

QUESTIONI APERTE

Liberazione condizionale/libertà vigilata

La decisione

Liberazione condizionale - libertà vigilata - pericolosità sociale - applicazione obbligatoria - durata fissa - esclusione della revoca anticipata

(Artt. 177, co. 2 e 230, co. 1 n. 2 c.p.).

La libertà vigilata, quando applicata al condannato ammesso alla liberazione condizionale, non è una misura di sicurezza e neppure una sanzione aggiuntiva, ma la prosecuzione, in forme meno afflittive, della pena già subita in origine. Liberazione condizionale e libertà vigilata costituiscono infatti un tutt'uno, e si delineano, unitamente considerate, come una misura alternativa alla detenzione. La libertà vigilata è dunque una sorta di "prova in libertà", finalizzata, analogamente alle altre modalità di esecuzione extra-muraria della pena, a favorire il graduale reinserimento del condannato nella società. Vanno quindi dichiarate non fondate le q.l.c., sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., degli artt. 177, co. 2 e 230, co. 1 n. 2 c.p. nella parte in cui stabiliscono l'obbligatoria applicazione in misura predeterminata e fissa della libertà vigilata al condannato alla pena dell'ergastolo ammesso alla liberazione condizionale e non ne consentono la revoca anticipata. La disciplina censurata non determina alcun automatismo irragionevole. Il periodo di libertà vigilata ha l'obiettivo di verificare la tenuta della prognosi di sicuro ravvedimento già effettuata in sede di concessione della liberazione condizionale. Né è irragionevole che ciò avvenga per un periodo fisso, poiché la pena originariamente inflitta è già stata commisurata, questa sì doverosamente, alle specificità della situazione concreta.

CORTE COSTITUZIONALE, 11 aprile 2023 (ud. 21 febbraio 2023), n. 66 - SCIARRA, *Presidente* - ZANON, *Relatore*

Considerazioni a margine della sentenza Corte cost., 11 aprile 2023, n. 66: una battuta d'arresto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul superamento degli automatismi sanzionatori?

Il contributo prende spunto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 66/2023 per svolgere alcune riflessioni sulla necessità di proseguire l'iter di erosione dei meccanismi sanzionatori presuntivi nell'ambito dei reati di elevata gravità. In particolare, prendendo le distanze dalle argomentazioni sviluppate dalla Consulta, che, in effetti, sembra interrompere tale percorso nel caso in esame, si propongono alcuni spunti per una ridefinizione del giudizio di pericolosità sociale del condannato, affinché non venga più inteso come presunzione di non rieducabilità del medesimo, ma quale più ampio giudizio sulle sue esigenze di risocializzazione, funzionale a un nuovo metodo di bilanciamento con le istanze di difesa sociale.

Considerations in regard of Constitutional Court ruling 11th April 2023, no. 66: a setback in the

development of constitutional case law on overcoming automatic sanctions?

The paper takes the Constitutional Court's judgment n. 66/2023 as a starting point to develop some considerations on the need to continue the process of erosion of the presumptive sanctioning mechanisms in the context of highly serious offences. In particular, starting from the arguments developed by the Constitutional Court, which seems to interrupt this path in the case under consideration, some ideas are proposed for a redefinition of the assessment of the offender's social dangerousness, so that it is no longer interpreted as a presumption of non rehabilitability of the offender, but as a broader judgment of his re-education needs, functional to a new method of balancing with the instances of social defence.

SOMMARIO: 1. Le questioni sottoposte al controllo di legittimità costituzionale. - 2. Le opinabili argomentazioni della Corte costituzionale nel caso in esame: sulla questione controversa - solo in apparenza dirimente - relativa alla natura giuridica della libertà vigilata disposta nei confronti dell'ergastolano in liberazione condizionale quale fondamento della sua applicazione obbligatoria. - 2.1. La durata fissa e prestabilita della libertà vigilata: la soglia convenzionale dei cinque anni circa il condannato all'ergastolo in liberazione condizionale. - 2.2. L'impossibilità per il Magistrato di sorveglianza di disporre la revoca anticipata della misura. - 3. Una battuta d'arresto all'interno del progressivo *iter* giurisprudenziale di erosione dei meccanismi sanzionatori presuntivi *ex lege*. - 4. La necessaria rivisitazione del giudizio di pericolosità sociale e l'imprescindibile congedo dalle presunzioni di non rieducabilità nell'ambito dei reati di particolare gravità.

1. *Le questioni sottoposte al controllo di legittimità costituzionale.* La vicenda prende origine dal provvedimento di ammissione alla liberazione condizionale emesso dal Tribunale di sorveglianza di Firenze in data 29 ottobre 2020 nei confronti di B.V., condannato all'ergastolo per aver partecipato a un'organizzazione criminale e aver compiuto, per motivi di mafia, i delitti di omicidio plurimo e detenzione illegale di armi, tutti commessi nel 1990.

A favore della concessione della suddetta misura alternativa si poneva l'accertamento circa il sicuro ravvedimento del condannato, l'adempimento delle obbligazioni civili e l'impossibilità di risarcire integralmente il danno. In particolare, quanto al presupposto del sicuro ravvedimento, durante la carcerazione il detenuto aveva dimostrato di aver compiuto un adeguato percorso di revisione critica delle proprie condotte criminose, di aver conseguito con successo gli studi universitari e partecipato proficuamente alle attività trattamentali intramurarie ed extramurarie, avendo potuto usufruire, in virtù del principio di progressività trattamentale, dei permessi premio e della semilibertà.

A seguito dell'ammissione di B.V. alla liberazione condizionale, lo stesso è stato sottoposto, ai sensi degli artt. 177, co. 2 e 230, co. 1 n. 2 c.p., alla misura della libertà vigilata a far data dal 5 novembre 2020, con scadenza 5 novembre 2025. Sull'assunto della cessata pericolosità sociale dell'interessato, la difesa del

condannato ha presentato istanza di revoca anticipata della libertà vigilata, poi rigettata dal Magistrato di sorveglianza di Firenze competente, in quanto valutazione non consentita dalla normativa attuale.

Stando, infatti, a un'interpretazione letterale della disciplina, quest'ultima sottrae alla discrezionalità del giudice qualsiasi valutazione sull'*an* e sul *quantum* della libertà vigilata. Invero, l'art. 230, co. 1 n. 2 c.p., in maniera inequivocabile, annovera tra i casi in cui la libertà vigilata deve essere sempre ordinata quello dell'ammissione del condannato alla liberazione condizionale. Inoltre, al netto delle ultime modifiche normative, come si dirà, l'art. 177, co. 2 c.p. subordina l'estinzione della sanzione al decorso, con esito positivo, di tutto il tempo della pena inflitta o dell'intero periodo di cinque anni in caso di ergastolano.

In seguito, il difensore del detenuto ha proposto appello *ex art.* 680 c.p.p. al Tribunale di sorveglianza di Firenze contro il diniego di revoca della misura, ritenendo che, in quanto misura di sicurezza, anche per la libertà vigilata applicata all'ergastolano in liberazione condizionale valesse il requisito dell'attualità della pericolosità sociale *ex art.* 202, co. 1 c.p. Su tale premessa l'appellante eccepiva, in subordine, l'illegittimità costituzionale degli artt. 177, co. 2 e 230, co. 1 n. 2 c.p. nella parte in cui rendevano obbligatoria l'applicazione della libertà vigilata e ne determinavano in misura fissa (nel caso di specie cinque anni) la durata, impedendone altresì la revoca anticipata.

Il Tribunale di sorveglianza di Firenze, investito dell'appello, condividendo i dubbi di legittimità già evidenziati dalla difesa ed escludendo di poter addvenire a un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa di riferimento, sollevava con ordinanza del 15 marzo 2022, in violazione degli artt. 3 e 27 Cost., tre questioni di legittimità costituzionale con riguardo agli artt. 177, co. 2 e 230, co. 1 n. 2 c.p. nella parte in cui «1) stabiliscono l'obbligatoria applicazione della misura della libertà vigilata al condannato alla pena dell'ergastolo ammesso alla liberazione condizionale; 2) stabiliscono la durata della libertà vigilata in misura fissa e predeterminata; 3) non prevedono la possibilità per il Magistrato di sorveglianza di verificare in concreto, durante l'esecuzione della libertà vigilata, l'adeguatezza della sua permanente esecuzione alle esigenze di reinserimento sociale del liberato condizionalmente e non ne consentono, per l'effetto, la revoca anticipata»¹.

¹ Cfr. Trib. sorv. Firenze, ordinanza 15 marzo 2022, n. 791.

In particolare, in punto di rilevanza, il giudice *a quo* sottolineava come, nonostante il condannato avesse raggiunto «un grado di affidabilità elevato anche sotto l'aspetto della convinta revisione critica delle scelte criminali della sua vita precedente»² tanto da ritenere sussistente il serio e sicuro ravvedimento richiesto per l'applicazione della misura alternativa, le disposizioni censurate, così come formulate, non consentissero alcun margine di valutazione circa la necessità dell'applicazione della libertà vigilata, né un riesame sul protrarsi della stessa fino alla durata fissa dei cinque anni.

Il rimettente, quindi, non intese contestare la legittimità in sé della libertà vigilata quale misura - afflittiva - aggiuntiva alla liberazione condizionale, quanto l'impossibilità per il giudice di verificare in concreto se quella misura fosse necessaria o meno e, in caso affermativo, di stabilirne la durata adeguata al caso specifico. Proprio dalla sussistenza, quindi, di tali automatismi sanzionatori di carattere assoluto il Tribunale ebbe a derivare la non manifesta infondatezza delle questioni, ritenendo che la normativa si ponesse in contrasto con il principio della finalità rieducativa *ex art. 27, co. 3 Cost.*, nonché con il principio di ragionevolezza di cui all'*art. 3 Cost.*, poiché, impedendo di valutare la situazione concreta, accomunerebbe - trattandoli allo stesso modo - percorsi rieducativi e pericolosità differenti.

Investita delle suddette questioni di legittimità, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 66/2023 del 11 aprile 2023 ha espresso peraltro un giudizio di non fondatezza delle stesse, sulla base di una «lettura a sistema delle disposizioni portate» alla sua attenzione: affermando, come vedremo, che la disciplina censurata non determina alcun «automatismo irragionevole», posto che «per il condannato ammesso alla liberazione condizionale la libertà vigilata è una misura alternativa alla detenzione, finalizzata alla sua risocializzazione»³.

2. Le opinabili argomentazioni della Corte costituzionale nel caso in esame: sulla questione controversa - solo in apparenza dirimente - relativa alla natura giuridica della libertà vigilata disposta nei confronti dell'ergastolano in liberazione condizionale quale fondamento della sua applicazione obbligatoria. Delineate le caratteristiche della vicenda, cercheremo di evidenziare come siano numerosi, in effetti, i profili di perplessità che emergono dalla sentenza n. 66/2023, la quale sembra in qualche modo costituire una sorta di inversione di

² *Ibid.*

³ Cfr. il comunicato ufficiale della Corte costituzionale dell'11 aprile 2023, in www.cortecostituzionale.it.

marcia nel lungo cammino, finora intrapreso dalla giurisprudenza costituzionale, verso il superamento degli automatismi sanzionatori.

Partendo dalla prima delle suddette questioni di legittimità (riferita all'obbligatoria applicazione della libertà vigilata all'ergastolano in liberazione condizionale), la Corte costituzionale è pervenuta alla decisione di infondatezza sviluppando le sue motivazioni attorno a una tematica considerata – riteniamo erroneamente – decisiva: quella relativa alla tanto discussa natura giuridica della libertà vigilata di cui all'art. 230, co. 1 n. 2 c.p. Per questa via, infatti, la Consulta, dopo aver dato conto delle diverse interpretazioni di cui la misura risulta destinataria, ha ritenuto di poter escludere che la sua applicazione obbligatoria integri un irragionevole automatismo sanzionatorio, affermando che la stessa non costituisce una misura di sicurezza, bensì una modalità sostitutiva di esecuzione della pena originariamente detentiva e, dunque, un tutt'uno con la misura alternativa alla detenzione della liberazione condizionale: e in tal modo giustificando la non necessità di una valutazione concreta e attuale sulla pericolosità sociale del soggetto.

Ebbene, onde motivare fin d'ora come questo aspetto sia solo in apparenza dirimente, bensì risulti di scarso rilievo ai fini della prima questione sollevata, è bene ripercorrere per sommi capi il dibattito sul punto, nonché le diverse posizioni delle parti e degli intervenienti in giudizio, trattandosi, in effetti, dell'ipotesi di libertà vigilata più controversa tra quelle indicate dall'art. 230 c.p. Anzitutto, la difesa del condannato ha esposto, in realtà, una ricostruzione della misura accolta solo da alcune correnti dottrinali⁴, secondo la quale la libertà vigilata in esame costituirebbe una misura di sicurezza a tutti gli effetti. Pertanto, grazie a una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 177, co. 2 e 230, co. 1 n. 2 c.p., alla misura andrebbero applicati i presupposti *ex artt.* 202 ss. c.p., tra cui, anzitutto, la verifica circa l'attuale pericolosità sociale dell'interessato:

⁴ A favore, per esempio, della riconducibilità di tale istituto nel novero delle misure di sicurezza cfr. VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, in VASSALLI, *Scritti giuridici*, Milano, 1997, vol. I, pt. II, 1280 ss. Per una ricostruzione sul punto cfr. DODARO, *Sulla legittimità costituzionale dell'obbligatorietà della libertà vigilata quinquennale per l'ergastolano liberato condizionalmente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 2, 799 ss.; MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir. agg.*, Milano, 1997, vol. I, 774, il quale evidenzia, in senso critico, come l'esclusione della libertà vigilata in esame dalla categoria delle misure di sicurezza costituisca «[...] un *vulnus* al principio generale che deve presiedere ad ogni applicazione della misura di sicurezza». In senso contrario, invece, a favore di tale tipologia di libertà vigilata quale misura sostitutiva della pena cfr. PELUSO, voce *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, vol. VIII, 164; PULVIRENTI, *Le misure alternative alla detenzione, Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di Corso, Milano, 2019, 354 ss.

verifica il cui esito negativo porterebbe all'inapplicabilità o alla revoca anticipata della misura di sicurezza in questione.

Secondo la giurisprudenza, invece, è pacifico che questa particolare tipologia di libertà vigilata non rientri nel *genus* delle misure di sicurezza, con conseguenziale inapplicabilità ad essa dei relativi requisiti previsti dalla legge e, in particolare, delle norme sul giudizio di pericolosità sociale⁵. In quest'ottica, sarebbero proprio la sua disciplina e la sua *ratio* a distinguerla dall'omonima misura di cui all'art. 228 c.p. Si osserva infatti che, seppure possano individuarsi alcune similarità dal punto di vista contenutistico, la normativa ordinaria stabilita per le misure di sicurezza non può reputarsi estesa all'ipotesi in esame di libertà vigilata, non applicandosi a essa i termini minimi di durata, né la possibilità di revoca o proroga. Tuttavia, sarebbe soprattutto la finalità di questa libertà vigilata «atipica»⁶ a giustificarne la differenziazione: tale misura, infatti, mirerebbe al controllo e al sostegno del liberato condizionalmente, indipendentemente dalla sua pericolosità sociale. Quest'ultima anzi, osserva la Corte nel caso in discussione, non deve sussistere, e ciò proprio perché, ai fini dell'applicazione della misura alternativa, è richiesto l'accertamento del sicuro ravvedimento. In quanto misura finalizzata a sottoporre il liberato condizionalmente a una specie di «prova in libertà», la normativa censurata non determinerebbe affatto, quindi, un'irragionevole presunzione assoluta, poiché la *ratio* della libertà vigilata si concretizzerebbe nel «verificare la tenuta della prognosi di sicuro ravvedimento già effettuata in sede di concessione della liberazione condizionale»⁷.

Su tali premesse si fonda, dunque, il prevalente orientamento della giurisprudenza (di legittimità e costituzionale), secondo cui la libertà vigilata applicata al liberato condizionalmente costituirebbe un tutt'uno con la misura alternativa e ciò alla stregua di una «inscindibilità del binomio liberazione condizionale-

⁵ Per una ricostruzione sul punto cfr. BARONE, voce *Liberazione condizionale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, vol. VII, 419 ss.; CANEPA-MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*⁹, Milano, 2010, 297 ss.; LATTANZI-LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 2015, vol. III, 1252; PADOVANI, *Codice penale*⁶, Milano, 2019, vol. I, 1321.

⁶ Cfr. BARONE, voce *Liberazione condizionale*, cit., 416; PADOVANI, *Codice penale*, cit., 1321; cfr. altresì sentenza Corte cost., 28 gennaio 1970, n. 11, in cui la Consulta, negando la possibilità di assimilare l'istituto in questione all'omonima misura di sicurezza, lo definisce come una «fattispecie tutta particolare».

⁷ Cfr. la sentenza n. 66/2023 in commento.

libertà vigilata», che considera la seconda come una meno afflittiva modalità sostitutiva di esecuzione della pena in origine detentiva⁸.

Questa è, in effetti, anche la posizione fatta propria nel caso di specie dalla Corte costituzionale⁹, la quale, come si anticipava, ha subordinato la risoluzione della prima questione di legittimità a quella concernente la natura giuridica della suddetta forma di libertà vigilata. La sua qualificazione come modalità di esecuzione della pena, anziché come misura di sicurezza, è stata cioè intesa dalla Consulta quale passaggio decisivo per giungere ad affermare la piena conformità della medesima ai principi costituzionali, in quanto consegue di diritto alla liberazione condizionale e prescinde dall'accertamento della sussistenza e permanenza della pericolosità sociale del condannato. Nella sentenza in commento si dà conto, infatti, del consolidato orientamento dottrinale in base al quale le modifiche introdotte dalla L. 10 ottobre 1986, n. 663¹⁰, che pure hanno portato a ritenere non più obbligatori i casi di applicazione della libertà vigilata *ex art. 230 c.p.*, non si estendono anche all'ipotesi – che qui ci interessa – di cui al n. 2 della disposizione¹¹: per la quale, dunque, la misura «continua a operare *ex lege*, sia pur mediata da un provvedimento del Magistrato di sorveglianza che ne stabilisce le concrete modalità esecutive»¹².

Nondimeno, appare maggiormente condivisibile la posizione sul punto del giudice *a quo* (in linea con le opinioni presentate alla Corte costituzionale dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, in qualità di *amicus curiae*¹³), secondo cui il passaggio attinente alla definizione della reale natura della libertà vigilata applicata all'ergastolano in liberazione condizionale sarebbe in realtà

⁸ Cfr. sentenze Corte cost., 12 maggio, 1977, n. 78; Corte cost., 25 maggio 1989, n. 282; cfr. anche Cass., Sez. I, 9 ottobre 2012, n. 39854; Cass., Sez. I, 19 marzo 1991, n. 343, Rv. 186674-01; Cass., Sez. I, 26 aprile 1997, n. 2211; Cass., Sez. I, 22 agosto 1991, n. 2222; cfr. anche PADOVANI, *Codice penale*, cit., 1322. A dimostrazione di ciò si ricordi poi l'orientamento prevalente secondo cui il tempo trascorso in libertà vigilata *ex art. 230, co. 1 n. 2 c.p.* si computa ai fini della concessione della liberazione anticipata *ex art. 54 L. n. 354/1975*: Cass., Sez. I, 22 marzo 2017, n. 13934.

⁹ Nonché dall'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta in giudizio sostenendo l'infondatezza delle questioni sollevate.

¹⁰ Cfr. l'art. 31, L. n. 663/1986 per il quale, ai fini dell'adozione di misure di sicurezza personali, è sempre necessario il previo accertamento della pericolosità sociale del reo.

¹¹ Cfr. anche la citata sentenza della Corte di cassazione n. 343/1991; per una ricostruzione del relativo dibattito cfr. DODARO, *Sulla legittimità costituzionale dell'obbligatorietà della libertà vigilata quinquennale per l'ergastolano liberato condizionalmente*, cit., 799.

¹² Cfr. sul punto la sentenza n. 66/2023 in commento.

¹³ Cfr. le opinioni presentate in data 28 luglio 2022 dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, pubblicate in www.aipdp.it.

irrilevante. Invero, per il rimettente¹⁴ tale misura costituirebbe piuttosto «una sanzione a tutti gli effetti», che segue e si aggiunge obbligatoriamente all'applicazione della liberazione condizionale e si caratterizza per un indubbio contenuto afflittivo, riconosciuto anche dalla Corte costituzionale¹⁵, viste le prescrizioni di tipo restrittivo e interdittivo generalmente destinate all'interessato. In quest'ottica, secondo il Tribunale di sorveglianza di Firenze, sarebbe stato in ogni caso superfluo interrogarsi sulla natura della libertà vigilata – se costituisca una sanzione autonoma (o, come affermerà la Corte costituzionale, una modalità di esecuzione della pena) oppure una misura di sicurezza –, considerata l'ormai pacifica ascrivibilità di misure dal contenuto afflittivo al *genus* delle sanzioni penali¹⁶.

A prescindere, quindi, dalla natura della libertà vigilata, in quanto sanzione in senso lato penale, gli automatismi sanzionatori che ne caratterizzano la disciplina, impedendo di fatto al giudice di svolgere qualsiasi apprezzamento sul percorso rieducativo avviato dall'ergastolano, violerebbero i principi del finalismo rieducativo, della proporzionalità e dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, i quali operano in maniera generalizzata, appunto, per tutti i tipi di sanzioni penali.

Assodata l'irrelevanza di tale aspetto, verrebbe così meno la tenuta del ragionamento sostenuto dalla Corte costituzionale nel dichiarare l'infondatezza della questione. E in effetti, non sembra che negare alla libertà vigilata in esame «lo statuto proprio delle misure di sicurezza», per attribuirle, invece, quello di misura alternativa alla detenzione, possa giustificare, come ha ritenuto la Consulta nel caso di specie, l'esclusione della violazione dei principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.¹⁷: posto che, pur costituendo il giudizio di pericolosità sociale una valutazione tipica delle sole misure di sicurezza, nondimeno, come si approfondirà di seguito¹⁸, la magistratura di sorveglianza, nelle decisioni sulla concessione di misure e benefici extramurari, è tenuta a valutare le istanze di difesa

¹⁴ Il Tribunale di sorveglianza di Firenze ha, peraltro, negato la riconducibilità di tale tipologia di libertà vigilata alla categoria delle misure di sicurezza, non potendo così procedere a una lettura costituzionalmente orientata delle norme censurate, come invece sostenuto dalla difesa.

¹⁵ Cfr. la già menzionata sentenza Corte cost. n. 282/1989.

¹⁶ Cfr. sul punto Corte EDU, Grande camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada.

¹⁷ Cfr. sul punto anche MANCA, *Liberazione condizionale e libertà vigilata: illegittimità dell'automatismo sanzionatorio, tra esigenze di proporzionalità, reinserimento sociale e superamento delle presunzioni assolute*, in *Giur. penale*, 2022, 4, 5.

¹⁸ V. *infra* par. 4 del presente contributo.

sociale, le esigenze di risocializzazione del condannato, nonché i progressi e gli esiti rieducativi da lui eventualmente compiuti, incorrendo altrimenti in una violazione dei principi menzionati.

Pertanto, anche volendo accogliere l'orientamento della Corte costituzionale e intendere la libertà vigilata ordinata all'ergastolano in liberazione condizionale un tutt'uno con quest'ultima, in ogni caso risulterebbero trasgrediti i suddetti principi: posto che l'obbligatoria e automatica applicazione della misura in questione configura una presunzione assoluta di necessità del provvedimento associato al beneficio della liberazione condizionale, presunzione la quale, negando a priori ogni spazio di discrezionalità giudiziaria, impedisce di diversificare la risposta sanzionatoria in base alle specifiche esigenze del condannato¹⁹.

Peraltro, l'assimilazione tra la libertà vigilata di cui all'art. 230, co. 1 n. 2 c.p. e la misura alternativa ex art. 176 c.p. potrebbe costituire un assunto condivisibile soltanto ove la concessione all'ergastolano della liberazione condizionale, come sembra ritenere la Consulta, consistesse, in realtà, nell'applicazione della libertà vigilata. Un'immedesimazione di tal tipo, tuttavia, non emerge dall'odierna normativa, secondo la quale ciò che viene disposto dalla magistratura di sorveglianza è la liberazione condizionale, alla quale la libertà vigilata si aggiunge come ulteriore provvedimento restrittivo della liberazione medesima.

2.1. La durata fissa e prestabilita della libertà vigilata: la soglia convenzionale dei cinque anni circa il condannato all'ergastolo in liberazione condizionale. Quanto alla seconda questione dichiarata infondata, la Corte costituzionale ha ritenuto che la disciplina della libertà vigilata relativa all'ergastolano liberato condizionalmente non leda i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost. nemmeno sotto il profilo della sua durata fissa, stabilita convenzionalmente nella soglia di cinque anni (ora elevata a dieci anni, a seguito della L. 30 dicembre 2022, n. 199, ove si tratti di condannato all'ergastolo per reati ostativi)²⁰.

¹⁹ Cfr. in tal senso anche le già citate opinioni presentate dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale.

²⁰ Cfr. il d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, tradotto in L. n. 199/2022, con cui non solo si è provveduto a modificare la disciplina dell'ergastolo ostativo (introducendo una presunzione relativa di pericolosità sociale in capo all'ergastolano ostativo non collaborante), ma anche a inasprire, per il medesimo, il tetto di pena espiata per accedere alla liberazione condizionale e la durata di tempo trascorsa in libertà vigilata ai fini dell'estinzione della sanzione. Cfr. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *www.sistemapenale.it*, 7 novembre 2022; EUSEBI, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 29, 1008 ss. Tale riforma ha peraltro suscitato alcune perplessità circa la compatibilità con i principi costituzionali, vista la sua finalità

In particolare, nel caso di specie la Consulta ha negato la violazione del «principio di mobilità della pena» in forza dell'«inscindibile legame» della libertà vigilata con la liberazione condizionale e, «di riflesso, con la pena principale in sostituzione della quale questa è stata disposta»²¹. In tale ottica, il periodo fisso di cinque anni di libertà vigilata non risulterebbe in contrasto con i principi costituzionali sulla base dell'assunto che la pena detentiva originariamente inflitta - cui la libertà vigilata *ex artt.* 177, co. 2 e 230, co. 1 n. 2 c.p. si sostituirebbe, insieme alla liberazione condizionale, sotto forma di misura alternativa - fosse già stata commisurata in base alle caratteristiche del caso concreto in fase di condanna. L'adeguatezza dell'esecuzione della misura al caso *de quo* sarebbe piuttosto garantita, secondo la Corte, dalla possibile applicazione, da parte del Magistrato di sorveglianza, di prescrizioni e obblighi diversamente modulabili a seconda delle condizioni personologiche del condannato.

Ciò posto, non si comprende tuttavia il motivo in base al quale, per ciò solo, il periodo fisso della misura dovrebbe ritenersi conforme a Costituzione: considerato che, proprio alla luce dell'individualizzazione e della finalità rieducativa del trattamento sanzionatorio, non è solo la pena inflitta in sede di condanna a dover risultare adeguata al caso di specie, ma anche quella poi in concreto eseguita. È ormai appurata, infatti, la possibilità, per la sanzione originariamente determinata, di essere quantitativamente e qualitativamente modificata nella successiva fase di esecuzione tramite le misure alternative (secondo la prospettiva di una flessibilizzazione della pena inflitta attraverso la condanna). In tal senso, l'individualizzazione della sanzione, se autenticamente intesa, dovrebbe estendersi tanto al momento di determinazione della stessa, quanto alla sua fase esecutiva, posto che l'adeguatezza alle peculiarità della situazione cui si applica costituisce una caratteristica da reputarsi ormai ontologica della pena, che dovrebbe sussistere in tutte le fasi del procedimento²².

Da questo punto di vista, non sembra condivisibile nemmeno l'orientamento dell'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta in giudizio, laddove, nel

di irrigidimento - anziché erosione - degli automatismi sanzionatori, in direzione opposta, dunque, anche a quanto richiesto dalla giurisprudenza internazionale. Cfr., infatti, nel senso di una «controriforma» dell'art. 4-bis L. n. 354/1975; FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, in www.guidaaldirittoital.ilssole24ore.com, 9 aprile 2022; MANCA, *Liberazione condizionale e libertà vigilata: illegittimità dell'automatismo sanzionatorio, tra esigenze di proporzionalità, reinserimento sociale e superamento delle presunzioni assolute*, cit., 1.

²¹ Cfr. la sentenza n. 66/2023 in commento.

²² Cfr. sul punto Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313.

criticare l'ordinanza di rimessione, pare esprimersi a favore della certezza della pena irrogata, concepita quale necessità che la sanzione sia scevra da successive modificazioni nella fase esecutiva: risultando, invece, apprezzabile – e, peraltro, in linea con i più recenti arresti giurisprudenziali internazionali – l'orientamento del giudice *a quo*, secondo cui la magistratura di sorveglianza deve modulare la fisionomia della sanzione, perché tenuta «ad accertare [...] se il condannato, in ragione del suo percorso rieducativo e dell'avvenuto ravvedimento, abbia scontato “abbastanza pena”»²³.

Anche sotto questo profilo appare dunque maggiormente condivisibile la posizione del rimettente, il quale ha ritenuto che la durata fissa di una misura dal contenuto sanzionatorio afflittivo – indipendentemente dalla sua veste formale di sanzione penale, misura alternativa o misura di sicurezza – sia «per ciò solo indiziata di illegittimità», perché, costituendo, pure in tal caso, un rigido automatismo sanzionatorio, impedisce di individualizzare e differenziare la risposta al reato in base alle diverse condizioni di risocializzazione del singolo condannato²⁴.

Peraltro, nella pronuncia in commento, la Corte costituzionale ha sostenuto che il principio di flessibilizzazione della pena fosse stato erroneamente invocato, poiché l'individualizzazione della sanzione sarebbe comunque assicurata tanto in sede di predeterminazione legale, da parte del legislatore, quanto in fase di condanna, avendo il giudice irrogato un'entità di pena proporzionata al fatto di reato commesso.

Da ciò, tuttavia, pare evincersi un'interpretazione del suddetto principio lontana dal suo significato più autentico, perché consistente nella sua accezione, per così dire, «più bassa»²⁵: nel senso cioè di quell'individualizzazione retributiva che si sostanzia nell'unica forma possibile concessa dal paradigma del corrispettivo, ovvero sia in un'operazione aritmetica che porta il giudice ad irrogare un dato *quantum* di pena detentiva, asserendolo proporzionato al reato commesso, tenuto conto del minimo e del massimo edittale²⁶.

²³ Cfr. Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola e Corte EDU, Grande camera, 9 luglio 2013, Vinter.

²⁴ Cfr. Corte cost. 14 aprile 1980, n. 50, in cui si afferma che le «[...] previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale».

²⁵ Cfr. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 162 ss.

²⁶ In termini analoghi sembra esprimersi anche FURONE, *Quali spazi per il giudizio di proporzionalità nella fase esecutiva della pena? Riflessioni a margine di Corte cost. n. 66 del 2023 sulla libertà vigilata applicata all'ergastolano liberato condizionalmente*, in www.sistemapenale.it, 18 ottobre 2023, in cui si

Per individualizzazione della sanzione dovrebbe intendersi, infatti, non tanto l' idoneità della pena a costituire un corrispettivo rispetto alla gravità del fatto colpevole, quanto piuttosto la sua capacità di soggettivarsi e adeguarsi, considerato l' orientamento richiesto dall' art. 27, co. 3 Cost., alle caratteristiche del condannato e del contesto in cui il reato è stato commesso.

Così reinterpretato, il principio di individualizzazione non potrebbe dirsi realmente garantito nel caso di specie, poiché, per assicurarne la tutela, non risulta sufficiente – come invece ritenuto dalla Consulta nella sentenza in commento – la mera possibilità per il giudice di modulare la sanzione sul piano della sola dimensione quantitativa.

Né varrebbe a escluderne la violazione – come sostenuto anche dall' Associazione italiana dei Professori di diritto penale²⁷ – la circostanza che la libertà vigilata, pur essendo vincolata nell' *an* e nel *quantum*, sia comunque discrezionale nel *quomodo*, vista la possibilità per il Magistrato di sorveglianza di determinare, ai sensi dell' art. 190 disp. att. c.p.p., il contenuto prescrittivo della misura in base alle esigenze di sostegno e di controllo del condannato. Invero, non solo tale potere decisionale non sarebbe «in grado di soddisfare compiutamente, in tutti i casi, le esigenze di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento penale»²⁸, ma poi non farebbe altro che avvalorare i profili di contrarietà dell' attuale disciplina ai principi costituzionali: posto che anche le valutazioni sull' *an* e sul *quantum* della libertà vigilata dovrebbero essere ispirate dalla necessità di adattare la sanzione penale alle caratteristiche del caso di specie. In altri termini, la discrezionalità del Magistrato di sorveglianza sul contenuto della misura dovrebbe ancor prima implicare la possibilità per il medesimo di decidere se e per quanto tempo disporre la stessa²⁹. Un potere

evidenzia come le suddette argomentazioni della Consulta meritino di essere attentamente valutate alla luce anzitutto del principio di proporzionalità sanzionatoria, che « [...] lungi dal costituire un mero parametro attraverso il quale indagare solamente la corrispondenza tra gravità oggettiva e soggettiva del fatto e adeguatezza della sanzione, assume i caratteri di un principio universale di giustizia, in grado di svolgere un' importante funzione “di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale”, ovunque trovi esplicitazione». In particolare, l' Autrice sottolinea, a ragione, come « [...] la concezione “retrospettiva” di proporzionalità» che pare emergere dalla pronuncia in commento sarebbe in realtà strutturalmente incompatibile con la misura alternativa in esame, implicante, invece, «un giudizio prognostico sulla condotta futura del reo»: da qui, dunque, la necessità di « [...] configurare una proporzionalità c.d. esecutiva».

²⁷ Cfr. le già citate opinioni presentate dall' Associazione italiana dei Professori di diritto penale.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Nello stesso senso cfr. anche FURONE, *Quali spazi per il giudizio di proporzionalità nella fase esecutiva della pena? Riflessioni a margine di Corte cost. n. 66 del 2023 sulla libertà vigilata applicata all' ergastolano*

valutativo, quello circa la scelta delle singole prescrizioni della misura, che appare comunque alquanto indeterminato, considerato che gli artt. 228 c.p. e 190 disp. att. c.p.p. si limitano a stabilire solo alcune «previsioni “minime”», oltre le quali il legislatore non ha voluto tipizzare il contenuto della misura, lasciando così alla *piena* discrezionalità giudiziaria la determinazione in concreto degli obblighi e delle prescrizioni cui sottoporre il condannato.

Simile disciplina non potrebbe neppure essere giustificata in base al rilievo, evidenziato dalla Consulta e desumibile dall'art. 55 L. 26 luglio 1975, n. 354³⁰, secondo cui il regime prescrittivo della libertà vigilata, essendo diretto non solo al controllo del condannato, ma anche a favorirne il graduale reinserimento nella società, risulterebbe compatibile con la finalità rieducativa della pena.

Sul punto è bene ricordare, infatti, che le questioni sollevate dal rimettente non hanno messo in discussione la legittimità costituzionale dell'istituto in sé, bensì gli automatismi sanzionatori che ne caratterizzano la disciplina. E proprio in tale diversa ottica appare sussistere l'incompatibilità degli artt. 177 e 230 c.p. con il principio *ex art. 27, co. 3 Cost.*, considerato che l'attuale normativa prevede la presunta esigenza che l'ergastolano liberato condizionalmente debba sempre vedere limitati, per cinque o dieci anni, i modi del suo reinserimento nella società (vale a dire, che debba essere sempre controllato per un periodo fisso): ben potendo, invece, essere già stato raggiunto, in alcuni casi, l'obiettivo di una ragionevole assenza della necessità di protrarre simili limitazioni.

2.2. L'impossibilità per il Magistrato di sorveglianza di disporre la revoca anticipata della misura. Circa poi l'infondatezza della terza questione di legittimità costituzionale, nella pronuncia in commento è stata negata l'irragionevolezza della disciplina nella parte in cui impedisce al giudice di disporre la revoca anticipata della libertà vigilata applicata all'ergastolano liberato condizionalmente. Senonché, è difficile individuare una razionale spiegazione di questo esito nell'impossibilità di verificare la necessità della permanenza della misura e di anticipare – rispetto alla durata prestabilita dalla legge – il termine della stessa, se pensiamo che l'attuale normativa ammette la circostanza dell'affievolirsi delle esigenze di controllo del condannato: escludendo, invece, in via assoluta, che le medesime possano del tutto venire meno.

liberato condizionalmente, in *www.sistemapenale.it*, 18 ottobre 2023.

³⁰ Il quale attribuisce al servizio sociale compiti di sostegno e assistenza nei confronti dei soggetti sottoposti alla libertà vigilata, ai fini del loro reinserimento sociale.

Invero, la discrezionalità del Magistrato di sorveglianza sul *quomodo* della misura si traduce non solo nella scelta relativa alla tipologia delle prescrizioni da impartire, ma anche nella possibilità di ridurle e rimodularle nel corso del tempo «in coerenza con la specifica situazione personale ed ambientale» in cui versi il condannato all'ergastolo in liberazione condizionale, «laddove risultino elementi tali da far ritenere che il controllo nei suoi confronti debba affievolirsi»³¹. Ma ciò porta a constatare, al pari di quanto sostenuto in giudizio dalla difesa, come la capacità della disciplina di adattarsi al variare delle circostanze concrete sia, in realtà, solo apparente (o, comunque, fortemente circoscritta), perché fondata su un ulteriore automatismo di tipo presuntivo, legato al perdurare delle esigenze di controllo. Impedendo, infatti, al Magistrato di sorveglianza di valutare, ai fini di una revoca anticipata della libertà vigilata, se nel caso di specie la finalità della misura sia stata raggiunta prima dell'intero decorso del periodo di cinque anni fissato dalla legge, la disposizione di cui all'art. 177, co. 2 c.p. sembra muovere dal discutibile presupposto che l'esigenza di controllo, accertata al momento della concessione della liberazione condizionale, risulti «immutata per l'intero periodo di tempo in cui la misura sia eseguita»³².

In tal senso, è certamente condivisibile la posizione assunta dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, che pure ha evidenziato come la libertà vigilata *de quo* risulti oggi fondata su una presunzione assoluta di «ineludibile necessità di controllo sulla persona condizionalmente liberata», presunzione la quale non consente di verificare l'andamento della misura e di graduare la durata della stessa, disponendone, eventualmente, la revoca anticipata in caso di cessate esigenze di controllo³³. In linea, quindi, con quanto affermato dal Tribunale di sorveglianza di Firenze, «l'impossibilità di interrompere l'esecuzione della misura, pur in presenza di significativi progressi compiuti dalla persona liberata condizionalmente», violerebbe gli artt. 3 e 27 Cost., poiché «impedirebbe così di riconoscere che “il sacrificio” imposto dalla libertà vigilata non è più necessario»³⁴.

Si rinviene, del resto, un'innegabile incongruenza – riconosciuta dalla Consulta stessa nella pronuncia in commento – tra il giudizio di sicuro ravvedimento,

³¹ Cfr. la sentenza n. 66/2023 in commento.

³² Cfr. le già citate opinioni presentate dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale.

³³ *Ibid.*

³⁴ Cfr. la già menzionata ordinanza Trib. sorv. Firenze, n. 791/2022.

quale presupposto per la concessione della misura di cui all'art. 176 c.p., e la presunzione assoluta di esigenze di controllo, posta a fondamento della disciplina in questione³⁵. Avendo tuttavia la Corte costituzionale giustificato tale discordanza argomentando circa la natura del suddetto giudizio, il quale, seppur svolto con particolare attenzione³⁶, rimarrebbe pur sempre prognostico e, dunque, incerto: da cui la necessità della libertà vigilata di fornire una conferma della prognosi sul sicuro ravvedimento del condannato all'ergastolo.

Questa posizione appare però foriera di possibili derive improntate «a logiche di polizia»³⁷, in evidente contrasto con i principi di rieducazione, individualizzazione e proporzionalità della pena: principio, quest'ultimo, che dovrebbe intendersi come «adeguatezza» della sanzione a concretizzare la finalità rieducativa attribuitale dalla Costituzione³⁸.

Anzitutto, la finalità della misura (di ulteriore conferma dell'esito rieducativo, da acquisirsi «in una situazione, più completa ed effettiva, di libertà») avrebbe potuto trovare una sua ragion d'essere precedentemente all'introduzione della legge sull'ordinamento penitenziario per quanto concerne il condannato all'ergastolo, in quanto ancora non vi era la possibilità per il medesimo di usufruire di benefici penitenziari prima di essere ammesso all'unica misura extramuraria disponibile (la liberazione condizionale)³⁹. Tuttavia, in forza del principio di

³⁵ Nella sentenza n. 66/2023 in commento si afferma, infatti, che questa particolare tipologia di libertà vigilata «prescinde totalmente dalla pericolosità sociale del condannato, ed anzi, “in tanto è ordinata in quanto sia stato accertato che questi non è più socialmente pericoloso”». In tal senso cfr. anche VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, cit., 1269.

³⁶ Il giudizio sul sicuro ravvedimento implica, infatti, un «esame particolarmente attento e approfondito», nonché «serio, affidabile e ragionevole» circa la «pragmatica conformazione della futura condotta di vita all'osservanza della legge penale in precedenza violata»: cfr. *ex multis* Cass., Sez. I, 19 maggio 2021, n. 19818.

³⁷ Cfr. le già citate opinioni presentate dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale.

³⁸ Cfr. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in *Principi, regole, interpretazione, contratti, obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, a cura di Conte-Landini, Mantova, 2017, vol. I, 318. Sul principio di proporzionalità come espressione del finalismo retributivo e «corollario della teoria retributiva» cfr. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena: profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 134 ss.; EUSEBI, *Appunti critici di un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 4, 1157 ss.; EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 150 ss., in cui si afferma l'esigenza a monte di una definizione, da parte del legislatore, dei fini della pena, affinché il principio di proporzionalità in sede di commisurazione giudiziale «non costituisca [...] un riflesso dell'idea di compensazione retributiva»; DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova, 1979, 117 ss.; ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020, 39.

³⁹ Cfr. sul punto anche DODARO, *Sulla legittimità costituzionale dell'obbligatorietà della libertà vigilata quinquennale per l'ergastolano liberato condizionalmente*, cit., 796 ss.

progressività trattamentale, attualmente la verifica sulla tenuta del giudizio di sicuro ravvedimento dell'ergastolano ben può essere soddisfatta antecedentemente alla concessione della liberazione condizionale. Pertanto, potendosi ora desumere l'avvenuto percorso di reintegrazione sociale *ex ante* (e cioè dall'esito positivo di precedenti benefici e misure), verrebbero meno le ragioni a fondamento dell'obbligatoria e indiscriminata applicazione, per un periodo fisso, della libertà vigilata, corredata da prescrizioni di carattere afflittivo, originariamente pensate, circa il condannato all'ergastolo, per consentire *ex post* una gradualità di reinserimento sociale, nell'interesse tanto del condannato quanto della collettività.

Inoltre, dato il carattere aleatorio che contraddistingue anche il più approfondito giudizio prognostico, individuare la necessità di un'ulteriore misura afflittiva dopo la concessione della libertà vigilata pare condurre a esiti irragionevoli. Sul presupposto della mai assoluta certezza dei giudizi prognostici, si potrebbe giungere ad avallare, infatti, la pericolosa applicazione all'infinito di ulteriori periodi di vigilanza finalizzati a procurare la conferma di quel giudizio. L'aleatorietà è, d'altronde, una caratteristica insita nelle prognosi aventi ad oggetto comportamenti futuri, a cui non si può ragionevolmente sopperire prevedendo - come nel caso di specie - di sottoporre in via automatica l'ergastolano ad altri momenti di prova, arricchiti da prescrizioni dirette a testare la sua avvenuta risocializzazione.

Cosicché, tentando maldestramente di rimediare all'incertezza sottesa a tali giudizi tramite la presunzione assoluta di persistenti - seppur eventualmente attenuate - esigenze di controllo, la disciplina in esame si pone in contrasto con i principi costituzionali in materia. Se, infatti, è impossibile prevedere con sicurezza che, per il futuro, un soggetto si asterrà senz'altro dal commettere nuovi reati, nemmeno si può stabilire, con altrettanta certezza, la sussistenza a priori di una permanente pericolosità in capo al medesimo⁴⁰.

Né la presunzione assoluta di «opportuni controlli» potrebbe trovare un avallo, come invece sostenuto dalla Corte costituzionale, nel fatto che la liberazione

⁴⁰ D'altronde già la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare come una simile «presunzione assoluta di permanente pericolosità», che prescinde da un apprezzamento in concreto delle istanze di tutela della collettività, porti ad «allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali»: cfr. le già citate opinioni presentate dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, nonché Corte cost., 8 luglio 1982, n. 139, in cui si afferma che una «[...] regola "presuntiva" [...] che imponga di ricostruire il presente dal passato, si rivela pertanto un'inversione totale della logica del giudizio scientifico, su cui poggia qualsiasi ragionevole disciplina» di misure che implicino una valutazione della personalità del soggetto.

condizionale sia quella misura che concede maggiori spazi di libertà al condannato all'ergastolo. Invero, pur potendo sussistere in alcuni casi istanze di tutela della collettività, ben può accadere che in altre situazioni tali controlli risultino inopportuni: e d'altronde è proprio la valutazione di opportunità, richiamata nella pronuncia in commento, a rendere necessaria l'attribuzione di un certo potere discrezionale al giudice.

3. *Una battuta d'arresto all'interno del progressivo iter giurisprudenziale di erosione dei meccanismi sanzionatori presuntivi ex lege.* Alla luce di quanto esposto, la pronuncia in commento appare a tratti incoerente con il contesto giurisprudenziale e dottrinale di riferimento, poiché ritenendo costituzionalmente legittime le analizzate presunzioni assolute, sembra in qualche modo costituire, come anticipato, una sorta di battuta d'arresto all'interno del faticoso cammino, ormai da tempo intrapreso dalla Corte costituzionale stessa, verso il progressivo superamento dei meccanismi sanzionatori di tipo presuntivo che caratterizzano, in maniera diversa, tanto la pena perpetua, quanto la disciplina dei reati ostativi.

Invero, la vicenda da cui deriva il presente giudizio avrebbe certamente potuto costituire la giusta occasione per emancipare la liberazione condizionale dall'«ultimo residuo autoritario»⁴¹ che caratterizza la sua disciplina e inserirsi così a pieno – come si sarebbe potuto ragionevolmente attendere – nell'attuale ambito giurisprudenziale di erosione dei suddetti automatismi.

È infatti ben noto il ruolo della Consulta nel favorire la promozione di importanti istanze garantistiche e cambiamenti culturali: con il pericolo, peraltro, di una sostituzione indebita rispetto alle competenze proprie del legislatore, determinando, così, problematiche ricadute sul rispetto dei principi di riserva di legge e legalità, quali capisaldi fondamentali del nostro ordinamento⁴².

In questo senso, relativamente alla gestione dei reati ostativi, basti qui citare, tra le numerose decisioni costituzionali volte a garantire il rispetto del principio di individualizzazione, l'ordinanza 11 maggio 2021, n. 97 con cui si è riconosciuta – ma non dichiarata – l'incompatibilità con gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. della

⁴¹ Cfr. DODARO, *Sulla legittimità costituzionale dell'obbligatorietà della libertà vigilata quinquennale per l'ergastolano liberato condizionalmente*, cit., 805.

⁴² Circa l'«ingerenza sulle opzioni di incriminazione e sulla determinazione dei livelli sanzionatori» della giurisprudenza (soprattutto costituzionale) cfr. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 37 ss.

disciplina che impediva all'ergastolano ostativo non collaborante di usufruire della liberazione condizionale, pur in presenza di un suo sicuro ravvedimento⁴³. Sulla stessa linea si pone anche la sentenza costituzionale 23 ottobre 2019, n. 253, la quale, nel caso Marcello Viola⁴⁴, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto agli artt. 3 e 27, co. 3 Cost., dell'art. 4- *bis*, co. 1 L. n. 354/1975 nella parte in cui non prevedeva la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, anche ove fossero stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con l'associazione criminale e il pericolo del ripristino degli stessi⁴⁵.

Del resto, questo tradizionale orientamento costituzionale è chiaramente legato a un più ampio quadro giurisprudenziale internazionale, propenso a garantire una maggiore flessibilizzazione della risposta sanzionatoria ai reati di elevata gravità, con conseguente abbandono di rigidi automatismi preclusivi, ritenuti pure in dottrina meccanismi di «portata depersonalizzante inaudita»⁴⁶.

La Corte di Strasburgo si è infatti mostrata affine a questo indirizzo in più occasioni, laddove ha invitato gli Stati membri ad attuare riforme prive di automatismi e dotate di meccanismi di verifica sulla necessità del protrarsi della pretesa punitiva, esortando altresì a perseguire politiche sanzionatorie caratterizzate dall'implementazione di misure alternative alla detenzione⁴⁷.

⁴³ Cfr. sul punto Corte cost., ordinanza 15 aprile 2021, n. 97: si noti la particolarità del provvedimento; la Consulta ha preferito qui adottare un'ordinanza interlocutoria, similmente a quanto avvenuto in relazione alla questione d'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. Cfr. altresì Corte cost., ordinanza 8 novembre 2022, n. 227. Si ricordino anche le sentenze Corte cost., 24 settembre 2014, n. 239; Corte cost., 8 marzo 2017, n. 76; Corte cost., 20 giugno 2018, n. 149; Corte cost., 15 gennaio 2020, n. 18; Corte cost., 11 febbraio 2020, n. 32.

⁴⁴ Come risaputo, in tale sentenza la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'utilizzo, da parte dell'Italia, di presunzioni di carattere assoluto che ostino alla concessione di benefici e misure alternative volti al reinserimento sociale, in assenza di una valutazione individualizzata del comportamento del condannato e della minaccia che egli potrebbe rappresentare per la sicurezza collettiva, con particolare riferimento ai soggetti sottoposti all'ergastolo. Cfr. Corte EDU, Sez. I, 13 giugno 2019, Viola; SANTINI, *La dignità umana quale barriera invalicabile: la Corte di Strasburgo "respinge" la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 4, 2246 ss.

⁴⁵ Tale pronuncia ha così favorito la valutazione in concreto, da parte della magistratura di sorveglianza, del caso di specie, sulla base di «criteri particolarmente rigorosi» che comportano in capo al condannato un vero e proprio onere di allegazione probatoria. Cfr. Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 253; GIARDA-FORTI-GIUNTA-VARRASO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2021, 360 ss.; Cass., Sez. I, 14 gennaio 2020, n. 3309 e Cass., Sez. I, 28 gennaio 2020, n. 5553.

⁴⁶ Cfr. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, cit., 163 ss.

⁴⁷ In tal senso, oltre alla già citata sentenza Viola, si rinvia a Corte EDU, Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic; Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torregiani. Nello stesso senso cfr. anche Corte EDU 27

Con specifico riferimento, vista anche l'attinenza al caso di specie, alla pena perpetua, la cui compatibilità costituzionale e convenzionale è salvaguardata proprio dalla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, si ricordi poi la necessità – più volte rimarcata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁸ – della previsione, dopo un determinato periodo intramurario (massimo venticinque anni), di un meccanismo obbligatorio di riesame circa l'avvenuta risocializzazione dell'ergastolano, da cui far eventualmente dipendere l'anticipazione del fine pena⁴⁹.

E tuttavia, sorprendentemente, nel caso di specie la Consulta sembra essersi allontanata dalla via precedentemente tracciata, rischiando di apparire, da questo punto di vista, in linea, piuttosto, con politiche criminali ispirate a logiche di «populismo penale»⁵⁰.

D'altra parte, però, l'inaspettato *dietro front* della Corte non può certamente essere oggetto di generalizzazioni e ritenere che rappresenti l'avvio di un nuovo e più restrittivo indirizzo giurisprudenziale in materia. Invero, non può sfuggire che quasi simultaneamente, in una sentenza di poco successiva a quella in esame, la medesima Corte abbia dichiarato, con riguardo al noto caso Alfredo Cospito, l'illegittimità costituzionale dell'automatismo sanzionatorio previsto dall'art. 69, co. 4 c.p. nella parte in cui, relativamente al delitto di cui all'art.

gennaio 2015, Neshkov; Corte EDU 10 marzo 2015, Varga come citata in RANALLI, *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. penit. crim.*, 2014, 3, 155 ss.; DELLA BELLA, *European Court of human rights case law concerning prison overcrowding and alternative measures to prison*, in *Prison overcrowding and alternatives to detention. European sources and national legal systems*, a cura di Bernardi, Napoli, 2016, 41 ss.

⁴⁸ Cfr., a titolo esemplificativo, la già citata pronuncia Corte EDU, Grande camera, 9 luglio 2013, Vinter, cit.

⁴⁹ Tale soluzione è d'altronde quella adottata nella stragrande maggioranza degli ordinamenti europei. In Italia, invece, si registra da tempo un dibattito dottrinale sulla riforma dell'ergastolo, rispetto al quale vi sono posizioni che oscillano tra la possibilità di un suo mantenimento o di sua sostituzione con una pena di massima durata. Cfr., per esempio, lo Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale, elaborato dalla commissione Pisapia e lo Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013), elaborato dalla commissione Palazzo, disponibili entrambi sul sito del Ministero della Giustizia – sezione Commissioni di studio: www.giustizia.it.

⁵⁰ Espressione con la quale si intende «una politica del diritto penale [...] della paura», che, facendo leva sul senso d'insicurezza dei cittadini per ottenere consensi politici, ha influenzato le modalità di fare prevenzione e del punire, improntate all'utilizzo quasi esclusivo del carcere: cfr. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2021, 12. Per un approfondimento si rinvia a MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 71 ss.; FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, 2019, 1.

285 c.p., stabiliva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante *ex art.* 311 c.p. sulla recidiva *ex art.* 99, co. 4 c.p.⁵¹: ben inserendosi, dunque, tale arresto giurisprudenziale nel progressivo *iter* di affermazione dei principi di individualizzazione, flessibilizzazione e proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

Pertanto, nella speranza – malgrado qualche sporadico intermezzo – che questo cammino non s’interrompa e lungi – beninteso – dal perorare l’abolizione *tout court* del ricorso alla libertà vigilata nella casistica in esame, si vuole semplicemente sostenere che l’applicazione di quest’ultima non dovrebbe più conseguire di diritto, secondo l’ottica di un’irragionevole presunzione assoluta, ma solo se la necessità di tutelare la collettività risulti nel caso di specie realmente sussistente.

Il punto critico a quest’ultimo proposito concerne, quindi, il carattere assoluto di tale meccanismo presuntivo, il quale, per essere conforme a Costituzione e alle citate indicazioni sovranazionali, dovrebbe piuttosto delinearci come presunzione di tipo relativo. Tenendo presente, peraltro, che, come sottolineato dall’Associazione italiana dei Professori di diritto penale, qualora il condannato sia stato riconosciuto ravveduto, la sussistenza di sue esigenze di controllo non dovrebbe costituire la regola, bensì l’eccezione⁵².

È dunque auspicabile che, nei casi in cui non si ravvisino persistenti istanze di conferma dell’*iter* rieducativo compiuto, alla concessione della liberazione condizionale non segua l’inflizione di un ulteriore provvedimento di tipo restrittivo. Ciò senza escludere che, laddove, invece, tali esigenze sussistano, possano applicarsi durante l’esecuzione della misura alcune prescrizioni contenitive, sulla falsariga di quanto proposto dalla commissione Giostra⁵³: cosicché la libertà

⁵¹ In questa sentenza, infatti, la Consulta ha riconosciuto, in continuità con un consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto, che il divieto per il giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata si poneva in contrasto con il principio di proporzionalità sanzionatoria, perché impediva di graduare la pena in base all’offensività della condotta in concreto commessa dal condannato e di sostituire così all’ergastolo una sanzione a carattere temporaneo, non potendo più ritenersi la pena perpetua una sanzione «fissa» e «indefettibile»: ferma restando, comunque, la sua applicazione qualora il giudice valuti che nel caso di specie le circostanze attenuanti non siano prevalenti sulla recidiva. Cfr. Corte cost., 18 aprile 2023, n. 94.

⁵² Cfr. le già menzionate opinioni presentate dall’Associazione italiana dei Professori di diritto penale.

⁵³ Tuttavia, è bene specificare che nella proposta elaborata all’interno della commissione Giostra, nell’ottica di una più radicale riforma normativa, si prevedeva la soppressione in *toto* dell’applicazione della libertà vigilata al liberato condizionalmente. La misura doveva essere sostituita, infatti, con la *facoltà* per il giudice di subordinare la concessione della liberazione condizionale all’impartizione di una o più prescrizioni. Tale potere era, dunque, esercitabile discrezionalmente dal giudice sulla base «delle possibilità di coinvolgimento socio-familiare e dell’esigenza di individualizzazione del trattamento»: cfr. l’art. 54 *bis*

vigilata di cui all'art. 230, co. 1 n. 2 c.p., divenendo facoltativa, possa finalmente risultare conforme ai principi costituzionali. Ferma, quindi, l'opportunità di mantenere comunque l'applicabilità, nel contesto in esame, della libertà vigilata, sulla base di criteri legislativamente definiti: anche per evitare il rischio che, in caso contrario, la magistratura di sorveglianza si renda maggiormente restia a disporre la liberazione condizionale.

4. *La necessaria rivisitazione del giudizio di pericolosità sociale e l'imprescindibile congedo dalle presunzioni di non rieducabilità nell'ambito dei reati di particolare gravità.* La sottoposizione a priori di un soggetto - ritenuto, si ricordi, non pericoloso! - a un ulteriore periodo di controllo sembra esprimere una sorta di doppia anima della disciplina della liberazione condizionale, la quale, insieme a prioritarie finalità rieducative, pare altresì perseguire, tramite gli analizzati elementi presuntivi, funzioni contenitive⁵⁴. Il quadro normativo esaminato riflette, infatti, un rigido meccanismo, «frutto di un bilanciamento manifestamente irragionevole», che tende ad attribuire maggiore preminenza alle istanze di sicurezza sulle esigenze di rieducazione del condannato⁵⁵.

Quanto appena evidenziato consente, dunque, di svolgere alcune riflessioni sulla necessità di ripensare, per quanto attiene ai delitti di elevata gravità puniti con la massima pena edittale, il concetto di “pericolosità sociale del condannato”, affinché non lo s'identifichi, di fatto, con una “presunzione di non rieducabilità” del medesimo, bensì lo si concepisca come un “giudizio sulle esigenze di risocializzazione” del soggetto interessato, orientato a favorire l'utilizzo, da parte del giudice, di una nuova tecnica di bilanciamento rispetto alle istanze di difesa sociale. Dovendosi precisare che le seguenti considerazioni,

L. n. 354/1975, come elaborato dall'articolato della commissione Giostra (commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso), pubblicato in www.giustizia.it.

⁵⁴ Sulla duplice natura del contenuto - di sostegno e controllo - della liberazione condizionale si rinvia alla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 282/1989. Negli stessi termini, sulla «natura (bifronte)» della misura alternativa, tra le cui finalità vi è anche quella di «garantire i terzi, la collettività tutta, dai pericoli derivanti dall'anticipata liberazione del condannato» cfr. sentenza Corte cost., 30 giugno 1986, n. 183. A favore della natura penale e afflittiva della misura alternativa, che «sconta irrisolti profili di ambiguità», si è espressa, del resto, anche l'Associazione italiana dei Professori di diritto penale nelle già citate opinioni presentate nel giudizio in questione. Per un approfondimento sull'evoluzione della disciplina e sulle finalità della liberazione condizionale cfr. VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, cit., 1266 ss.; DODARO, *Sulla legittimità costituzionale dell'obbligatorietà della libertà vigilata quinquennale per l'ergastolano liberato condizionalmente*, cit., 796 ss.

⁵⁵ Cfr. le già citate opinioni presentate dall'Associazione italiana dei Professori di diritto penale.

prendendo spunto dalla vicenda in oggetto, si riferiscono alla pena perpetua, ma potrebbero estendersi, per certi versi, anche alla gestione dei reati c.d. ostativi, i quali, pure – e, anzi, in senso ancora più marcato –, si caratterizzano per la presenza di vere e proprie presunzioni di non rieducabilità, seppur specificamente declinate, diversamente dal resto dei reati, nell’accesso alle misure alternative. D’altronde, nel caso di specie l’esclusione della disciplina di cui all’art. 4- *bis* L. n. 354/1975 è fondata sul principio sostanziale di irretroattività della legge penale sfavorevole, essendo stati commessi i reati in questione precedentemente all’entrata in vigore della normativa riguardante i reati ostativi. Ebbene, nelle decisioni sulla concessione di misure alternative o benefici penitenziari, la magistratura di sorveglianza si muove secondo un bilanciamento tra due poli apparentemente opposti, consistenti nelle esigenze di rieducazione del condannato e in quelle di tutela della collettività dal rischio di recidiva; valutazione che a sua volta implica, com’è evidente, l’accertamento della pericolosità sociale del detenuto⁵⁶. Senonché, un primo aspetto problematico attiene all’assenza di una disciplina espressa di tale tecnica di bilanciamento, tanto da poterlo definire una sorta di giudizio implicito, con evidenti pericolose ricadute sul piano garantistico⁵⁷.

E così, relativamente ai reati di elevata gravità puniti con pene edittali elevate, vi è il rischio che in tale giudizio, rimesso di fatto all’apprezzamento discrezionale della magistratura, si annidino logiche retributive, suscettibili di rendere le modalità di esecuzione della pena funzionali, in primo luogo, a esigenze repressive, mediante vere e proprie «presunzioni di non rieducazione»⁵⁸. Per

⁵⁶ Più in generale, quella del bilanciamento è una tecnica utilizzata dalla giurisprudenza (soprattutto costituzionale) come strumento di risoluzione dei conflitti quando vi è la necessità di bilanciare, appunto, diritti di pari rango in contrapposizione tra loro. Per un approfondimento cfr. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 7 ss.

⁵⁷ Al di là, infatti, del minimo appiglio normativo riscontrabile nelle disposizioni delle singole misure o dei singoli benefici extramurari, non vi è una base normativa generale che disciplini i criteri, le tecniche e le finalità che la magistratura di sorveglianza dovrebbe adottare nello svolgere tale giudizio di bilanciamento.

⁵⁸ Cfr. EUSEBI, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell’art. 4-*bis* ord. penit.*, cit., 1007. Dietro questo utilizzo vi è, evidentemente, una concezione di bilanciamento intesa in termini tradizionalmente antagonisti: non a caso, la stessa locuzione «bilanciamento» rinvia all’immagine della bilancia, che è palese espressione di quella visione retributiva della giustizia intesa in termini matematico corrispettivi, ben rappresentata dall’allegoria della donna bendata, la quale in una mano tiene la spada e nell’altra, appunto, la bilancia. Cfr. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, Bari, 2018, 112

questa sfera di reati, la sicurezza della collettività tenderebbe, allora, a divenire il termine principale di misurazione da cui far dipendere il grado di tutela accordato ai diritti del detenuto⁵⁹: il che facilmente si traduce nel perseguimento di una logica di prevenzione negativa, secondo la quale la concessione di misure e benefici extramurari sarebbe subordinata all'assenza totale di pericolosità sociale del condannato (persino con riguardo alle esigenze di tutela della sua salute⁶⁰), sulla base di un contemperamento che non lascerebbe il dovuto spazio a considerazioni circa gli eventuali progressi rieducativi, perché concentrato principalmente sul tipo di reato commesso.

Lungi, quindi, dal consistere in un esame sulla pericolosità personale del colpevole – come impropriamente definito in alcune norme dell'ordinamento penitenziario –, tale giudizio sembra assumere, piuttosto, le sembianze di una presunzione di non rieducazione del condannato, rieducazione ritenuta a priori irrealizzabile alla luce della gravità del fatto commesso e della tipologia di pena irrogata. Si tratta, infatti, di presunzioni che rendono irrilevanti gli esiti risocializzativi per gli autori di reati particolarmente gravi e ciò lungo due direttrici: precludendo l'accesso a concrete opportunità di reinserimento per i soli condannati a delitti ostativi e, per la restante parte dei reati, negando una piena individualizzazione delle modalità esecutive del trattamento a prescindere dall'effettivo *iter* rieducativo compiuto. Punto di vista, quest'ultimo, del quale

ss.; PULITANO, *Sicurezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini-Pavarini, Bologna, 2011, 134.

⁵⁹ Cfr. MENGHINI, *Carcere e Costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Trento, 2022, 464 ss. Per un approfondimento cfr. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del giudice delle leggi*, cit., 21 ss. e 90 ss.; RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in *I diversi volti della sicurezza. Atti del convegno, Milano, 4 giugno 2009*, a cura di Cocco, Milano, 2012, 55; TORRETTA, «Diritto alla sicurezza» e (altri) diritti e libertà della persona: un complesso bilanciamento costituzionale, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di D'Aloia, Milano, 2003, 464 ss.

⁶⁰ Cfr. MASSARO, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di Massaro, Roma, 2017, 27 ss.; CORVI, *La tutela del diritto alla salute in carcere: un problema aperto*, in *Riv. it. med. leg. e del diritto in campo sanitario*, 2021, 925 ss. Con particolare riferimento al giudizio di bilanciamento tra salute e sicurezza cfr. Corte cost., 24 novembre 2020, n. 245, in cui si afferma che anche rispetto ai detenuti con elevata pericolosità sociale «occorrerà tutelare in modo pieno ed effettivo il loro diritto alla salute; ma è evidente che il bilanciamento, con le pure essenziali ragioni di tutela della sicurezza collettiva contro il pericolo di ulteriori attività criminose, dovrà essere effettuato con speciale scrupolo da parte del giudice, sulla base di una piena conoscenza dei dati di fatto che gli consentano di valutare se, e a quali condizioni, sia possibile il ripristino della detenzione, in modo comunque idoneo alla tutela della loro salute».

costituisce un esempio il caso in esame, in cui, come evidenziato, gli automatismi sanzionatori previsti dalla disciplina analizzata impediscono al Magistrato di sorveglianza di diversificare, valorizzandolo, il percorso trattamentale dell'ergastolano non ostativo ammesso alla liberazione condizionale, in base alla presunzione della persistenza di istanze di conferma circa l'*iter* rieducativo da lui compiuto e, dunque, del non ancora realizzato conseguimento di una completa risocializzazione del medesimo: presunzione desunta dalla gravità del reato e dall'entità della pena inflitta al termine del processo.

Nel nostro ordinamento quello di pericolosità sociale è, quindi, un concetto ambiguo⁶¹, di fatto inteso – come accennato – come presunzione di non rieducabilità e utilizzato per consentire alle istanze di difesa sociale di fungere da fattore d'inasprimento del trattamento sanzionatorio, ma che dovrebbe, invece, essere più correttamente interpretato, secondo una diversa angolazione, quale ulteriore strumento d'individualizzazione della sanzione penale. L'impostazione retributiva sottesa al giudizio di bilanciamento inerente ai reati più gravi ha, infatti, portato a identificare quella che nella fase esecutiva viene inesattamente chiamata pericolosità sociale in una valutazione totalmente disinteressata alle esigenze della persona colpevole, perché finalizzata a proteggere i cittadini da possibili minacce alla loro incolumità, più che a contribuire all'irrogazione di una sanzione individualizzata: il che, peraltro, trascura il ruolo che assumono i percorsi rieducativi positivamente effettuati a fini di destabilizzazione, ma anche di delegittimazione morale della criminalità organizzata, e, pertanto, di prevenzione generale⁶².

Volendo, invece, scorporare il concetto summenzionato da quello di sicurezza pubblica, sarebbe anzitutto necessario superarne l'assimilazione a quello di pericolosità propria delle misure di sicurezza, che darebbe ancora oggi spazio a

⁶¹ Invero, tale concetto sembra essere utilizzato dal nostro legislatore come se fosse una sorta di «formula magica» per definire categorie tra loro molto diverse, destinate a istituti differenti, ma difficilmente distinguibili tra loro. Cfr. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 646. Sull'estrema vaghezza della nozione di pericolosità sociale e sulle sue «difficoltà intrinseche» cfr. TRAVERSO, *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, 8, 1055 ss.; BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 459 ss.

⁶² Cfr. EUSEBI, *Una ostatività finalmente relativa? Preclusioni e misure alternative: la riforma dell'art. 4-bis ord. penit.*, cit., 1009.

interventi fondati su logiche di neutralizzazione, dovute al persistente approccio custodialistico nella gestione del reo infermo di mente pericoloso⁶³.

Pertanto, rimanendo imprescindibile il contrasto alla criminalità più grave, il giudizio di pericolosità sociale potrebbe essere inteso, piuttosto, quale più ampia “valutazione sulle esigenze di risocializzazione del condannato”: con l’importante precisazione che ciò non equivarrebbe affatto a espungere, da tale apprezzamento, le istanze di difesa della società, non trattandosi di mettere in discussione la loro importanza, quanto piuttosto di evitarne l’uso strumentale che se ne fa, soprattutto circa l’applicabilità delle misure alternative rispetto ai delitti di elevata gravità. Per tale via, i profili attinenti al rischio di recidiva, rientrando nella più ampia valutazione sulle esigenze di rieducazione del detenuto, potrebbero essere valutati in modo differenziato, distinguendo i casi in cui le istanze di rieducazione siano adeguatamente fronteggiabili con misure extramurarie dal contenuto più prettamente assistenziale da quelli richiedenti più severe prescrizioni restrittive della libertà personale. Ciò non sarebbe sorretto da ragioni di carattere clemenziale o umanitario, bensì dalla necessità di sortire più efficaci effetti preventivi (speciali e generali), posto che è proprio nell’ottica di assicurare la tanto agognata sicurezza sociale che si rende necessaria anche la valutazione dei bisogni del condannato⁶⁴.

Così ridefinito, il giudizio sulle esigenze di rieducazione del condannato favorirebbe il consolidarsi di una nuova tecnica di bilanciamento, lontana dalla logica conflittuale ad esso generalmente sottesa: non essendovi più ragione di concepire le due istanze in opposizione tra loro. A ben vedere, infatti, le esigenze di difesa della società e di risocializzazione del condannato non si configurano fra loro contrapposte. D’altronde, l’esperienza c’insegna che, generalmente, quanto più è probabile che un soggetto, dopo aver commesso un reato, ne compia ulteriori, tanto maggiore risulta il suo bisogno di rieducazione: da intendersi, quest’ultimo, come necessità di acquisire strumenti e capacità di revisione critica su quanto realizzato, al fine di predisporre un cambiamento, per il futuro, della propria condotta all’interno della società.

⁶³ Tale assimilazione risiede molto probabilmente nel rinvio, operato dall’art. 203, co. 2 c.p., ai criteri di commisurazione della sanzione *ex art.* 133 c.p. per l’accertamento della qualità di persona socialmente pericolosa ai fini dell’applicazione delle misure di sicurezza. Per una ricostruzione del dibattito cfr. MALINVERNI, voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VI, 121 ss.

⁶⁴ Una forte prevenzione generale reintegratrice non può infatti prescindere dalla risocializzazione del singolo condannato, e, anzi, si fortifica soprattutto quando colui che si è rieducato è autore di reati di particolare gravità: cfr. EUSEBI, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, cit., 100.

Cosicché, diverrebbe possibile ipotizzare un metodo di bilanciamento che si allontani dai tradizionali meccanismi di prevalenza-soccombenza propri della visione retributiva e che abbracci, all'opposto, una prospettiva di riconciliazione tra le suddette esigenze, in realtà strettamente correlate tra loro. Aspirando a dotare il giudice di una chiara e precisa tecnica in grado di guidare la sua discrezionalità, nell'ottica di un'ipotetica futura norma di carattere generale, la logica riconciliativa si potrebbe perciò tradurre in un reale temperamento di tutte le istanze in gioco tramite i contenuti prescrittivi che possono scandire l'esecuzione della sanzione: di modo che, rispetto ai reati più gravi, laddove vi siano effettive necessità di conferma dell'*iter* rieducativo compiuto dal condannato, la magistratura di sorveglianza non debba più necessariamente scegliere a quale delle due esigenze dare priorità (sicurezza sociale o rieducazione del colpevole), ma possa determinare modalità esecutive della pena che, modulate in base al caso concreto, siano in grado di soddisfarle entrambe. In questo senso, le istanze di sicurezza non fungerebbero più da presunzioni impeditive all'individualizzazione del trattamento rieducativo, ma quale ulteriore criterio da prendere in considerazione per definire lo specifico percorso progettuale del condannato e per delimitare, in senso eventualmente più restrittivo della libertà, i contenuti e le modalità di esecuzione della sanzione.

Nell'ottica riconciliativa, insita nella proposta appena tratteggiata, il bilanciamento assumerebbe, quindi, un significato ben diverso, divenendo espressione del desiderio d'individuare un equilibrio tra diversi beni in gioco⁶⁵. Il che porterebbe a valorizzare al suo interno le componenti proprie della *restorative justice*, affinché, in un'ottica di complementarità, possano coniugarsi, insieme, il paradigma punitivo e quello riparativo⁶⁶. La nuova prospettiva di equilibrio così delineata, implicando che nessun interesse possa essere sacrificato a priori per il bene di un altro, rinverrebbe infatti la sua linfa proprio in quel mutamento culturale rispetto al modo di concepire la giustizia, consistente in un atteggiamento di ascolto, riconciliazione e progettualità: atteggiamento in realtà più efficace di quello classico – dal punto di vista preventivo – per la risoluzione delle controversie.

⁶⁵ È evidente il richiamo alla c.d. «giustizia senza spada»: cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 3 ss.

⁶⁶ Per un approfondimento circa i rapporti tra i due paradigmi si rinvia a EUSEBI, *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in *www.discrimen.it*, 3 ottobre 2023.

Del resto, è ormai assodata la scarsa efficacia preventiva di un ordinamento che si ponga in termini semplicemente draconiani nei confronti dei reati di particolare gravità, facendo uso di presunzioni implicite di non rieducabilità desunte dal tipo di reato: un approccio, questo, che non riesce a cogliere come siano proprio tali meccanismi presuntivi a produrre effetti contrari rispetto a quelli voluti, compromettendo non solo la finalità special-preventiva, ma anche la tenuta general-preventiva del sistema⁶⁷.

Pertanto, il necessario ripensamento delle modalità di gestione delle pene detentive di lunga durata dovrà avvenire nel solco di un'attenta riflessione circa l'esigenza di non escludere in via automatica i condannati a reati più gravi dai percorsi risocializzativi, evitando di negare a priori qualsiasi rilevanza di una possibile rieducazione concretamente avvenuta.

È perciò auspicabile un'estensione del principio d'individualizzazione della pena anche ai delitti di elevata gravità, quale campo residuale di applicazione della sanzione detentiva. È cioè necessario che in futuro, anche nell'ambito di tale sfera di criminalità, possa optarsi per paradigmi sanzionatori ispirati non più a rigide presunzioni, ma a programmi rieducativi responsabilizzanti, capaci così d'incidere fortemente sul contenimento della recidiva, sulla falsariga del modello della pena «agita» pensato per i delitti di minore gravità⁶⁸. Del resto, è doveroso specificare che ciò non implicherebbe affatto, di per sé, l'abrogazione del carcere, ben potendo, anzi, la sanzione detentiva risultare necessaria in determinati casi proprio in virtù del principio di individualizzazione. Invero, mantenere aperta la possibilità, anche per gli autori di delitti gravi, del passaggio, dopo un primo periodo detentivo valutato positivamente, a modalità esecutive sanzionatorie extramurarie non implica – è bene ribadirlo – delegittimare in sé la pena detentiva, la quale può rivelarsi necessaria nella misura in cui le esigenze rieducative del condannato emergenti dal fatto commesso lo richiedano, non

⁶⁷ Cfr. EUSEBI, *Ostativo del fine pena. Ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1515 ss.; EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit., e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di una fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, 4, 1222.

⁶⁸ Cfr. DONINI, *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in www.questionegiustizia.it, 29 ottobre 2020. Non sono mancate, peraltro, in dottrina proposte di valorizzazione di contenuti prescrittivi anche rispetto alla criminalità più grave: cfr. l'art. 50 *ter*L. n. 354/1975 e l'art. 14 dell'articolato all'interno della proposta d'introduzione della pena prescrittiva avanzata nell'ultima commissione Palazzo, la cui relazione è disponibile sul sito dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in www.aipdp.it.

risultando realisticamente perseguibili, almeno per un certo tempo, in altro modo⁶⁹.

Occorre in sostanza evitare inutili tentativi di banalizzazione delle esigenze di contrasto alle forme di criminalità più gravi, esigenze le quali, a ben vedere, non si identificano certo nell'assoluto diniego dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, ma richiedono più razionali interventi di prevenzione (finalizzati, per esempio, a sottrarre i profitti illeciti derivanti dalle attività delittuose) e un'attenta valutazione in concreto delle caratteristiche e dei bisogni di rieducazione del condannato, i quali devono pur sempre essere riferiti, in sede di condanna, alle caratteristiche del fatto colpevole, onde evitare qualsiasi deriva nel senso della "colpa d'autore". Ne deriverebbe un approccio alla delinquenza più grave nettamente diverso rispetto a quello cui siamo abituati, poiché implicherebbe la possibile applicazione di strumenti sanzionatori alternativi basati non (soltanto) sulla premialità, bensì sulla necessità di favorire un'autentica rieducazione individualizzata anche all'autore di delitti di elevata gravità.

In questo senso, dunque, lo schema di bilanciamento prospettato potrebbe risultare un utile modello da cui partire onde superare - o quantomeno attenuare - i citati automatismi preclusivi fondati su presunzioni di non rieducabilità: integrando al suo interno tanto le esigenze di rieducazione del condannato quanto quelle di tutela della collettività, esso consentirebbe, infatti, il dispiegarsi della cultura delle alternative al carcere anche nell'ambito degli illeciti di notevole gravità, la cui punizione è rimasta imperniata di fatto, finora, su logiche di mera neutralizzazione.

VALERIA POLIMENI

⁶⁹ In quest'ottica, il ricorso a forme di controllo per i reati più gravi dovrebbe comunque essere disposto quando risulti necessario sulla base di specifiche esigenze, legate, ad esempio, a un elevato e concreto rischio di recidiva non altrimenti evitabile, alla necessità di recidere i rapporti con gruppi criminali particolarmente pericolosi o, ancora, di reagire a gravi e ripetute violazioni o mancati adempimenti di prescrizioni sanzionatorie.