

## **Regime ostativo ex art. 4-bis Ord. Penit. e colloqui con i figli minori: un commento a prima lettura della sentenza n. 85/2024 della Corte costituzionale**

di **Sara Mastrapasqua**

**Sommario.** 1. Il caso. - 2. La pronuncia della Corte costituzionale. - 3. Riflessioni conclusive

### **1. Il caso**

Il Magistrato di sorveglianza di Padova si trovava a decidere di un reclamo presentato avverso un provvedimento della direzione del carcere che, in applicazione dell'art. 2-*quinqies*, comma 1, d.l. n. 28 del 2020, convertito, con modificazioni, nella l. 25 giugno 2020, n. 70, aveva negato a un detenuto per un reato ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. il permesso di continuare ad effettuare telefonate giornaliere al figlio di nove anni, secondo il regime del quale aveva già fruito in precedenza in forza delle disposizioni adottate durante l'emergenza pandemica da COVID-19.

Nello specifico, il detenuto stava espiando la pena di trent'anni di reclusione in relazione a condanne relative a plurimi delitti, alcuni dei quali rientranti nel novero dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, ord. penit. In relazione a questi ultimi, il Tribunale di sorveglianza di Venezia aveva già accertato l'impossibilità della collaborazione con la giustizia e, conseguentemente, sulla base del testo previgente alle modifiche apportate dal d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, nella legge 30 dicembre 2022, n. 199, l'inoperatività del divieto di accesso ai benefici penitenziari. Stante l'assenza di elementi dimostrativi di un collegamento con la criminalità organizzata e del pericolo del suo ripristino, a partire dal 2020 il detenuto è stato ammesso ai permessi premio, i quali gli hanno consentito di coltivare il legame affettivo con il figlio minore. Inoltre, rilevava il giudice *a quo*, in materia di colloqui egli beneficiava della disciplina generale "non ostativa" di cui all'art. 39 reg. penit. e aveva fruito, in corrispondenza della pandemia e fino al 31.12.2022 di corrispondenza telefonica con il figlio minore almeno una volta al giorno, secondo la normativa emergenziale. Tuttavia, la formulazione della disposizione oggetto di censura non consentiva ai detenuti o internati per un delitto di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, ord. penit. la possibilità – garantita, invece, ai detenuti o internati per reati non ostativi – di effettuare una conversazione telefonica al giorno con i figli minori.

Pur ritenendo il provvedimento impugnato immune da censure, il Magistrato di sorveglianza di Padova dubitava della legittimità costituzionale dalla disposizione in esame.

In particolare, il rimettente ha sostenuto che la suddetta disciplina violerebbe l'art. 3 Cost., sotto i profili della ragionevolezza oltre che dell'uguaglianza rispetto ai detenuti per reati non ostativi, e si porrebbe altresì in contrasto con l'art. 31 Cost. e con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU, nonché in relazione all'art. 3, paragrafo 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo, e in relazione all'art. 24, paragrafo 2, della Carta di Nizza, costituendo un «ostacolo ingiustificato» al mantenimento del legame genitoriale e al pieno sviluppo della personalità del figlio, «soggetto incolpevole e bisognoso di scrupolose attenzioni anche nelle vicende penali che interessano i genitori».

## 2. La pronuncia della Corte costituzionale

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 85 del 2024 depositata lo scorso 13 maggio, dopo un breve *excursus* sulla complessiva disciplina del regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit e sulla sua *ratio*, ha accolto le questioni sollevate in riferimento, in particolare, all'art. 3 Cost.

Come è noto, il sistema dell'ostatività penitenziaria è stato oggetto di plurime pronunce che ne hanno posto in evidenza i profili di illegittimità<sup>1</sup>, fino all'intervento del d.l. n. 162 del 2022, convertito, con modificazioni, nella l. 30 dicembre 2022, n. 199, che (almeno sulla carta) ha segnato il superamento delle preclusioni assolute all'accesso ai benefici di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.

In sintesi, attualmente il meccanismo preclusivo ex art. 4-*bis* ord. penit. non opera – come osservato anche dalla Corte – rispetto a tre specifici sottoinsiemi di detenuti e internati per i reati ivi indicati:

1. coloro che collaborino con la giustizia;

---

<sup>1</sup> Tra le più significative, Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253 (a commento, tra i tanti, cfr. S. Bernardi, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *Sist. Pen.*, 28 gennaio 2020; R. De Vito, *Mancata collaborazione e permessi premio: cade il muro della presunzione assoluta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1, pp. 349 ss.; M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 12 dicembre 2019) e Corte cost., 15 aprile 2021, n. 97 (a commento, tra i tanti, cfr. D. Galliani, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giust. Insieme*, 2021; F. Gianfilippi, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Quest. Giust.*, 2021; L. Risicato, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, pp. 641 ss.).



2. coloro che abbiano commesso un reato ostativo prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 162 del 2022, come convertito, e versino nella condizione di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante;
3. coloro che, pur non avendo collaborato con la giustizia, soddisfino le condizioni indicate dal comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit. nella formulazione attualmente vigente.

Da questo quadro emerge come il legislatore abbia previsto che, ogniqualvolta si ritenga superata la presunzione di pericolosità sociale posta alla base del meccanismo preclusivo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., vengono meno anche le ragioni di una disciplina penitenziaria derogatoria più sfavorevole rispetto a quella valevole per la generalità degli altri condannati. Ebbene, con la pronuncia in commento, la Corte ha ritenuto che tale principio debba valere anche oltre il complesso di benefici richiamati dall'art. 4-*bis* ord. penit., dovendo applicarsi altresì alla disciplina in materia di corrispondenza telefonica dei detenuti. Del resto, già l'art. 39 reg. penit., che attua la previsione generale in materia contenuta nell'art. 18, commi 1 e 7, ord. penit., al suo secondo comma limita l'operatività del regime più restrittivo di due telefonate al mese per quei soli detenuti o internati per i delitti di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, primo periodo, ord. penit. "per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto".

Diversamente, l'articolo 2-*quinquies*, comma 1, d.l. n. 28 del 2020, come convertito, che regola la corrispondenza telefonica del detenuto "supplementare" rispetto a quella prevista dall'art. 39 reg. penit. sostituendo, con una disciplina a regime, la normativa emergenziale adottata durante la pandemia da COVID-19, equipara le tre categorie di detenuti in precedenza indicate rispetto ai quali non opera la preclusione di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. a quella composta da coloro che sono invece presunti socialmente pericolosi e non hanno, quindi, accesso ai benefici penitenziari in forza dello stesso articolo. A parere della Corte, l'equiparazione compiuta dalla disposizione censurata appare certamente irragionevole, soprattutto ove si consideri che sono esclusi dall'accesso alla corrispondenza telefonica "supplementare" anche detenuti e internati che possono invece beneficiare di misure che comportano l'uscita dal carcere e, quindi, avere liberamente contatti con i propri familiari, pure al di fuori di qualsiasi controllo da parte dell'amministrazione penitenziaria. Non si comprendono, allora, le ragioni per le quali questi stessi soggetti, quando siano detenuti, debbano essere sottoposti a una regolamentazione più restrittiva di quella prevista per la generalità dei condannati e internati con riguardo al regime della sola corrispondenza telefonica "supplementare".

Prosegue, poi, la Corte, evidenziando altro profilo di censura della disposizione, la quale contiene una riduzione della possibilità di corrispondenza telefonica con una categoria di familiari rispetto ai quali è, invece, particolarmente importante garantire costanti contatti; trattasi dei figli minori o portatori di una disabilità grave, ovvero di familiari o persone affettivamente legate ricoverati presso una struttura ospedaliera. Per quanto concerne nello specifico il rapporto

con i figli minori, è confacente il richiamo da parte del rimettente all'art. 31 Cost., già invocato in più occasioni come parametro di legittimità costituzionale. Si ricordino, a tal proposito, le precedenti sentenze della stessa Corte costituzionale nn. 239 del 2014 e 76 del 2017 che hanno ritenuto la preclusione assoluta per le detenute madri di prole di età non superiore a dieci anni condannate per reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. all'accesso rispettivamente alla detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b), ord. penit. e alla detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinq*ues, comma 1-*bis*, ord. penit. lesive del superiore interesse del minore, particolarmente meritevole di protezione, ad avere un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre o, eventualmente, con il padre.

Per le ragioni finora riassunte, la Consulta, con una sentenza additiva, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2-*quinq*ues, comma 1, d.l. n. 28 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, nella parte in cui non consente l'autorizzazione alla corrispondenza telefonica con figli minori una volta a settimana per i detenuti per reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. per i quali non opera il divieto di concessione di benefici di cui al medesimo articolo, al pari della generalità degli altri detenuti. La *reductio ad legitimitatem* della norma postula, pertanto, l'aggiunta al terzo periodo la specificazione "per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto" subito dopo l'inciso iniziale "Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354".

### 3. Riflessioni conclusive

La sentenza in commento consente di tenere accesi i riflettori sul regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., superando un'irragionevole disparità di trattamento. L'intervento della Corte costituzionale è, infatti, volto a elidere le differenziazioni del trattamento penitenziario in favore dei detenuti che, benché condannati per reati ostativi, non si ritengono socialmente pericolosi.

Per valutarne l'impatto, è necessario però interrogarsi sui margini di operatività della nuova formulazione della norma, come risultante dall'intervento della Consulta, anche a seguito delle modifiche recentemente introdotte con il d.l. n. 162 del 2022, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 199 del 2022<sup>2</sup>. Del resto,

---

<sup>2</sup> Per un approfondimento sulla riforma si rinvia a E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *Sist. Pen.*, 7 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; L. Pulito, *L'ostatività riveduta e (forse) corretta: la recente riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. Pen.*, 2024, 2; 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 *Giurisprudenza Penale Web*, 3 novembre 2022, 11; F. Siracusano, *Tanto tuonò*

come si ricorderà, l'intervento riformatore operato sull'art. 4-*bis* ord. penit. ha eliminato la (ragionevole) equiparazione tra collaborazione in senso proprio e collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, con la conseguenza che per i reati commessi dopo il menzionato intervento, ove si versi in una di queste ultime ipotesi e non siano soddisfatte le condizioni indicate dal comma 1-*bis*, opera il divieto di accesso ai benefici penitenziari<sup>3</sup>. In aggiunta, se da un lato la nuova formulazione ha sancito il superamento della preclusione assoluta per il condannato non collaborante, dall'altro lato ha imposto in capo a quest'ultimo un complesso onere di allegazione che rende comunque assai arduo (se non impossibile) l'accesso ai benefici<sup>4</sup>. Peraltro, se si considerano i primi arresti della Corte di cassazione sull'interpretazione del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit., appare evidente che la presunzione di pericolosità sociale, seppur relativa, si rivela pressoché sempre insuperabile, soprattutto nei casi in cui l'organizzazione criminale di riferimento dell'istante è ancora attiva<sup>5</sup>.

Insomma, non è forse poi così netto il confine tra generalità dei condannati per reati ostativi e condannati per reati ostativi *ex art. 4-bis* ord. penit. "per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto".

Concludendo, nonostante le perplessità che si nutrono in ordine agli effetti del recente intervento della Corte costituzionale, quest'ultimo è comunque da accogliere con favore: come si legge nella pronuncia, «ogni misura che, a parità di pena inflitta, deroga *in peius* al regime penitenziario "ordinario" può, infatti, trovare legittimazione sul piano costituzionale – al cospetto della necessaria finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. – soltanto in quanto sia necessaria e proporzionata rispetto al contenimento di una speciale pericolosità sociale del condannato (...); e non invece, *tout court*, in chiave di ulteriore punizione in ragione della speciale gravità del reato commesso. È, infatti, la misura della pena che nel nostro ordinamento deve riflettere la gravità del reato, non già la severità del regime penitenziario».

---

*che non piove: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in *Osservatorio AIC*, 2023, 3.

<sup>3</sup> Sui profili di criticità di questa scelta legislativa, cfr. D. Galliani, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sist. Pen.*, 21 novembre 2022, par. 6, nonché F. Moro, *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*, in *Sist. Pen.*, 17 maggio 2023.

<sup>4</sup> In questi termini anche R. De Vito, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Quest. Giust.*, 2 novembre 2022.

<sup>5</sup> V., ad esempio, Cass. Pen., Sez. V, 9 gennaio 2024, n. 11103 e Cass. Pen., Sez. I, 17 ottobre 2023, n. 1235, in *Dejure*.