



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 2 | 2015  
I DIRITTI DEI DETENUTI

## L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»

di LEONARDO PACE

# L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»

di LEONARDO PACE

*Dottorando in "Sistemi punitivi e garanzie costituzionali" - Università degli Studi "Roma Tre"*

## Abstract

Il saggio ha ad oggetto le presunzioni di pericolosità sociale contenute nell'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario. Nella prima parte del lavoro, dedicata alla genesi e all'evoluzione della disciplina, l'Autore mette in luce la funzione che con il tempo ha assunto l'art. 4-bis: il governo dell'insicurezza sociale. L'articolo è, infatti, divenuto la risposta, sul versante penitenziario, alle varie emergenze criminali che sempre più spesso hanno occupato la scena negli ultimi anni. Nella seconda parte, invece, il lavoro si concentra sui profili di incostituzionalità della disciplina, in riferimento all'art. 27, III co., Cost. Dopo aver dimostrato l'insostenibilità costituzionale del complesso meccanismo presuntivo, l'Autore,

riprendendo alcune riflessioni già svolte in dottrina, mette in luce la minaccia insita nelle presunzioni di pericolosità sociale, per la loro capacità non solo di espandersi in modo quasi incontrollato, ma anche di resistere a qualsiasi ipotesi di successiva modifica o abrogazione.

The essay investigates on presumptions of social dangerousness provided from article 4-bis of Italian prison system law. In the first part of the work, dedicated to the legislation's origin and evolution, the Author emphasizes as the function of this article 4-bis has been to manage social insecurity. It became an answer to several criminal emergencies occurred in the last few years. On the second part, instead, the work is concentrated on unconstitutional profiles of the theme, based on article 27, III, of Italian Constitution. The Author also highlights the threaten that represents the presumption of social dangerousness, for its ability not only to expand itself in an almost uncontrolled way, but also to resist to any hypothesis of subsequent amendment or repeal.

**SOMMARIO:** 1. L'art. 4-*bis* ord. pen. fa la sua comparsa e subito cambia forma; 2. Il ridimensionamento dell'art. 4-*bis* ad opera della Corte costituzionale; 3. L'art. 4-*bis* cambia volto e... si espande; 4. L'eterno ritorno: Corte costituzionale e legislatore ancora alle prese con l'art. 4-*bis*; 5. I reati c.d. di prima fascia e l'insostenibilità costituzionale della loro disciplina; 6. I reati di seconda fascia e la compressione dell'ideale rieducativo; 7. A mo' di conclusione: del perché non aver timore di abbandonare l'art. 4-*bis* e del perché dover temere la sua permanenza nell'ordinamento.

### *1. L'art. 4-bis ord. pen. fa la sua comparsa e subito cambia forma*

All'indomani della legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini, nuovamente ispirata all'ideale rieducativo, l'emergenza mafiosa ha fatto la sua comparsa in tutta la sua recrudescenza, tanto da determinare un nuovo inasprimento della legislazione penitenziaria<sup>[1]</sup>. In quel determinato contesto storico sono stati adottati una serie di provvedimenti che hanno compresso l'ideale rieducativo in ragione di esigenze di difesa sociale e di prevenzione speciale negativa. Fra questi, il d.l n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991<sup>[2]</sup>, ha introdotto l'art. 4-*bis* nella legge 26 luglio 1975, n. 354 (ord. pen.), il quale stabiliva limitazioni all'accesso alle misure alternative per i detenuti dichiarati responsabili della commissione di delitti riconducibili alla criminalità

organizzata.

Si è in tal modo instaurato[3], e consolidato nel corso degli anni, un vero e proprio doppio binario[4] anche nell'ordinamento penitenziario, vale a dire un regime differenziato in rapporto alla natura del reato commesso dal condannato[5].

Nella sua prima formulazione, l'art. 4-bis ord. pen. prevedeva, inoltre, una differenziazione del regime probatorio per accedere ai benefici penitenziari. Esso, infatti, raggruppava i delitti in due distinte fasce: nella prima rientravano i delitti ritenuti di certa riferibilità al crimine organizzato; nella seconda, invece, quelli di elevata gravità, ma non direttamente riferibili a tale genere di criminalità. Nel primo caso si poteva accedere alle misure alternative soltanto se fossero stati «acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»; viceversa, per i delitti di seconda fascia, l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari era «condizionata al semplice rilievo oggettivo dell'assenza di attuali collegamenti con la criminalità organizzata»[6].

Il nuovo articolo 4-bis, come autorevolmente è stato sostenuto, si presentava come «una norma chiave per il sistema dei nuovi equilibri che all'inizio degli anni novanta si volevano instaurare – quanto alle misure rieducative previste dall'ordinamento penitenziario – tra la disciplina ordinaria e la disciplina da applicarsi, invece, nei riguardi dei condannati dei più gravi delitti di criminalità organizzata»[7].

La neonata disposizione, nel giro di poco meno di un anno, era destinata ad essere oggetto di un nuovo intervento normativo che avrebbe avuto una forte incidenza sulla sua *ratio*.

Sull'onda delle emozioni e dell'allarme sociale suscitato dalla morte del magistrato Giovanni Falcone venne adottato il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, il quale all'art. 15, I co., statuiva che i condannati per uno dei delitti rientranti nella prima fascia potessero essere ammessi alle misure rieducative solo se avessero «collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter»[8]. La rigidità della previsione è stata poi attenuata in sede di conversione dalla l. 7 agosto 1992, n. 356[9], dove si è stabilito che il divieto di accedere ai benefici può essere superato nei casi in cui la collaborazione risulti oggettivamente irrilevante.

È stata in tal modo prevista una rigida presunzione *ex lege* di pericolosità

sociale di questi soggetti, la quale, a sua volta, si basa sull'ulteriore presunzione di permanenza dei legami con le associazioni criminali di provenienza. In forza di queste presunzioni, la rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata è dimostrabile solo attraverso una esplicita scelta di collaborazione con la giustizia. Come ha avuto modo di chiarire la Corte costituzionale, si è avuto il passaggio «da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)»[10].

Tale modifica ha inciso sulla *ratio* di politica legislativa dell'art. 4-*bis* ord. pen., il quale, da norma di selezione riguardo alle misure rieducative, si è trasformato in una norma di incentivazione dei comportamenti di collaborazione con la giustizia[11].

Ciò, se, da un lato, snatura la norma e si pone – come cercheremo di dimostrare tra poco – palesemente in contrasto con la logica della risocializzazione che permea l'ordinamento penitenziario, dall'altro, risponde pienamente alle logiche della politica criminale di quegli anni. Come è noto, infatti, il legislatore incentrò buona parte della sua strategia di contrasto alla criminalità organizzata sul c.d. pentitismo[12] ed è in questo solco che si colloca l'art. 4-*bis* ord. pen., il quale, anzi, diventa «norma di manifesta incentivazione verso i comportamenti di collaborazione con la giustizia [...] gli unici di per sé idonei a consentire il superamento del rigido divieto sancito dalla norma in esame»[13].

La forte restrizione delle modalità di accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari, introdotta per i soggetti condannati per uno dei delitti di criminalità organizzata, è stata pensata per ridurre fortemente la possibilità di avere contatti con l'ambiente sociale e familiare di provenienza. Questo meccanismo di segregazione e neutralizzazione del condannato aveva (ed ha tutt'ora) lo scopo di esercitare una forte pressione psicologica sul detenuto al fine di spingerlo ad atteggiamenti di collaborazione con la giustizia[14]. E, infatti, solo la condotta che favorisce l'attività della magistratura e della polizia nella persecuzione dei soggetti coinvolti nel sodalizio criminale e che, pertanto, va a colpire direttamente le organizzazioni criminali dà la possibilità di ottenere condizioni migliorative al detenuto[15].

Da questo momento ha avuto inizio un lungo processo che ha visto il susseguirsi di molteplici manipolazioni della struttura dell'articolo in analisi[16]. I vari interventi, che si sono avuti nel corso degli anni, possono suddividersi in due grandi fasi, le quali, oltre ad avere una precisa scansione cronologica, vedono impegnati due diversi protagonisti. Nella prima, infatti, soprattutto grazie all'azione della Corte costituzionale, si è avuta una mitigazione del regime in esso previsto, in quanto la disciplina è stata depurata dagli aspetti di maggiore irrazionalità. Nella seconda fase, invece, è coinvolto il legislatore, il quale ha ampliato la sfera di applicazione dell'art. 4-bis ord. pen. e ha determinato un generale inasprimento del regime detentivo. L'ampliamento del novero dei reati ricompresi nel regime differenziato ha reso, infatti, più difficile l'ammissione alle misure alternative e ai benefici penitenziari per un'ampia fascia di detenuti.

Ci apprestiamo ora ad analizzare per grandi linee queste due diverse fasi.

## *2. Il ridimensionamento dell'art. 4-bis ad opera della Corte costituzionale*

Nelle non poche occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sul sistema introdotto dall'art. 4-bis ord. pen., la Corte costituzionale, pur mostrando preoccupazione per l'eco del diritto penale d'autore che si scorgeva nella disciplina[17], ha sostanzialmente avallato il regime penitenziario differenziato, limitandosi ad eliminare le parti di maggiore asperità, costituite dagli automatismi applicativi.

La pronuncia capostipite della giurisprudenza costituzionale è la sentenza n. 306 del 1993[18], la quale pone le basi per tutta la successiva giurisprudenza in materia[19].

In questa decisione la Corte, innanzitutto, ricorda che alla pena la Costituzione assegna una natura polifunzionale, avendo essa, da un lato, finalità di prevenzione generale e difesa sociale e, dall'altro, finalità di prevenzione speciale e di rieducazione; e fra queste finalità non può istituirsi una rigida gerarchia, dovendo queste sempre essere bilanciate, senza che l'una possa, in assoluto, obliterare l'altra. Chiarito ciò, la Consulta riconosce la concreta necessità di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa e, pertanto, giustifica la scelta del legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale (attribuendo determinati vantaggi ai soli detenuti che collaborano con

la giustizia), ma, allo stesso tempo, rileva che la scelta di restringere fortemente l'accesso alle misure alternative comporta una compressione delle finalità rieducative della pena[20]. Nonostante questa preoccupazione, la Corte considera sostanzialmente legittima la presunzione di pericolosità sociale dei soggetti che commettono determinati tipi di reato e, pertanto, conclude per la non incostituzionalità della collaborazione quale presupposto per accedere ai benefici e alle misure alternative. Solo da quest'ultima, infatti, si desume l'assenza di pericolosità sociale, perché viene considerato l'unico elemento dal quale dedurre con un certo grado di certezza l'interruzione dei contatti con la criminalità organizzata.

Sulla scorta di ciò, la Consulta ritiene irragionevole solo l'altra presunzione, risultante implicitamente dalla revoca automatica del beneficio[21]: la *mancata collaborazione* quale indice presuntivo della persistente pericolosità sociale[22].

Anche la giurisprudenza successiva, che pure ha avuto il merito di adeguare la disciplina in questione ai principi costituzionali, non ha mai posto in discussione il meccanismo della collaborazione quale chiave di accesso al percorso rieducativo. Nelle successive sentenze, la Corte ritiene, infatti, che la condizione sufficiente perché il sistema sia conforme a Costituzione è solo quella di subordinare l'accesso alle misure rieducative ad una collaborazione *oggettivamente esigibile*. Su questo presupposto la normativa è stata dichiarata costituzionalmente illegittima solo quando l'accesso ai benefici risulta precluso, perché un'utile collaborazione con la giustizia non è più oggettivamente possibile, sia per la limitata partecipazione al fatto criminoso[23] sia perché i fatti erano stati completamente accertati con sentenza irrevocabile di condanna[24].

Altre pronunce hanno cercato di contenere al massimo gli effetti deteriori della disciplina, dichiarando l'incostituzionalità delle preclusioni automatiche che impedivano l'accesso a determinati benefici penitenziari solo, però, per quei detenuti che *avevano già usufruito o avevano maturato i requisiti* per usufruirne prima dell'entrata in vigore dell'art. 4-bis.

L'automatismo preclusivo è stato dichiarato, infatti, non conforme al principio rieducativo, ex art. 27. III co., Cost., in quanto, impedendo al magistrato di sorveglianza di effettuare un accertamento in concreto del grado di rieducazione raggiunto dal detenuto, comportava un'ingiustificata interruzione del percorso rieducativo[25].

### *3. L'art. 4-bis cambia volto e... si espande*

A seguito di questa prima fase, in cui la Corte costituzionale è intervenuta a correggere la portata della norma, una serie di interventi legislativi[26], a partire dai primi anni del 2000, inizialmente episodicamente fondati su «contingenti emergenze»[27] e poi con una revisione organica ad opera della legge n. 279 del 2002, hanno nuovamente ampliato la portata operativa della norma[28].

Noi analizzeremo per grandi linee questa serie di interventi legislativi, partendo dalla l. n. 279 del 2002, al fine di far emergere che l'ampliamento della portata normativa dell'articolo è stato generato sempre dalla stessa logica emergenziale, in periodi in cui il tema dell'emergenza e della sicurezza era al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica e dell'agenda politica.

La legge appena richiamata, oltre a ridisegnare la fisionomia della norma al fine di operare una sua razionalizzazione[29], anche in ragione delle pronunce della Corte costituzionale, ha introdotto una serie di reati ulteriori cui applicare il più rigido regime penitenziario[30].

Ciò che di questa novella legislativa qui interessa evidenziare, perché risponde alle finalità di questo lavoro, è il passaggio dei reati di terrorismo – anche internazionale, ora espressamente menzionato – dalla seconda alla prima fascia[31]. In quegli anni, infatti, non solo il terrorismo internazionale si è imposto all'attenzione dei Governi occidentali dopo l'attentato dell'11 settembre, ma nuove manifestazioni terroristiche sono venute alla luce anche a livello nazionale[32].

A pochi anni dall'ulteriore modifica operata dalla legge n. 38 del 2006, che fra i reati ostativi ha introdotto quelli in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e di pedopornografia anche a mezzo internet[33], l'assetto dell'articolo è stato fortemente modificato dal d.l. n. 11 del 2009 (c.d. pacchetto sicurezza del 2009) e dalla relativa legge di conversione n. 38 del 2009, la quale ha parzialmente corretto la disciplina introdotta dal Governo.

Il d.l. n. 11 del 2009, recante “Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori” aveva riportato fra i reati di prima fascia alcuni reati sessuali ritenuti di particolare

allarme sociale[34], prevedendo anche per i *sex offenders* la collaborazione come unico percorso per accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative, e aveva inserito fra i reati di seconda fascia alcuni reati sessuali di minore gravità[35].

La ricollocazione di alcuni reati sessuali nella prima fascia aveva suscitato molte critiche, in quanto i reati in questione non apparivano significativi di alcun legame con la criminalità organizzata[36].

La modifica era stata dettata solo dall'intento di inasprire il trattamento penitenziario per questa categorie di soggetti, macchiatisi di crimini particolarmente invisi all'opinione pubblica, al fine di placare l'onda emotiva suscitata da alcuni episodi di violenza[37].

La legge di conversione, invece, oltre all'opportuna ricollocazione di alcuni reati dalla prima fascia alla seconda e alla divisione dell'unico e scarsamente intellegibile primo comma in quattro diversi commi (in ragione del diverso grado di pericolosità collegato alle varie manifestazioni delittuose in esso contenute) ha previsto, al nuovo comma 1-*quater*, un diverso percorso per gli autori di quei reati immediatamente lesivi della libertà sessuale[38], introducendo l'osservazione scientifica della personalità. È stato, infatti, statuito che gli autori di uno dei reati contemplati dalla norma possono accedere ai benefici penitenziari «solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'articolo 80 della presente legge», indipendentemente dal requisito della collaborazione. La l. n. 172 del 2012 ha successivamente aggiunto all'art. 4-*bis* il comma 1-*quinqüies* che ha previsto per questi condannati la partecipazione ad un programma di riabilitazione scientifica di tipo psicologico con finalità di recupero ai sensi dell'art. 13-*bis* ord. pen. (introdotto dalla stessa legge), che deve essere valutata positivamente dal magistrato di sorveglianza[39].

Questo nuovo e specifico percorso di fruizione dei benefici penitenziari si basa sul presupposto che «la condotta deviante affondi le proprie radici in un disagio psicologico e personologico, sicché l'elisione della pericolosità di cui sono portatori non potrebbe che passare attraverso un'ideale strategia trattamentale»[40]. Seppur ciò sia condivisibile[41], c'è chi ha fatto giustamente notare che la norma riproduce un impianto dal «carattere prevalentemente punitivo»[42].

#### 4. *L'eterno ritorno: Corte costituzionale e legislatore ancora alle prese con l'art. 4-bis*

Le ultime vicende dell'art. 4-bis che qui ci apprestiamo ad analizzare<sup>[43]</sup> ripropongono il costante andamento che si è registrato fin dall'entrata in vigore del suddetto articolo: ad un intervento della Corte costituzionale, che ha posto rimedio ad una (ennesima) irragionevolezza del sistema, è seguito, a stretto giro, un intervento del legislatore, che ha nuovamente ampliato il novero dei reati ostativi.

Con la sentenza n. 239 del 2014<sup>[44]</sup> la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-bis ord. pen. nella parte in cui non esclude dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* e della detenzione domiciliare di cui dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge penitenziaria<sup>[45]</sup>. L'istituto della detenzione domiciliare speciale, pur partecipando alla funzione rieducativa, svolge prevalentemente la funzione di tutela dell'interesse del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile normale con la madre. L'esclusione operata dall'articolo 4-bis risulta incostituzionale in quanto comprime irragionevolmente tale diritto. La norma, pertanto, dando prevalenza ad istanze di sicurezza pubblica comporta il trasferimento del «costo» della strategia di lotta al crimine organizzato su di un soggetto terzo, estraneo sia alle attività delittuose che hanno determinato la condanna, sia alla scelta del condannato di non collaborare con la giustizia<sup>[46]</sup>. In altri termini, la ragione dell'incostituzionalità della norma risiede nella compressione irragionevole dell'interesse del minore, a causa dell'assoluta prevalenza data alle ragioni di sicurezza pubblica. In questa occasione, pertanto, la Consulta ha solo eliminato un'altra irragionevole previsione connessa al regime *ex art. 4-bis* e, coerentemente con la sua pregressa giurisprudenza, non ha criticato l'impianto complessivo o la sua logica di fondo<sup>[47]</sup>.

Tanto che l'articolo 4-bis continua a godere (ancora<sup>[48]</sup>) di buona salute e ad espandersi. Da ultimo<sup>[49]</sup>, infatti, il d.l. n. 7 del 2015 (d.l. antiterrorismo), così come modificato dalla legge di conversione n. 43 del 2015, ha apportato un'ulteriore modifica all'art. 4-bis ord. pen. È stato introdotto, infatti, l'art. 3-bis, che ha inserito tra i reati ostativi di cui al primo comma quelli *ex art. 12*,

commi 1 e 3 del d.lgs. 286 del 1998 (T.U. immigrazioni), vale a dire il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 co. 1) e il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ai fini di profitto (art. 12, co. 3).

E questo nuovo innesto è perfettamente in linea con la storia che abbiamo delineato fino ad ora e, purtroppo, non stupisce. In sede di prima lettura al provvedimento emergenziale c'è chi ha messo in luce che il «d.l. 'antiterrorismo' [...] si inserisce nel solco di una strategia politico-criminale incentrata sulla mera risposta in chiave securitaria ed emergenziale al forte allarme sociale generato da fenomeni criminosi gravi e complessi»[50].

In conclusione, da questa sommaria ricostruzione emerge che qualsiasi intervento normativo, che avesse come obiettivo dichiarato di combattere le più varie emergenze criminali degli ultimi 25 anni, ha sempre portato con sé l'implementazione dell'art. 4-bis, al fine di condurre, anche sul versante penitenziario, la strategia di contrasto alle varie emergenze criminali.

In molti settori dell'ordinamento, infatti, si è determinata una «cronicizzazione e normalizzazione dell'emergenza». Quest'ultima è divenuta una mera etichetta, dietro la quale non vi sono più misure "eccezionali", bensì una sorta di «prevenzione legislativa senza fine»[51]. L'emergenza continuamente evocata (e troppo spesso giustificata dalla Corte) diviene, allora, lo strumento che giustifica interventi rivolti a «prevenire la realizzazione di rischi di ogni tipo»[52]. Idoneo non a far fronte a situazioni eccezionali, ma a coprire discipline che, nella non dichiarata intenzione del legislatore, sono destinate ad inserirsi stabilmente nell'ordinamento.

Da anni oramai, infatti, si è consolidata (non solo, peraltro, nel campo qui in esame) una «vera e propria cultura dell'emergenza, (che) sviluppa una "logica" sua propria, in cui l'anomalia si fa normalità e viceversa»[53] e in cui l'emergenza si configura come «l'espedito tecnico» per liberare «le scelte dei pubblici poteri dalle strette maglie dei controlli di sistema»[54], il velo dietro il quale si nascondono «dissociazioni del potere dalle regole del suo democratico esercizio»[55].

Ritornando allo specifico tema che ci occupa, questo continuo rimpolpare l'art. 4-bis di sempre nuove ed eterogenee figure di reati ostativi ha determinato una situazione di insostenibilità costituzionale, alla quale è giunta l'ora di porre rimedio. Ed è su questo punto che dedicheremo ora la nostra attenzione.

## 5. *I reati c.d. di prima fascia e l'insostenibilità costituzionale della loro disciplina*

L'art. 4-*bis*, come emerso da quanto abbiamo scritto, si fonda su una serie di ipotesi presuntive ed è strutturato su una precisa scansione dei gradi di pericolosità dei reati, al cui apice è prevista «una presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale»[56], per i delitti afferenti alla criminalità organizzata.

Innanzitutto è opportuno rilevare una criticità, che potremmo definire strutturale, della norma. Quest'ultima, infatti, compie una selezione dei destinatari delle regole penitenziarie sull'assunto, indimostrato, che la pericolosità del reo va misurata, anche dopo la condanna, sulla natura astratta del reato e sui suoi profili sanzionatori e non – come invece dovrebbe essere – sulla pena irrogata dal giudice in ragione della gravità del fatto commesso e della personalità del suo autore[57].

Ciò premesso, possiamo cominciare a svolgere le nostre riflessioni sul complesso meccanismo presuntivo che è l'art. 4-*bis* ord. pen.[58].

Per quanto riguarda i commi 1 e 1-*bis*, il sistema derogatorio in essi previsto si basa sull'assunto che la commissione dei reati di criminalità organizzata, essenzialmente quelli di stampo mafioso, porti con sé la presunzione di persistenza dei legami con l'organizzazione criminale, dalla quale deriva l'ulteriore presunzione di pericolosità specifica dei suoi autori. Di tale presunzione, cui la Corte fa espresso riferimento nella sentenza capostipite in materia[59], si può trovare un'utile definizione in diverse sentenze della Corte costituzionale[60], molte delle quali in quel lungo filone giurisprudenziale sulla custodia cautelare obbligatoria in carcere[61].

Nella sentenza n. 265 del 2010[62], infatti, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che la presunzione di pericolosità specifica si fonda su una massima di comune esperienza (*l'id quod plurimumque accidit*), in forza della quale l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel

territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice.

È proprio su tali connotazioni sociologiche e criminologiche («generale regola d'esperienza sufficientemente condivisa») che si basa, quindi, la giustificazione della presunzione assoluta di pericolosità. Ancora più chiaramente nella successiva sentenza n. 231 del 2011 si legge che sono il «dato empirico sociologico», le «peculiari connotazioni» fattuali, inglobate nella disciplina, che «forniscono una congrua base statistica alla presunzione considerata». Ed ancora, il sodalizio criminoso di stampo mafioso «sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre [...] una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale».

La figura dell'*id quod plerumque accidit*, alla quale già in altre occasioni la Corte ha fatto ricorso per valutare la legittimità costituzionale delle presunzioni legislative[63], è stata stigmatizzata dalla dottrina costituzionalistica più accorta. È stato evidenziato, infatti, che tale figura non può essere ritenuta un vero e proprio criterio statistico, per mezzo del quale indagare scientificamente la realtà sottostante alle scelte legislative, ma si sostanzia semplicemente in un ricorso generico e apodittico a certi dati di comune esperienza[64].

E il ricorso nel linguaggio giuridico al *sensu comune* è tanto più rischioso quando fa il suo ingresso in valutazioni penalistiche in materia di libertà personale[65]. Una fattispecie legale che, infatti, risulta fondata sul (o comunque giustificata dal) senso comune perde ogni pretesa di garanzia e si rivela un comodo pretesto di legittimazione *ex post* di scelte già compiute[66].

Il legislatore, pertanto, non dovrebbe adoperare le presunzioni legali fondate su di una comune esperienza e la Corte costituzionale, dal canto suo, non solo dovrebbe compiere uno stretto scrutinio di costituzionalità in questi casi, ma *a fortiori* non dovrebbe ricorrere a tale figura per valutare la costituzionalità di scelte legislative, tanto più se la norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità compori una restrizione della libertà personale.

E il senso di tale affermazione, che così posta potrebbe risultare generica, emerge in tutta la sua evidenza da quanto ci apprestiamo ad illustrare, sullo specifico tema che ci occupa.

È, innanzitutto, opportuno chiarire che quello che qui si vuole cercare di

dimostrare non è se la presunzioni inglobi correttamente la realtà fattuale che pretende di rappresentare[67], ma, al contrario, l'incostituzionalità del sistema che impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto la pericolosità del detenuto; vale a dire l'incostituzionalità di quel meccanismo che, in forza della presunzione di persistenza dei legami con le organizzazioni di provenienza e della conseguente presunzione di pericolosità, permette al detenuto di accedere alle misure rieducative solo per mezzo della collaborazione, unico contegno specifico e predeterminato, in grado di fornire la prova della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Chiarita qual è la direttrice delle nostre riflessioni critiche, preliminarmente si può affermare che il sistema delineato dai primi due commi della norma in esame non regge da un punto di vista logico: quanto più, infatti, il legame con la criminalità organizzata è supportata da una inconfutabile evidenza empirica, tanto più sarà semplice per la magistratura individuare quei casi in cui i legami siano ancora esistenti e negare la concessione dei benefici e delle misure alternative. A nulla serve, pertanto, il rigido sistema legislativo che lega la concessione dei benefici alla sola collaborazione, perché l'alta probabilità che i soggetti siano legati alle strutture criminali di provenienza può essere dalla magistratura di sorveglianza facilmente accertata, per mezzo dell'ordinario controllo sulla pericolosità sociale del soggetto, a cui è subordinata la concessione di tutti i benefici penitenziari[68]. Non sfugge a chi scrive che tale illogicità deriva da una precisa scelta legislativa, in quanto lo scopo – del resto mai sottaciuto – è stato proprio quello di forzare il sistema premiale per perseguire un fine diverso dalla risocializzazione del condannato: la collaborazione come strumento di lotta alla criminalità organizzata[69]. Negare, infatti, alla magistratura di sorveglianza il potere di effettuare il controllo concreto sulla pericolosità sociale dei detenuti era l'unico modo per perseguire tale finalità.

Del resto, già molti anni fa Alessandro Pace – in merito alle presunzioni legali in materia di misure di sicurezza – aveva evidenziato che «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa». Per tali ragioni – continuava l'Autore – il discorso non può che avere ad oggetto la verifica della compatibilità di queste astratte scelte legislative con la Costituzione[70].

E facendo proprio questo insegnamento non si può non concludere per l'incostituzionalità di tale sistema e specificamente per la sua assoluta

incompatibilità con l'articolo 27, III co., Cost.[71]. Esso, infatti, non solo dà alla pena una funzione che non le appartiene, quella di strumento di lotta alla criminalità organizzata, ma, limitando così fortemente l'accesso ai benefici e alle misure alternative, nemmeno permette alla pena, quando è irrogata a determinate categorie di autori, di assolvere alla funzione sua propria: tendere alla risocializzazione del condannato.

Come infatti ha avuto modo di chiarire la stessa Corte costituzionale, le misure alternative sono uno strumento imprescindibile nel processo di risocializzazione del condannato, in quanto «ogni misura si caratterizza per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato al fondo del quale sta il necessario plasmarsi in funzione dello specifico comportamento serbato dal condannato»[72]. Da quanto appena riportato si deduce, allora, che la condotta penitenziaria dovrebbe essere l'unico parametro per accedere ai benefici e su tale scorta non possono trovare spazio criteri presuntivi, come quello delineato dall'articolo in esame[73].

E la presunzione di pericolosità sociale non può trovare giustificazione neppure nelle funzioni retributive e general-preventive della pena. Perché se pur è vero che la funzione generalpreventiva può, in determinate circostanze, risultare prevalente su quella special-preventiva e rieducativa[74], ciò non significa che questa prevalenza possa spingersi fino al punto di annullare le possibilità di risocializzazione del condannato[75]. E, da come è emerso ripetutamente in questo scritto, è proprio questa la direzione verso la quale si muove l'articolo in esame. La disciplina, infatti, negando al magistrato qualsiasi possibilità di valutare la pericolosità concreta del detenuto, comprime oltre misura l'ideale rieducativo consacrato nell'art. 27, III co., Cost.[76].

Ed infatti solo la valutazione della condotta e della pericolosità sociale del condannato compiuta dalla magistratura di sorveglianza permette alle diverse anime della pena di equilibrarsi in modo costituzionalmente adeguato. È solo attraverso la discrezionalità del magistrato che, ancor prima di permettere di adeguare la fattispecie astratta alle esigenze del caso concreto, si rende la stessa fattispecie astratta (la pena) conforme a Costituzione.

È, infatti, la “natura” della pena a non rendere costituzionalmente sostenibile la prevalenza predeterminata e rigida di una delle sue funzioni – nel caso di specie la funzione generalpreventiva – sulle altre e, allo stesso tempo, ad imporre che

il magistrato abbia sempre la possibilità di compiere un bilanciamento fra di esse, in modo tale che, a seconda delle circostanze del caso concreto, possa dare la prevalenza alla funzione generalpreventiva o a quella rieducativa.

Del resto, il sistema ordinario, che subordina la concessione delle misure di risocializzazione al controllo sull'attualità della pericolosità del condannato, consente che le diverse "anime" della pena risultino in equilibrio fra loro. Questo tipo di valutazione, infatti, non preclude in modo aprioristico la possibilità di accedere alle misure alternative e permette, allo stesso tempo, la tutela della sicurezza pubblica, poiché impedisce la concessione dei benefici e delle misure alternative in tutti quei casi nei quali, a causa dell'attualità della pericolosità del detenuto, si determinerebbero dei rischi per la collettività.

Pertanto, questo tipo di controllo deve essere sempre previsto, perché è il solo che permette alla disciplina in materia di benefici e misure alternative di essere conforme a Costituzione.

Se l'esigenza di fronteggiare particolari comportamenti criminosi impone di rendere più difficoltoso l'accesso alle misure rieducative, degli aggravati procedurali possono essere introdotti, ma deve sempre essere permesso al magistrato di valutare, durante tutto il periodo di espiazione della pena, i progressi trattamentali e la pericolosità sociale del detenuto.

Seppur esula dal compito di chi scrive fornire soluzioni di politica legislativa, riteniamo che un corretto temperamento fra le funzioni di tutela della sicurezza pubblica e la funzione rieducativa, che la pena deve sempre avere, sia rappresentato dal meccanismo previsto dal comma 1-ter dell'art. 4-bis. Tale norma prevede, infatti, che i benefici possano essere concessi solo nel caso in cui non ci siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

Applicando la disciplina prevista dal comma 1-ter anche ai reati di criminalità organizzata, verrebbe meno anche il meccanismo attualmente delineato dal comma 1-bis dell'art. 4-bis, il quale prevede che, nelle ipotesi di collaborazione irrilevante o impossibile, i benefici possano essere concessi solo se «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata...». Meccanismo, questo, che ha destato molte perplessità in dottrina, la quale lo ha considerato alla stregua di una vera e propria "prova diabolica"[77], che impone alla parte di dare la dimostrazione della inesistenza

della prova di un fatto, cosa che, giustamente, non solo è stata considerata «un'operazione gnoseologica estremamente problematica, ai limiti [...] dell'impossibilità»[78], ma che, allo stesso tempo, rende il sistema probatorio un mezzo di discriminazione e indurimento della misura afflittiva[79].

Il meccanismo contenuto nel comma 1-*ter*, invece, risulta, per queste ipotesi, maggiormente conforme al dettato costituzionale, poiché, non prevedendo una presunzione di pericolosità quasi assoluta, per di più superabile solo con un contegno che è totalmente estraneo al percorso trattamentale del condannato[80], non preclude quasi aprioristicamente l'accesso ai benefici penitenziari. Allo stesso tempo, le ragioni di difesa sociale sarebbero, invece, salvaguardate dall'aggravio probatorio, che introduce, sì, un elemento di valutazione estraneo al percorso trattamentale (l'assenza dei legami con la criminalità organizzata), ma secondo un meccanismo maggiormente conforme a Costituzione, perché richiede una prova positiva, il cui onere grava sulla pubblica accusa e non sulla parte.

#### *6. I reati di seconda fascia e la compressione dell'ideale rieducativo.*

Chi scrive non ritiene che questa sia la migliore delle soluzioni possibili, ma se proprio non si vuole rinunciare ad un sistema differenziato e aggravato per l'accesso ai benefici penitenziari, per i condannati che hanno una certa riferibilità alla criminalità organizzata, almeno la pena non deve essere utilizzata per finalità diverse da quella sua propria (mezzo di lotta alla criminalità organizzata) e uno spazio deve sempre essere lasciato alla funzione rieducativa, suo imprescindibile connotato.

Se il sistema contenuto nel comma 1-*ter* potrebbe trovare una giustificazione per i reati di certa riferibilità al crimine organizzato, sicuramente non trova giustificazione alcuna per i reati c.d. di seconda fascia, in esso contenuti. E più in generale è necessario ripensare l'intero complesso di questi reati, anche in riferimento, quindi, alla disciplina di maggior rigore prevista per i reati sessuali *ex co. 1-quater*.

Innanzitutto è opportuno rilevare che, da un punto di vista prettamente funzionale, della disciplina dell'art. 4-*bis* se ne potrebbe benissimo fare a meno, in quanto un controllo sulla pericolosità sociale è già previsto per la concessione di tutti i benefici e le misure alternative. Tale norma, infatti, duplica

meccanismi che sono già presenti nell'ordito normativo concernente la disciplina penitenziaria, che nessun apporto hanno sul controllo della pericolosità sociale di tali soggetti, ma che comportano, altresì, una pericolosa compressione dell'ideale rieducativo sotto il peso del prevalente modello retributivo.

La forte connotazione retributiva che ammantava il sistema dei reati di seconda fascia si scorge se si allarga lo sguardo ad alcune disposizioni che disciplinano le misure rieducative, le quali espressamente rimandano all'art. 4-bis ed impongono agli autori di questi reati un maggior tempo di espiazione della pena in carcere. Il riferimento è alla disciplina del lavoro all'esterno (art. 21 ord.pen)[81], del permesso premio (art. 30-ter ord.pen)[82] e della semilibertà (art. 50 ord.pen)[83]. In forza di queste disposizioni non ci sembra azzardato sostenere che il senso della norma (e la previsione stessa dei reati di seconda fascia) non risiede tanto nella previsione di un meccanismo ostativo, ma nel carattere di maggior afflittività dato alla pena.

Se, infatti, vi è stata una condanna per uno dei reati da essa previsti, e sono assenti i legami con la criminalità organizzata (perché non vi sono mai stati o perché sono stati rescissi) il meccanismo ostativo non costituisce un serio impedimento all'accesso alle misure rieducative. In queste ipotesi, però, il condannato dovrà espriare comunque un *quantum* di pena in carcere superiore rispetto agli altri condannati ordinari, a prescindere dal grado di risocializzazione ottenuto. Ed in ciò risiede la compressione del principio rieducativo e l'incostituzionalità del sistema dei reati ostativi di seconda fascia: nello spostamento in avanti del momento di accesso alle misure rieducative.

Per questi soggetti, in definitiva, la pena avrà un *quantum* di afflittività maggiore, in forza di una presunzione di *difficile recuperabilità sociale* e ciò sicuramente non è compatibile con la posizione che occupa l'ideale rieducativo sancito dall'art. 27, III co., Cost., nel nostro sistema costituzionale[84].

Dopo un lungo e tormentato cammino, soprattutto grazie alla giurisprudenza costituzionale, la rieducazione ha assunto con la sent. n. 313 del 1990, una «dimensione applicativa assolutamente definita e stabile»[85] e con essa un «carattere universale»[86].

Già prima di tale pronuncia, però, con la sent. n. 282 del 1989, la Corte costituzionale, pur continuando a muoversi in una concezione polifunzionale

della pena[87], aveva compiuto – in relazione al tema che ci occupa[88] – una forte apertura all'ideale rieducativo. In questa decisione la Corte ha affermato che «la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell'ipotesi che l'esame della personalità del reo e il conseguente giudizio prognostico sulla sua “futura” vita nella società, impongano, prima o durante l'esecuzione (s'intende, purché siano presenti tutte le altre condizioni stabilite dalla legge) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa»[89].

Del resto, anche nella sentenza n. 313 del 1990 la Corte non nega che l'afflittività e la retributività siano quei profili che riflettono le «condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale» e che anche l'intimidazione e la difesa sociale siano valori che hanno sì un fondamento costituzionale, «ma non tale da autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata in Costituzione»[90]. Posto ciò, però, afferma, in modo inequivocabile, che se la finalizzazione della pena venisse orientata verso caratteri diversi dal principio rieducativo «si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione»[91].

Proprio alla luce di tale fondamentale approdo teorico, appare criticabile l'atteggiamento della Corte costituzionale di fronte all'articolo 4-bis. La Corte, infatti, pur mantenendo formalmente fermi gli approdi teorici delle decisioni ora ricordate, che vedono l'assoluta centralità dell'ideale rieducativo, ha compiuto un sostanziale e pericoloso passo indietro, già a partire dalla sentenza n. 306 del 1993 che – come abbiamo visto – ha avuto come conseguenza la legittimazione dell'opera di continuo ampliamento delle ipotesi di reati ostativi[92].

Alla luce di quanto abbiamo riportato, anche il sistema dei reati di seconda fascia è in assoluto contrasto con l'ideale rieducativo.

L'esemplarità della sanzione introdotta dell'art. 4-bis, se non si traduce nell'assoluta neutralizzazione ad opera del c.d. ergastolo bianco, comporta comunque un tempo di espiazione della pena in carcere superiore a quella dei detenuti ordinari e sacrifica il singolo ai bisogni collettivi di stabilità e sicurezza.

E questa situazione non è più tollerabile anche in forza della modifica dell'art.

27 Cost., per opera della legge di revisione cost. n. 1 del 2007, con la quale si è sancita, inequivocabilmente, la centralità dell'ideale rieducativo[93], perché con essa si è affermato, in modo definitivo, che per il nostro ordinamento costituzionale nessun soggetto è irrecuperabile[94].

*7. A mo' di conclusione: del perché non aver timore di abbandonare l'art. 4-bis e del perché dover temere la sua permanenza nell'ordinamento*

Come abbiamo visto nella prima parte di questo scritto, l'art. 4-bis con il tempo si è stabilizzato nel sistema ed è divenuto lo strumento, sul piano penitenziario, del «governo dell'insicurezza sociale»[95]. Esso rientra, infatti, nell'armamentario al quale lo Stato ricorre per far fronte alle emergenze criminali (vere o il più delle volte soltanto dichiarate) [96] che mettono a repentaglio l'incolumità dei cittadini. E ciò risulta chiaramente dall'evoluzione dell'articolo, nel quale sono state introdotte «fattispecie di reato di norma a carattere individuale e comunque non immediatamente collegate al crimine organizzato»[97]. La collaborazione, sulla quale – come abbiamo visto – l'intero impianto normativo era stato fondato dal d.l n. 306 del 1992, ha con il tempo perso la sua centralità e l'articolo 4-bis, da norma pensata per fronteggiare la criminalità organizzata, è divenuta una norma che ha la prevalente funzione di creare «percorsi esecutivi di maggior rigore»[98], per tutta quelle serie di reati che di volta in volta ingenerano allarme sociale.

La norma che ci occupa, come in generale tutte quelle chiamate a far fronte all'emergenza, è caratterizzata da un forte efficientismo simbolico, per mezzo del quale il potere politico costruisce l'immagine di sé di «un legislatore attento e risoluto»[99].

Sul piano tecnico-giuridico questo efficientismo punitivo è perseguito proprio attraverso le presunzioni di pericolosità, alle quali sono sempre legati degli automatismi applicativi[100]. L'operare congiunto di questi due elementi persegue il preciso obiettivo di escludere che un soggetto diverso dall'attore politico possa rendere inefficaci gli obiettivi di politica criminale perseguiti dalla norma. Si vuole evitare, infatti, che la magistratura possa esercitare il suo potere discrezionale nell'accertamento dei fatti e nella modulazione delle conseguenze giuridiche.

È da tempo all'attenzione della Corte costituzionale la compressione dei diritti

operata dagli automatismi applicativi e dalle sottostanti presunzioni di pericolosità, che nel corso degli anni sono stati, con costanza, dichiarati non conformi a Costituzione<sup>[101]</sup>.

Incostituzionalità che, a parere di chi scrive, è predicabile anche per l'articolo in esame, il quale sotto diversi profili – come abbiamo visto – contrasta con l'ideale rieducativo sancito dall'art. 27, III co., Cost.

C'è, però, anche un altro argomento che rende necessario il superamento dell'art. 4-*bis* e che trascende il profilo prettamente costituzionale, ma che non si può fare a meno di prendere in considerazione.

Come ha messo lucidamente in evidenza Glauco Giostra, le presunzioni di pericolosità sono connotate da una particolare *vis attractiva*<sup>[102]</sup>, in base alla quale esse, una volta introdotte nell'ordinamento, non solo si espandono in modo quasi incontrollato, ma acquistano una particolare forza di resistenza alla loro rimozione. Non appena, infatti, «si manifesta una reale o immaginaria emergenza la presunzione si estende ad altre figure di reato *à la page*, giustapponendo sovente esigenze e fattispecie molto eterogenee»<sup>[103]</sup>.

Questo processo, come dimostra l'art. 4-*bis*, crea degli agglomerati normativi eterogenei, che, però, vengono generalmente identificati solo con l'ipotesi più grave di reato. E intervenire su di essi, per eliminare le ipotesi più irragionevoli in esse contenute, viene percepito come un arretramento della risposta punitiva, quando, invece, si tratta semplicemente di riconoscere al giudice il potere di valutare la situazione del caso concreto<sup>[104]</sup>.

Queste ultime affermazioni trovano puntuale riscontro nella vicenda della liberazione anticipata speciale<sup>[105]</sup>, che ha riaperto nuovamente il dibattito, in sede politica prima e giuridica poi, intorno all'art. 4-*bis*. Il decreto legge n. 146 del 2013, introducendo questo istituto<sup>[106]</sup>, aveva previsto che tutti i condannati potessero usufruire di tale misura, e, pertanto, anche i condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis*<sup>[107]</sup>. Possibilità espunta in sede di conversione, a causa del vero e proprio «fuoco di sbarramento»<sup>[108]</sup> che si è alzato contro di essa. E, infatti, emerge chiaramente nei lavori in Commissione Giustizia della Camera dei deputati di come il più grave reato di criminalità organizzata abbia fatto da schermo a tutti gli altri<sup>[109]</sup> ed abbia impedito a tutti i detenuti *ex art. 4-*bis**, anche se reclusi per un diverso reato (e, pertanto, per la stessa logica della norma, portatori di un diverso grado di pericolosità specifica) di accedere a

questo istituto<sup>[110]</sup>.

Il timore, come ha fatto giustamente notare Andrea Pugiotto, era però espressione di «una paura più percepita che reale»<sup>[111]</sup>, ma la vicenda dimostra di come la ferita provocata dall'articolo in questione sia difficilmente rimarginabile se si continua ad operare con semplici interventi di limatura e non si prende seriamente in considerazione la sua completa abrogazione (la soluzione ottimale) o, perlomeno, una sua corposa riformulazione.

[1] In realtà, le scelte compiute dalla legge Gozzini vennero messe ben presto in discussione, fino al punto che venne criticata «la stessa filosofia di fondo che ne aveva ispirato le scelte» (V.Grevi, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V.Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, CEDAM, Padova, 1994, 3). Una delle principali critiche era quella di aver perseguito essenzialmente obiettivi di decarcerizzazione a scapito del recupero sociale del condannato. Dava forza a questo atteggiamento di opposizione alla riforma anche l'impiego, non sempre rigoroso da parte della magistratura di sorveglianza, del potere discrezionale che gli era stato riconosciuto in sede di applicazione delle misure alternative (così R. Del Coco, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, Bologna, 2011, 166). Un'anticipazione della manovra riformatrice si è avuta con l'art. 13 della l. n 55 del 1990 che ha ristretto l'ambito di applicazione dei permessi premio. Tale norma aveva infatti inserito nell'art. 30-ter ord. pen. il comma 1-bis, poi abrogato, con il quale si statuiva che «per i condannati per reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di criminalità organizzata, nonché per il reato indicato nell'articolo 630 del codice penale, devono essere acquisiti elementi tali da escludere la attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata». Faceva, in tal modo, la sua comparsa quel regime probatorio differenziato che sarebbe stato adottato dall'art. 4-bis nella sua prima formulazione. Per una precisa analisi di questo processo di ripensamento delle innovazioni della legge Gozzini si veda, fra i tanti, F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in V.Grevi (a cura di) *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, cit., 73-89.

[2] Per una ricognizione dei contenuti di questi si veda F.P.C. Iovino, *Legge*

*penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 438 ss.

[3] In realtà, come abbiamo ricordato *sub nota* 1, questa è solo la fine di un processo che aveva avuto inizio con la legge n. 55 del 1990.

[4] G. Casaroli, *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, III, Utet, Torino, 1994, 15; B. Guazzaloca, *Criterio del “doppio binario”, utilizzo della “premiabilità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell’emergenza*, in G. Giostra-G. Insolera (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Giuffrè, Milano, 1995, 141.

[5] ...Ma che nei fatti risente dell’eco dell’ideologia del tipo di autore. Scrivono, infatti, C. Cesari-G. Giostra, *Sub Art. 4-bis*, in V. Grevi-G. Giostra-F. Della Casa (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV ed., CEDAM, Padova, 2011, 53, che «l’ingresso nell’ord. pen. dell’art. 4-bis ha segnato l’inizio di una nuova stagione per la struttura, per la funzione, per le stesse ideologie ispiratrici della normativa penitenziaria».

[6] R. Del Coco, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., 170.

[7] V.Grevi, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., 7.

[8] In base all’art. 58-ter ord. pen. si definiscono collaboratori di giustizia «coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l’attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori dei reati».

[9] Di poco successiva all’uccisione dell’altro magistrato simbolo della lotta alla mafia Paolo Borsellino, avvenuta il 19 luglio 1992.

[10] Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

[11] V.Grevi, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., 10. A. Presutti, *Alternative al carcere e regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in A. Presutti (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Giuffrè, Milano, 1994, 83-84, scrive che si sfrutta la

valenza promozionale delle misure alternative «strumentalizzandola agli specifici intenti della nuova politica criminale». La disciplina – continua l'Autrice – si connota, infatti, per «il suo inscrivere in un progetto di contrasto della criminalità organizzata che affida la buona riuscita della operazione al contributo informativo del soggetto coinvolto. Si può allora comprendere perché le variazioni, apportate al riguardo, lungi dal tradursi in preclusioni assolute o in irrigidimento di taluni presupposti applicativi, configurino particolari modalità di accesso ai benefici unitariamente protese a provocare la collaborazione investigativa del condannato».

[12] B. Guazzaloca, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 131, scrive, infatti, che la figura del collaboratore mafioso diviene «in un certo senso, la chiave di lettura e il terreno di applicazione privilegiato della riforma penitenziaria dettata dalle leggi di emergenza». Per una diffusa analisi critica di questo fenomeno si veda S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, ESI, Napoli, 1997, 175 ss.

[13] V. Grevi, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., 10.

[14] R. Del Coco, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., 167.

[15] R. Del Coco, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., 167.

[16] Aveva lucidamente preannunciato B. Guazzaloca, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 131, che «l'ingresso nelle fondamenta penitenziarie di principi che si collocano in aperto contrasto con quelli ritenuti fin qui assolutamente primari e irrinunciabili comporta [...] uno stravolgimento potenziale di notevoli proporzioni dell'intero ordinamento penitenziario».

[17] Scrive il giudice delle leggi: «...appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita» (Corte cost., sent. n. 306 del 1993, punto 11 *cons. dir.*).

[18] C. E. Paliero, «L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative», in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, 153 ha affermato che

questa sentenza ha una portata che trascende il tema in esame e coinvolge l'intera filosofia della pena; egli scrive infatti che deve essere considerata come «la pietra angolare del sub-sistema ermeneutico-costituzionale sulla filosofia della pena», in quanto ha abbandonato la vecchia impostazione che relegava la rieducazione alla sola fase dell'esecuzione della pena.

[19] M.R. Coppetta, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 5/1997, 1225, scrive che «il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., operato dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, ha palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi». Come ha rilevato M. Margaritelli, «*Limitata partecipazione al fatto criminoso*» e *accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 1994, 3210, alla Consulta è mancato il coraggio, avendo rinunciato «ad effettuare una operazione di chirurgia legislativa radicalmente demolitoria di tutto quanto estraneo ed incompatibile con il principio di rieducazione».

[20] «...la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario» (Corte cost., sent. n. 306 del 1993, punto 11 *cons. dir.*).

[21] Sul punto A. Acconci, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 494, scrive che non si comprende perché le argomentazioni addotte valgano solo per la revoca del beneficio e non anche per la concessione. I principi di colpevolezza, individualizzazione e di proporzionalità, la cui violazione, infatti, ha determinato l'incostituzionalità della revoca automatica, vengono violati anche negando l'accesso ai benefici penitenziari a quel detenuto che non ha collaborato con la giustizia.

[22] Sul punto il giudice delle leggi riconosce, infatti, che la mancata collaborazione può essere incolpevole, poiché può essere causata da altri fattori indipendenti dalla volontà dell'individuo e pertanto non è idonea a costituire un valido indice di pericolosità specifica. La Consulta in un'altra occasione (Corte cost. sentenza n. 445 del 1997) affermerà molto chiaramente che agli identici risultati – vale a dire la dimostrazione dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata – «non può non pervenirsi ove sia stata la stessa condotta penitenziaria a consentire di accertare il raggiungimento di uno stadio

del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire». Poiché, però, la regola presuntiva, collaborazione/assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, è ritenuta valida, in caso di mancata collaborazione sarà necessario un accertamento sull'esistenza o meno di collegamenti con la criminalità e quindi sulla sussistenza o meno della sua pericolosità, che dovrà essere compiuto dal giudice. In altre decisioni (cfr. le sentt. nn. 357 del 1994 e 68 del 1995), la Corte chiaramente ha affermato la necessità del controllo del giudice, non risultando di per sé idonei gli indici legislativi previsti.

[23] Corte cost. sent. n. 357 del 1994.

[24] Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

[25] Nella sent. n. 504 del 1995 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma in analisi nella parte in cui precludeva ad un detenuto, che ne aveva già usufruito prima dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis*, la possibilità di concessione di ulteriori permessi premio, in quanto non era in grado di offrire un'utile collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. pen. Nella sentenza n. 137 del 1999, invece, la Corte ha colpito il meccanismo preclusivo che impediva ai detenuti di accedere ai permessi premio anche se prima dell'entrata in vigore della norma avessero maturato i termini di ammissibilità per la concessione di tale beneficio. La Consulta è intervenuta anche al riguardo del beneficio della semilibertà con la sentenza n. 445 del 1997, nella quale ha ritenuto incostituzionale la preclusione a tale beneficio per quei condannati che, prima della data di entrata in vigore, avevano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non era stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

[26] Ci riferiamo al d.l. n. 341 del 2000, alla legge n. 92 del 2001 e alla legge n. 189 del 2002; per un'analisi di questi interventi e per i relativi reati inseriti nella disposizione oggetto della nostra analisi si rinvia ancora a C. Cesari-G. Giostra, *Sub Art. 4-bis*, cit., 54.

[27] M. Pavarini-B. Guazzaloca, *Corso di diritto penitenziario*, Edizioni Martina, Bologna, 2004, 183.

[28] Così ancora C. Cesari-G. Giostra, *Sub Art. 4-bis*, cit., 54, ai quali si rimanda per una sintetica e precisa ricostruzione.

[29] La quale, però, non si può dire perfettamente compiuta, anche se ha dato

alla disposizione un tenore letterale maggiormente lineare, così A. Marcheselli-F. Fiorentin, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4 bis e 41 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 ( legge 23 dicembre 2002, n. 279, pubblicata in G.U. 300 del 23.12.02)*, in Osservatorio di Diritto Penitenziario Online ([http://www.diritto.it/osservatori/esecuzione\\_penale/comm\\_marcheselli\\_fiorentin.html](http://www.diritto.it/osservatori/esecuzione_penale/comm_marcheselli_fiorentin.html)).

[30] Vengono infatti inseriti: la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

[31] In realtà è un ritorno alle origini. Questi delitti, infatti, con la l. n. 356 del 1992, erano stati dislocati dalla prima alla seconda fascia, in ragione della presa d'atto del cessato allarme terroristico. Dalla l. n. 279 del 2002, viene stabilito, nella prima parte del primo comma dell'art. 4-bis, che non potevano accedere ai benefici penitenziari, salvo collaborazione con la giustizia, i detenuti o internati che avevano commesso delitti «per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza». Scelta questa criticata da D. Petrini, *Il regime di "carcere duro" diventa definitivo. Commento articolo per articolo alla l. 23.12.2002 n. 279 – Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2/2003, 233, perché considerata irriducibile alla figura della criminalità organizzata di stampo mafioso, in quanto la mancanza di potere pervasivo nel tessuto sociale delle organizzazioni terroristiche, che, invece, contraddistingue le associazioni mafiose, rende non fondata l'esigenza di automatismi che preservino da influenze indebite la magistratura di sorveglianza. Peraltro, altri, in dottrina, hanno dubitato delle ricadute pratiche di tale modifica legislativa: cfr. sul punto, C. Cesari-G. Giostra, *Sub Art. 4-bis*, cit., 70 e F. Fiorentin, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *La Giustizia penale*, 2003, 446.

[32] Si pensi agli omicidi, commessi dalle nuove brigate rosse, dei due giuslavoristi D'Antona e Biagi, rispettivamente avvenuti il 20 maggio del 1999 e il 19 marzo del 2002.

[33] L'art. 15 di tale legge, infatti, così disponeva: «all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, al comma 1, quarto periodo, dopo le parole: "articoli 575," sono inserite le seguenti: "600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quinquies, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-octies," e dopo le parole: "dagli articoli 609-bis", sono inserite le seguenti:

“609-ter”».

[34] I reati previsti dagli artt. 600-bis comma 1 c.p. (induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile) 600-ter commi 1 e 2 c.p. (pornografia minorile), 609-bis c.p. (violenza sessuale), 609-ter c.p. (violenza sessuale aggravata), 609-quater c.p. (atti sessuali con minore infraquattordicenne o infrasedicenne compiuti da ascendente, genitore anche adottivo, il di lui convivente, tutore, o da colui al quale il minore sia affidato per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia ) e 609-octies c.p. (violenza sessuale di gruppo).

[35] E specificamente la fruizione della prostituzione minorile (art. 600-bis, co. 2 e 3, c.p.), la diffusione del materiale pedopornografico (art. 600-ter, co. 3 c.p.), i reati ex art. 609-quater, co. 2, c.p., le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-quinquies c.p.).

[36] Per tale critica si veda G. Fiorilli, *Effettività della pena per i pedofili e gli autori dei reati a sfondo sessuale: obiettivo raggiunto?*, in *Giust. Pen.*, 2/2009, 606 e A. Della Bella, in S. Corbetta-A. Della Bella-G.L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Ipsoa, 2009, 438. Per quanto concerne l'estraneità di questi reati a quelli di seconda fascia, si veda B. Giors, *D.l. 23.2.2009 n.11, conv. con modif. in l. 23.4.2009 n.38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009, 464.

[37] Pochi giorni prima dell'adozione del decreto legge, il 14 febbraio del 2011, infatti, destò l'attenzione dell'opinione pubblica un episodio di violenza sessuale ai danni di una ragazza minorenni, conosciuto come lo stupro della Caffarella, ultimo di una serie di eventi che scosse particolarmente l'opinione pubblica (qui si ricordano lo stupro e l'omicidio di Giovanna Reggiani, avvenuto alla stazione di Tor di Quinto a Roma, il 30 ottobre del 2007, e la violenza sessuale a Guidonia del 22 gennaio del 2008). Attorno a questi episodi è nata una vivace campagna di sicurezza pubblica da parte di determinate forze politiche, in quanto tutti questi crimini erano stati commessi da immigrati; per una riflessione sul collegamento fra fatti di cronaca, criminalizzazione dell'immigrazione e ruolo dei media si veda M. Maneri, *I media e la guerra alle migrazioni*, in S. Palidda (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, Agenzia X, 66 ss. e spec. 67-68.

[38] Così C. Cesari-G. Giostra, Sub Art. 4-bis, cit., 86. E questi reati sono la violenza sessuale semplice, salvo che sia stata applicata la circostanza attenuante (art. 609-bis c.p.) e aggravata (art. 609-ter c.p.), gli atti sessuali con i minorenni (609- quater c.p.) e la violenza sessuale di gruppo (609-octies).

[39] Su tale modifica F. Giunchedi, *Esecuzione e modalità di espiazione*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 13, scrive che la «formulazione vaga, disancorata da elementi oggettivi, rende vacua la previsione legislativa, rimettendola, ancora una volta in questo settore, alla libera valutazione del giudice, difficilmente controllabile nei giudizi di impugnazione» (corsivo nostro).

[40] C. Cesari-G. Giostra, Sub Art. 4-bis, cit., 86.

[41] Cfr. A. Della Bella, in S. Corbetta-A. Della Bella-G.L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica"*, cit., 441.

[42] F. Della Casa, Voce "Misure alternative alla detenzione", in *Annali dell'Enciclopedia del Diritto*, III, Giuffrè, Milano, 2010, 827.

[43] La vicenda della liberazione anticipata speciale sarà invece trattata nel paragrafo conclusivo.

[44] Sulla sentenza, fra i molti, si vedano almeno F. Fiorentin, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *www.penalecontemporaneo.it*. 2014; F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, commento a Corte cost. sent. n. 239 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 3940 ss. e, infine, sia consentito rinviare al nostro L. Pace, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, ivi, 3948 ss.

[45] La Consulta è giunta alla dichiarazione di incostituzionalità dopo aver escluso che potesse darsi una lettura costituzionalmente orientata della norma sottoposta al suo scrutinio. E ciò non solo per l'inequivoco dato testuale, che riconduce anche tale istituto speciale nel novero delle misure alternative alla detenzione cui si applica il regime restrittivo; ma anche per considerazioni di natura sistematica: si veda *cons. dir.* punto 7.

[46] F. Siracusano, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, cit., 3944-3945.

[47] Ciò lo si coglie in tutta l'argomentazione della Corte, noi qui ci limitiamo a riportare alcuni passaggi che ci sembrano particolarmente significativi: «la subordinazione dell'accesso alle misure alternative ad un indice legale del "ravvedimento" del condannato – la condotta collaborativa, in quanto espressiva della rottura del "nesso" tra il soggetto e la criminalità organizzata (nesso, peraltro, a sua volta presuntivamente desunto dal tipo di reato che fonda il titolo detentivo) – può risultare giustificabile quando si discuta di misure che hanno di mira, in via esclusiva, la risocializzazione dell'autore della condotta illecita. Cessa, invece, di esserlo quando al centro della tutela si collochi un interesse "esterno" ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo» (punto 9 cons. dir.). Del resto, come ricorda la stessa Corte, neanche il giudice rimettente contesta la legittimità costituzionale del regime di cui all'art. 4-bis, reputando, anzi, «"comprensibile e ragionevole" che nei confronti degli autori di delitti di particolare gravità e allarme sociale il legislatore stabilisca regole di accesso ai benefici penitenziari più severe di quelle valedoli per la generalità degli altri condannati».

[48] È attualmente all'esame del parlamento il d.d.l. n. 2798, il quale delega al Governo l'adozione di decreti legislativi per la riforma della disciplina del processo penale e dell'ordinamento penitenziario. L'art. 27 del disegno di legge prevede «b) revisione dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse; c) eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo»;

[49] In realtà nel tempo trascorso fra l'adozione del decreto e la sua conversione è stata approvata la legge 23 febbraio 2015, n. 19 (Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all'art. 416 *ter* del codice penale), che all'art. 1 interviene sull'art. 4-bis aggiungendo al novero dei c.d. reati ostativi – accanto all'art. 416 *bis* c.p. – il delitto di scambio elettorale politico mafioso, introdotto all'art. 416 *ter* c.p.

[50] A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 1.

[51] G. M. Flick, *Dei diritti e delle paure*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, ESI, Napoli 2009, 76.

[52] M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012 82. Inoltre A. Barak, *Lectio magistralis. I diritti umani in tempi di terrorismo. Il punto di vista del giudice*, in S. Moccia (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cit., 42, mette in evidenza come decisioni, le quali per far fronte alla situazione di emergenza, si pongano fuori dal principio di legalità possano incidere «sull'orientamento della giurisprudenza anche dopo che la crisi è passata».

[53] Queste le parole, di ancora grande attualità, di M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, CEDAM, Padova 1984, 191. Cfr. anche G. Agamben, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, il quale lucidamente mette in evidenza come lo stato di eccezione, da sospensione dell'ordine giuridico provvisoria e straordinaria, stia diventando un paradigma normale di governo.

[54] Così già F. Bilancia, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007.

[55] Per utilizzare le parole di L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 232.

[56] B. Guazzaloca, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 130.

[57] C. Cesari-G. Giostra, *Sub Art. 4-bis*, cit., 58-59.

[58] In generale sul contrasto tra le presunzioni di pericolosità e la Costituzione si vedano almeno: A. Pace, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 191 ss.; G. Vassalli, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, ivi, 1967, 467 ss. e F. Falzone, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, ivi, 1972, 1205 ss.

[59] Cfr. Corte cost. sent. n. 306 del 1993.

[60] Si veda la sentenza n. 273 del 2001 nella quale la Corte afferma che i delitti elencati dal primo periodo dell'art. 4-bis «sono [...] o possono ritenersi espressione tipica di una criminalità connotata da livelli di pericolosità particolarmente elevati, in quanto la loro realizzazione presuppone di norma, ovvero per la comune esperienza criminologica, una struttura e una organizzazione criminale tali da comportare tra gli associati o i concorrenti nel reato vincoli di omertà e di segretezza particolarmente forti», nello stesso senso, da ultimo, Corte cost. sent. n. 239 del 2014.

[61] Come è noto, il c.d. pacchetto sicurezza 2009 ha novellato l'art. 275 del c.p.p. introducendo la custodia cautelare in carcere obbligatoria per tutta una serie di reati di particolare allarme sociale. La Corte dopo il 2009, ribadendo che la specificità dei reati di stampo mafioso giustifica la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere se sussistono sufficienti indizi di colpevolezza (sent. 265/2010), ha completamente smantellato le innovazioni così introdotte e ha dichiarato l'incostituzionalità della presunzione assoluta dell'adeguatezza della custodia cautelare in carcere: per i delitti di induzione alla prostituzione minorile, di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenni (sent. 265/2010); per l'omicidio volontario (164/2011); per i delitti di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope (231/2011); per il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina (331/2011); per i reati di associazione di cui all'art. 416 finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio (110/2012); per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni ex 416 c.p. o al fine di agevolare le attività dalla norma previste (57/2013); per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ex 630 c.p. (213/2013) e infine per il reato di violenza sessuale di gruppo ex 609 *octies* (232/2013).

[62] In questa decisione la Consulta ha dato seguito ad un precedente della Corte di Strasburgo (Corte EDU, II sez., 6 novembre 2003, ric. 60851/00, *Pantano c. Italia*, parr. 69-70), nel quale, per la prima volta, si fa riferimento alle connotazioni sociologiche del reato.

[63] Il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale in materia di misure di sicurezza. Nella sentenza n. 19 del 1966, nella quale, con specifico riferimento alle presunzioni legali, la Corte ha affermato che «é ragionevole che la legge, anche per garantire una eguaglianza di trattamento, detti una regola di giudizio vincolante, in un significativo e proporzionato rapporto logico con il dato da apprezzare». Questa regola si basa sull'«utilizzo di comuni esperienze»,

riguardanti «condizioni soggettive alle quali il Codice dà il significato di far ritenere probabile o temibile un futuro comportamento criminale». Il richiamo alla comune esperienza, compiuto nella decisione n. 19 del 1966, è stato ripreso e sviluppato nella giurisprudenza successiva, attraverso il criterio dell'*id quod plerumque accidit*. In altri termini, la Corte ha ritenuto che la presunzione normativa poggiasse su «valutazioni obiettive e uniformi, desunte dalla comune esperienza, secondo indicazioni socio-criminologiche discrezionalmente apprezzate dal legislatore, che consente di ritenere sussistente la probabilità che soggetti, accomunati da dati connotati soggettivi, commettano nuovi reati». E sebbene la corrispondenza con la comune esperienza sia stata riconosciuta su gran parte delle ipotesi sottoposte al suo esame, la sentenza n. 1 del 1971 ha fatto perno proprio su tale argomentazione per colpire la presunzione contenuta nell'art. 224, II co., c.p., che rendeva obbligatorio ed automatico il ricovero in riformatorio giudiziario per almeno tre anni per i minori degli anni quattordici. In questa decisione la Corte, infatti, ha rilevato che «la presunzione di pericolosità, che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'*id quod plerumque accidit*, non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna». Nelle note sentenze nn. 139 del 1982 e 249 del 1983, la Consulta non ha colpito il sistema della presunzione di pericolosità che si basava su determinati requisiti soggettivi, ma la diversa presunzione di persistenza della pericolosità. In merito a quest'ultima il giudice delle leggi, nella sent. n. 139 del 1982, afferma che non solo non è sorretta da «dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione», ma non ha addirittura fondamento in basi scientifiche, in quanto contrasta con esse «ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante». Ciò «allontana la disciplina dalle sue basi razionali», in quanto comporta un'applicazione indiscriminata delle misure in situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti a cui la misura può ragionevolmente riferirsi.

[64] L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, CEDAM, Padova, 1985, 657; dello stesso avviso è R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Giuffrè, Milano, 1988, 324, il quale scrive che questa è una figura «che serve a richiamare una realtà "media" dei comportamenti sociali o delle relazioni economiche: si assume, quindi, un criterio di tipo statistico,

operando però esclusivamente sulla base dei dati generici di comune esperienza». Sebbene i rilievi critici mossi alla generale figura dell'*id quod plerumque accidit*, la dottrina costituzionalistica non ha criticato il ricorso fatto dalla Consulta al riguardo dei reati di criminalità organizzata. Su tale circostanza possono avanzarsi due ipotesi: la prima, è che questo atteggiamento trovi la sua spiegazione nell'ostilità verso la recrudescenza del fenomeno mafioso che spinge con maggiore facilità a giustificare, anche dal punto di vista scientifico, il ricorso a strumenti eccezionali nelle politiche di contrasto apprestate dallo Stato; la seconda, nella natura stessa dell'istituto. Nella custodia cautelare, infatti, possono essere prevalenti ragioni di prevenzione, in quanto questo strumento di limitazione della libertà personale si colloca in un momento antecedente al giudizio e ha (o dovrebbe avere) una durata circoscritta al solo tempo necessario per arrivare alla decisione.

[65] Cfr. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, CEDAM, Padova, 2001, 95.

[66] *Ibidem*.

[67] Né, tantomeno, nel sottoporre a critica la presunzione di pericolosità dei soggetti condannati o, addirittura, detenuti per reati legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso, sottovalutiamo il problema della criminalità organizzata e nemmeno ignoriamo il forte legame che spesso lega i consociati alle organizzazioni criminali di appartenenza. Così come non ricorremo a ricostruzioni di carattere sociologico o criminologico alternative a quella fatta propria dalla Corte e dal legislatore, perché il nostro intento non è quello di dimostrare l'inconsistenza empirico-fattuale della presunzione, ma soltanto indagare le conseguenze giuridiche che si legano ad essa e la loro (in)sostenibilità costituzionale.

[68] Cfr. sul punto A. Pace, *Misure di sicurezza e Costituzione*, cit., 192.

[69] Al prezzo, come mette in luce F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., 117, di trasformare l'apparato carcerario in un «ingranaggio attivo dell'azione investigativa».

[70] A. Pace, *Misure di sicurezza e Costituzione*, cit., 193.

[71] Sull'art. 27, III co., Cost., la letteratura è sconfinata, ma si vedano, almeno, G. Fiandaca, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. Branca-A Pizzorusso (a

cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1991, 221 ss., M. D'AMICO, *Sub art. 27*, in *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M.Olivetti, Utet, Torino, 2006, I, 565 ss.; G. Neppi Modona, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, 325 ss.; E. Fassone, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Il Mulino, Bologna, 1980; M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 38 ss.

[72] Corte cost. sent. n. 445 del 1997 punto 2 cons. dir.

[73] La Consulta, come è noto, non ha dato seguito, però, alla condivisibile premessa ora esposta, in quanto si è limitata a dichiarare l'incostituzionalità delle sole previsioni di revoca obbligatoria dei benefici già concessi prima dell'entrata in vigore della novella legislativa.

[74] Si veda la giurisprudenza richiamata *infra*.

[75] Così Corte Cost. sent. n. 306 del 1993, nella quale si legge (con una certa contraddittorietà rispetto all'esito della decisione sullo specifico tema che ci occupa) che «il legislatore può [...] - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata». Nello stesso senso anche Corte cost. sent. n. 257 del 2006, nella quale si afferma che non vi è una «elusione delle funzioni costituzionali della pena» quando «il sacrificio dell'una sia il "minimo indispensabile" per realizzare il soddisfacimento dell'altra»; sul punto si veda anche Corte cost. sent. n. 78 del 2007.

[76] Su queste basi non sembra, pertanto, condivisibile l'argomentazione della Corte costituzionale attorno alla liberazione anticipata e al peso dato alla scelta del condannato di non collaborare. Per quanto riguarda il primo profilo la Consulta, nella sentenza n. 306 del 1993, ha affermato che proprio la possibilità di accedere a tale istituto non comprime in modo assoluto l'ideale rieducativo sancito dall'art. 27, III co., Cost. La Corte costituzionale – per quanto riguarda la scelta di non collaborare –, partendo dal presupposto che la collaborazione è un indice del sicuro ravvedimento del condannato (Corte cost. sent. n. 273 del 2001), ritiene che colui che, pur essendo in condizione di farlo, non collabora, volontariamente decide di non accedere al percorso rieducativo. Per questa ragione, pertanto, ritiene che la normativa non preclude «in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la

possibilità di cambiare la propria scelta» (così Corte cost. sent. n. 135 del 2003). Per la critica di tale ultima affermazione sono molto incisive le parole di D. Chinnici, *I “buchi neri” nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 5, la quale scrive «e se nessuno ha da denunciare altri al posto proprio? O, se il condannato non si sente di barattare la propria vita con quella di un altro, che, magari, intanto, ha cambiato, rifondandola, la sua esistenza in nome di valori riappropriati (come dice l’ergastolano Carmelo Musumeci a proposito della sua scelta) o se collaborare significa mettere in pericolo la vita di familiari, che verrebbero possibilmente esposti a ritorsioni, o, ancora, se l’errore giudiziale c’è stato veramente e quindi non c’è proprio niente da confessare, nessun nome da rivelare? In queste situazioni, l’innocenza, il non avere nomi da fare o, al limite da volere fare, diventa, nel caso dell’ergastolano ostativo, paradossalmente la colpa». È opportuno rilevare che l’orientamento della Corte costituzionale, qui riportato, trova conferma anche nella giurisprudenza della Corte EDU. La Grande Camera della Corte EDU, investita del caso *Vinter c. Regno unito* ha affermato, infatti, che la pena all’ergastolo per i reati gravi non è contraria all’art. 3 CEDU se comminata a delinquenti adulti, ben potendo gli Stati continuare a mantenere in carcere i condannati per tutto il tempo in cui rimangono pericolosi (ribadendo quanto già affermato nella sentenza *Maiorano c. Italia*), purché la pena *de iure e de facto* sia riducibile (Corte EDU, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10).

[77] Fra i molti si vedano B. Guazzaloca, *Differenziazione esecutiva e legislazione d’emergenza in materia penitenziaria*, cit., 133; F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario*, cit., 102.

[78] F. Della Casa, *op. loc. cit.*

[79] G. Mosconi, *La controriforma carceraria*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1991, 146.

[80] Ha messo giustamente in luce F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell’ordinamento penitenziario*, cit., 124, che il requisito della collaborazione e il principio della rieducazione sono «categorie eterogenee, che non solo operano su piani diversi – si pensi alla chiara caratterizzazione “fenomenica” della prima

e, per converso, alla dimensione squisitamente interiore della seconda – ma che sono ben lungi dall'implicarsi vicendevolmente».

[81] L'art. 21 ord. pen. al primo comma statuisce, infatti, che se «si tratta di persona condannata alla pena della reclusione per uno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis, l'assegnazione al lavoro all'esterno può essere disposta dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni».

[82] L'art. 30-ter ord. pen. al comma 4 lett. c) stabilisce che la concessione dei permessi è ammessa «nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni», mentre per i condannati alla reclusione superiore a tre anni, salvo quanto previsto dalla lettera c), dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena.

[83] L'art. 50 ord. pen. statuisce che se «si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-ter e 1-quater dell'articolo 4-bis, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno due terzi della pena» (corsivo nostro), mentre gli altri condannati possono essere ammessi dopo l'espiazione di almeno la metà della pena.

[84] Oltre a quanto diremo di seguito, per l'evoluzione dell'ideale rieducativo si veda la bibliografia citata *sub nota* 70.

[85] P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando-L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 100.

[86] A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, in *www.rivistaaic.it*, 2014, 3.

[87] «È certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba esser data la prevalenza ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia». E ancora «per nessuna ragione può esser superata la durata dell'afflittività insita nella pena detentiva determinata con la sentenza di condanna (per questo aspetto, la retribuzione, intesa come misura, limite, sulla

base della colpevolezza del fatto, dell'intervento punitivo, prevale anche sulla finalità rieducativa: infatti, ove così non fosse, cadrebbero fondamentali garanzie a favore del reo)»: così Corte cost. sent. n. 282 del 1989 punto 5 cons. dir.

[88] Come è noto, la prima apertura verso l'ideale rieducativo si è avuto con la sent. n. 204 del 1974, nella quale, per la prima volta, la Consulta ha affermato l'esistenza di un «diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

[89] Corte cost. sent. n. 282 del 1989 punto 5 cons. dir.

[90] Corte cost. sent. n. 313 del 1990 punto 8 cons. dir.

[91] Corte cost. sent. n. 313 del 1990 punto 8 cons. dir.; P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando-L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 102, parla di concezione monofunzionale in chiave rieducativa della pena, in base alla quale «la rieducazione assurge a scopo principale della sanzione penale in relazione, adesso, all'intero arco della sua esistenza».

[92] In senso contrario P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 90 e 101, il quale seppur riconosce che la Consulta abbia compiuto, rispetto alle premesse teoriche, un passo indietro, riprendendo la concezione polifunzionale delle origini, allo stesso tempo ritiene che la Corte, proprio grazie all'approdo teorico raggiunto con la sentenza n. 313 del 1990, abbia potuto comunque raggiungere il meritevole obiettivo di caducare la normativa penitenziaria dell'emergenza proprio grazie al contrasto con l'ideale rieducativo. A chi scrive questa lettura non sembra condivisibile, perché la Corte, come abbiamo già affermato nel testo, non si è giovata del retroterra teorico rappresentato dalla sent. n. 313/1990, ma, anzi, lo ha nei fatti accantonato. Seppur è vero che la Corte ha caducato alcune ipotesi della normativa penitenziaria dell'emergenza, questi suoi interventi hanno riguardato solo i punti di maggiore irrazionalità. E questo perché la Consulta ha ritenuto sempre prevalenti le ragioni di difesa sociale sull'ideale rieducativo. Se il giudice delle leggi si fosse, pertanto, davvero giovato di tale retroterra teorico

avrebbe dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-bis nel suo complesso, perché, in base ad esso, la pena assume una spiccata valenza retributiva, che arriva a schiacciare la finalità rieducativa, che la sentenza n. 313 del 1990 ha espressamente riconosciuto come finalità primaria della pena.

[93] Il riferimento è ancora a A. Pugiotto, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, cit., 4, il quale parla di portata epistemologica dell'abolizione costituzionale della pena di morte.

[94] Cfr. D. Chinnici, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere*, cit., 3 ss.

[95] L'espressione è presa da G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, liberamente consultabile in [http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale\\_27-06-2014.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php).

[96] Nel Rapporto dell'Osservatorio Europeo sulla Sicurezza - Demos & Pi, *La grande incertezza, Rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa*, 2014, 10 si legge che, in Italia, sebbene il senso di insicurezza sia fortemente dipendente da altri fattori, quali la crisi economica e l'instabilità politica, «la criminalità è ancora in testa nell'agenda dell'insicurezza: cambia però la narrazione delle notizie relative ai reati. Nell'evoluzione degli ultimi sette anni è possibile distinguere tre picchi di attenzione alla criminalità. Il primo, nel 2007-2008 corrisponde all'emergenza criminalità caratterizzata dal connubio criminalità- immigrazione. A cavallo del 2010-2011 troviamo il secondo picco, la passione criminale con la serializzazione dei casi criminali (dal caso Scazzi in poi). Dal secondo semestre 2012 abbiamo il terzo picco: la cronaca nera, ossia il ritorno alla classica pagina dedicata ai reati notiziabili per efferatezza, gravità o coinvolgimento di soggetti "importanti" (vip, minori, ecc.) senza un plot narrativo unificante come ad esempio è avvenuto nel corso del 2012 con gli omicidi di genere. All'interno di questa forma di presentazione sono i crimini violenti a dominare l'agenda dei reati, nonostante nel 2013 si sia registrato il tasso di omicidi più basso dall'Unità d'Italia. Molto meno rappresentati i reati ansiogeni e diffusi come furti e rapine, più presenti nell'informazione locale».

[97] C. Cesari-G. Giostra, *Sub Art. 4-bis*, cit., 59.

[98] C. Cesari-G. Giostra, *Sub Art. 4-bis*, cit., 59.

[99] E. Stradella, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'Orlando-L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 216 la quale si rifà a quanto sostenuto da J. M. Silva Sanchez, *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004.

[100] Sul tema degli automatismi legislativi si veda A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, 194 ss.; G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 210 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), §2.2; A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.* 2012, 4909 ss.; G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 2014; E. Crivelli, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. Butturini-M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli 2014, 85 ss. e, infine, sia consentito rinviare al nostro L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) 2014.

[101] Sul punto sia consentito rinviare al nostro L. Pace, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 16 ss.

[102] G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, liberamente consultabile in [http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale\\_27-06-2014.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php).

[103] G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.,

[104] Così ancora G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.,

[105] Sulla quale si veda almeno G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2014 e A. Pugiotto,

*Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014.

[106] Come è noto questo decreto legge è intervenuto per far fronte alla decisione della Corte Edu che nella nota sentenza *Torreggiani e altri c. Italia* (Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10 - *Torreggiani e altri c. Italia*), attraverso una sentenza pilota, ha sospeso tutti i ricorsi dei detenuti italiani che lamentavano la violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di trattamenti inumani e degradanti) a causa delle condizioni in cui erano costretti a vivere per il grave sovraffollamento carcerario. La Corte di Strasburgo ha contemporaneamente imposto all'Italia il termine di un anno, a decorrere dal 28 maggio 2013, per intervenire (termine che è poi stato prorogato fino al giugno 2015), per adottare i provvedimenti necessari per rimediare alla situazione.

[107] In realtà la norma aveva introdotto un differente requisito di meritevolezza per i condannati ai quali si applicava il regime ostativo *ex art. 4-bis*.

[108] G. Giostra, *Qquestione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.,

[109] Nei resoconti dei lavori in Commissione giustizia (Camera, XVII Legislatura, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Giustizia (II), seduta del 3 febbraio 2014, 53), l'opposizione espressamente afferma che «sarebbe interessante comprendere se questo Governo, secondo il quale evidentemente i mafiosi meritano dei benefici, sia a conoscenza di quanti mafiosi siano usciti dal carcere nel periodo di vigenza della disposizione in esame» ed ancora «la maggioranza non *deve* rallegrarsi per la probabile approvazione di tali proposte emendative, posto che nei suoi 40 giorni di vigenza alcuni mafiosi sono già usciti dal carcere» (corsivo nostro) e a tal proposito vengono citati i casi di Nicola Ribisi e Carmelo Vellini.

[110] Si pensi, come fa notare G. Giostra, *Qquestione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit., nota 6, che in tal modo sono stati esclusi dalla liberazione anticipata speciale i detenuti condannati per il reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri. L'incongruenza di tale scelta legislativa è ben messa in luce da P. Bronzo,

*Problemi della “liberazione anticipata speciale”*, in *Arch. Pen.*, 2/2014, 19, il quale afferma che «mentre (persino) l’art. 4-bis oggi modula le preclusioni per i detenuti pericolosi, concedendo al magistrato di sorveglianza vari spazi valutativi, a seconda di diverse “fasce di gravità”, in tema di liberazione anticipata speciale vige un trattamento incongruamente uniforme all’interno delle varie categorie di detenuti assoggettati a quel regime».

[111] A. Pugiotto, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, cit., 10, nota 49, il quale continua affermando che alimentando questa paura «si soprassiede non solo alla selettività dei requisiti richiesti per la concessione della LAS ai condannati per reati ostativi, ma anche a quanto prevede lo stesso art. 4-bis ord. penit., laddove preclude il beneficio della liberazione anticipata ai detenuti per delitti dolosi ove emerga la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata»; su quest’ultimo punto l’Autore richiama espressamente le considerazioni di P. Bronzo, *Problemi della “liberazione anticipata speciale”*, cit., 43, nota 65.



# *Costituzionalismo.it*

*Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014* Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**  
Giuditta **BRUNELLI**  
Paolo **CARETTI**  
Lorenza **CARLASSARE**  
Elisabetta **CATELANI**  
Pietro **CIARLO**  
Claudio **DE FIORES**  
Alfonso **DI GIOVINE**  
Mario **DOGLIANI**  
Marco **RUOTOLO**  
Aldo **SANDULLI**  
Massimo **VILLONE**  
Mauro **VOLPI**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)

## Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**