

Rivista N°: 3/2016
DATA PUBBLICAZIONE: 03/09/2016

AUTORE: Leonardo Pace*

«IL BUONO, IL BRUTTO E IL CATTIVO» DELLA PRIMA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE SULLA LIBERAZIONE ANTICIPATA SPECIALE. RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 32 DEL 2016

Sommario: Premessa. – 1. La questione di costituzionalità e la sentenza della Corte costituzionale. – 2. Liberazione anticipata speciale. – 2.1 Le finalità perseguite dalla liberazione anticipata speciale e la loro (parziale) compressione ad opera della legge di conversione. – 3. L'art. 4-bis e la sua espansione. Storia di una metastasi ordinamentale. – 4. Il substrato politico-culturale dell'art. 4-bis e la legislazione penale dell'emergenza. – 5. In vece di una conclusione.

Premessa.

In questo scritto si vogliono proporre alcune riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016.

La Corte ha ritenuto inammissibile la questione di costituzionalità e tale esito è in larga misura frutto delle carenze di una ordinanza di rimessione¹ forse scarsamente meditata. Nonostante ciò, la vicenda ha una rilevanza che trascende la questione in sé e getta una luce tutta particolare sulla virulenza di una norma quale l'art. 4-bis ord. penit. e, più in generale, sui difetti della legislazione criminale della nostra epoca.

I vizi di costituzionalità che circondano quest'ultimo articolo non sono ignoti alla dottrina che si occupa dei temi dell'ordinamento penitenziario, ma la Corte costituzionale ha sempre declinato le sollecitazioni ad intervenire con una dichiarazione di incostituzionalità del meccanismo da essa predisposto. Come pure avremo modo di mettere in evidenza nello scritto, la norma ha una "tossicità" tanto pervasiva da contaminare l'istituto che era implicato nella vicenda, ossia la liberazione anticipata speciale. Come risaputo, infatti, quest'ultima ha

* Dottore di ricerca in Sistemi punitivi e garanzie costituzionali nell'Università Roma Tre.

¹ Ordinanza 10 marzo 2015, iscritta al n. 138 del registro ordinanze del 2015 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 28, prima serie speciale, anno 2015.

subito delle modifiche in sede di conversione del decreto legge che introduceva l'istituto, proprio perché si sono voluti escludere i detenuti *ex art. 4-bis*, generando così non poche criticità sul piano costituzionale. Ciò, del resto, non dovrebbe destare stupore, dato l'incontro di due "prodotti" di una legislazione criminale non certo virtuosa. E per risolvere uno di questi problemi il giudice delle leggi è intervenuto nella vicenda che ci occupa, alla cui (veloce) analisi sarà dedicato il prossimo paragrafo.

1. La questione di costituzionalità e la sentenza della Corte costituzionale.

Il Tribunale per i minorenni di Milano, in funzione di giudice del reclamo avverso un provvedimento del magistrato di sorveglianza, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, come convertito con modificazioni dall'art. 1, co. 1, della legge 21 febbraio 2014, n. 10. Il giudice rimettente ha denunciato l'incostituzionalità della norma nella parte in cui esclude che la liberazione anticipata speciale possa applicarsi al detenuto minore rientrante nel regime differenziato *ex art. 4-bis* ord. penit. La norma impugnata sarebbe risultata in contrasto con gli artt. 3, 31, secondo comma e 27, terzo comma, Cost., in quanto non solo avrebbe frustrato la finalità rieducativa della pena, ma sarebbe stata contraria al principio di flessibilità e individualizzazione del trattamento del detenuto minorenni, indispensabile strumento per consentire l'evoluzione della sua personalità.

Come abbiamo già avuto modo di scrivere, la Corte dichiara inammissibile la questione a causa delle gravi deficienze dell'ordinanza di remissione.

Il giudice rimettente, infatti, ha denunciato la violazione delle norme parametro sopra indicate, limitandosi alla mera indicazione delle disposizioni costituzionali violate, senza nulla asserire sui motivi di incostituzionalità. Anche con riguardo all'indicazione dell'oggetto si può riscontrare la stessa imprecisione, in quanto, e come rilevato dalla stessa Consulta, l'ordinanza di remissione ha indicato quale oggetto l'intero testo dell'art. 4 del D.L. n. 146 del 2013, anche se l'obiettivo era di ottenere una pronuncia relativa al solo primo comma.

Rispetto, poi, alle evocate esigenze di flessibilità e di protezione dell'infanzia, che devono caratterizzare il trattamento del detenuto minorenni, l'ordinanza ha peccato di eccessiva genericità, poiché il giudice si è limitato a richiamare una serie di pronunce della Corte costituzionale, senza adattare opportunamente al caso di specie.

Un'ordinanza composta male, quindi, che ha frustrato l'obiettivo assolutamente meritevole che pure il giudice rimettente si era proposto di perseguire. Tanto è vero che chi per primo ha commentato la sentenza ha giustamente parlato di «una questione inammissibile ma non necessariamente infondata»².

Nella sua decisione il giudice delle leggi, preliminarmente, nega che la norma censurata si presti all'obiettivo perseguito dal giudice rimettente: un recupero di discrezionalità va-

² G. LEO, *Prime valutazioni della Corte costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2016, 12.

lutativa in ordine alla concessione della più estesa riduzione di pena per il detenuto minorene al momento del fatto.

La Corte, però, non si limita a questa constatazione, già di per sé dirimente per l'esito della questione di costituzionalità, ma fa due ulteriori considerazioni, ponendo la seguente alternativa: se essa avesse accolto la questione così come sollevata e avesse dichiarato incostituzionale la norma oggetto nella parte in cui esclude i minori, ne sarebbe conseguita un'applicazione indiscriminata ed automatica a tutti i detenuti minorenni; se invece – così continua la Consulta – si fosse effettivamente voluto perseguire un recupero di discrezionalità, sarebbe stato necessario introdurre specifici criteri normativi non desumibili in alcun modo dal tessuto normativo vigente, la cui individuazione sarebbe ricaduta nella discrezionalità del legislatore.

Ed è a partire da queste due osservazioni che si vogliono sviluppare le nostre considerazioni dopo che si saranno illustrati i dubbi di costituzionalità che circondano l'istituto della liberazione anticipata speciale, così come risultante a seguito della conversione in legge.

2. Liberazione anticipata speciale.

Come noto, l'istituto della liberazione anticipata speciale³ si inserisce in quel complesso di interventi adottati dallo Stato italiano⁴ per far fronte alla situazione di emergenza generata dall'oramai cronica situazione di sovraffollamento carcerario⁵. Nello specifico, il decreto legge con il quale essa è stata introdotta ha cercato di dare una soluzione alla situazione che si era creata a seguito della nota sentenza della Corte EDU nel caso *Torreggiani*⁶. In questa decisione la Corte di Strasburgo, pur adottando una pronuncia di condanna per l'accertata violazione dell'art. 3 CEDU, causata dalla situazione di sistemico sovraffollamento carcerario, ha concesso allo Stato italiano un anno per adottare le misure necessarie e, ricorrendo alla forma della sentenza pilota, ha sospeso i ricorsi aventi ad oggetto analoga violazione della Convenzione.

Sulla base di tale presupposto, quindi, è stata introdotta la liberazione anticipata speciale in forza dell'art. 4 del D.L. n. 146 del 2013, il quale prevedeva, al primo comma, che lo sconto di pena concesso con la liberazione anticipata ordinaria (ex art. 54 ord. penit.) venis-

³ Il quale ripropone la soluzione offerta, all'indomani della sentenza *Torreggiani*, da G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 11 ss.

⁴ Qui si ricordano la legge 26 novembre 2010, n. 199, seguita dal D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito in legge 17 febbraio 2012, n. 9, e dal D.L. 1° luglio 2013, n. 78, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 94.

⁵ Con il D.P.C.M. del 13 gennaio 2010, il Presidente del Consiglio dei Ministri ha dichiarato, infatti, lo stato di emergenza nazionale per la durata di un anno a causa del sovraffollamento degli istituti penitenziari italiani. Stato di emergenza che è stato da due successivi D.P.C.M. (rispettivamente D.P.C.M. 11 gennaio 2011 e D.P.C.M. 23 dicembre 2011) prorogato fino al dicembre 2012.

⁶ Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, liberamente consultabile al seguente link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?previousPage=mg_16_1&contentId=SDU810042. La decisione era stata preceduta da un'altra importante sentenza, Corte EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic e altri c. Italia*, liberamente consultabile al seguente link:

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2\(2009\)&facetNode_2=1_2\(200907\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU151219](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp?facetNode_1=1_2(2009)&facetNode_2=1_2(200907)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU151219).

se elevato di settantacinque giorni per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto (24 dicembre 2013-23 dicembre 2015) e, al secondo comma, che i condannati che a decorrere dal primo gennaio 2010, e anche per i semestri in corso di espiazione⁷ (complessivamente, quindi, per un arco temporale che andava dal 1 gennaio 2010 al 23 dicembre 2013), avessero già usufruito della liberazione anticipata, potessero fruire per ogni singolo semestre della maggiore detrazione di trenta giorni, a patto che nel corso dell'esecuzione, successiva alla concessione del beneficio, avessero continuato a dare prova di partecipare all'opera di rieducazione.

Nella originaria formulazione, la liberazione anticipata speciale si applicava a tutti i detenuti, con la sola esclusione dei condannati ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, per i periodi trascorsi in tutto o in parte in esecuzione di tali misure⁸.

I detenuti sottoposti al regime del 4-*bis*, pertanto, non erano esclusi dall'ambito applicativo della nuova disciplina e la sola differenza per essi riscontrabile era «nel grado di meritevolezza normativamente esigita»⁹. L'accesso, infatti, era previsto soltanto per quanti avessero «dato prova, nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rilevatori del positivo evolversi della personalità»¹⁰.

In forza di tale inclusione, nella originaria formulazione della disposizione, si determinava una «perfetta analogia»¹¹ con l'istituto previsto dall'art. 54 ord. penit. e la liberazione anticipata speciale si configurava come un ampliamento temporaneo¹² di quest'ultima.

L'applicabilità anche ai detenuti per i reati ostativi ricompresi nell'art. 4-*bis*¹³ aveva suscitato critiche di vario segno¹⁴, tutte accomunate dalla preoccupazione di indebolire gli argini della difesa sociale di cui la norma costituisce il baluardo in ambito penitenziario¹⁵.

⁷ Così statuisce il terzo comma dello stesso articolo.

⁸ Ciò sarebbe uno degli elementi che concorrerebbe ad attribuire alla nuova disciplina la natura deflattiva, in quanto non viene applicata a quei soggetti che scontano una parte della loro pena fuori dal carcere.

⁹ A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2014, 4.

¹⁰ Così disponeva il comma 4 dell'art. 4 D.L. n. 146 del 2013.

¹¹ Così Tribunale di Sorveglianza di Vercelli, ord. 19 giugno 2014, est. Fiorentin, 7, richiamata da A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi*, cit., 6.

¹² Così CSM, Delibera consiliare del 23 gennaio 2014, Parere reso ai sensi dell'art. 18 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del decreto legge riguardante le misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, 6.

¹³ Come noto, tale articolo ricomprende una lunga serie di reati che precludono il "normale accesso" alle misure rieducative e ai benefici penitenziari, che vanno dai più gravi reati di associazione mafiosa e terroristica, sequestro di persona, riduzione e mantenimento in schiavitù, tratta di schiavi, al meno grave reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando dei tabacchi lavorati esteri. Sul punto si veda *infra* nota 54.

¹⁴ Fra le quali quella di ricorrere in tal modo ad una forma di indulto mascherato; sul punto si veda la ricostruzione di P. BRONZO, *Problemi della liberazione anticipata speciale*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, 7 ss.

¹⁵ Sul punto G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, liberamente consultabile al sito internet *www.questionegiustizia.it*, causticamente scrive: «abbiamo assistito, invece, ad allarmistiche e sgangherate rappresentazioni nelle quali non è facile distinguere la componente di analfabetismo giuridico da quella della strumentalizzazione demagogica; saremmo senz'altro inclini ad attribuire maggior peso alla seconda, se non si fosse anche arrivati ad affermare che il nuovo istituto avrebbe ingiustamente favorito i condannati a pene lunghe: una giuridicolaggine smentita proprio dall'opinabile scelta legislativa di attribuirgli una operatività temporalmente delimitata».

Dal resoconto dei lavori in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati emerge chiaramente come la marcia indietro in sede di conversione sia stata alimentata dal timore suscitato dall'applicabilità dell'istituto anche al più grave reato di criminalità organizzata, che ha fatto da schermo a tutti gli altri¹⁶, impedendo 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.

Il vero e proprio fuoco incrociato che si è scaricato contro la norma ha fatto registrare un'inedita convergenza in sede parlamentare, che si è tradotta nella presentazione di tre emendamenti identici¹⁷ e con l'approvazione dei quali si è parzialmente riscritto l'art. 4, escludendo dal beneficio speciale i detenuti per uno dei delitti contenuti nell'art. 4-bis ord. penit.

Come è stato lucidamente affermato, il pericolo per la sicurezza collettiva, derivante dall'applicazione dell'istituto anche a tali detenuti, «è un assunto opinabile»¹⁸. Innanzitutto perché le ragioni di sicurezza sarebbero state efficacemente salvaguardate dal meccanismo previsto dalla disciplina, che subordinava la concessione del beneficio ad un controllo rigoroso, previsto dal comma quarto ora soppresso: la prova di un concreto recupero sociale; in secondo luogo, perché, operando la liberazione anticipata solo sull'ultimo tratto di esecuzione della pena, i detenuti guadagnavano semplicemente un'anticipazione di un «fine-pena comunque prossimo a venire»¹⁹.

La modifica così apportata si pone, poi, in aperto contrasto con le finalità perseguite dalla liberazione anticipata speciale, che fra breve analizzeremo, e ha nel complesso snaturato un istituto che aveva diversi elementi positivi e perseguiva finalità di un certo pregio costituzionale per la condizione dei detenuti nelle carceri nostrane. Niente affatto secondaria, inoltre, è la constatazione che il «prodotto normativo così risultante è di scadente fattura in ragione delle cose scritte e non scritte nella l. n. 10 del 2014»²⁰, avendo avuto come imme-

¹⁶ 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» e a tal proposito vengono citati i casi di Nicola Ribisi e Carmelo Vellini.

¹⁷ I tre emendamenti sono stati presentati da parlamentari del PD, M5S e Lega Nord-Autonomie nella seduta del 3 febbraio 2014 e riportavano la seguente formulazione: «Al comma 1 premettere le seguenti parole: Ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354. Conseguentemente, sopprimere il comma 4».

¹⁸ P. BRONZO, *Problemi della liberazione anticipata speciale*, cit., 17.

¹⁹ Così ancora P. BRONZO, *Problemi della liberazione anticipata speciale*, cit., 17. Sul punto G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit., non senza ironia scrive che è «persino irragionevole attribuire agli allarmati ed allarmanti oppositori della norma la convinzione che un condannato ex art. 4-bis Ord. penit., soggetto socialmente innocuo alla scadenza naturale della pena, si sarebbe tramutato in pericoloso criminale ove dimesso con qualche mese di anticipo». E, scrive ancora Giostra, «se i tanti profeti di imminenti calamità sociali avessero fatto un po' di conto, si sarebbero avveduti che nella più "drammatica" delle ipotesi la nuova norma avrebbe consentito, nell'immediato, ad un condannato per un reato di cui all'art. 4-bis [...] di poter uscire otto mesi prima del previsto».

²⁰ A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi*, cit., 11.

diato effetto il problema di coordinamento della normativa risultante dalla conversione con quella dell'originaria formulazione del decreto legge, a causa della mancata previsione di una disciplina transitoria²¹.

2.1. Le finalità perseguite dalla liberazione anticipata speciale e la loro (parziale) compressione ad opera della legge di conversione.

Si è accennato alle finalità perseguite dall'istituto ingiustamente frustrate dalla modifica avvenuta in sede di conversione. Vediamole nello specifico.

La liberazione anticipata speciale, nell'originaria formulazione, aveva indubbiamente una valenza rieducativa²², risultando conforme al principio rieducativo, costituzionalmente imposto nell'esecuzione della pena.

Come noto, la finalità rieducativa della pena, sancita in Costituzione all'art. 27, III co., e attuata legislativamente nella legge sull'ordinamento penitenziario del 1975²³, ha stentato ad avere un effettivo riconoscimento nel nostro ordinamento²⁴. Solo dopo un lungo e tormentato cammino e grazie alla giurisprudenza costituzionale²⁵, la rieducazione ha assunto con la sent. n. 313 del 1990, una «dimensione applicativa assolutamente definita e stabile»²⁶ e con essa un «carattere universale»²⁷.

²¹ Sul punto ancora A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi*, cit., 11.

²² Sulla compressione dell'ideale rieducativo a seguito delle modifiche in sede di conversione si veda G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostativa alla liberazione anticipata speciale)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014, 7-8, il quale scrive che «a tale misura si possa, anzi si debba, riconoscere valenza rieducativa, consistendo in una riduzione della durata della pena concessa non già linearmente a tutti i condannati (come per l'indulto), ma soltanto a quelli che, avendo già avuto un analogo beneficio in passato, hanno continuato ad offrire prova di una particolare partecipazione all'opera rieducativa» (p. 8).

²³ Legge 26 luglio 1975 n. 354.

²⁴ Sul punto ricorda felicemente M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, Relazione tenuta al Convegno "Per i sessanta anni della Corte costituzionale", Roma, Palazzo del Quirinale – Palazzo della Consulta 19 e 20 maggio 2016, in questa *Rivista*, 3/2016, 7, nonché in corso di pubblicazione negli atti del Convegno, che «il solo fatto dell'entrata in vigore del nuovo ordinamento penitenziario non poteva comportare, naturalmente, l'automatica risoluzione dei problemi dovuti alla preesistente stratificazione normativa anticostituzionale, anche perché il lungo periodo di inattuazione dei [...] principi-valori sanciti dalla Costituzione aveva favorito il maturare di una "cultura amministrativa" radicata sulle linee portanti della normativa del 1931».

²⁵ Sul punto si vedano le sintetiche e illuminanti pagine di M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, II ed., Napoli, 2014, 42 ss.

²⁶ 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*, Torino, 2009, 100.

²⁷ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, in questa *Rivista*, 2014, 3. Come è noto, la prima apertura verso l'ideale rieducativo si è avuta 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» (punto 2 cons. dir.). Già prima della pronuncia richiamata nel testo, però, con la sent. n. 282 del 1989, la Corte costituzionale, pur continuando a muoversi in una concezione polifunzionale della pena, aveva manifestato 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

Sulla scorta di tale approdo giurisprudenziale si può oggi affermare, ricorrendo alle parole del giudice costituzionale, 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»²⁸.

Il tema della fruizione, o meglio della mancata fruizione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione, e quindi del relativo problema della frustrazione dell'ideale rieducativo, è stato spesso affrontato dalla Corte in relazione al divieto di automatismi legislativi²⁹, cioè di rigidi meccanismi legali, il più delle volte fondati su presunzioni assolute, che annullano il potere di valutazione del giudice nel momento applicativo della norma.

Già a partire dalla sentenza n. 306 del 1993 il giudice delle leggi ha chiarito che la scelta, operata dal legislatore proprio con l'art. 4-*bis* ord. penit., di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei confronti dei condannati per taluni gravi reati, avesse comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. La tipizzazione per titoli di reato, infatti, «non appare lo strumento più idoneo per realizzare appieno i principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario»³⁰.

La revoca o l'esclusione automatica da un beneficio, pertanto, non sono conformi al quadro costituzionale di riferimento per l'esecuzione penitenziaria, il quale, al contrario, impone un coinvolgimento del giudice nella valutazione della condotta del soggetto e, nello specifico, del percorso rieducativo compiuto, in relazione alla concessione o alla revoca della misura alternativa alla detenzione.

condizioni stabilite dalla legge) di sospendere o ridurre, sia pur condizionatamente, l'esecuzione stessa» (punto 5 cons. dir.). 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» (punto 8 cons. dir.).

²⁸ Corte cost. sent. n. 313 del 1990 punto 8 cons. dir.; P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 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».

²⁹ 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, §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, 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 a L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2014.

³⁰ Corte cost. sent. n. 445 del 1997, punto 2 cons. dir.

Alla luce dei principi costituzionali appena esposti risulta evidente che l'esclusione automatica di determinate categorie di detenuti sia incostituzionale, perché contraria all'ideale rieducativo.

A ciò occorre aggiungere quanto lucidamente messo in evidenza da Andrea Pugiotto, il quale scrive che «elevando a presunzione assoluta di pericolosità un titolo di reato (perché attinto dal serbatoio dell'art. 4-bis ord. penit.) fino a farne ragione ostativa anche per la concessione della LAS straordinaria, il vincolo teleologico imposto e preteso dall'art. 27, comma 3, Cost., viene dal legislatore cancellato "con un semplice tratto di penna"»³¹.

La liberazione anticipata speciale persegue anche (e primariamente) una finalità deflattiva, nell'affrontare la quale avremo riguardo soprattutto della situazione che si è determinata a seguito della conversione del decreto legge.

Come abbiamo ricordato nelle pagine precedenti, l'istituto è stato introdotto, in seguito alla nuova condanna inflitta all'Italia dalla Corte di Strasburgo, come rimedio alla situazione di sovraffollamento carcerario. Il perseguimento di tale finalità giustifica l'arco temporale di efficacia del beneficio: prossimo, nel suo punto iniziale, alla dichiarazione dello stato di emergenza carceraria, dichiarata dal Presidente del Consiglio dei ministri, e coincidente, nel punto finale, con una data, il 23 dicembre 2015, nella quale risultava presumibile che si potessero ripristinare «condizioni di sufficiente vivibilità nelle carceri italiane»³².

Questo obiettivo, nella originaria formulazione, era perseguito mediante un ragionevole bilanciamento con le esigenze di difesa sociale, in quanto proprio per i detenuti più pericolosi, cioè quelli cui si applicava il regime dell'art. 4-bis, era previsto un requisito ulteriore concretantesi in una condotta «particolarmente qualificata sotto il profilo rieducativo»³³: dare prova di un reale recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità.

Sullo scarso fondamento razionale dei timori che si sono riversati in sede parlamentare abbiamo già scritto; qui preme evidenziare che la modifica apportata in sede di conversione «ha fortemente depotenziato la portata deflattiva dell'intervento»³⁴. E questo perché in un sistema, quale il nostro, in cui le misure extramurarie trovano un impiego sempre più largo, i detenuti che trascorrono l'ultimo tratto di pena in carcere sono proprio quelli soggetti alla disciplina prevista dall'art. 4-bis³⁵. Se questi ultimi fossero risultati nel novero dei soggetti rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina i tassi di scarcerazione sarebbero risultati sicuramente superiori.

Bisogna considerare, poi, un altro dato: sebbene l'emergenza sia rientrata, il numero dei ristretti nelle nostre carceri non corrisponde ancora ad una condizione di normalità. An-

³¹ A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi*, cit., 12 il quale a sua volta richiama un'espressione utilizzata da M. DELL'ANNA, *Liberazione anticipata speciale: perché tale norma deve ritenersi incostituzionale*, in www.osservatorioantigone.it, 2014, 7.

³² CSM, Delibera consiliare del 23 gennaio 2014, cit., 7.

³³ A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi*, cit., 8.

³⁴ P. BRONZO, *Problemi della liberazione anticipata speciale*, cit., 18.

³⁵ In tal senso ancora P. BRONZO, *Problemi della liberazione anticipata speciale*, cit., 19-20.

che se, infatti, non si registrano più le cifre allarmanti del 2010, il numero effettivo dei detenuti risulta ancora superiore alla capienza regolamentare³⁶.

In definitiva, pertanto, nella liberazione anticipata speciale finalità rieducativa e finalità deflattiva operano congiuntamente, innestandosi la prima sulla seconda. Il provvedimento temporaneo, che opera un ulteriore sconto di pena, persegue, quindi, anche se in via non esclusiva e indirettamente, una finalità rieducativa e opera in una situazione in cui vi è stata una certa progressione trattamentale. Se così non fosse, la norma in esame non avrebbe applicato lo sconto di pena ai soli soggetti che avessero potuto usufruire (o che in precedenza avevano già usufruito) della liberazione anticipata, ma, al contrario, avrebbe applicato una riduzione di pena sganciata da qualsiasi parametro.

In questo scritto non è possibile affrontare anche la questione della eventuale funzione compensativa della liberazione anticipata speciale, basti, pertanto, ricordare che la predicibilità di tale finalità è generalmente posta in dubbio dalla dottrina³⁷.

Quello che, invece, preme mettere in evidenza è la questione della ingiustificata disparità di trattamento che la modifica apportata in sede di conversione ha ingenerato fra i detenuti non sottoposti a regime di 4-bis e gli altri detenuti.

Innanzitutto occorre chiarire che non era irragionevole la soluzione adottata dal Governo nell'originaria formulazione della disposizione, poiché si era attuato un ragionevole bilanciamento³⁸ fra gli interessi tutelati mediante la liberazione anticipata speciale (deflattivo e rieducativo) e l'interesse alla sicurezza pubblica. Dal ragionevole bilanciamento si aveva una giustificata differenziazione della disciplina, in quanto l'elemento di differenziazione, che tale predeterminazione di interessi generava, si concretizzava, non nell'esclusione assoluta di una categoria di detenuti, ma in un requisito di meritevolezza ulteriore per i detenuti ex art. 4-bis.

In tal modo, quindi, si permetteva l'accesso alla misura a tutti i detenuti e, allo stesso tempo, si cercava di contenere la maggior pericolosità sociale della quale alcune categorie di detenuti si ritengono portatori.

È bene precisare, però, che questa non era l'unica, ma soltanto una delle soluzioni praticabili.

³⁶ Secondo i dati consultabili sul sito del Ministero della Giustizia, il numero dei detenuti al 31 agosto del 2016 è di 54.195 per una capienza regolamentare di 49.600; dato consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, www.giustizia.it.

³⁷ A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014, par. 5; P. BRONZO, *op. cit.*, 8-9; C. MINNELLA, *Il "bonus" della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*, in www.archiviopenale.it, 2014, 4. Sebbene non le riconoscano in pieno tale natura, parlano di una finalità *latu sensu* risarcitoria, F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, 65 e A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi*, cit., 9.

³⁸ In tema di ragionevolezza e di bilanciamento la letteratura è vastissima; fra le tante opere qui ci limitiamo a segnalare: R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit.; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, cit., 195 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

Il Legislatore, infatti, nell'esercizio della sua discrezionalità può preferire una soluzione ad un'altra purché, come nel caso di specie, l'eventuale diversità di trattamento non sia irragionevole, vale a dire, e nella consapevolezza di ricorrere ad una forte semplificazione, trovi una qualche giustificazione e non comprima oltremodo i vari interessi coinvolti nella disciplina.

In forza delle finalità perseguite dall'istituto, in precedenza passate in rassegna, non sarebbe del pari risultata priva di una giustificazione costituzionale la soluzione che avesse applicato, senza distinzione alcuna, il maggior sconto di pena a tutti i detenuti che avevano i requisiti per accedere alla liberazione anticipata ordinaria o che avevano già usufruito di tale ultimo beneficio. Rispetto alle finalità perseguite dalla disciplina, infatti, le diversità fattuali fra detenuti sottoposti a regime ordinario e detenuti *ex 4-bis* non sono di rilevanza tale da opporsi all'equiparazione rispetto all'accesso alla liberazione anticipata speciale.

Chi scrive ritiene che la soluzione ottimale sarebbe stata proprio la seconda, ma anche la prima (quella originariamente prevista dal decreto legge) era conforme a Costituzione. Certo è che risulta assolutamente priva di giustificazione la disparità di trattamento introdotta in sede di conversione: vale a dire la completa esclusione dal beneficio subita dai detenuti *ex 4-bis*.

Se il nuovo istituto rispondeva a diversi principi e finalità costituzionali e se pure la diversificazione del trattamento giuridico originariamente prevista non poteva considerarsi in-costituzionale, occorre interrogarsi sulle ragioni di un tale passo indietro.

La risposta si ricava inequivocabilmente se si prende in considerazione l'evoluzione normativa dell'art. 4-*bis*, della quale ora, e seppur nella sinteticità che il lavoro ci impone, ripercorreremo velocemente le tappe.

3. L'art. 4-*bis* e la sua espansione. Storia di una metastasi ordinamentale.

All'indomani della legge n. 663 del 1986, c.d. legge Gozzini, nuovamente ispirata all'ideale rieducativo, la recrudescenza dello stragismo mafioso ha determinato un nuovo inasprimento della legislazione penitenziaria³⁹. In quel determinato contesto storico è sorto

³⁹ 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 Id. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, 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*, 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

l'art. 4-bis⁴⁰, il quale nella sua prima formulazione stabiliva limitazioni all'accesso alle misure alternative per i detenuti dichiarati responsabili della commissione di delitti riconducibili alla criminalità organizzata.

Questo era il primo passo per l'emersione di un vero e proprio doppio binario⁴¹ anche nell'ordinamento penitenziario, vale a dire di un regime differenziato in rapporto alla natura del reato commesso dal condannato.

Nel giro di poco meno di un anno dalla sua introduzione si sarebbe fortemente modificata la sua *ratio*, a causa di un nuovo intervento normativo adottato sull'onda delle emozioni e dell'allarme sociale suscitato dalla morte del magistrato Giovanni Falcone. Con l'art. 15, I co., del D.L. 8 giugno 1992, n. 306, si è statuito, infatti, che i condannati per uno dei delitti espressione di una maggiore pericolosità sociale, contemplati dall'articolo in esame, potessero essere ammessi alle misure rieducative solo se avessero «collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter»⁴², salvo l'ipotesi di collaborazione oggettivamente irrilevante⁴³.

Con tale modifica la norma ha cambiato profondamente la sua natura: da meccanismo di selezione riguardo alle misure rieducative, si è trasformato in un mezzo di incentivazione dei comportamenti di collaborazione con la giustizia⁴⁴.

Ciò si è reso possibile mediante la previsione di una rigida presunzione *ex lege* di pericolosità sociale dei soggetti provenienti dalla criminalità organizzata, 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 (ancora oggi) solo attraverso una esplicita scelta di collaborazione con la giustizia.

Da questo momento ha avuto inizio un lungo processo che ha visto il susseguirsi di molteplici manipolazioni della struttura dell'articolo in analisi⁴⁵, le quali, salvo gli interventi di

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.

⁴⁰ Con il D.L. n. 152 del 1991, convertito nella legge n. 203 del 1991; 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.

⁴¹ G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, III, Torino, 1994, 15; B. GUAZZALOCA, *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premierità" 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*, Milano, 1995, 141.

⁴² 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».

⁴³ Questa modifica è stata introdotta in sede di conversione dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, la quale, per l'appunto, ha stabilito che il divieto di accedere ai benefici può essere superato nei casi in cui la collaborazione risulti oggettivamente irrilevante.

⁴⁴ V.GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato*, cit., 10; nello stesso senso anche A. PRESUTTI, *Alternative al carcere e regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, in ID. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 83-84.

⁴⁵ 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

ortopedia ordinamentale operati dalla Corte⁴⁶ e tesi ad eliminare i profili di maggiore irrazionalità della disciplina, hanno portato ad un costante ampliamento della sfera di applicazione dell'art. 4-*bis* ord. penit., determinando un generale inasprimento del regime detentivo⁴⁷.

A partire dai primi anni del 2000, infatti, una serie di interventi legislativi⁴⁸, dapprima episodicamente fondati su «contingenti emergenze»⁴⁹ e successivamente mediante una revisione organica ad opera della legge n. 279 del 2002, hanno nuovamente ampliato la portata operativa della norma⁵⁰.

Questa non è la sede per analizzarli singolarmente ed esaustivamente; ci possiamo, pertanto, limitare a dire che ognuno di essi è sempre stato espressione della stessa logica emergenziale, avendo visto la luce in periodi in cui i temi dell'emergenza e della sicurezza erano al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica e dell'agenda politica⁵¹.

Questo processo di stratificazione ha reso l'art. 4-*bis* lo strumento, sul piano penitenziario, del «governo dell'insicurezza sociale»⁵², rientrando esso nell'armamentario al quale lo Stato ricorre per far fronte alle emergenze criminali (vere o il più delle volte soltanto dichiarate) che mettono a repentaglio l'incolumità dei cittadini.

Nella struttura dell'articolo, infatti, sono sempre più presenti «fattispecie di reato di norma a carattere individuale e comunque non immediatamente collegate al crimine organizzato»⁵³, tanto che la collaborazione, sulla quale 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 prevalen-

collocano in aperto contrasto con quelli ritenuti fin qui assolutamente primari e irrinunciabili comporta [...] uno stravolgimento potenziale di notevoli proporzioni dell'intero ordinamento penitenziario».

⁴⁶ La pronuncia capostipite della giurisprudenza costituzionale è la sentenza n. 306 del 1993, anche se in diverse altre occasioni è tornata a pronunciarsi sui profili di incostituzionalità di tale norma: si vedano, infatti, le sentt. nn. 357 del 1994, 68 e 504 del 1995, 445 del 1997, 137 del 1999 e, da ultimo, 239 del 2014. Su tale giurisprudenza, per una trattazione maggiormente approfondita, sia consentito rinviare a L. PACE, *L'articolo 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità sociale e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015, 6 ss.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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 a 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., Padova, 2011, 54.

⁴⁹ M. PAVARINI-B. GUZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 183.

⁵⁰ Così ancora C. CESARI-G. GIOSTRA, Sub Art. 4-*bis*, cit., 54, ai quali si rimanda per una sintetica e precisa ricostruzione.

⁵¹ A conferma di quanto detto, da ultimo 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 a tale articolo. 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).

⁵² L'espressione è presa da G. GIOSTRA, *Questione carceraria,insicurezza sociale e populismo penale*, cit.

⁵³ C. CESARI-G. GIOSTRA, Sub Art. 4-*bis*, cit., 59.

te funzione di creare «percorsi esecutivi di maggior rigore»⁵⁴, per tutta quelle serie di reati che di volta in volta ingenerano allarme sociale⁵⁵.

La norma, inoltre, è intrisa di un forte efficientismo simbolico, attuato sul piano tecnico-giuridico dall'operare congiunto delle presunzioni di pericolosità e degli automatismi applicativi. Ed è proprio il meccanismo di presunzioni sul quale la norma si fonda a spiegare la sua incontrollabile espansione⁵⁶. Come ha messo lucidamente in evidenza Glauco Giostra, le presunzioni di pericolosità sono connotate da una particolare *vis attractiva*⁵⁷, 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»⁵⁸.

È bene tenere presente, poi, che tale eterogeneo agglomerato normativo viene generalmente identificato solo con l'ipotesi più grave di reato e ciò rende quasi impossibile intervenire per eliminare le ipotesi più irragionevoli in esso contenute. Una eventuale operazione in tal senso verrebbe percepita come un inaccettabile arretramento della risposta punitiva⁵⁹. E ciò è proprio quanto accaduto nel dibattito parlamentare in sede di conversione del D.L. n. 146 del 2013, durante il quale, come abbiamo visto, il reato di criminalità organizzata ha fatto da schermo per tutti gli altri.

Il processo sommariamente descritto è il frutto avvelenato della «cronicizzazione e normalizzazione dell'emergenza»⁶⁰. Quest'ultima è divenuta una mera etichetta, dietro la quale non vi sono più misure «eccezionali», bensì una sorta di «prevenzione legislativa senza

⁵⁴ Così ancora C. CESARI-G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, cit., 59.

⁵⁵ La lunga serie di reati ostativi che compongono l'art. 4-bis ord. penit. è ripartita in due grandi gruppi: reati di prima fascia, commi 1 e 1-bis, e reati di seconda fascia, comma 1-ter. Per quanto riguarda la prima categoria (che fra gli altri ricomprende i reati di criminalità organizzata mafiosa e terroristica, la riduzione e il mantenimento in schiavitù, lo sfruttamento della prostituzione minorile, la pornografia minorile, la tratta di persone e l'acquisto e l'alienazione di schiavi, la violenza sessuale di gruppo e il sequestro di persona), per accedere ai percorsi rieducativi è condizione indispensabile la collaborazione con la giustizia. Al fine di apportare un correttivo alla rigidità di tale previsione è stato, tuttavia, previsto che se vi è stata una limitata partecipazione al fatto o l'accertamento integrale di quest'ultimo ha reso impossibile la collaborazione, ovvero la collaborazione risulti oggettivamente irrilevante, in presenza di una delle circostanze attenuanti di cui agli artt. 62 n. 6 c.p. e 114, l'accesso ai benefici è consentito, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. Per quanto riguarda, invece, la seconda fascia, in questa sono ricompresi reati gravi (fra i quali qui ci limitiamo a ricordare: l'omicidio, la rapina e l'estorsione aggravata ai sensi dell'art. 628 III co. c.p., reati a sfondo sessuale non ricompresi nella prima fascia) che non necessariamente implicano un rapporto con organizzazioni criminali. Per queste ipotesi le misure alternative e i benefici penitenziari possono essere concessi se non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Per una trattazione esaustiva della norma in questione si vedano, per tutti, C. CESARI-G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, cit., 49 ss.

⁵⁶ Le considerazioni che seguono sono riprese, anche letteralmente, dal nostro, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, cit., 20 ss.

⁵⁷ G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.

⁵⁸ In questi termini G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.

⁵⁹ Così ancora G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, cit.

⁶⁰ G. M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 76.

fine»⁶¹, al fine di perseguire quell'efficientismo simbolico in un contesto in cui, peraltro, la tutela della sicurezza pubblica e soprattutto dell'incolumità personale è divenuta la nuova fonte di legittimazione del potere statale.

4. Il substrato politico-culturale dell'art. 4-bis e la legislazione penale dell'emergenza.

Da diverso tempo la società contemporanea è pervasa da una sempre maggiore domanda di sicurezza e vive in una condizione di perenne emergenza con riguardo al tema dell'incolumità personale, tanto che è una constatazione che non necessita più di dimostrazione quella secondo la quale da anni, oramai, il tema della sicurezza ha conquistato l'agenda politica degli esecutivi⁶².

Cercare di fornire una spiegazione del perché tale tema sia divenuto così centrale nel discorso pubblico è un compito complesso, che, peraltro, esula dalle ragioni specifiche di questo scritto. Poiché, però, la filosofia dell'art. 4-bis trova il suo terreno di coltura nella paura e nell'insicurezza che permea le società contemporanee, si impone la necessità di fare alcune considerazioni che, lungi dal voler tracciare un quadro esaustivo, hanno il limitato fine di delineare le coordinate essenziali e di far emergere i punti di connessione con la vicenda che si sta trattando.

Sulla scorta di ciò, in queste pagine si cercherà almeno di far emergere il *retrotterra politico e culturale*, il quale, da un lato, ha permesso all'articolo 4-bis di divenire sul versante penitenziario la concretizzazione dei rigurgiti securitari che pervadono la società contemporanea e, dall'altro, si innalza a schermo verso qualsiasi processo di mitigazione di quest'ultimo, anche se perseguito indirettamente, come avvenuto nel caso della liberazione anticipata speciale.

Le ragioni che sono state addotte per spiegare l'aumento dell'insicurezza collettiva e del conseguente tasso di penalità, sono molteplici. È stata soprattutto la riflessione sociologica ad individuare ed indagare le possibili cause di tale fenomeno, fra le quali qui meritano di essere ricordate, da un lato, l'arretramento dei sistemi di *welfare*, colpiti da diversi attori, istituzionali e non, e, dall'altro, la modernità stessa e i molteplici rischi⁶³ che essa ha ingenerato mediante il notevole sviluppo tecnico scientifico, la globalizzazione⁶⁴ e l'imporsi del terrorismo a livello internazionale. L'aggressione o lo sgretolamento dei sistemi di *welfare*, da un lato, e l'incapacità dello Stato di fronteggiare la modernità, dall'altro, hanno definitivamente

⁶¹ Così ancora G. M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, cit., 76.

⁶² A. MUSUMECI, *La sicurezza nell'emergenza. Osservazioni in margine ad un concetto in trasformazione*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2337.

⁶³ Tanto che la società contemporanea è stata indicata come società del rischio, secondo la celebre idea di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

⁶⁴ Sul punto Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006, 168, scrive che «la deregolamentazione delle forze del mercato e la resa dello Stato alla globalizzazione unilateralmente negativa (la globalizzazione degli affari, del crimine o del terrorismo, ma non quella delle istituzioni politiche o giuridiche in grado di controllarli) deve essere pagata, *quotidianamente*, con il dissesto e la devastazione sociali: con una fragilità senza precedenti dei legami umani».

eclissato la forma di legittimazione su cui si basava l'autorità degli ordinamenti costituzionali del secondo dopoguerra, emblematicamente scolpita nel nostro art. 3, Il co., Cost.⁶⁵, che vedeva lo Stato quale soggetto che, attraverso una serie di prestazioni positive, assicurava i cittadini da una serie di rischi connessi alla vita. E ciò, come conseguenza, ha comportato un forte senso di insicurezza e di instabilità nelle prospettive di vita dei singoli.

A questa situazione di incertezza possono contribuire anche elementi di differente natura che fungono da veri e propri reagenti per la soluzione repressiva e carcerocentrica, quali le crisi istituzionali e la crisi economica⁶⁶.

Come fa notare Pavarini⁶⁷, infatti, con la profonda crisi che ha colpito le istituzioni a partire dalla nota stagione che va sotto il nome di Tangentopoli, si è registrato un aumento quantitativo e qualitativo della popolazione carceraria, che ha visto un forte incremento dei detenuti tossicodipendenti ed extra-comunitari⁶⁸.

In forza di tutti questi fattori, lo Stato, trovatosi nella impossibilità di adempiere alla funzione riconosciuta dal modello dello Stato sociale, ha ricercato una nuova fonte di legittimazione nella protezione dell'incolumità personale dei cittadini⁶⁹, vale a dire nella protezione di questi ultimi da tutta quella serie di fattori che, nelle moderne società, vengono percepiti come una fonte di rischio.

Per le ragioni che fra breve ricorderemo, lo strumento prescelto per fondare questo nuovo tipo di legittimazione e garantire un (pericoloso) diritto alla sicurezza⁷⁰, è il diritto pena-

⁶⁵ Il quale, come noto, statuisce che «compito della Repubblica è rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza fra i cittadini».

⁶⁶ Sul punto cfr. anche A. CERETTI-R. CORNELLI, *Quando la sicurezza cortocircuita la democrazia*, in O. MAZZA-F. VIGANÒ (a cura di), *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, 8 ss., i quali elencano fra le cause di questa nuova domanda di sicurezza: a) il crollo di un sistema politico, causato dall'avidità e dalla corruzione dei suoi esponenti; b) la crisi economica, imputata essenzialmente all'incapacità politica di gestire l'economia; c) l'invasione degli immigrati; d) la forza brutale delle mafie, manifestatasi con le stragi del 1992 e 1993, la loro infiltrazione nel sistema politico ed economico e l'ingresso in Italia di "nuove mafie" di origine straniera.

⁶⁷ M. PAVARINI, *La questione criminale nell'emergenza securitaria. Note teoriche sul caso italiano*, dattiloscritto dell'intervento presentato al *Course on Prevention of Deviance and Social Safety*, Padova, 2001, 15.

⁶⁸ Così ancora M. PAVARINI, *La questione criminale nell'emergenza securitaria*, cit., 15.

⁶⁹ Sulle conseguenze dello smantellamento dello Stato sociale e sull'influenza delle forze del mercato globalizzato sulla legittimazione dello Stato Z. BAUMAN, *Paura liquida*, cit., 185, scrive: «la rinuncia dello Stato alla funzione su cui ha fondato le sue pretese di legittimazione per gran parte del secolo scorso spalanca ancora una volta la questione della sua legittimazione politica [...] si sente il bisogno urgente di trovare una legittimazione alternativa all'autorità statale e non sorprende affatto che la si vada oggi a cercare nella promessa dello Stato di proteggere i suoi cittadini dai pericoli per l'incolumità personale». E ancora «esso resta in carica per il mantenimento della legge e dell'ordine sul suo territorio [...] Paradossalmente, proprio la sua arrendevolezza oramai quasi totale verso gli altri poteri, interni ed esterni al suo territorio ma in ogni caso sottratti al suo controllo, rende pressoché inevitabile non solo il mantenimento ma l'espansione (sia in senso estensivo che intensivo) della sua funzione di polizia e tutela dell'ordine» (p. 168).

⁷⁰ Fra quelli che considerano la sicurezza quale situazione soggettiva in capo ai singoli, limitandoci alla letteratura italiana sul tema e senza alcuna pretesa di completezza, qui si ricordano: P. TORRETTA, *Diritto alla sicurezza e altri diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 451 ss.; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, in www.forumcostituzionale.it, 2009; G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2008, spec. 34-35; A. D'ALOIA, *La sicurezza tra i diritti*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 1091 ss. e spec. 1104 ss., e, infine, C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà*, Padova, 2012. T. F. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue dimensioni costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, spec. 11, parla, invece, di sicurezza non quale diritto, ma quale bene di rilievo

le, il quale ha visto un'espansione senza precedenti in diversi settori dell'ordinamento⁷¹. Si è, infatti, registrato un forte aumento dei tassi di penalità degli odierni ordinamenti che è stato efficacemente rappresentato dal Lagrange con l'immagine della «sostituzione dello Stato sociale con lo Stato carcerario»⁷².

È opportuno mettere in evidenza, poi, che la domanda di sicurezza che così si viene a determinare, spesso viene generata da situazioni di rischio non reali, ma soltanto percepite e, il più delle volte, indotte. Il complesso quadro che si sta tentando di abbozzare sarebbe, infatti, incompleto se non si prendesse in considerazione anche il ruolo giocato dai mezzi di comunicazione.

I mezzi di informazione fungono, infatti, ad un tempo da causa e giustificazione della crescente domanda di sicurezza pubblica e del conseguente interventismo statale, poiché, veicolando le notizie sulle criminalità, incrementano il senso di insicurezza collettivo e giustificano le spinte irrazionali nelle scelte di politica criminale⁷³. Si crea in tal modo un circolo vizioso: i mezzi di informazione, per ragioni di *audience*, incanalano l'attenzione degli spettatori su fatti di cronaca particolarmente efferati; quando viene diffusa una notizia, questa viene ripresa da diverse testate e comincia a circolare fra gli spettatori. Più questa rimbalza fra i vari organi di informazione, secondo i meccanismi magistralmente descritti da Bourdieu⁷⁴, maggiore è il suo potere performativo sulla realtà.

È in tal modo che la sete di notizia si trasforma in senso di insicurezza, un fatto di cronaca in una situazione di emergenza per l'incolumità personale e, infine, in una domanda di sicurezza cui il potere politico è chiamato a dare risposta. Sul punto, molto incisivamente, Pugiotto scrive che «negli ultimi anni i media hanno somministrato, con successo, anche fuori dall'ambito strettamente penale» un «vero viagra securitario collettivo», un «format collaudato, sempre cangiante eppure sempre eguale: si parte da un'accorta selezione dei casi di

costituzionale. Critici sulla configurazione della sicurezza come diritto sono, invece, A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in questa *Rivista*, 1/2015; M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, *passim* e spec. 83 ss. il quale, partendo dall'insegnamento di A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in S. ANASTASIA-M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, 19 ss., afferma che «ad assumere rilievo primario dovrebbe essere più che "il diritto alla sicurezza", "la sicurezza dei diritti", fondamento di una politica informata alla realizzazione della libertà dal bisogno» (p. 5). In generale sul tema della sicurezza, fra le tante, si rinvia a P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, 138 ss. e spec. 144-145 e A. PACE, *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Dir. Soc.*, 2/2013, 177 ss.

⁷¹ Sul punto si veda J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, 2004.

⁷² H. LAGRANGE, *Demandes de sécurité*, Paris, 2003. È bene precisare che qui non si vuole sostenere la tesi positivista ottocentesca riassumibile nella formula «salari più alti, meno disoccupazione, più istruzione [...] uguale: meno criminalità e sicurezza sociale» (così M. PAVARINI, *La questione criminale nell'emergenza securitaria*, cit., 18). La ragione di questo aumento dei tassi di criminalizzazione risiede altrove ed è stata lucidamente colta da F. BRICOLA, *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, 68, il quale scriveva che «il neoliberismo odierno, che si affaccia dietro la crisi dello Stato sociale, se è liberista in economia, è singolarmente illiberale sul terreno giuridico e politico».

⁷³ Così M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, 18, al quale si rimanda anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici.

⁷⁴ P. BOURDIEU, *Sur la télévision*, tr. it Sulla televisione a cura di A. Serra, Milano, 1997.

cronaca e li si fa oggetto di mirate campagne d'informazione, capaci di trasformare il verosimile in struttura del reale»⁷⁵.

L'operare dei mezzi di informazione è di fondamentale importanza non solo perché ingenera una domanda di sicurezza, ma anche perché contribuisce a instillare nella popolazione l'idea che una determinata situazione sia un'emergenza per la collettività.

È, infatti, nelle situazioni di emergenza⁷⁶, proclamate o reali, che più forte è sentito il bisogno di sicurezza collettiva, che legittima il potere politico ad apprestare strumenti che comprimono i diritti fondamentali.

Ed è per mezzo di questa spirale perversa che la scena pubblica viene ad essere costellata da sempre nuove situazioni di emergenza che germinano dalla sempre crescente domanda di sicurezza per l'incolumità e non solo⁷⁷, ma che, allo stesso tempo, costituiscono anche il terreno fertile in cui questa può svilupparsi ed ampliarsi, dandole sempre nuova linfa.

In definitiva, l'emergenza è il *passapartout* per l'ingresso di qualsiasi domanda di sicurezza e strategia di lotta al crimine, per «piegare gli istituti a nuove e più pressanti esigenze

⁷⁵ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 7. La forte relazione che si viene ad instaurare fra le campagne di informazione e i provvedimenti adottati dallo Stato è efficacemente descritto da M. MANERI, *I media e la guerra alle migrazioni*, in S. PALIDDA (a cura di), *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, 2009, 69, il quale scrive che si registra un'«aderenza quasi letterale delle politiche, dei provvedimenti e delle ordinanze [...] – risposte simboliche e immediate alle emergenze altrettanto simboliche del giorno prima – a questi protagonisti del discorso pubblico: è infatti proprio sulla base delle caratteristiche loro attribuite che sono state promesse o approvate per anni politiche e provvedimenti che hanno contribuito a riprodurre lo stigma e a plasmare i suoi portatori». Sul tema si veda anche P. CIARLO, *Sicurezza e Stato di diritto*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e Stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, 19 ss.

⁷⁶ La letteratura in tema di emergenza è vastissima, pertanto, qui, senza nessuna pretesa di completezza, si segnalano: L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giur. cost.*, 1982, 98 ss.; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, *Giur. cost.*, 1982, 108 ss.; P. PINNA, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1983, 592 ss.; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; ID., *Emergenza che trovi, Costituzione che vuoi*, in *Giur. cost.*, 1989, 2126 ss.; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss.; S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cit.; G. NEPPI MODONA, *La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di leggi di emergenza contro il terrorismo, la mafia e la criminalità organizzata*, in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e terrorismo*, Napoli, 2006, 87 ss.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali*, Bari, 2010; M. A. CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Amministrare*, 2010, 167 ss.; A. CARDONE, *La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011.

⁷⁷ 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 ansio-genici e diffusi come furti e rapine, più presenti nell'informazione locale».

ze repressive»⁷⁸, le quali, però, passata questa si stabilizzano e fungono da collettori per nuove politiche securitarie, quando una nuova emergenza si parerà alle soglie dell'ordinamento. Il consenso guadagnato intorno alle situazioni di emergenza viene, infatti, di volta in volta reinvestito per un innalzamento dei livelli di penalità⁷⁹. Essa diviene, allora, lo strumento che giustifica interventi rivolti a «prevenire la realizzazione di rischi di ogni tipo»⁸⁰; 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; evocata «per giustificare restrizioni di diritti fondamentali che non assumono i caratteri della provvisorietà, che non sono adottate per fronteggiare il caso, l'evento non previsto dal sistema ordinario, ma si propongono come regole rivolte a durevolmente garantire la sicurezza, il mantenimento dell'ordine sociale»⁸¹.

La mappa teorica che abbiamo tracciato trova puntuale riscontro nella “storia” dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Norma che, come abbiamo già ricordato, introdotta come risposta allo stragismo mafioso dei primi anni Novanta, non solo si è stabilizzata nel sistema, ma si è, addirittura, ampliata, arrivando a svolgere con il tempo una funzione marcatamente simbolica.

Come, però, è stato acutamente osservato, quando il diritto penale, o più in generale il diritto punitivo, svolge una funzione prevalentemente simbolica, si ingenera un vero e proprio paradosso, in quanto esso, ad un tempo, accredita una situazione di insicurezza, ma contribuisce a coltivare l'illusione di sicurezza, attirando il consenso dei cittadini verso lo Stato⁸².

Questo potrebbe anche non preoccupare se non fosse che, nella quasi totalità dei casi, il diritto penale simbolico è anche un diritto penale del nemico⁸³, nel senso che non vi è una selezione di determinate condotte da reprimere, ma l'individuazione formale di queste

⁷⁸ L. MARAFIOTI, *Emergenza e diritti nel processo penale: un conflitto permanente*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, cit., 117.

⁷⁹ M. PAVARINI, *La questione criminale nell'emergenza securitaria*, cit., 16.

⁸⁰ M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 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».

⁸¹ Ancora M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., 20.

⁸² In questo senso S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, 54-55. Per le implicazioni tra diritto penale simbolico e consenso sociale si veda per tutti C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. penale*, 3/1992, 891 ss.

⁸³ Come noto, l'idea di una differenziazione tra un diritto penale del cittadino e un diritto penale del nemico è stata proposta da G. Jakobs in diverse opere: G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, 1985, 751 ss.; ID., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart*, in A. ESER-W. HASSEMER-B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, 47 ss.; ID., *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS- M. CIANCIO MELIÀ (a cura di), *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, 19 ss. e da ultimo ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. GAMBERINI-R. ORLANDI (a cura di), *Introduzione a Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, 2007, 109 ss.

ultime, che passa attraverso la selezione di tipologie di reato, nella sostanza si traduce nell'identificazione di determinate tipologie di autori di reato.

Il diritto penale del nemico, infatti, riprendendo gli aspetti maggiormente deteriori del positivismo, individua determinate categorie di soggetti – i mafiosi, i terroristi, i pedofili, gli stupratori – e li esclude dalla sfera dei cittadini⁸⁴. In sé incorpora una matrice intrinsecamente conflittuale: è un diritto non della colpevolezza o della retribuzione, ma della pericolosità, della prevenzione e in definitiva dello “stigma”.

Sebbene, pertanto, la risposta apprestata dall'ordinamento si rivolga a fattori di perturbazione dell'incolumità e della sicurezza pubblica sempre diversi, il lascito di queste politiche di neutralizzazione è sempre il medesimo: l'estensione dell'ambito di intervento penale e l'inasprimento dei sistemi sanzionatori, fino al punto – e con specifico riguardo all'ordinamento penitenziario – di mettere fortemente in discussione il finalismo rieducativo, almeno per alcune tipologie di autori.

Ed è proprio in questa forza di emarginazione e neutralizzazione delle categorie socialmente pericolose in cui risiedono le ragioni del consenso di cui queste politiche godono nell'opinione pubblica⁸⁵, poiché tramite esse il potere politico può offrire l'impressione di ricacciare ai margini della società tutti gli elementi di perturbazione di questa.

Il discorso è stato, forse, condotto fin troppo oltre, pertanto possiamo cercare di tirarne le fila con riguardo allo specifico tema di questo scritto.

Il senso di questo abbozzo teorico, su quello che – con espressione di sintesi – può indicarsi come il diritto penale dell'emergenza, era di mostrare l'intricato retroterra politico-culturale che si oppone, sia sul piano politico sia sul piano di giustizia costituzionale, a qualsiasi tentativo di superamento della norma emergenziale per antonomasia del diritto penitenziario.

Mettere in evidenza la funzione simbolica dell'art. 4-*bis*, però, fa venire alla luce la sua inconsistenza sul piano giuridico, e potremmo dire più specificamente dogmatico, e la sua pericolosità per l'intero sistema costituzionale⁸⁶.

Come è stato acutamente scritto, questa visione ancestrale, teologico-sacrale della giustizia e della pena come espiazione, di cui l'art. 4-*bis* (ma non solo) è intriso, aggrava più

⁸⁴ Sul punto mette esemplarmente in luce M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 119, che nell'odierno diritto penale «la ragion d'essere della punibilità [...] non consiste nel fatto commesso, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto antiggiuridico, oppure perché il fatto c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore: è vero che non si vuole la commissione del fatto, ma perché in realtà è il suo autore a risultare indesiderabile».

⁸⁵ Questo meccanismo è efficacemente spiegato da F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 10/2010, 531, il quale afferma che in forza della società del rischio, «depositaria di un potere anticipato che preoccupa il legislatore», si ha una «strumentalizzazione politica del rischio di vittimizzazione [che] induce l'identificazione collettiva nel corpo sociale minacciato dal criminale-nemico, rispetto al quale la pena canalizza e sublima il bisogno di una vera e propria vendetta comune. Ciò implica una drastica conseguenza: la neutralizzazione del criminale nemico in nome della tutela della società, rappresentata quale vittima (collettiva) del reato».

⁸⁶ Cfr. sul punto A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1985, 443.

che risolvere i problemi del sistema punitivo nel suo complesso⁸⁷. Più, infatti, l'ipertrofia sanzionatoria si espande, più il grado di reale effettività del diritto penale diminuisce; più la repressione è indiscriminata, sbrigativa, simbolica, maggiore sarà l'inefficienza delle soluzioni predisposte⁸⁸. Se il carcere è il luogo dove rinchiodare le condotte devianti o pericolose per la collettività, la pena perde la sua funzione retributiva, per indossare la veste di strumento di deterrenza⁸⁹...con buona pace dell'ideale rieducativo.

Come dimostra la vicenda della liberazione anticipata speciale, fino a quando si perpetuerà questo stato di cose e non si avrà il coraggio di superare definitivamente norme come l'art. 4-*bis*, sarà destinato a fallire qualsiasi tentativo di diffondere nel sentire comune il valore delle garanzie costituzionali e con esso qualsiasi tentativo di effettivo recupero delle stesse per altra via. Se si lasciano sopravvivere questi agglomerati tumorali nel nostro ordinamento non si potrà intervenire efficacemente sulle singole metastasi. Sconfitta, a patto che si riesca davvero a sconfiggerla, se ne ripresenterà un'altra e poi un'altra ancora, in un processo che rischia di avere nel fallimento il suo unico e desolante obiettivo.

Come, infatti, ricorda Sergio Moccia, «non c'è proclamazione costituzionale che tenga, la popolarità delle garanzie resterà sempre bassa, se la cultura giuridica continuerà ad essere logica riduttiva dei mezzi e non scienza, assiologicamente orientata, dei fini»⁹⁰.

5. In vece di una conclusione.

Da tempo ormai la dottrina è attenta al sempre maggior spazio occupato dalla giurisdizione nella nostra epoca⁹¹. Una delle cause di questo processo è stata giustamente individuata nella scarsa qualità della legislazione⁹² e, più a monte, in una diffusa incapacità del potere politico⁹³, che, per consapevole scelta o per incapacità di decisione, delega al potere

⁸⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 228.

⁸⁸ In questi termini S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 228.

⁸⁹ In tal senso ancora S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 227.

⁹⁰ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 228.

⁹¹ Fra le molte opere che si sono occupate del tema qui si richiamano, senza pretesa di esaustività: M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3823 ss. e spec. 3828 ss.; F. CIARAMELLI, *Legislazione e giurisdizione. Problemi di metodologia giuridica e teoria dell'interpretazione*, Torino, 2007, spec. 79 ss.; C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 2008, 45 ss.; G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2006, 14; A. BALDASSARRE, *I diritti della persona umana nello Stato rappresentativo*, in AA.VV., *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. I, tomo 2, *Sovranità e democrazia*, a cura di S. Labriola, Roma-Bari 2006, 693 ss.; R. ROMBOLI, *Modelli di giudice e complessità sociale: bocca della legge, interprete, mediatore dei conflitti o difensore dei diritti?*, Relazione al Convegno *L'interpretazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, svoltosi ad Agrigento il 17 e 18 settembre 2010; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo delle virtù*, Roma-Bari, 1998, 40 ss.; AA. VV., *Il potere dei giudici*, Roma, 1994.

⁹² Sul punto si vedano, fra le tante, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 43 ss. e M. AINIS, *La legge oscura*, Roma-Bari, 1997.

⁹³ Sul punto si veda per tutti M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, 1999, 876 ss.

giudiziario larga parte della funzione regolativa della società che dovrebbe essere di sua (se non esclusiva, almeno) preminente spettanza⁹⁴.

Se questo è ciò che contraddistingue gran parte degli interventi normativi in diversi settori dell'ordinamento, da qualche tempo, invece, la politica criminale è contraddistinta da una forte matrice protolegalistica, intesa a strozzare gli spazi di intervento del giudice oltre ogni ragionevole misura⁹⁵.

Queste politiche, sebbene apparentemente siano di segno opposto all'atteggiamento remissivo appena richiamato, sono il frutto della stessa incapacità del potere politico di assolvere adeguatamente al compito di regolazione sociale. Sinteticamente si potrebbe dire che la strategia è diversa, ma il problema è lo stesso. Nel primo caso si sovraccarica il potere giudiziario di un *surplus* di attività regolativa, a causa di un'assenza di consenso su una visione unitaria di fondo; nel secondo caso, invece, l'incapacità di raggiungere un compromesso sulle grandi e organiche scelte che interessano l'intera collettività, spinge il potere politico ad una rincorsa della legittimazione essenzialmente sul piano della politica criminale, dove è più facile ottenere soluzioni di comodo consenso elettorale⁹⁶. Tali scelte, però, a causa della loro scarsa coerenza sistemica e attuabilità pratica, devono essere contingentate per evitare che subiscano distorsioni sul piano applicativo, ad opera del soggetto deputato alla loro applicazione.

In definitiva un Legislatore che non fa il suo dovere, se nella normalità dei casi produce un iperattivismo del potere giudiziario e della Corte costituzionale, nei casi, purtroppo sempre più frequenti, di irrazionalità di scelte di politica criminale, porta ad insostenibili *vulnerus* delle garanzie costituzionali, ai quali neanche la Corte può porre rimedio, se non rischiando di invadere la sfera di competenza del Legislatore.

In altri termini una legislazione criminale di tal fatta, pone il giudice di costituzionalità nell'angolo e lo costringe ad una difficile scelta: pronunciare un *non possumus*, al fine di ri-

⁹⁴ Sul ruolo della giurisdizione nel processo di concretizzazione del diritto si veda fra i tanti F. RIMOLI, *Certeza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 92 ss. e Id. *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 260 ss.

⁹⁵ Questa concezione del giudice in rapporto all'applicazione della norma penale da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, X ed. Roma-Bari, 2011, 144, è definita come ottusità legalistica, invalsa anche fra molti giudici. L'Autore, però, ricorda che il giudice non può essere mai considerato come un mero applicatore della legge privo di qualsiasi margine di valutazione rispetto all'interpretazione della disposizione o rispetto alla ricostruzione del fatto sottoposto alla sua attenzione. Poiché – afferma ancora Ferrajoli – «in nessun sistema il giudice è una macchina a gettoni, concepirlo come tale significa farne una macchina cieca, in preda alla stupidità o peggio agli interessi e ai condizionamenti di potere più o meno nascosti, e in ogni caso favorirne l'irresponsabilità politica e morale» (p. 157). In generale, sulla discrezionalità del giudice si veda per tutti A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995. Con specifico riguardo alla discrezionalità del giudice penale oltre a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 135 ss. e spec. 145 ss., si vedano G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 39 ss. Per una lettura che, ricorrendo alla fisica quantistica, cerca in un qualche modo di contenere la discrezionalità del giudice si veda R. BIN, *A Discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*, Milano, 2013; infine, per il problematico rapporto fra discrezionalità del giudice e sistema della fonti si veda G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, 19 ss.

⁹⁶ Come abbiamo cercato di mettere in evidenza nel par. 4.

spettare la sfera di discrezionalità legislativa⁹⁷, lasciando, però, in tal modo sopravvivere norme dall'evidente incostituzionalità o, viceversa, intervenire, dichiarando l'incostituzionalità con forti interventi di manipolazione o con il rischio di creare pericolosi vuoti normativi. Come è noto la Corte, in ambito di politiche criminali, difficilmente, e molte volte a ragione, compie tale ultima scelta, con la conseguenza che un legittimo rispetto degli ambiti di competenza costituzionalmente garantiti si trasformi in un pericoloso abbassamento dei livelli di tutela dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali.

Sebbene la Corte costituzionale non abbia avuto il coraggio, quando ne ha avuto la possibilità, di prendere una posizione definitiva in merito al meccanismo predisposto dall'art. 4-*bis*, eliminando una volta per tutte la norma dall'ordinamento, può ritenersi stabilmente presente nella sua giurisprudenza il principio che esclude rigidi meccanismi legali che comprimono il potere di valutazione del giudice. In altre parole, nella giurisprudenza costituzionale è tracciata con sufficiente chiarezza la strada da percorrere per l'adozione di discipline che limitino la libertà personale.

Ora spetta al Legislatore abbandonare le sue paure e l'utilizzo in funzione simbolica del diritto criminale per seguire la strada indicata dalla Corte⁹⁸. Fino a quando questo non accadrà rischieremo non solo di trovarci di fronte ad una Corte costituzionale che fa troppo o troppo poco, ma anche davanti ad un pericoloso gioco al ribasso dei livelli di tutela dei diritti fondamentali.

⁹⁷ Sulla discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale, fra le tante, si vedano: A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 71 ss.; M. SCUDIERO-S. STAIANO, *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999; A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in www.forumcostituzionale.it, 2006; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 626 ss.

⁹⁸ In tal senso lascia ben sperare l'approvazione alla Camera dei deputati del d.d.l. n. 2798, «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena» e attualmente all'esame del Senato (S.2067). Il disegno di legge, il quale delega al Governo l'adozione di decreti legislativi per la riforma della disciplina del processo penale e dell'ordinamento penitenziario, all'art. 31 del testo attualmente all'esame del Senato prevede «b) revisione delle modalità e 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, salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità e in particolare per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale [...] e) 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, salvo i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale».