione agli albi degli avvocati – Parere motivato su quesito proposto in materia di diritto penale, di NICOLÒ AMORE ..... **310**
- Concorso per notaio – Prova teorico-pratica riguardante un atto tra vivi di diritto civile, di GABRIELE MERCANTI e PIERPAOLO RAMUNDO ..... **316**
- Concorso per notaio – Prova teorico-pratica riguardante un atto di ultima volontà, di CLARISSA TOMIOLO ..... **334**
- I Temi del prossimo numero ..... **342**



### NOTIZIARIO E VARIE

- ANTONELLA MARANDOLA, *Giudizio direttissimo: legittima la richiesta dei riti dopo la concessione di termini a difesa* ..... **345**

<i>Il rinnovo automatico delle concessioni balneari contrasta col diritto eurounitario della concorrenza</i> .....	346
<i>Esame d'avvocato: si torna alle tradizionali modalità d'esame con prove scritte a dicembre 2023, anzi no (forse) si cambia</i> .....	346

### **CONTENUTI ONLINE RISERVATI AGLI ABBONATI**



#### **NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI**

a cura di GIANMARCO BONDI, NICOLA CHIRICALLO, JACOPO DELLA VALENTINA,  
ALESSANDRO PEPE, LINDA PINCELLI e MARCELLO TEBALDI



#### **GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

a cura di PAOLO VERONESI



#### **GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA**

a cura di LUIGI BENINCASA



#### **NOVITÀ LEGISLATIVE**

a cura di SIMONA DROGHETTI

# La riforma *in extremis* dell'ergastolo ostativo. La parola torna ai giudici comuni

di MARTA MENGOZZI

SOMMARIO: 1. Il faticoso dialogo tra Corte e legislatore sull'ergastolo ostativo: il d.l. n. 162 del 2022 e la restituzione degli atti al giudice remittente. – 2. I dubbi sull'utilizzazione dello strumento del decreto-legge. – 3. Il contenuto della riforma: luci e ombre. – 4. Gli aspetti più critici.

## 1. Il faticoso dialogo tra Corte e legislatore sull'ergastolo ostativo: il d.l. n. 162 del 2022 e la restituzione degli atti al giudice remittente

La questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354 (recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà»; d'ora in avanti anche ord. pen.), con particolare riferimento alla possibilità di accesso alla liberazione condizionale dei condannati per i reati ivi previsti, ha dato vita ad una vicenda processuale peculiare; o, quantomeno, nell'esperienza dei c.d. rinvii con monito si è trattato senz'altro di una prima volta. Tale recente tecnica decisionale, infatti, com'è noto, è volta a stimolare il legislatore a provvedere alla riforma di discipline che la Corte anticipa di considerare incostituzionali senza dichiararle tali: per rendere più incisivo il proprio invito al Parlamento, il giudice costituzionale lascia quest'ultimo sotto la “spada di Damocle” di un proprio intervento attraverso un rinvio dell'udienza entro un termine congruo (di solito, circa un anno). Si tratta dell'ultimo “ritrovato” dell'elaborazione giurisprudenziale – non esente, peraltro, in dottrina, da vivaci critiche (1) – nella ricerca di strumenti di dialogo

tra Corte costituzionale e legislatore più effettivi del classico monito accompagnato da una pronuncia d'inammissibilità o infondatezza.

Tuttavia, anche questo meccanismo, nei primi due casi di utilizzazione (2), si era rivelato inefficace e la Corte, una volta scaduto il termine del rinvio disposto in prima battuta in uno con l'esortazione al legislatore, non aveva potuto fare altro che prendere atto della perdurante inerzia del Parlamento e procedere alla pronuncia d'incostituzionalità già annunciata ma non dichiarata.

In questa occasione, invece, le cose sono andate diversamente.

La Consulta, quando la questione è tornata al suo esame dopo il termine di oltre un anno concesso con l'ord. n. 97 del 2021, ha preso atto dell'intervenuta approvazione di un disegno di legge di riforma dell'art. 4-bis cit., sia pure in uno solo dei due rami del Parlamento (3), e «in considerazione dello

zionale, in *Oss. fonti* 2018, fasc. 3, e, in termini più sfumati, P. VERONESI, *L'ord. n. 207/2018 sul c.d. “caso Cappato”: cosa c'è, cosa non c'è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe precludere*, in *Forum Quad. Costituz.*, 12 giugno 2019. Tra chi, invece, ha dato una valutazione complessivamente positiva della nuova tecnica, cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018; M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul “caso Cappato”*, in *Federalismi.it*, n. 17/2019; M. 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*, n. 2/2019.

(2) Ci si riferisce naturalmente al c.d. caso Cappato (C. cost. ord. n. 207 del 2018 e sent. n. 242 del 2019) e a quello relativo alla sanzione detentiva comminata ai giornalisti per il reato di diffamazione (C. cost. ord. n. 132 del 2020 e sent. n. 150 del 2021).

(3) Nel maggio 2022 (il periodo in cui era stata fissata l'udienza dopo il primo rinvio) il disegno di legge era stato

(1) Del relativo dibattito non è possibile dare conto compiutamente in questa sede. Ci si limita, dunque, a segnalare, tra chi ha espresso maggiori perplessità: A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giust. insieme*, 27 novembre 2019; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'“ordinanza Cappato”*, in *Dirittifondamentali.it*, 13 marzo 2019; M. PICCHI, *“Leale e dialettica collaborazione” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costitu-*

stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge» ha accolto la richiesta dell'Avvocatura dello Stato di un nuovo rinvio per consentire al legislatore di completare i lavori (ord. n. 122 del 2022)(4). I sei mesi dati dalla Corte sono stati però contrassegnati da vicende ulteriormente travagliate: lo scioglimento anticipato delle Camere, con decreto del Presidente della Repubblica del 21 luglio 2022, ha comportato l'abbandono del processo di approvazione della riforma, con il residuo tempo a disposizione tutto assorbito per lo svolgimento del procedimento elettorale, l'insediamento dei nuovi rappresentanti e la formazione del Governo.

Così, dopo un anno e mezzo, si stava giungendo alla vigilia della terza udienza fissata per la decisione sulla questione in parola (8 novembre 2022) senza che il Parlamento avesse ancora una volta risposto all'invito del giudice delle leggi, prospettandosi, dopo ben due rinvii, la necessità di un intervento pretorio sulla disciplina legislativa in contrasto con la Costituzione.

Per scongiurare tale (altrimenti inevitabile) esito, il neo-nato Governo ha, tra i suoi primi atti, adottato il decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 (recante «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali»), con il quale ha apportato modifiche alla disciplina prevista dall'art. 4-bis ord. pen., riprendendo pressoché integralmente il testo già approvato dalla Camera nella legislatura precedente. I presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. per il ricorso a tale fonte sono stati indicati in premessa nei «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione», nonché nella «imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissa-

approvato dalla Camera dei Deputati (AC 1951) ed era giunto al Senato (AS 2574), ove si trovava all'esame della Commissione Giustizia.

(4) Su tale decisione, cfr. A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *R. it. d. proc. pen.* 2022, p. 761 ss.; F. SIRACUSANO, *Un ulteriore rinvio "aspettando Godot": l'intollerabile sopravvivenza dell'ergastolo ostativo*, in *G. cost.* 2022, p. 1354 ss.; nonché, volendo, M. MENGOZZI, *Il "rinvio del rinvio" con monito sull'ergastolo ostativo. Altro tempo in cui continua ad applicarsi una pena incostituzionale*, in questa *Rivista* 2022, n. 7-8, p. 957 ss.

ta dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore».

La Consulta, quindi, all'udienza si è trovata di fronte a una nuova disciplina, che, pur essendo vigente solo da pochi giorni e ancora in via precaria, modificava direttamente le norme sottoposte al suo giudizio e «incide[va] immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione».

Pertanto, senza attendere con un ennesimo rinvio la conversione in legge del decreto in questione, con l'ordinanza n. 227 del 2022, ha optato per l'unica altra soluzione possibile in tale congiuntura(5): la restituzione degli atti al giudice remittente, per una nuova valutazione della questione alla luce dello *jus superveniens* «anche all'esito del procedimento di conversione del decreto-legge».

Si è, così, verificato il primo caso in cui il legislatore (*rectius*, il Governo) ha, sia pur faticosamente, dato una effettiva risposta ad un (doppio) rinvio con monito attraverso una riforma della disciplina che la Corte aveva indicato come non rispondente ai parametri costituzionali.

E si è toccato con mano come, in casi come questo, la verifica *ex post* circa la conformità a Costituzione delle decisioni assunte dal legislatore, che la Consulta si era espressamente riservata a suo tempo nella parte finale dell'ordinanza n. 97 del 2021, non possa che passare attraverso la restituzione degli atti al giudice *a quo*, dal momento che qualsiasi diversa opzione farebbe perdere al relativo giudizio ogni legame con il caso concreto, trasformando arbitrariamente il giudizio incidentale di costituzionalità in un sindacato preventivo e astratto, palesemente incompatibile con il modello definito dalla legge cost. n. 1 del 1948(6).

In modo per qualche verso paradossale, il primo caso di effettivo riscontro legislativo al rinvio con monito, tardivo e ottenuto soltanto al prezzo di un secondo rinvio, è avvenuto proprio sulla questione per cui l'impiego di tale tecnica ha destato maggiori perplessità, non soltanto perché esisteva un precedente specifico del tutto analogo nel quale la Corte aveva utilizzato direttamente lo strumento della pronuncia additiva "a rime libere" (v. sentenza n. 253 del 2019 sull'accesso al permesso premio, sulla quale si avrà modo di ritornare), ma soprattutto

(5) Cfr. A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta)*, in *Il Riformista*, 8 novembre 2022.

(6) Sul tema, cfr. F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale*, in *Forum Quad. Costituz.*, 5 giugno 2019.

to perché rispetto all'esigenza di effettiva e pronta tutela dei diritti costituzionali la situazione si presentava come diversa e in qualche modo speculare rispetto a quella dei primi impieghi di questa tecnica. Nei due precedenti casi, infatti, era *sub judice* una norma penale incriminatrice che, nel tempo del rinvio, non avrebbe trovato applicazione; in questo, invece, la protrazione della situazione di incertezza ha lasciato il ricorrente del giudizio *a quo* a subire le conseguenze giuridiche di una normativa incostituzionale (e, nel caso di specie, anche illegittima dal punto di vista convenzionale (7)). Dunque, in questo caso, il tempo trascorso ha prolungato la lesione, anziché evitarla.

Restando, dunque, fermi i profili critici già esposti (8) su questo aspetto – nonché le perplessità di carattere più generale suscitate dall'uso del meccanismo in parola – si deve comunque prendere atto che, nel caso in parola, il dialogo “forzato” tra Corte e legislatore ha dato vita a una riforma della normativa *sub judice* realizzata dal circuito democratico-rappresentativo, tenendo conto delle indicazioni della Corte (o almeno di alcune, come si dirà meglio tra breve). Con il vantaggio, si spera, di una più serena applicazione della nuova normativa anche da parte dei settori più attenti ai profili securitari.

L'esito inevitabile è stato, come si è anticipato, la restituzione degli atti al giudice *a quo* per la rivalutazione della questione alla luce della novellata disciplina. Nel caso di specie, peraltro, essendo remittente la Corte di Cassazione, era sin da subito plausibile prevedere (9) che ci sarebbe stato un ulteriore rinvio al giudice di merito, per una nuova istruttoria condotta sulla base del testo modificato dell'art. 4-bis ord. pen., e che tale passaggio sarebbe stato preliminare a qualsiasi valutazione circa la rilevanza nel giudizio di possibili altri dubbi di costituzionalità. Il che è puntualmente accaduto in data 8 marzo 2023 (10), quando la prima sezione

penale della Cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila con rinvio al medesimo «affinché, alla luce della nuova disciplina, valuti con accertamenti di merito preclusi al giudice di legittimità la sussistenza o meno dei presupposti ora richiesti dalla legge per la concessione dei benefici penitenziari ai detenuti per reati cd. ostativi non collaboranti» (11).

L'intervento legislativo non ha, comunque, mancato di suscitare nuovi interrogativi su profili di sospetta illegittimità, che potranno emergere ed essere portati all'attenzione della Consulta sia nella fase di merito del giudizio *a quo*, cui la decisione, di rinvio in rinvio, è tornata, sia nei paralleli procedimenti relativi ad altri condannati all'ergastolo ostativo. Proprio di tali dubbi si tenterà, qui di seguito, una valutazione.

## 2. I dubbi sull'utilizzazione dello strumento del decreto-legge

In *primis* vale la pena di soffermarsi sulle perplessità che può provocare, sotto il profilo formale, il ricorso alla decretazione d'urgenza per far fronte alla necessaria riforma dell'art. 4-bis ord. pen.

Se, certamente, l'utilizzazione di un siffatto strumento normativo caratterizzato dall'urgenza del provvedere per un intervento che si attendeva da almeno un anno e mezzo (ma in realtà dal 2019) (12) non può non suscitare istintiva critica – così come, più generalmente, accade constatando il largo uso di tale atto che è invalsa da decenni – assai più complessa appare la valutazione del tema sul piano della realtà dell'ordinamento giuridico “vivente”, collocando la questione nel quadro della giurisprudenza costituzionale che si è sviluppata negli anni in materia di decreto-legge, tesa a censurare gli abusi più evidenti, lasciando però un margine di apprezzamento piuttosto ampio agli attori politici.

In primo luogo, è infatti indubbio che non vi sia alcuna preclusione a tale fonte rispetto alla materia dell'esecuzione penale (come, peraltro, non v'è neppure per il settore del diritto penale sostanziale: cfr. C. cost. n. 330 del 1996). Del resto, la stessa di-

(7) La necessità di modifica dell'art. 4-bis ord. pen. era infatti già stata indicata esplicitamente dalla sentenza della Corte Edu *Viola c. Italia* (n. 2) del 13 giugno 2019, nella quale il giudice convenzionale aveva invitato l'Italia a riformare «preferibilmente per via legislativa» la disciplina in questione per ragioni del tutto analoghe a quelle indicate dalla Corte costituzionale nell'ord. n. 97 del 2021.

(8) V. *supra*, nonché quanto argomentato in altra occasione, in M. MENGOZZI, *Il “rinvio del rinvio” con monito sull'ergastolo ostativo*, cit., p. 957 ss.

(9) Indica tale scenario come quello «più realistico» A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, il gioco del cerino in attesa dell'udienza in Cassazione*, in *Il Riformista*, 24 gennaio 2023.

(10) Dopo un primo rinvio dalla data originariamente fissata per il 26 gennaio, in ragione di un'irregolarità nell'instaurazione del contraddittorio in forma scritta.

(11) Il riferimento testuale è al comunicato della Cassazione che si può leggere in *Giust. insieme*, 9 marzo 2023.

(12) Come si è già ricordato sopra (cfr. nota 7), la Corte di Strasburgo aveva già segnalato la necessità di intervenire nel medesimo senso sulla disciplina dell'ergastolo ostativo già nel giugno del 2019. Anche la poco successiva sentenza della Corte costituzionale n. 253 del 2019, benché relativa al solo beneficio del permesso premio, conteneva argomentazioni evidentemente estensibili al regime dell'ostatività nel suo complesso.

disciplina sulla quale si va a incidere è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario da decreti-legge: originariamente l'art. 4-bis è stato aggiunto con il d.l. n. 152 del 1991 (con una disposizione formulata, invero, in termini ben diversi), e poi ha assunto il carattere rigido e assoluto conservato fino alla riforma in esame con d.l. n. 306 del 1992, all'indomani della strage di Capaci.

Resta, però, la necessità di vagliare con attenzione la sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza.

Come si è già accennato, il d.l. n. 162 del 2022 reca nel preambolo una specifica motivazione che fa leva sulla necessità del provvedere in risposta al monito dato dalla Consulta nell'ord. n. 97 del 2022 e sulla sua urgenza, data dall'imminenza dell'udienza fissata per l'8 novembre 2022. Si tratta di elementi puntuali e dotati di una loro consistenza; tali comunque da rendere difficile affermare la mancanza «evidente» dei requisiti o la «manifesta» irragionevolezza o arbitrarietà delle relative valutazioni, considerato che il sindacato costituzionale sulla originaria carenza dei medesimi si limita a questi casi (13).

È vero che il preambolo non menziona il carattere della straordinarietà cui pure fa riferimento l'art. 77 Cost., ma non risulta che la giurisprudenza costituzionale abbia mai attribuito un rilievo determinante alla motivazione autonoma circa tale aspetto in sé considerato, avendo piuttosto affermato che la straordinarietà del caso «può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi», sicché alla disposizione va riconosciuto «un largo margine di elasticità» (C. cost. sent. n. 171 del 2007, n. 93 del 2011 e n. 8 del 2022). Dunque, l'indicazione delle ritenute ragioni che sostengono il ricorso a tale fonte pare nel complesso reggere rispetto all'affermazione di una urgenza quantomeno «relativa» (14). Certo, in questo caso la scadenza

era fissata da tempo e, dunque, il suo approssimarsi non potrebbe dirsi imprevedibile; ma la situazione nella quale si è giunti alla data è stata indubbiamente condizionata dall'evento non programmato dello scioglimento anticipato delle Camere dopo il secondo rinvio, con il conseguente blocco dell'iter legislativo parlamentare.

Di più incerta valutazione è invece il profilo relativo alla innegabile mancanza di omogeneità del decreto-legge, il quale contiene norme relative ad almeno quattro tematiche diverse, non accomunate tra loro né dalla materia, né dall'oggetto e neppure sul piano teleologico (15).

Lo stesso titolo del decreto legge, già sopra riportato nel suo tenore testuale, evidenzia distinte aree contenutistiche: riforma dell'art. 4-bis ord. pen.; entrata in vigore del d. legisl. n. 150 del 2022; obblighi di vaccinazione contro il Covid-19; introduzione delle norme c.d. anti-rave. Il relativo preambolo reca, per ciascuno di questi oggetti, una diversa motivazione (più o meno completa e convincente) circa il ricorrere di casi straordinari di necessità ed urgenza dell'intervento.

Il dubbio di costituzionalità relativo a tale aspetto è stato portato già all'attenzione della Corte costituzionale (cfr. Trib. Siena, ord. 11 novembre 2022, n. 148/22 del R.O.) con riguardo ad altre norme contenute nel medesimo d.l. n. 162 del 2022 (e, in particolare, per quella di cui all'art. 6 del decreto, che ha differito l'entrata in vigore del d. legisl. n. 150 del 2022).

Si tratta di una questione delicata, perché legata a un requisito, quello dell'omogeneità del decreto-legge, la cui consistenza è a sua volta controversa. Esso, infatti, non è menzionato nella disciplina costituzionale, mentre risulta esplicitamente individuato dall'art. 15, comma 3, legge n. 400 del 1988, il quale prescrive che il contenuto dei decreti debba essere «specifico, omogeneo e corrispondente al titolo»; previsione, tuttavia, priva di per sé di portata vincolante per una fonte primaria. Comunque, il requisito è stato enucleato e utilizzato anche nella giurisprudenza costituzionale (16), in una prospet-

(13) L'orientamento in questo senso è ormai consolidato: tra le molte, v. C. cost. sent. nn. 170 del 2017, 287 del 2016, 10 del 2015, 22 del 2012, 220 del 2013, 171 del 2007.

(14) Questa aggettivazione viene esplicitamente utilizzata dalla Corte in una delle prime sentenze in cui ha svolto il suo sindacato sui presupposti (C. cost. sent. n. 128 del 2008) e pare legarsi strettamente alla sopra indicata impostazione che limita il sindacato ai casi di «evidente» mancanza: cfr. A. CELOTTO, *Carlo Esposito, le «condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti» e il sindacato sui presupposti del decreto-legge*, in *G. cost.* 2008, p. 1502 ss. Vale anche la pena di rilevare che nella sent. n. 149 del 2020, la Corte ha

considerato sussistenti presupposti di necessità ed urgenza in qualche modo accostabili a quelli qui invocati, venendo in rilievo ritardi e inadempienze già imputabili al legislatore e fondati (in quel caso) sulla necessità di armonizzare la normativa interna con quella europea e sull'urgenza di farlo per evitare una nuova procedura di infrazione.

(15) Sottolinea criticamente tale aspetto A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, il gioco del cerino in attesa dell'udienza in Cassazione*, cit.

(16) Cfr., tra le molte, C. cost. sent. nn. 171 del 2007, 128 del 2008 e 355 del 2010.

tiva, però, che lo lega a quelli tradizionali: non tanto, cioè, come esigenza a sé, quanto piuttosto come elemento la cui mancanza è rivelatrice della insussistenza dei presupposti di necessità e urgenza. La norma del decreto-legge non omogenea rispetto all'oggetto e al contenuto complessivo delle altre appare priva di collegamento con i requisiti che giustificano l'uso della fonte in parola e, dunque, posta in violazione dell'art. 77 Cost. La Consulta, in altri termini, ha sempre costruito e applicato tale requisito in funzione sintomatica rispetto ai presupposti costituzionali di necessità e urgenza, utilizzando la connotazione relazionale per porre a raffronto la disposizione illegittimamente "intrusa" rispetto alle altre contenute nel medesimo atto (17). Del resto, il requisito dell'omogeneità è a sua volta sfuggente e passibile di diverse interpretazioni; e merita di essere ricordato che la giurisprudenza costituzionale ha rintracciato come filo comune anche il semplice carattere urgente delle misure, pur rientranti in diversi ambiti materiali (C. cost. sent. n. 149 del 2020 (18)).

Per quanto, dunque, in dottrina si registrino autorevoli voci favorevoli a una valorizzazione dell'omogeneità in sé considerata, come requisito che dovrebbe addirittura caratterizzare tutte le fonti perché «tratto identificante (e, perciò, indisponibile) della funzione di normazione, in ciascuna delle sue forme ed espressioni» (19), e legato all'esigen-

za di certezza e conoscibilità del diritto, gli orientamenti del giudice costituzionale non sembrano spingersi tanto in là.

Così, rispetto a un decreto-legge a oggetto "multiplo", come quello in parola, caratterizzato fin dal titolo dalla indicazione di una pluralità di ambiti materiali di incidenza (20) e contenente nel preambolo autonome e distinte motivazioni dei presupposti di necessità ed urgenza per gli interventi su ciascun oggetto appare piuttosto difficile immaginare un sindacato che si estenda a tutte le disposizioni o all'atto nel suo complesso censurandone la disomogeneità a prescindere dalla sussistenza dei requisiti di necessità ed urgenza delle singole disposizioni.

Certo, l'impostazione che esclude il rilievo autonomo della disomogeneità apparirebbe senz'altro criticabile se la conversione affidata al Parlamento fosse solo un "prendere o lasciare", senza possibilità di modifiche, poiché in quel caso la pluralità di oggetti confluiti in un unico atto finirebbe per privare l'organo legislativo dell'effettiva possibilità di esprimere la propria volontà sui diversi provvedimenti assunti dal governo (secondo quanto si argomenta circa il medesimo requisito riferito ai quesiti referendari). Ma di fronte alla ormai affermata possibilità per il Parlamento di intervenire largamente in sede di conversione del decreto e anche di convertirlo solo in parte (21), tale argomento non pare spendibile.

AS

(17) La Corte, cioè, spiega che «l'omogeneità costituisce un requisito del decreto-legge sin dalla sua origine, poiché "l'inserimento di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed i provvedimenti provvisori con forza di legge", di cui alla norma costituzionale citata" (sentenze n. 149 del 2020 e n. 22 del 2012)» (C. cost. sent. n. 8 del 2022). Invero, in alcune decisioni sono contenute formulazioni che paiono valorizzare anche autonomamente il requisito della «omogeneità» o della «intrinseca coerenza» delle norme contenute in un decreto-legge (cfr., ad esempio, C. cost. sent. n. 170 del 2017 e ord. n. 72 del 2015), ma si tratta pur sempre di affermazioni inserite in decisioni di rigetto, nelle quali si fa una valutazione del legame logico tra le norme non molto stringente. Sottolinea che omogeneità, da un lato, e necessità e urgenza, dall'altro, siano presupposti concettualmente ben distinti tra loro ma che la Corte è invece orientata a considerarli solo in connessione tra loro R. ROMBOLI, *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e gli effetti di alcune affermazioni della corte*, in *F. it.* 2008, I, c. 3044 ss.

(18) Su cui cfr. A. SPERTI, *La Corte costituzionale e il controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni sulla sent. n. 149 del 2020*, in *Oss. AIC*, 1° dicembre 2020.

(19) A. RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per*

*vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in *forumcostituzionale.it*, 4 giugno 2007; sul tema, cfr. anche M. LUCIANI, *sub art. 75*, in *Comm. Cost. Branca-Pizzorusso*, Bologna-Roma 2005, p. 407 ss., anche con riferimento alla tesi in questo senso elaborata da Bentham.

(20) Indica il titolo riferito ad ambiti materiali diversi come uno degli indici più significativi di carenza di omogeneità A. DI CARLO, *Omogeneità e decreti-legge: spunti di riflessione da uno studio di casi concreti della XVI legislatura*, in *Oss. fonti* 2011, fasc. 2, p. 17.

(21) Cfr. sent. n. 367 del 2010, su cui v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di decreti-legge e leggi di conversione, ovvero sia di taluni usi impropri (e non sanzionati) degli strumenti di normazione (a margine di Corte cost. nn. 355 e 367 del 2010)*, in *forumcostituzionale.it* 2010; V. PETRI, *L'efficacia degli emendamenti modificativi del decreto-legge e la certezza del diritto. A margine della sentenza 367 del 2010*, in *forumcostituzionale.it* 2010. Si tratta di una prassi ben consolidata, rispetto alla quale merita di essere ricordato che anche chi ha sostenuto in linea teorica l'inammissibilità di emendamenti o della conversione parziale del decreto-legge, ha finito per riconoscere che, in tale caso, è sufficiente adottare una diversa ricostruzione per giustificare il fenomeno, leggendovi una mancata conversione dell'atto accompagnata da norme di legge attraverso le quali il Parlamento si avvale della facoltà concessa dall'art. 77, ult. comma, Cost. di disciplinare i rap-

Se, dunque, si accetta di restare nei confini tracciati dalla giurisprudenza costituzionale per tale tipo di sindacato, prendendo atto del legame tra il requisito dell'omogeneità e i presupposti dell'intervento governativo in via d'urgenza, appare difficile immaginare rispetto alla modifica dell'art. 4-bis ord. pen. un possibile accoglimento di una questione di legittimità costituzionale fondata sul profilo della disomogeneità del decreto-legge, considerato quanto si è detto sopra rispetto alla consistenza dei requisiti di necessità ed urgenza nel caso in esame (22).

### 3. Il contenuto della riforma: luci e ombre

Merita, poi, di essere vagliato il contenuto del decreto-legge, con riferimento alla discussa riforma del regime dell'ostatività, che non ha mancato di suscitare dibattito e polemiche (23). Vale la pena di anticipare che risulta assai difficile darne una valutazione di sintesi che sia netta e univoca, dal momento che tra le novità alcune sembrano senz'altro apprezzabili, altre più problematiche, in quanto suscettibili di letture costituzionalmente conformi ma anche esposte al rischio di interpretazioni che le porrebbero fuori dal perimetro della legittimità costituzionale e convenzionale, ed altre infine che paiono in conflitto esplicito con orientamenti già consolidati.

Le parti politiche che hanno voluto la riforma (riprendendo, come già ricordato, in larghissima parte il testo formulato da una ben diversa maggioranza) hanno presentato la stessa davanti all'opinione pubblica come un modo per "salvare" le scelte di

porti giuridici sorti sulla base di decreti-legge non convertiti (cfr. C. ESPOSITO, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, e ora in C. ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente*, Milano 1992 p. 233 ss., spec. nt. 63). In ogni caso, dunque, le Camere possono svolgere il loro ruolo pienamente.

(22) In effetti, l'ordinanza di rimessione citata sopra nel testo (Trib. Siena, ord. 11 novembre 2022, n. 148/22 R.O.) pone la censura relativa al carattere disomogeneo del decreto rispetto, come si è già accennato, a una norma diversa e, dunque, nell'ambito di un'argomentazione più complessa sui presupposti di necessità e urgenza che sostengono quella disciplina.

(23) Tra i diversi contributi si segnalano: R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Quest. giust.*, 1° novembre 2022; F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giust. insieme*, 2 novembre 2022; V. MANCA, *Ergastolo ostativo e 4-bis ord. penit.: verso orizzonti sempre più nebulosi e securitari. L'arduo compito della difesa quale garante della Costituzione*, in *D. di difesa*, 3 novembre 2022; E. SANTORO, *L'eliminazione apparente dell'ergastolo ostativo: un commento a prima lettura del decreto-legge n. 162 del 2022*, in *Forum di Quad. costituz.*, 4/2022, 222 ss.

fondo espresse nella normativa previgente, ormai sotto la scure della Consulta.

In realtà, la novella elimina effettivamente il carattere assoluto della presunzione di perdurante pericolosità sociale per il condannato non collaborante che costituiva il perno della disciplina dell'art. 4-bis ord. pen. Tuttavia, introduce requisiti assai difficili da raggiungere. In particolare, pone in capo al richiedente l'onere di allegare – ma non di darne piena prova (24) – elementi che escludano non solo l'attualità dei collegamenti «con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» e «con il contesto nel quale il reato è stato commesso» ma anche «il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi». Al di là dei rischi legati dell'eccessiva vaghezza semantica di taluni riferimenti (quale quello al «contesto» del reato (25)), suscita perplessità soprattutto l'introduzione di un onere di allegazione rispetto ad un elemento futuro, oltre che piuttosto evanescente, quale il «pericolo» appena richiamato.

Se verrebbe da scrivere che tali previsioni non paiono scovre da dubbi di legittimità (se non altro sotto il profilo della ragionevolezza), si deve, però, lasciare l'affermazione nella penna, considerando che la nuova disposizione, su tale punto, riprende pedissequamente un'indicazione che viene proprio dalla addizione "creativa" operata dal giudice delle leggi nella sent. n. 253 del 2019 e che è stata ribadita nell'ordin. n. 97 del 2012. Non si può, dunque, imputare al legislatore, sotto questo profilo, una violazione costituzionale o un intento elusivo delle indicazioni della Consulta (alla quale semmai vanno rivolte le notazioni critiche); né ci si poteva aspettare che una disciplina migliore sarebbe risultata da un intervento diretto del giudice delle leggi. Non resta, dunque, perché tale previsione non si traduca in una surrettizia reintroduzione della presunzione assoluta dichiarata illegittima, che assegnarle una valenza prognostica assimilabile a quella implicita nei presupposti per la concessione dei vari benefici, connotati da aspetti predittivi graduati secondo il livello del beneficio (si va dalla mancanza di pericolosità sociale richiesta per il permesso premio, fino al «sicuro ravvedimento» per la liberazione condizionale); o comunque considerare

(24) La differenza è ben chiarita, anche alla luce di specifici orientamenti giurisprudenziali, da S. LONATI, *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni*, in *Arch. pen.* 2022, 2, p. 55 ss.

(25) Segnala alcuni problemi che tale espressione potrà porre F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete*, cit.

che la valutazione deve essere compiuta tenendo conto delle «concrete circostanze personali e ambientali» e, dunque, esaminando tutti gli elementi del caso(26), ivi compresa la seria revisione critica del passato svolta dal reo.

Tale ultimo riferimento, peraltro, è espressamente contenuto nella nuova disciplina; si tratta di un dato favorevolmente apprezzabile in chiave di valorizzazione dell'obiettivo rieducativo della pena. Così come è da valutare positivamente rispetto alla finalizzazione costituzionale delle pene anche l'indicazione, tra gli elementi che il giudice deve considerare, dell'accertamento di iniziative a favore delle vittime non solo nelle forme risarcitorie, ma anche in quelle della giustizia riparativa, trattandosi, pure in questo caso, di dati che possono essere indicativi di seri percorsi di riflessione che prescindono dalla collaborazione(27).

Più delicata è, ad avviso di chi scrive, l'inclusione, tra i fattori da esaminare, delle «ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione»; l'introduzione dell'avverbio «eventualmente» rende, invero, possibile un'interpretazione costituzionalmente conforme della previsione, ammettendo che l'apprezzamento di tali motivi sia consentito, senza farne tuttavia un elemento imprescindibile di valutazione. Tale ultima soluzione, infatti, sarebbe illegittima, posto che la pretesa che siano esplicitate le ragioni della mancata collaborazione deve fare i conti con il possibile rilievo del diritto alla difesa, nella sua declinazione del diritto alla non-autoincriminazione anche rispetto a fatti ulteriori rispetto a quelli per i quali il reo è stato condannato, come la Corte ha espressamente indicato nella sentenza n. 253 del 2019(28). E forse anche con quel «diritto al silenzio», fugacemente evocato dalla Consulta nella medesima decisione(29), che, pur nella sua più

incerta configurazione, non può non comprendere quantomeno il diritto a non accusare persone legate da un rapporto affettivo particolarmente stretto, considerato che l'art. 199 c.p.p. esenta i prossimi congiunti dall'obbligo di testimoniare.

L'onere di allegazione si converte in quello di fornire una vera e propria prova contraria nel caso in cui dall'istruttoria 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 ripristino di tali collegamenti. Anche in questo caso, la previsione è direttamente ispirata ai suggerimenti contenuti nella decisione n. 253 del 2019 della Corte costituzionale. Perché ciò non giunga a configurare una vera e propria prova diabolica è assolutamente essenziale che le risultanze di tale istruttoria (tra cui i pareri richiesti) siano relative ad elementi specifici, chiaramente indicati e aggiornati e non riguardino invece (come nella prassi talora accade) situazioni risalenti al momento della condanna, o comunque vecchie di decenni, o affermate in modo del tutto apodittico e astratto.

In ogni caso, la disciplina lascia autonomia valutativa al magistrato di sorveglianza, pur sottolineando lo specifico obbligo di motivazione (v. ancora l'attuale testo del comma 2 dell'art. 4-bis).

Si ritiene, peraltro, che la motivazione debba anche tener conto della possibilità per il giudice – introdotta in sede di conversione(30) – di disporre prescrizioni volte a impedire il ripristino dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, quali il divieto di avere rapporti con talune persone, o di non soggiornare in uno o più comuni o ancora di soggiornare in un comune determinato, valutando se tali misure possano risultare adeguate, tenuto conto delle circostanze: così, ad esempio, nel caso di una accertata e matura revi-

(26) Cfr. ancora S. LONATI, *Verso il tramonto dell'ostatività penitenziaria: un'attesa lunga trent'anni*, cit., p. 57 s., per le prime indicazioni che possono trarsi dalla giurisprudenza in materia di permessi premio successivamente alla sentenza n. 253 del 2019: ci si riferisce, ad esempio, al tenore di vita dei familiari più stretti (che si riveli compatibile con i guadagni leciti degli stessi) o al mancato coinvolgimento dei componenti del nucleo familiare in altre vicende criminali. Si tratta di elementi comunque espressamente indicati dalla nuova normativa tra quelli che il giudice deve acquisire (cfr. comma 2 dell'art. 4-bis, come novellato dal d.l. n. 162 del 2022).

(27) Occorrerà, naturalmente, vagliare l'adesione genuina e non strumentale a tali percorsi, come sottolineato da F. FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 aprile 2022.

(28) Cfr. par. 8.1 del *Considerato in diritto*.

(29) Cfr. ancora par. 8.1 del *Considerato in diritto*, dove

il giudice delle leggi ha parlato esplicitamente di una «libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ordin. penit.» che la legge «non può disconoscere ad alcun detenuto» e che, invece, la normativa di cui all'art. 4-bis ord. pen. nega, operandone, secondo l'espressione della Corte stessa, una «deformante trasfigurazione», che la muta in un onere di denuncia a carico di terzi (*carceratus tenetur alios detegere*). Il passaggio contenuto nella decisione è estremamente interessante ma piuttosto fugace e privo di un'indicazione puntuale del suo fondamento costituzionale. Il tema non può essere approfondito in questa sede, ma per un tentativo, sia pur rapido, di ricostruzione sia consentito fare rinvio a M. MENGOTZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche inciampo e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, in *Oss. AIC 2020*, fasc. 2.

(30) Cfr. l'attuale comma 1-bis.1.1 dell'art. 4-bis cit.

sione critica il possibile rischio derivante dalla sola circostanza che il gruppo criminale sia ancora attivo sul territorio potrebbe ben essere neutralizzato ricorrendo a tali prescrizioni.

La riforma, peraltro, si è differenziata dai precedenti disegni di legge per la condivisibile scelta di mantenere intatte le competenze dei giudici di sorveglianza. Le diverse opzioni contenute in altre proposte – nel d.d.l. approvato dalla Camera, in particolare, si spostava la decisione direttamente al Tribunale di sorveglianza, nella sua composizione collegiale, per tutti i benefici, ivi compresi il lavoro all'esterno e il permesso premio – erano state infatti commentate assai criticamente, anche da molti esponenti della stessa magistratura di sorveglianza, per la minore efficienza decisionale, per l'incisione rispetto al principio di prossimità del giudice della sorveglianza e per la riduzione di un grado di giudizio rispetto a quelli riconosciuti ai condannati per reati non ostativi (31).

Va, poi, salutata con indubbio favore la decisione, maturata in sede di conversione, di fare, per la prima volta, marcia indietro rispetto alla progressiva estensione dell'elenco dei reati che comportano l'applicazione di tale regime, divenuto nel tempo «complesso, eterogeneo e stratificato», come segnalato in diverse occasioni anche dalla Consulta (cfr. sent. n. 188 del 2019 e n. 253 del 2019). In particolare, sono stati esclusi quei reati contro la pubblica amministrazione che, da ultimo, la legge n. 3 del 2019 (la c.d. spazza-corrotti) aveva incluso tra quelli «ostativi» benché privi di una connotazione associativa di particolare rilievo o pervasività o addirittura strutturalmente monosoggettivi (32), per i quali risultava, dunque, davvero incongruo il condizionamento dell'accesso ai benefici alla utile collaborazione con la giustizia.

Merita, infine, di essere segnalato che la necessità sopra rilevata di concentrare l'attenzione sulle modalità interpretative della nuova disciplina pare confermata anche dalla prima valutazione espressa dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in relazione a quanto statuito dalla più volte citata sentenza della Corte Edu nel caso *Viola*. L'organismo incaricato della supervisione sull'esecuzione

(31) Cfr. i rilievi svolti nei pareri di tre Presidenti di Tribunali di sorveglianza (di Roma, Trieste e Palermo) acquisiti dalla Commissione Giustizia del Senato; nonché F. FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, cit.

(32) Con sentenza n. 32 del 2020 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'applicazione retroattiva del regime di cui all'art. 4-bis ord. pen., in quanto in grado di influire significativamente sulla quantità e qualità della pena.

delle decisioni della Corte di Strasburgo ha, infatti, ritenuto la nuova normativa un passo avanti nella direzione indicata, sottolineando, però, che occorrerà monitorare con attenzione, nel prossimo futuro, che gli orientamenti applicativi delle corti domestiche siano conformi a quanto imposto dalla Convenzione, consentendo un'autentica valutazione dei progressi del condannato e mostrando la ragionevole possibilità di soddisfare le stringenti condizioni richieste (33).

#### 4. Gli aspetti più critici

Se fin qui l'impianto di fondo della novella, correttamente letto e applicato, pare restare nel perimetro delle indicazioni della Corte costituzionale – comunque assai caute (34) – e determinare un obiettivo miglioramento della disciplina previgente, ci sono però almeno tre parti della novella che, invece, si muovono in direzione opposta, modificando la disciplina *in pejus*, su punti rispetto ai quali vi sono consolidati orientamenti della giurisprudenza costituzionale e convenzionale che avrebbero imposto, invece, il mantenimento delle scelte precedenti.

Tuttavia, va anticipato sin d'ora che per la maggior parte (più precisamente, per i primi due punti che di seguito si esporranno), la norma transitoria di cui all'art. 3 del d.l. n. 162 del 2022 rinvia l'applicazione di queste nuove norme peggiorative, disponendo che esse non riguardino le condanne per fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 162 del 2022 (35). Si tratta di una scelta senz'altro opportuna non solo perché rimanda gli effetti di innovazioni molto controverse sul piano della legittimità, ma anche perché sarebbe stata a sua vol-

(33) Cfr. la decisione del 9 marzo 2023 del Comitato dei Ministri, presa nella riunione n. 1459 del 7-9 marzo 2023 e reperibile sul sito internet *coe.int*, a conclusione della quale sono stati richiesti allo Stato italiano ulteriori elementi sulle questioni relative all'effettività e al funzionamento pratico della riforma entro il 30 settembre 2023.

(34) Per alcuni aspetti fin troppo, a sommosso avviso di chi scrive, come si è più diffusamente argomentato altrove (M. MENGOZZI, *Il meccanismo dell'ostatività alla sbarra. Un primo passo da Roma verso Strasburgo, con qualche incipiente e altra strada da percorrere (nota a Corte Cost., sent. n. 253 del 2019)*, cit.)

(35) Cfr. E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articolo mortis, in *Sistema pen.*, 7 novembre 2022, p. 10, per la considerazione che tale disciplina transitoria rivela una componente «declamatoria» dell'intervento, sembrando che le parti più critiche e peggiorative siano volte «a trasmettere un messaggio politico più che a incidere sulla condizione di chi oggi si trova in carcere in espiazione della pena inflitta per un reato ostativo» (corsivo dell'A.).

ta inficiata da gravi dubbi di costituzionalità l'applicazione retroattiva di una disciplina deteriore e più restrittiva per l'accesso ai benefici (che comprendono le misure alternative alla detenzione) e alla liberazione condizionale, atteso l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 32 del 2020(36).

In primo luogo, la nuova disciplina cancella ogni rilievo per l'accertamento del carattere impossibile o irrilevante della collaborazione, equiparando integralmente tutti i casi in cui quest'ultima manchi. L'innovazione desta molte perplessità se si considera che il diverso regime disposto per quelle situazioni dal previgente testo dell'art. 4-bis ord. pen. - che poneva condizioni assai più agevoli per l'accesso alle misure, richiedendo solo l'acquisizione di elementi che escludessero l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva - era stato introdotto dal legislatore(37) proprio sulla scia di pronunce della Corte costituzionale che avevano considerato illegittimo il loro trattamento secondo la disciplina generale(38). Per cui pare potersi dare per acquisita la necessità costituzionale di una disciplina differenziata e meno gra-

vosa per i casi di inesigibilità della collaborazione, oggi mancante.

In secondo luogo, viene in rilievo la previsione che il regime di cui all'art. 4-bis sia applicabile «anche per delitti diversi da quelli ivi indicati», se il giudice della cognizione o anche quello dell'esecuzione accertino un collegamento con questi, rilevando che sono stati commessi per eseguire o occultare uno di quei reati o per conseguire (per sé o per altri) il prodotto o il profitto o il prezzo dei medesimi ovvero l'impunità per essi. In sostanza, l'ostatività si estende a tutti i reati che si ritiene abbiano un collegamento con quelli elencati nella disposizione, perfino al di là di quanto stabilito in sede di cognizione. Si va, dunque, in controtendenza rispetto alla prassi giudiziaria di riconoscere la c.d. scindibilità del cumulo, nonostante tale orientamento abbia invece trovato consacrazione nella giurisprudenza costituzionale, che l'ha qualificato come una soluzione interpretativa conforme a Costituzione, escludendo viceversa la legittimità della creazione di una sorta di *status* di detenuto pericoloso (cfr. C. cost. sent. n. 361 del 1994 e, recentemente, n. 22 del 2022). Resta, dunque, assai difficile considerare lecito tale cambio di rotta. Inoltre, atteso il valore sostanziale che la stessa Corte riconosce alle regole sull'accesso alle misure alternative e alla liberazione condizionale (v. ancora C. cost. sent. n. 32 del 2020(39)) può porsi qualche dubbio che una così ampia possibilità dei giudici di estendere il regime a reati per i quali non è espressamente prescritto, anche in sede di esecuzione, sia compatibile con il c.d. principio di legalità delle pene (art. 1 c.p.), diretta espressione della riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost.

Infine, vi è l'innalzamento di due termini. È stato portato a trent'anni il limite per l'accesso alla liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo, attualmente previsto in ventisei anni, secondo la disciplina generale di cui all'art. 176 c.p. E ciò pare condurre tale periodo un po' troppo oltre quello «massimo di venticinque anni» indicato dalla giurisprudenza Cedu per il primo riesame sulla necessità di mantenere la detenzione nei casi di pena perpetua, pur tenendo conto del margine di apprezzamento degli Stati che la Corte di Strasburgo espressamente riconosce(40). Il medesimo termine

AS

(36) Anche su questo punto, la conversione in legge ha costituito l'occasione per una messa a punto della disciplina, che originariamente circoscriveva l'esclusione dell'applicazione retroattiva della nuova normativa soltanto all'accesso alle misure alternative alla detenzione e alla liberazione condizionale: solo per la possibilità di fruire di tali misure, infatti, la decisione costituzionale citata nel testo ha individuato un rilievo sostanziale, escludendolo per i permessi premio e il lavoro all'esterno. La scelta parlamentare, tuttavia, ha esteso il regime transitorio a tutti i benefici, restituendogli una maggiore ragionevolezza e uniformità complessiva e "disinnescando", per diverso tempo, dei punti molto critici. Per qualche difficoltà che si potrebbe creare nella determinazione del "rito istruttorio" sulla base della disciplina transitoria in tema di collaborazione inesigibile, cfr. 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 collaborino con la giustizia»*, in *Giur. pen. web*, 1/2023.

(37) Al comma 1-bis.

(38) Cfr. C. cost. sent. nn. 68 del 1995, 357 del 1994 e 306 del 1993. Il giudice delle leggi ha anche recentemente, con la sentenza n. 20 del 2022, confermato la perdurante ragionevolezza della distinzione, in termini tali da lasciar intendere che, all'opposto, sarebbe da considerare illegittimo un identico trattamento; in questo senso v., tra gli altri, L. CIAFARDINI, *Reati ostativi: quale futuro per la collaborazione impossibile o inesigibile? Note a margine della sentenza n. 20 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Sistema pen. 2022*; nonché A. PUGIOTTO, *C'è silenzio e silenzio. La "non collaborazione" nel regime ostativo penitenziario in trasformazione*, in *G. cost.* 2022, p. 282 ss.

(39) V. soprattutto i parr. 4.4.2 ss. del *Considerato in diritto*.

(40) Cfr., tra le altre, la sentenza *Vinter c. Regno Unito*, spec. par. 120, ove, però, come si è già ricordato nel testo, la Corte esplicita l'esistenza di un margine di apprezzamento in materia, affermando che essa «non deve stabilire in quale

di venticinque anni è peraltro previsto nello Statuto della Corte Penale internazionale, sottoscritto a Roma il 17 luglio 1998<sup>(41)</sup>, all'art. 110, par. 3, anche per crimini molto gravi.

E poi, l'allungamento dei termini della misura della libertà vigilata da applicarsi prima dell'estinzione della pena, portati a ben dieci anni, suscita altre perplessità alla luce degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale sulle pene (e sulle altre misure penali) fisse, dichiarate incostituzionali in quanto non modulabili in concreto sui singoli casi (cfr., ad esempio, C. cost. sent. n. 222 del 2018). La Corte, tuttavia, nella recentissima decisione n. 66 del 2023, essendo stata chiamata a giudicare sulla analoga questione posta rispetto alla disciplina generale della liberazione condizionale, che fissa la durata del conseguente periodo di libertà vigilata sempre in cinque anni in caso di ergastolo, ha respinto le censure, da un lato negando che il principio della necessaria mo-

---

mento si debba procedere a tale riesame»; dà, tuttavia l'indicazione del termine «massimo» di venticinque anni, che trae anche da un'ampia indagine di diritto comparato e internazionale.

(41) Ratificato dall'Italia sulla base della legge n. 232 del 12 luglio 1999 e in vigore dal 1° luglio 2002.

bilità delle pene fosse qui applicabile, trattandosi di una misura alternativa ad una pena già comminata in concreto; dall'altro, forse non senza una qualche contraddittorietà, rilevando che la necessaria individualizzazione della libertà vigilata sia garantita dall'elasticità del contenuto (non tipizzato) delle prescrizioni e limitazioni ad essa riconnesse.

Rispetto alla dilatazione di tali termini, la disposizione transitoria ne rinvia in effetti l'applicazione soltanto per i casi di collaborazione inesigibile. Per cui per tutti gli altri, i dubbi appena illustrati potranno essere portati all'attenzione della Consulta dai giudici che si troveranno fin da subito a dover utilizzare tali nuove previsioni.

Invece, come si è già accennato sopra, le altre innovazioni che avrebbero rischiato più immediatamente di cadere sotto la scure del giudice delle leggi potranno dar luogo a questioni di legittimità costituzionale rilevanti e, dunque, concretamente prospettabili solo tra diversi anni. E forse – chissà – nel frattempo le norme emergenziali vigenti da oltre trent'anni che definiscono il regime dell'ostatività avranno trovato finalmente un loro effettivo e definitivo superamento.