

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto dell'esecuzione penale

L' AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE

RELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Paola Balducci**

CANDIDATO

**Annapaola Coletta
Matr. 123663**

CORRELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Maria Lucia Di Bitonto**

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

*A mia madre,
che da sempre mi protegge, mi guida e mi ama incondizionatamente.*

INDICE

PREFAZIONE.....pag. 6

CAPITOLO I

LA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA E LE MISURE

ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

1. La finalità rieducativa della pena nella Costituzione italiana.....pag. 10

2. Il finalismo rieducativo della pena nell'evoluzione dottrinale.....pag. 11

3. Il finalismo rieducativo della pena nella giurisprudenza costituzionale.....pag. 15

4. Il finalismo rieducativo e l'idea di trattamento e di differenziazione
carceraria: la legislazione in materia penitenziaria.....pag. 24

5. Le misure alternative alla detenzione quali “benefici” penitenziari.
Inquadramento generale.....pag. 39

6. La detenzione domiciliare.....pag. 41

7. La semilibertà.....pag. 44

8. La liberazione anticipata.....pag. 45

9. La liberazione condizionale.....pag. 48

CAPITOLO II

LA MISURA DELL’AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE

1. L’affidamento in prova al servizio sociale. Premessa.....	pag. 52
2. L’affidamento in prova “comune”. Le condizioni di applicabilità della misura: il tipo da espiare.....	pag. 55
2.1 Il tipo di pena da espiare.....	pag. 56
2.2 Segue: le condizioni di applicabilità. L’entità della pena e il tipo di reato.....	pag. 59
2.3 La rilevanza della custodia cautelare per altra causa e della disponibilità di un domicilio.....	pag. 64
2.4 La c.d. “prognosi di rieducabilità”.....	pag. 67
2.5 La c.d. “revisione critica” e il risarcimento del danno.....	pag. 76
2.6 Il condannato detenuto.....	pag. 79
2.7 L’affidamento in prova e le restrizioni introdotte dalla legge c.d. <i>ex</i> Cirielli.....	pag. 80
2.8 Contenuto e regime dell’affidamento.....	pag. 86
2.9 La revoca della misura.....	pag. 89
2.10 L’esito dell’affidamento.....	pag. 91
3. L’affidamento in prova in casi particolari: premessa.....	pag. 94
3.1. Il regime di affidamento terapeutico.....	pag. 95
3.2. L’affidamento “speciale” <i>ex</i> articolo 47 <i>quater</i> della legge 354/1975.....	pag. 98
3.3. L’affidamento in prova per i condannati minorenni.....	pag. 99

CAPITOLO III

L’AFFIDAMENTO IN PROVA AI SERVIZI SOCIALI: L’APPLICAZIONE DELLA MISURA

1. Premessa.....	pag. 101
2. La concessione della misura al condannato detenuto.....	pag. 103
3. La concessione della misura in favore del condannato in libertà.....	pag. 111
4. Il procedimento di sorveglianza.....	pag. 122
4.1 Fase introduttiva della trattazione.....	pag. 125
4.2 Lo svolgimento dell’udienza.....	pag. 129
4.3 Giudizio di concessione dell’affidamento in prova al servizio sociale.....	pag. 133
4.4 Decisione sulla concessione della misura.....	pag. 133
5. L’ istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova.....	pag. 138
BIBLIOGRAFIA.....	pag. 153
Testi.....	pag. 153
Articoli di riviste e periodici.....	pag. 161
SITOGRAFIA.....	pag. 168

Prefazione

“E credo che il carcere debba essere un luogo di rieducazione e avere, dunque, le caratteristiche delle istituzioni educative, attente a tirar fuori dallo studente ogni elemento che gli permetta di diventare più utile alla società. Il carcere come camicia di forza, come immobilità per non far del male è pura follia, è antieducativo. Non appena viene tolto il gesso, c'è subito una voglia di correre e di correre contro la legge. Senza considerare l'assurdo di un luogo dove si accumula la criminalità, che ha un potere endemico maggiore di un virus influenzale.”

- Vittorino Andreoli -

Il presente lavoro di ricerca si prefigge l'obiettivo di offrire una disamina dell'istituto dell'affidamento in prova ai servizi sociali, che, come noto, costituisce la principale misura alternativa alla detenzione contemplata nel nostro ordinamento penitenziario.

Nella matura consapevolezza della intrinseca problematicità connessa alla misura e, in genere alla categoria cui essa appartiene, si cercherà di fornire un quadro il più esaustivo possibile tanto dei suoi profili sostanziali, quanto del suo meccanismo di concreta applicazione.

A tal fine, si è ritenuto opportuno prendere le mosse dal principio costituzionale che si erge quale fondamento della tipologia di misure cui l'affidamento in prova appartiene, vale a dire il dettato costituzionale secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, III comma, Cost.).

Il punto di partenza della presente trattazione è, dunque, finalizzato a tracciare un sintetico quadro dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale relativa all'interpretazione di detto principio, nonché dell'applicazione pratica di esso nei principali interventi normativi che si sono susseguiti negli anni in materia di legislazione penitenziaria.

Ciò nella convinzione che detto approccio rappresenti un presupposto imprescindibile, al quale dovrebbe sempre farsi riferimento nel delineare gli aspetti propri della pena in senso lato intesa.

D'altronde, non può affatto sottacersi che il sistema sanzionatorio, soprattutto nella fase esecutiva, diventa flessibile proprio al fine di perseguire la finalità

rieducativa, spesso indicata anche come risocializzazione del condannato, ponendo al centro dell'attenzione l'individualizzazione del trattamento penitenziario e la sua progressività, tra l'altro, con l'applicazione delle misure alternative alla detenzione.

In tale prospettiva, si darà atto del percorso ermeneutico intrapreso sui tre fronti dinanzi indicati, che – tendenzialmente - si è sviluppato nel progressivo allontanamento dall'originaria concezione “polifunzionale” della pena, in cui finalità retributive, di prevenzione speciale e prevenzione generale erano sostanzialmente equiparate, verso l'esaltazione della finalità di risocializzazione, come fine principale e ineludibile della sanzione criminale.

Seppur tema meritevole di più ampio approfondimento, si accennerà, quindi, ai problemi connessi all'aumento della popolazione presente negli istituti di pena e alla drammatica situazione delle carceri italiane (ascrivibile – sostanzialmente - a una consistente stratificazione di interventi legislativi ispirati a una visione “repressiva” e “carcerogena”, che si è concretizzata nel ricorso sempre maggiore alla pena detentiva), nonché ai più recenti provvedimenti assunti dal legislatore, tutti etichettati come “svuota carceri”.

Al riguardo si rileverà come, a dispetto delle dichiarazioni di intento, specie negli ultimi anni, è emersa l'inefficienza dello Stato rispetto a una delle sue funzioni primarie, vale a dire quella repressiva e rieducativa.

Passando, poi, dal piano della pena astrattamente intesa a quello della sua concreta esecuzione, si fornirà una breve rassegna delle principali misure alternative alla detenzione, introdotte nel chiaro intento di conformare la disciplina al principio costituzionale della rieducazione e la cui valorizzazione consentirebbe, quantomeno, di ridurre quell'opprimente disagio del sovraffollamento che da tempo caratterizza le nostre carceri.

Concluso tale inquadramento generale, il presente lavoro di ricerca si concentrerà esclusivamente sul beneficio dell'affidamento in prova ai servizi sociali.

Nel secondo capitolo, dopo aver accennato alle origini storiche dell'istituto, si procederà a delinearne la disciplina normativa sostanziale come da ultimo aggiornata dal d.l. 146/2013 (c.d. svuota carceri), facendo riferimento, tanto all'affidamento in prova c.d. comune, quanto all'affidamento in prova previsto dal legislatore in casi particolari e al regime di affidamento terapeutico.

Si tratteranno, quindi, le condizioni di applicabilità della misura, l'entità della pena e il tipo di reato che ne consente la materiale concessione, la rilevanza della custodia cautelare per altra causa e della disponibilità di un domicilio del beneficiario, il giudizio di prognosi di rieducabilità operato dal giudice, nonché i profili connessi alla revisione critica e al risarcimento del danno e all'applicazione del beneficio nei confronti del condannato detenuto.

Si proseguirà indicando le restrizioni operate nella concessione di detto beneficio a opera della Legge ex Cirielli, il contenuto e il regime dell'affidamento, la revoca della misura e, infine, l'esito dell'affidamento stesso.

Una volta passati in rassegna i profili sostanziali del beneficio, nel terzo capitolo si esamineranno i suoi profili procedurali, descrivendo il concreto meccanismo applicativo della misura nell'ambito del procedimento di sorveglianza.

Dopo aver illustrato, quindi, le condizioni di concessione della misura nel caso di condannato detenuto e del condannato in libertà, si descriveranno le varie fasi del procedimento di sorveglianza, nella tipica scansione temporale che lo contraddistingue, facendo riferimento specifico alla fase introduttiva della trattazione, allo svolgimento dell'udienza, al giudizio di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, nonché, infine, alla decisione sulla concessione della misura.

Infine, si è ritenuto opportuno concludere il presente lavoro di ricerca con la trattazione del recentissimo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova (introdotto dalla legge 28 aprile 2014 n. 67).

Ciò in quanto il nuovo istituto – analogamente agli ultimi interventi operati del legislatore al fine di incentivare l'accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale – nasce dalle più recenti esigenze di deflazione carceraria e, pertanto, al di là delle evidenti differenze con la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, deve (comunque) inquadrarsi nell'ambito di quella stessa necessità che ha spinto il legislatore ad un profondo ripensamento del sistema penale sostanziale e processuale e sanzionatorio, proteso a favorire il ricorso a sanzioni non penali o comunque alternative alla detenzione.

Si evidenzieranno, in chiusura, gli aspetti critici connessi ai più recenti interventi volti a ridurre il sovraffollamento delle carceri, accennando all'opportunità

di procedere ad una profonda revisione dell'intero apparato sanzionatorio e alle indicazioni fornite dalla legge delega n. 67/2014 in tale direzione.

CAPITOLO I

LA FINALITÀ RIEDUCATIVA DELLA PENA E LE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

1. La finalità rieducativa della pena nella Costituzione Italiana

Il Codice Penale non fornisce una definizione di pena, pur dettando una cospicua disciplina della sanzione criminale all'interno delle disposizioni della parte generale.

In dottrina, la pena viene generalmente definita come «*la sanzione prevista dall'ordinamento giuridico per la violazione di un comando di natura penale*»¹ ovvero, analogamente quale «*la sanzione afflittiva prevista dall'ordinamento giuridico per chi viola un comando di natura penale*».² Talora, invece, il concetto di pena è delineato per il tramite di un richiamo al dato processuale, e, in tal senso, «la pena (criminale) (..) può quindi definirsi: la sofferenza comminata dalla legge e irrogata dall'autorità giudiziaria mediante processo a colui che viola un comando [ndr. da intendersi quale *precetto penale*, sia esso strutturato nel *divieto* di realizzare un certo fatto, ovvero nel *comando* di porre in essere un determinato comportamento] della legge medesima».³

Atteso il suo carattere afflittivo, gli interrogativi in tema di fondamento e funzioni della pena sono stati da sempre al centro dell'attenzione dell'interprete, poiché – come è evidente – unicamente le risposte a tali quesiti consentono di pervenire all'individuazione della stessa *ratio* di legittimazione del diritto penale: diritto penale e pena rappresentano, infatti, un binomio irriducibile.⁴

Sono, quindi, «facilmente intuibili (...) le ragioni di fondo che radicano nel

¹ NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Cedam, Padova, 1982, p. 453

² MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Cedam, Padova, 2011, p. 730 ss.

³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 1997, p. 672, in tema di nozione di pena.

⁴ CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2012, p. 459 – 460; VENEZIANI, *La punibilità e le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, Giuffrè, Milano, 2014, p. 3.

terreno costituzionale italiano la “filosofia” della pena»⁵ e il connesso problema dei suoi scopi: in tale ottica, assume particolare rilevanza⁶ il disposto di cui all’articolo 27, comma III, seconda parte, della nostra Costituzione, secondo cui «*le pene devono tendere alla rieducazione del condannato*».

L’inserimento del finalismo rieducativo nella Costituzione risente anche della «dimensione “sociale” o “solidaristica” che caratterizza non pochi ordinamenti contemporanei». E difatti, «l’obiettivo della “risocializzazione” riceve piena legittimazione, solo se collocato nella prospettiva emancipatrice di cui all’art. 3, 2° comma – soltanto se concepito, cioè, come un’offerta di ausilio finalizzata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad un inserimento sociale (...) da parte di un soggetto che ha già delinquito».⁷

2. Il finalismo rieducativo della pena nell’evoluzione dottrinale

Dopo l’entrata in vigore della Costituzione, molte furono le elaborazioni dottrinali che si svilupparono nel panorama penalistico italiano intorno al finalismo rieducativo della pena.

Invero, anche la giurisprudenza costituzionale, che si è occupata negli anni

⁵ FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, in BRANCA, PIZZORUSSO, (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Zanichelli, Bologna, 1991, p. 222.

⁶ Si ricordi che l’art. 27, comma III, prima parte della Costituzione stabilisce altresì che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (c.d. principio di umanizzazione della pena). L’espressione originariamente proposta per questo inciso era «trattamenti crudeli e disumani», ma essa fu sostituita in Commissione, su proposta dell’onorevole Leone, appunto con «trattamenti contrari al senso di umanità» (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, Volume VI, p. 181). La parte dell’art. 27 III comma che enuncia il principio della finalità rieducativa della pena è di tale rilievo ai fini di questo lavoro che si è scelto di trattarlo singolarmente. Non si dimentichi, però, che talvolta l’art. 27 III è stato considerato dalla giurisprudenza come un *quid unicum*, in cui «il principio di umanizzazione (*ndr.* di cui alla prima parte del comma 3) e quello di tendenziale finalità rieducativa delle pene sono collegati inscindibilmente al principio dell’individualizzazione del trattamento penitenziario». D’AMICO, M., *Art. 27*, in BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Milano, 2006, p. 574. Si segnala che la necessità di porre un limite all’efferatezza della pena e alla crudeltà del supplizio risale all’epoca dei Lumi: il limite è quello della dignità umana del condannato. Il concetto si definisce più facilmente in negativo che in positivo, poiché ad esso si ricollegano i criteri della proporzione, prevedibilità, misura. Per la nascita dell’idea di “dolcezza della pena” (dal titolo del capitolo XXVII dell’opera di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano, 11° ristampa 2008) si rimanda a FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1975), Einaudi, Ed. 1993.

⁷ FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, in *op. cit.*, p. 224.

del parametro in oggetto, ha in vario modo interpretato e precisato i contenuti del generalissimo principio in esso contenuto,⁸ evolvendosi storicamente e tracciando un percorso non sempre univoco: ne sono, quindi, derivati esiti ermeneutici differenziati in ordine al rapporto esistente tra le diverse funzioni della sanzione criminale.

In tale prospettiva, si può registrare una lenta, ma oltremodo significativa evoluzione che, muovendo da una originaria concezione “polifunzionale” della pena, nella prospettiva di un recepimento, per così dire, cauto, del fine rieducativo, ha in progresso di tempo, maggiormente valorizzato tale funzione, fino a giungere a qualificare la rieducazione del condannato quale scopo principale e ineludibile della pena stessa.

In particolare, contestualmente all’emanazione della Carta costituzionale, la dottrina elaborò delle interpretazioni del principio del finalismo rieducativo volte a «contenerne il più possibile la portata innovativa, in modo da collocarlo in una prospettiva di continuità rispetto all’ordinamento precedente».⁹ Segnatamente, facendo leva sul verbo “tendere”, si sostenne che la rieducazione non fosse la finalità essenziale, ma solo uno scopo eventuale della pena, mentre «le concezioni retributive continua[rono] ad essere prevalenti, accompagnate dall’insistenza sulla funzione general-preventiva della pena».¹⁰

⁸ Si legge nei lavori preparatori: «non si è voluto risolvere la questione delle finalità della pena. La pena ha – secondo alcuni – un fine di intimidazione; secondo altri, un fine di prevenzione; secondo altri ancora, deve avere soltanto il fine della rieducazione del colpevole. Si è voluto evitare di accettare nella Costituzione una di queste teorie, trattandosi di materia di Codice penale. Ecco perché si è usata la parola: “tendere”; perché si è voluto dire, in un senso altamente sociale ed umano, che una delle finalità della pena in tutti i casi deve essere la rieducazione del condannato» (cfr. CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea costituente*, Volume VI, p. 181. In tal senso, è l’inserimento finale dell’art. 27, comma 3, della Costituzione sembra avere un significato più “generico” ed “ideale” che derivante da una precisa corrente di pensiero, risalente non tanto ad un orientamento scientifico quanto piuttosto alla nuova sensibilità politica che nasceva insieme alla Repubblica (cfr. FIANDACA, *op. cit.*, pp. 227 e 228). Dalla lettura dei lavori preparatori parrebbe che la presa di posizione costituzionale sia il frutto di un dibattito non troppo “consapevole”. Sembra di questo avviso FIANDACA, *op. cit.*, che nel descrivere il dibattito intorno all’art. 27 parla di «timidezze propositive» e «limiti scientifico-culturali». Si esprime in termini contrari VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, I, 297, p. 326, che definisce tale dibattito «vivace e consapevole».

⁹ FIANDACA, *op. cit.*, p. 235.

¹⁰ NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1995, p. 318. Nel citato commento all’art. 27, comma 3, Cost. FIANDACA fa risalire la tendenza alla general-prevenzione alla situazione di allarme sociale che dominava negli anni ’50, mentre il revival delle teorie retributive sarebbe dovuto all’affermarsi dell’*egemonia culturale cattolica* (p. 228). L’Autore individua in BETTIOL e nella sua opera uno dei maggiori sostegni alla teoria retributiva (*op. cit.*, p. 231). A sostegno della mortificazione della portata innovatrice dell’art. 27 comma III furono addotti vari argomenti, *in primis* quello letterale che sostiene che dato che il divieto di trattamenti inumani precede

Nel corso degli anni Sessanta si affermò, quindi, la concezione “polifunzionale” della pena, secondo la quale sebbene la sanzione criminale abbia essenzialmente una natura retributiva, quest’ultima non vale, da sola, a lottare contro il delitto:¹¹ in tale ottica, «riaffermazione o ideale reintegrazione del diritto violato, prevenzione generale e prevenzione speciale mediante il ricorso ad una pena che resta retributiva nella sua essenza sono dunque le funzioni essenziali che (...) ogni ordinamento giuridico (...) assegna alla pena criminale».¹²

Tale prospettiva attribuisce particolare rilevanza alla prevenzione speciale,

la rieducazione, il carattere afflittivo della pena sarebbe conservato. Scrive in quegli anni PETROCELLI: «Il più elementare buon senso basta per intendere che se la Costituzione si preoccupa di avvertire che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, ciò è perché le pene devono rimanere pene. Se le pene avessero dovuto avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente rieducativo; se, insomma, le pene non avessero dovuto avere carattere... punitivo, il divieto (...) non avrebbe avuto ragione di essere, perché una funzione che sia essenzialmente ed esclusivamente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita. Ma la verità è che la Costituzione, nell’art. 27, ha inteso disciplinare non un istituto di rieducazione, ma la pena, la vera pena col suo logico e naturale contenuto di afflittività» (cfr. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. E proc. pen.*, 1950, p. 593). Secondo lo stesso Autore, un’interpretazione uniforme alla sua si ritroverebbe in BATTAGLINI, *Diritto penale*, III ed., Cedam, Padova, 1949, p. 533. FIANDACA individua fra gli Autori impegnati a demolire il “mito” della rieducazione, oltre al già citato BETTIOL, anche GROSSO, C.F., voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XV, Utet, Torino 1957, p. 719 e SPASARI, M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966. A ben vedere, però, «non è (...) probante l’argomento che fa leva sull’ordine di successione dei due enunciati (...). In astratto, il divieto di trattamenti inumani si può riferire egualmente bene sia alla retribuzione che alla rieducazione. Ed infatti non è affatto vero che quest’ultima presuppone necessariamente un trattamento ispirato a criteri di umanità: si ipotizzi un trattamento rieducativo che, al fine di conseguire la neutralizzazione degli impulsi antisociali del reo, ricorra a tecniche che offendano la dignità della persona (...), ponendosi perciò in contrasto con elementari principi umanitari.», FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna 2007, p. 689. Un secondo argomento era quello secondo il quale la norma si doveva intendere non come direttamente vincolante per il legislatore, ma programmatica, ossia meramente indicativa (cfr. Scrive infatti GRASSO, *Appunti sulla pena nella Costituzione Italiana*, in *Giustizia Penale*, (Parte prima: i presupposti), 1954, I, 225, colonne 226 e 227: «La pena viene disciplinata nell’art. 27, con norme che ci sembrano di carattere programmatico. [...] Ci sembra infatti che il senso letterale e logico del testo voglia solo significare che accanto ai fini tradizionali della pena, si debba far luogo anche ad una tendenziale rieducazione del condannato». Di avviso analogo ESPOSITO, C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena (Commento alla Sent. della Corte Cost. n. 79 dell’8 giugno 1963)*, in *Giur. Cost.*, II, 1963, p. 661. , FIANDACA, in *op. cit.*, pp. 228 ss. aggiunge che questo espediente non ebbe alcun successo, poiché la dottrina già allora maggioritaria, fra cui DELITALA, VASSALLI e NUVOLONE attribuiva alla norma efficacia precettiva immediata (p. 232). Si sosteneva, in quegli anni, che «alla pena, (...) dato che essa è riaffermazione simbolica dell’idea di giustizia, e, quindi, di ordine, tocchi di perseguire e conservare il bene sociale (...) mediante la instaurazione di una proporzione ideale, fra l’abuso di libertà consapevolmente consumato dal reo ed il patimento di questo [...] ne discende, quindi, che nel nostro ordinamento positivo la funzione della pena non è rieducativa, il che del resto sarebbe (...) ontologicamente impossibile, bensì retributiva» (cfr. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 152-154).

¹¹ Cfr. VASSALLI, G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, I, 297.

¹² VASSALLI, G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, I, 297, p. 329.

che è «tra tutte la più pregna di significati e possibilità».¹³

Ciò in quanto «essa include ogni finalità assegnata alla pena in vista del futuro del singolo delinquente, sia sotto un profilo strettamente personale sia nei suoi rapporti con la società. [...]».¹⁴

Si noti che «questa funzione (...) è così importante che non è mai stata disconosciuta [...] [e] meno ancora potrebbe essere disconosciuta oggi, dopo che la più alta e nobile forma di prevenzione speciale, la rieducazione dei condannati, è stata inserita (...) tra gli obiettivi essenziali della pena, in tutti i suoi momenti».¹⁵

Successivamente, nel corso degli anni Settanta, si assiste ad una crescita di interesse, da parte della politica e dell'opinione pubblica, verso le tematiche della pena e della sua esecuzione, soprattutto in carcere:¹⁶ ebbene, proprio in tali anni, il principio rieducativo della pena «sembra vivere la sua stagione più felice: il principio infatti, non solo si vede pienamente riconosciuto quel rango preminente ad esso attribuito del legislatore costituzionale, ma viene altresì assunto a principale criterio ispiratore delle proposte di modifica relative al catalogo delle sanzioni».¹⁷ I tratti salienti del dibattito dell'epoca sono, da un lato, la convinzione secondo cui è necessario prevedere sanzioni diverse da quella detentiva, nonché, dall'altro, il

¹³ *Op. cit.*, pp. 322 -327. FIANDACA nel suo commento al terzo comma dell'art. 27 critica la teoria polifunzionale, sostenendo che sia riduttivo ritenere che la conciliazione delle diverse teorie sulla pena si ottenga limitandosi a sommarle insieme, poiché i diversi scopi della pena emergono in funzione dei diversi momenti ove venga in considerazione il problema della pena (minaccia, commisurazione ed esecuzione). Pensare ad una conciliazione di questo genere fra le teorie sarebbe dunque troppo semplicistico. (Cfr. FIANDACA, *loc. cit.*, pp. 229 ss.)

¹⁴ *Ut supra*

¹⁵ *Ut supra*

¹⁶ La frattura politica, culturale e sociale del Sessantotto influenzò il dibattito sulla pena non solo a causa della più ampia influenza che le nuove correnti di pensiero esercitavano sull'opinione pubblica e sui rapporti sociali, ma anche perché i protagonisti stessi del movimento sperimentarono personalmente la maggiore tra le sanzioni penali, il carcere. Scrive DE VITO, in *Camosci e girachiavi – Storia del carcere in Italia*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 62 ss.: «Nel corso di quegli anni, migliaia furono i fermi, le denunce, decine gli arresti. (...) Nelle carceri, i militanti detenuti non cessavano di “fare politica”. (...) dopo i tragici fatti di piazza Fontana (...), la sinistra extraparlamentare si mobilitò e manifestò in occasione della morte dell'anarchico Pinelli, ed il Soccorso Rosso iniziò una campagna per chiedere la liberazione di Valpreda (...) I detenuti, per Lotta Continua, erano i dannati della terra. Il carcere era per loro l'espressione più nitida di quella ghettizzazione sociale e di quella repressione che il sottoproletariato subiva quotidianamente anche sul territorio. Adesso però, (...) anche il carcere poteva trasformarsi in una “scuola di rivoluzione”. (...) Proseguendo l'ondata di proteste della fine del 1971, nel corso del 1972 scioperi della fame e del lavoro, fermate all'aria e salite sui tetti si susseguirono ininterrottamente da gennaio fino almeno ad agosto.» In questi anni i Parlamentari si occupavano della riforma dell'ordinamento penitenziario ed i detenuti del Regina Coeli, grazie ad un compatto sciopero della fame, ottennero di poter parlare della riforma con una Commissione di parlamentari e con il Ministro della giustizia ZAGARI. Su questo cfr. DE VITO, *loc. cit.*, pp. 70 ss.

¹⁷ FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, p. 243.

potenziamento della finalità rieducativa nella fase dell'esecuzione, che troverà largo spazio nella riforma penitenziaria del 1975.¹⁸ Peraltro, in tale periodo, si consacra l'idea secondo cui la valorizzazione del principio rieducativo comporta significative conseguenze anche sull'elaborazione del principio di colpevolezza¹⁹ e sulla costruzione dogmatica dell'illecito penale. Risale, infatti, a questi anni la concezione costituzionalmente orientata del reato proposta da Bricola,²⁰ il quale include il principio di rieducazione tra i criteri che definiscono le caratteristiche essenziali dell'illecito penale.

3. Il finalismo rieducativo della pena nella giurisprudenza costituzionale

Secondo quanto già accennato, come il dibattito dottrinale, anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di funzioni della pena è andata «storicamente evolvendo secondo linee complesse e non prive di una certa

¹⁸ Cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale – parte generale, cit.*, p. 695. Tale modifica fu peraltro preceduta dalla riforma introdotta con legge 7 giugno 1974, n. 220, che, modificando alcuni istituti di parte generale, in particolare la recidiva, il bilanciamento fra circostanze aggravanti ed attenuanti e la sospensione condizionale della pena, raggiunge l'obiettivo di ridurre la misura delle pene applicate in concreto dal giudice e delle pene da eseguire, rendendo più flessibile l'impianto sanzionatorio in generale. Cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2007, p. 94.

¹⁹ RONCO, *Il problema della pena – Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino 1996, p. 5.

²⁰ La concezione costituzionalmente orientata del reato è sviluppata da BRICOLA, F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Utet, Torino 1973, c. 38 ss. Affinché la pena possa effettivamente essere rieducativa, infatti, sarebbe necessario che essa fosse comminata solo se il soggetto agisca ledendo un bene del quale egli stesso percepisce l'importanza, ossia un valore che si possa legittimamente assumere a punto di riferimento di un processo rieducativo. Ciò esclude dai beni tutelabili quelli cd. inafferrabili o non sentiti dalla coscienza sociale come meritevoli di tutela. Al di là delle critiche che si sono mosse a questa teoria, prima fra tutte quella che ritiene inopportuno fare ricorso anche al principio rieducativo per accreditare la rilevanza costituzionale del criterio di "necessaria lesività" (Cfr. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, pp. 246 – 252, il quale avanza delle riserve di fronte alla necessaria conseguenza di questa teoria, che se accolta porterebbe a considerare incostituzionali le norme penali che configurano fattispecie svincolate da una concreta messa in pericolo del bene protetto, con forti ripercussioni sulle figure dei reati di pericolo concreto ed astratto), bisogna riconoscere che essa dà finalmente la giusta portata alla funzione rieducativa, riconoscendole il rango costituzionale che le è proprio. D'altronde, lo stesso FIANDACA critica questa teoria, ma ne condivide i presupposti di fondo: «tra le condizioni di legittimità e al tempo stesso di efficacia della prospettiva rieducativa, va incluso il sufficiente livello di "afferrabilità" e "consolidamento" del bene offeso; da questo punto di vista, la tutela penale dovrebbe essere circoscritta soltanto ai beni avvertiti come inequivocabilmente meritevoli di protezione dal maggior numero possibile di cittadini» (*op. cit.*, p. 253).

ambiguità».²¹

Sebbene tale evoluzione «finisc[a] per lo più col riecheggiare orientamenti già affermati nella dottrina penalistica: per cui le stagioni giurisprudenziali che si succedono nel tempo seguono una linea evolutiva corrispondente ad altrettante stagioni dottrinali, anche se è dato riscontrare [...] un certo tendenziale ritardo della Corte nel tenere dietro agli sviluppi della riflessione teorica»,²² pare utile ripercorrerne i momenti più significativi.

Nel condurre tale analisi, riveste particolare rilevanza la distinzione proposta in dottrina,²³ la quale individua tre grandi stagioni giurisprudenziali.

Segnatamente, in una prima fase, la Corte ha fatto propria una concezione “polifunzionale” della pena.

In quella che può definirsi una giurisprudenza costante²⁴ dal 1966 al 1988, la Corte accoglie la teoria polifunzionale secondo la quale «la pena assolve contemporaneamente più funzioni, e cioè afflittivo-retributiva, generalpreventiva, specialpreventiva, e satisfattoria o di reintegrazione dell’ordine giuridico violato. In questo quadro composito, trova spazio anche la finalità rieducativa, la quale *viene tuttavia tendenzialmente circoscritta alla sola fase dell’esecuzione penitenziaria*».²⁵

Particolarmente significativa, in questo senso, risulta la sentenza n. 12 del 1966, con la quale la Consulta si pronuncia sulla legittimità costituzionale della pena pecuniaria, che secondo il giudice *a quo* non pareva idonea a svolgere la funzione rieducativa.²⁶

La Corte risponde dichiarando infondato il dubbio di costituzionalità, e spiega nella sentenza che i due assunti dell’art. 27 comma terzo (*i.e.* umanità e finalismo

²¹ FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI, G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 131. Secondo l’Autore tale oscillazione giurisprudenziale è dovuta all’influenza che il mutare dei contesti esterni ha esercitato sulle figure dei giuristi interpreti.

²² *Op. cit.*, p. 134.

²³ FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI, G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 131.

²⁴ Cfr. *Op. cit.*, p. 134. L’Autore fa riferimento alle sentenze della Corte Cost. n. 48/1962, n. 67/1963, n. 12/1966, n. 124/1970, n. 179/1973, n. 264/1974 e n. 306/1993.

²⁵ Cfr. *Ibidem*.

²⁶ Il giudice *a quo* aveva posto la questione se la pena pecuniaria «in quanto ritenuta, a differenza della pena detentiva, non idonea a svolgere funzione rieducativa, sia da considerarsi non conforme al principio costituzionale di cui al comma terzo, seconda parte, dell’art. 27 della Costituzione». C. Cost. sent. n. 12 del 4 febbraio 1966, in *Giur. Cost.*, 1966, I, 143, p. 150.

rieducativo della pena) non si possono separare l'uno dall'altro, ma formano insieme i connotati della pena, fino a creare un contesto unitario e non dissociabile,²⁷ in cui la componente afflittiva, o retributiva, non va trascurata, così che anche la pena pecuniaria risulta legittima.

La Corte ribadisce, dunque, il significato della norma, la quale, pur riconoscendo l'importanza della rieducazione del condannato, la inserisce pur sempre nel trattamento penale vero e proprio, il quale a sua volta trova un limite nel divieto di superare il punto oltre il quale la pena si pone in contrasto col senso di umanità.²⁸

La Corte conclude riferendosi a concetti che la dottrina degli anni '50 e '60 aveva spesso ribadito, quali il significato meramente eventuale del verbo "tendere" e l'importanza delle altre funzioni della pena, insieme alla rieducazione, che non può essere intesa in senso esclusivo e assoluto.

In particolare, si legge nella sentenza: «Del resto la portata e i limiti della funzione rieducativa (...) appaiono manifesti nei termini stessi del precetto».²⁹

In tal senso, si noti che «Il quale stabilisce che le pene "devono tendere" alla rieducazione del condannato: espressione che, nel suo significato letterale e logico, sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla.(...)».³⁰

Ciò considerato, appare evidente come «(...) con la invocata norma della Costituzione si volle che il principio della rieducazione del condannato (...) fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare la esistenza e la

²⁷ Si legge nella motivazione della Sentenza: «È arbitrario, innanzi tutto, il modo con cui viene presentato il comma terzo dell'art. 27, del quale l'ordinanza pone in esclusiva evidenza una parte tacendone del tutto l'altra. Invero la norma non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", ma dispone invece che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato": un contesto, dunque, chiaramente unitario, non dissociabile, (...), in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro, né, tanto meno, ridicibile a una di esse soltanto. Oltre tutto, le due proposizioni sono congiunte (...) anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra. Da un lato infatti un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza». C.Cost., Sent. n. 12/1966, *loc. cit.*, pp. 151-152.

²⁸ Cfr. *op. cit.*, p. 153.

²⁹ *Op. cit.*, pp. 155-156.

³⁰ Cfr. *Ibidem*

legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che (...) sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale».³¹

Le “altre funzioni della pena” a cui fa riferimento la Corte sono gli obiettivi di prevenzione generale e di retribuzione, i quali emergono soprattutto nelle fasi precedenti all'espiazione della pena, ossia nel momento della minaccia legislativa e in quello dell'applicazione giudiziale della pena.³²

Un' importante tappa nel percorso ermeneutico della Corte è rappresentata dalla sentenza n. 204 del 1974, che si colloca in controtendenza rispetto alla interpretazione dominante come sopra sommariamente tracciata.

In particolare, nel dichiarare incostituzionale l'art. 43 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura penale, che attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale, la sentenza in esame qualifica il “recupero sociale del condannato” come «fine ultimo e risolutivo della pena» e, per la prima volta, individua un vero e proprio “diritto alla rieducazione”, segnatamente «il diritto per il condannato a che (...) il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espia abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

Su tali basi, l'istituto della liberazione condizionale, alla luce dell'art. 27, comma 3, della Costituzione, assume un ruolo di particolare significato e peso, che deve essere considerato già nella fissazione legislativa dei suoi presupposti e dei suoi limiti. Testualmente, affermano i Giudici delle leggi « (...) il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei e le forme atte a garantirle».

³¹ Cfr. *Ibidem*

³² Cfr. FIANDACA, *op. cit.*, p. 135. L'Autore aggiunge una valutazione di merito di questa teoria polifunzionale, affermando che «la sua maggiore utilità si ricollega proprio al generico eclettismo, connesso al fatto che le generiche ed eterogenee funzioni assegnate alla pena vengono alquanto confusamente sommate una all'altra, senza instaurare tra le stesse un ordine gerarchico o di priorità: ciò infatti conferisce ai giudici delle leggi l'opportunità di potere disporre di uno strumento concettuale flessibile e duttile, in una prospettiva strumentale al soddisfacimento di esigenze politico-criminali considerate di volta in volta prevalenti». FIANDACA, *op. cit.*, p. 135.

Nel percorso che conduce alla valorizzazione della rieducazione si inserisce la fondamentale sentenza n. 364 del 1988³³ (seguita dalla n. 1085 pronunciata in quello stesso anno), con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non esclude dalla inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza c.d. inevitabile.

E difatti, in tale pronuncia, la Corte, per la prima volta, ancora, tra l'altro, il principio di colpevolezza alla finalità rieducativa: partendo dal presupposto secondo il quale l'art. 27 Cost. «non può esser adeguatamente compreso ove lo si legga in maniera, per così dire, spezzettata, senza collegamenti “interni”»³⁴ -poiché, viceversa, i commi primo e terzo vanno letti in stretto collegamento, rappresentando «un'unitaria presa di posizione in relazione ai requisiti subiettivi minimi che il reato deve possedere perché abbiano significato gli scopi di politica criminale enunciati, particolarmente nel terzo comma»³⁵ - i Giudici costituzionali proseguono evidenziando che «soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi, nel nostro sistema costituzionale, data la grave strumentalizzazione che subirebbe la persona umana), potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili (...) alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento».³⁶

Ciò constatato, la Consulta osserva che «dal collegamento tra il primo ed il terzo comma dell'art. 27 Cost. risulta, insieme con la necessaria “rimproverabilità” della personale violazione normativa, l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (o indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali», posto che «il ristabilimento dei valori sociali “dispregiati” e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata “soggettività antiggiuridica” del fatto».³⁷

Da quanto sopra osservato, consegue che, trattandosi dell'applicazione di una pena, «da qualunque teoria si intenda muovere (eccezion fatta per quella della

³³ Cfr. Corte Cost., sent. 23 – 24 marzo, 1988, n. 364 (Pres. Saja, rel Dell'Andro)

³⁴ *Ibidem*

³⁵ *Ibidem*

³⁶ *Ibidem*

³⁷ *Ibidem*

prevenzione generale in chiave di pura deterrenza che, peraltro, (...) non può considerarsi legittimamente utilizzabile per ascrivere una responsabilità penale)»³⁸ e dovendo la violazione essere rimproverabile, «l'impossibilità di conoscenza del precetto (...) non ascrivibile alla volontà dell'interessato deve necessariamente escludere la punibilità».³⁹

Ad ogni modo, la svolta di principio⁴⁰ è rappresentata dalla sentenza n. 313 del 1990.

E difatti, con tale pronuncia, la Corte abbandona in parte la concezione polifunzionale per attribuire «una decisa prevalenza (...) alla prospettiva della prevenzione (generale e speciale), mentre il paradigma retributivo finisce col perdere un ruolo autonomo, riducendosi a mera esigenza di proporzione tra pena da infliggere in concreto e grado di colpevolezza».⁴¹

Nella citata pronuncia la Corte esordisce con l'analisi attenta e critica della sua passata giurisprudenza sulla concezione polifunzionale,⁴² sottolineando come essa trascurasse, invero, «il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa; questa, perciò, veniva assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario».⁴³

³⁸ *Ibidem*

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ L'espressione si deve a PULITANÒ, *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino 2007, p. 173. Concorde nel valutare la portata innovativa della sentenza è GALLO, E., *L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione di pena*, in *Giur. cost.*, 1, 1994, pp. 3204-3205. L'Autore in tale articolo commenta un'altra sentenza della Corte, la n. 341/94, nella quale si rimane nella scia di quanto affermato nel 1990, in particolare a proposito della necessità che la finalità rieducativa della pena sia l'obiettivo del legislatore stesso nel momento in cui questi pensa a come sanzionare un determinato fatto reato. Una sanzione sproporzionata, e dunque irragionevole non può *tendere alla rieducazione del condannato* (cfr. *op. cit.*, p. 3207).

⁴¹ FIANDACA, *op. cit.*, p. 136. Anche questo cambiamento avviene sul riflesso degli sviluppi teorici già maturati sul versante dottrinale.

⁴² «In realtà la passata giurisprudenza di questa Corte (come, del resto la dottrina imperante nei primi anni di avvento della Costituzione) aveva ritenuto che il finalismo rieducativo, previsto dal comma terzo dell'art. 27, riguardasse il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato (quale esempio del lungo percorso di questo *leit motiv* si vedano le sentenze n. 12 del 1966; n. 21 del 1971; n. 167 del 1973; n.i 143 e 264 del 1974; 119 del 1975; 25 del 1979; 104 del 1982; 137 del 1983; 237 del 1984; 23, 102 e 169 del 1985; 1023 del 1988). A tale risultato si era pervenuto valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo, e deducendo dall'imposizione del principio di umanizzazione la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena. Per tal modo si negava esclusività ed absolutezza al principio rieducativo, che come dimostrerebbe l'espressione testuale – doveva essere inteso esclusivamente quale “tendenza” del trattamento». C. Cost., sent. n. 313/1990, *loc. cit.*, p. 1994.

⁴³ *Op. cit.*, p. 1994.

Conseguentemente, sebbene si ribadisca che la pena abbia un carattere in qualche misura afflittivo e, insieme, di difesa sociale e di prevenzione generale, si riconosce che queste siano le caratteristiche minime che descrivono la pena in quanto tale, e non possono «autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al 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. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena».⁴⁴

La Corte, quindi, provvede a rivedere le sue posizioni anche in merito all'interpretazione del verbo “tendere”: «L'esperienza successiva ha (...) dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione (...)».⁴⁵

Infine, si estende l'ambito di valenza della finalità rieducativa al di là della sola fase esecutiva della pena: «Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. (...) *Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie*»⁴⁶

⁴⁴ *Ibidem*

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 1995.

⁴⁶ *Ibidem*

[corsivo nostro].

L'aspetto più innovativo della pronuncia in esame consiste nel «pretendere che la prospettiva della rieducazione espanda la sua sfera di operatività trascendendo il momento dell'esecuzione»,⁴⁷ così che tale prospettiva arrivi ad orientare sia la determinazione della pena ad opera del giudice sia, ancora prima, la scelta legislativa di tipologie sanzionatorie atte a favorire l'effetto rieducativo.

A chiusura e a guisa di sigillo, la Corte rammenta che il principio è ormai «patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il “principio di proporzione” fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra».

Per completezza di indagine, non può sottacersi che, da un lato, tale sentenza è stata oggetto di commenti discordanti, divisi tra chi, sostenendo l'importanza della rieducazione, la salutava come un nuovo manifesto programmatico e chi invece la liquidava come un'utopia irrealizzabile,⁴⁸ e che, dall'altro, negli anni immediatamente successivi, la stessa Consulta non si è mantenuta ferma su tali posizioni “innovative”, ma è ritornata in linea con la tradizione, sino a riproporre la vecchia concezione eclettica della polifunzionalità della pena.⁴⁹

Tuttavia, la nuova sensibilità inaugurata nel 1990 con riferimento alle esigenze di rieducazione costituisce, nell'attuale panorama normativo, il parametro con cui deve misurarsi l'interprete.

In tal senso, sulla stessa scia inaugurata nel 1990, merita particolare menzione la sentenza 16 aprile 2008, n. 129, che, dopo aver scisso la funzione rieducativa della pena dalle regole del “giusto processo” - poiché se si assegnasse a queste ultime una funzione strumentale alla rieducazione «si assisterebbe ad una

⁴⁷ FIANDACA, *op. cit.*, p. 138, il quale in un passo successivo definisce *potenzialmente rivoluzionarie* le conseguenze di questa sentenza.

⁴⁸ Cfr. FIANDACA, *op. cit.*, p. 139, che fra gli studiosi più sensibili all'ideale rieducativo cita EMILIO DOLCINI, mentre fra i più refrattari individua LUCIO MONACO e CARLO ENRICO PALIERO.

⁴⁹ Si legge, infatti, nelle premesse generali della sentenza n. 306 del 1993: «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena - da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè - nei limiti della ragionevolezza - far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (cfr. C. Cost., sent. n. 306/1993, *Giur. cost.*, 1993, II, 2466, pp. 2497-8).

paradossale eterogenesi dei fini, che vanificherebbe (...) la presunzione di non colpevolezza» - ha ribadito che «la necessità che la pena debba “tendere” a rieducare (...) indica una delle qualità essenziali (...) della pena nel suo contenuto ontologico», accompagnandola non solo nella fase esecutiva, ma, altresì, in tutti i momenti in cui essa rileva.

Ciò considerato, deve comunque darsi atto che, specie gli ultimi decenni del secolo scorso, sono stati segnati da un notevole aumento della popolazione presente negli istituti di pena e la drammatica situazione carceraria che si è andata creando è sembrata ascrivibile a una consistente stratificazione di interventi legislativi ispirati a una visione “repressiva” e “carcerogena”, che si è concretizzata con un ricorso sempre maggiore alla pena detentiva.

E ciò altro non indica se non l’inefficienza dello Stato rispetto ad una delle sue funzioni primarie, ossia quella repressiva e rieducativa: e difatti, nel condurre un’analisi della situazione in cui versano gli istituti di pena è possibile riscoprire l’intollerabilità delle condizioni detentive, che rischiano fortemente di risultare illegittime e in contrasto con i principi affermati dalla nostra Carta costituzionale.

Di fronte ad una tale situazione viene spontaneo chiedersi come sia possibile che una persona costretta a stare come non dovrebbe, possa essere aiutata a rieducarsi.

Sembra, quindi, lecito domandarsi come si possa ipotizzare un programma di risocializzazione quando il detenuto è costretto in una reclusione che va al di là dell’umanamente sopportabile e come si possa parlare di rieducazione se viene meno il rispetto della dignità umana.

La frustrazione della logica secondo cui la rieducazione del condannato debba costituire il fulcro attorno cui ruota l’intero sistema punitivo è testimoniato dagli ultimi interventi del legislatore italiano in materia penitenziaria,⁵⁰ tutti etichettati

⁵⁰ Ci si riferisce, in particolare, a: d.l. 1 luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena, convertito con modificazioni in l. 9 agosto 2013, n. 94; il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, recante “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria” convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10 (sul quale, in ragione degli interventi in tema in affidamento in prova ai servizi sociali, più diffusamente *infra*); d. lgs. n. 32 del 2014; l. n. 67 del 2014; decreto legge n. 36 del 2014, conv. In legge n. 79 del 2014. Per una visione completa di tali interventi, cfr. DEGL’INNOCENTI, FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014; CONTI, MARANDOLA, VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014.

come provvedimenti “svuotacarceri”, alcuni dei quali di particolare rilievo ai fini della presente trattazione,⁵¹ volti a formulare soluzioni idonee a diminuire la popolazione carceraria, nonché a fornire rimedi effettivi di tutela nei casi in cui si verificano violazioni degli standard minimi di vivibilità all’interno delle carceri: ciò a fronte del duro monito espresso dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nella nota sentenza Torreggiani⁵² - con la quale è stato ingiunto al legislatore italiano di introdurre, entro il termine di un anno da computarsi dalla definitività della sentenza (intervenuta il 28.5.2013) «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte»⁵³ – nonché a fronte della sentenza della Corte Costituzionale n. 279/2013.⁵⁴

4. Il finalismo rieducativo e l’idea di trattamento e di differenziazione carceraria: la legislazione in materia penitenziaria.

Quanto al panorama normativo, *l’espressione più significativa del finalismo rieducativo* è costituita dalla riforma dell’ordinamento penitenziario, introdotta con

⁵¹ Su cui più diffusamente *infra*.

⁵² Cfr. Corte EDU, sez. II, sent. 8.1.2013, Torreggiani e altri c/o Italia. La Corte, a fronte di una palese e generalizzata situazione di difficoltà in cui versavano gli istituti penitenziari italiani, determinata in via principale dalle conseguenze di un endemico sovraffollamento carcerario (in particolare, i ricorrenti detenuti nel carcere di Busto Arsizio, lamentavano di essere stati detenuti in una cella di 9 mq., con altre due persone, disponendo di uno spazio vitale di 3 mq. ciascuno; l’accesso alle docce era limitato a causa della penuria di acqua calda; i ricorrenti detenuti nel carcere di Piacenza facevano rilevare di aver occupato celle di 9 mq. con altri due detenuti, di non aver avuto a disposizione l’acqua calda, nonché di non aver potuto godere di luce sufficiente a causa delle barriere metalliche apposte alle finestre), ha ravvisato una violazione dell’art. 3 della CEDU (secondo il quale «nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), avente carattere sistemico come testimoniato non solo dal numero di ricorsi, tendenzialmente destinato ad aumentare, ma anche dai pregressi interventi in materia da parte del legislatore italiano, i quali, però, non avevano affatto sortito gli effetti dovuti, se non parzialmente (cfr. in precedenza, Corte EDU, 16.7.2009, Suljmanovic c/o Italia). Sul punto, in dottrina, cfr. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p.11 ss.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Sebbene la risposta sia stata d’inammissibilità della questione sollevata (sent. n. 279 del 22 ottobre 2013) la pronuncia contiene un monito dai toni perentori rivolto al legislatore, il quale, se non dovesse introdurre gli opportuni rimedi al problema, potrebbe andare incontro ad una “reazione” da parte della stessa Corte costituzionale, che si è riservata la facoltà di adottare le decisioni necessarie, in futuro, per ricondurre le condizioni di vita all’interno degli istituti carcerari a un livello di umanizzazione accettabile.

la legge 26 luglio 1975, n. 354.⁵⁵

L'intervento normativo in parola ha introdotto le misure alternative alla detenzione in carcere (affidamento in prova, semilibertà e liberazione anticipata, sulle quali più diffusamente *infra*), le quali superano la logica della esclusività della pena detentiva ma, al tempo stesso, sono ritenute idonee a prevenire future condotte antisociali.

Come è stato osservato, «questa prima legge di riforma dell'ordinamento penitenziario ha avuto il merito di incidere sul concetto stesso di esecuzione penale, modificando l'idea secondo la quale il carcere è l'unico luogo capace di consentire l'esecuzione della pena ed inserendo nel sistema giuridico la prospettiva di un'esecuzione all'esterno dell'istituto penitenziario. (...) Lo stesso carcere diventa un ambiente nel quale si devono predisporre tutti gli interventi, materiali e psicologici, capaci di far assumere al soggetto un nuovo orientamento per la vita futura. (...) Prima di allora, la pena inflitta con la sentenza di condanna non era più modificabile perché prevaleva (...) una concezione di immutabilità della sanzione inflitta».⁵⁶

Per effetto della legge in commento, dunque, al centro dell'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale non vi è l'intento di regolare l'amministrazione penitenziaria secondo sicurezza e disciplina,⁵⁷ ma la figura del detenuto come "persona". In quest'ottica, sono stati valorizzati gli elementi della personalità del detenuto che possano servire al suo reinserimento sociale.

In base alla situazione soggettiva del detenuto si individuerà, quindi, il trattamento (rieducativo) che più gli si addice, con una certa elasticità di fondo nella scelta, nella revoca e nell'esecuzione dello stesso.

Le disposizioni presenti nell'ordinamento penitenziario «in forza del loro tipico contenuto precettivo, non solo fissano dei limiti ai poteri degli organi statuali

⁵⁵ Si noti l'importanza della scelta politica di disciplinare la materia con legge formale, anziché con strumento regolamentare. Essa si considera il «solenne riconoscimento che lo *status* di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale status, ma, anzi, altri gliene attribuisce». GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1978, p. 128, in GREVI, *Art. 1*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, III Ed., Cedam, Padova 2006, p.6.

⁵⁶ CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in GAITO, (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005, p. 1004.

⁵⁷ Tale era l'impostazione del *Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena* approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 787, che è stato in vigore fino alla riforma del 1975.

operanti in sede penitenziaria, ma impongono ai medesimi una serie di canoni di comportamento e di regole di organizzazione più o meno direttamente incidenti, in termini di vantaggio, sulla posizione dei detenuti. (...) non è azzardato cogliere nella legge – ovviamente senza ridurla a questo soltanto – i profili di una sorta di “carta dei diritti” dei detenuti». ⁵⁸

In sintesi, è con la riforma del 1975 che si esercita l’opzione di fondo per un’esecuzione penale utile al reinserimento sociale del condannato, da realizzarsi attraverso i contatti con il mondo esterno. A questo proposito è corretto parlare di “diritto” al trattamento penitenziario (inteso come offerta di interventi più o meno diretti alla risocializzazione, come l’istruzione, il lavoro, la religione), poiché esso è caratterizzato dall’assenza di qualsiasi carattere impositivo e presuppone sempre un’adesione volontaria da parte del condannato. ⁵⁹

Con l’allentarsi dell’allarme terroristico ⁶⁰ a metà anni Ottanta, attraverso l’adozione della legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini), il legislatore si rende artefice di una riforma penitenziaria proiettata «ad un pur timido rilancio dell’ideologia rieducativa, eliminando le preclusioni oggettive previste dalle precedenti leggi emergenziali (*ndr.* si ricordi, in particolare, il decreto interministeriale del 4 maggio 1977, che istituì gli istituti di massima sicurezza) e favorendo il più possibile l’accesso alle misure alternative al carcere». ⁶¹

È questa l’epoca della c.d. decarcerizzazione, in cui gli interventi legislativi «fiduciosamente si cimentano, pur tra mille difficoltà e contraddizioni, nel perseguimento dell’obiettivo del carcere come *extrema ratio*, prima tappa del

⁵⁸ GREVI, *Art. 1*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed., Cedam, Padova, 2006, p. 6.

⁵⁹ GREVI, *Art. 1*, in *loc. cit.*, p. 7.

⁶⁰ Con riferimento alla legislazione intervenuta negli anni precedenti, si affermò che «una soddisfacente attuazione dei principi della riforma penitenziaria è (...) impedita dalla drammatica riemersione di esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale (...). La necessità di contrastare gravi forme di criminalità, sia comune sia soprattutto politico-terroristica, induce ben presto a restringere l’applicabilità dei nuovi istituti attraverso una serie di preclusioni oggettive *concernenti* gli autori dei reati più gravi» (cfr. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale – Parte generale, cit.*, p. 696. Sulla “crisi” della pena specialpreventiva cfr. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, *Teoria della pena- Teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1172 ss.)

⁶¹ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale – Parte generale, cit.*, p. 696. Si ricorda che aveva avuto una ricaduta sul sistema delle sanzioni anche la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche del sistema penale*”, che, ai fini della deflazione penalistica, introduceva nuovi e più flessibili strumenti di risposta al reato. Fra queste si ricordi l’introduzione di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, ossia la pena pecuniaria, la libertà controllata e la semidetenzione. In merito cfr. PULITANÒ, *op. cit.*, pp. 95-96.

dissolvimento del dominio del grande internamento penale. (...) L'epoca d'oro della decarcerizzazione (...) progressivamente si alienò dall'idea che la sola integrazione possibile fosse quella che passa attraverso la disciplina del carcere. E da quella originaria ossessione disciplinare coerentemente si allontanò, nel senso che essa sempre più apparve come insensata perché storicamente superata. La socializzazione della marginalità nello stato sociale si cementa ormai nell'imperativo del *to care*, del farsi carico della problematicità sociale in termini oramai solo o prevalentemente assistenziali». ⁶²

La novella del 1986 rappresenta un organico e consistente intervento legislativo che, con «intrinseca intelligenza razionalizzatrice» ⁶³, procede all'aggiornamento e all'armonizzazione della disciplina relativa all'esecuzione penale, ben inserendosi nell'ottica di fondo che aveva animato la riforma penitenziaria del 1975.

Il provvedimento normativo in parola interessa alcuni profili della disciplina del lavoro penitenziario e introduce l'istituto dei “permessi premio”, la detenzione domiciliare, nonché la previsione, per il condannato in stato di libertà, di accedere alle misure alternative senza un previo periodo di detenzione carceraria. ⁶⁴ Si prevede, inoltre, che tali misure possano essere concesse ai condannati per qualsiasi crimine, laddove in precedenza vigeva una preclusione in relazione a determinati tipi di reati. ⁶⁵

L'insieme di dette modifiche, come rapidamente elencate, persegue l'obiettivo di ripristinare i rapporti di comunicazione fra carcere e mondo esterno, che, pur essendo presente nelle intenzioni del legislatore del 1975, invero, non era stato oggetto di concreta attuazione: in tale ottica, la legge Gozzini introduce la possibilità di lavoro per il condannato, anche senza accompagnamento e non soltanto

⁶² PULITANÒ, *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006, pp. 14-16.

⁶³ PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *Marginalità e società*, n. 1-2, 1987, p. 105.

⁶⁴ Cfr. CECANESE, alla voce *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *Digesto delle discipline penali*, loc. cit., p. 1006. Le misure alternative sono quelle già introdotte dalla legge 354/75, ossia l'affidamento in prova, la semilibertà e la liberazione anticipata, cui si aggiunge la detenzione domiciliare.

⁶⁵ Erano in precedenza esclusi dall'affidamento in prova e dalla semilibertà i condannati per rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione e di rapina, associazione di tipo mafioso. Cfr. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *Marginalità e società*, 1987, n. 1-2, 102, pp. 105-108.

presso imprese agricole ed industriali ma anche nel settore terziario.⁶⁶ Più in generale, ben si inserisce nell'intento di favorire la risocializzazione del detenuto la scelta di ampliare le condizioni di ammissibilità delle misure alternative e di renderle applicabili in linea di principio ad ogni condannato.

Fra le innovazioni della riforma, la dottrina coeva loda l'introduzione dei permessi-premio di cui all'art. 9 della legge di modifica, (che introduce l'art. 30 *ter* ord. pen.): «ripercorrendo un cammino che la stessa riforma del '75 aveva esitato a percorrere fino in fondo, la nuova legge tende a valorizzare la prospettiva promozionale dei cd. permessi-premio (...), concepiti come parte integrante del trattamento e concedibili, da parte del magistrato di sorveglianza, “ai condannati che hanno tenuto regolare condotta (...) per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro” (art. 9 l. 663/86). Quali che possano essere i persistenti limiti di questa nuova disciplina, è fuori discussione che essa segna un progresso in direzione di un rilancio della rieducazione».⁶⁷

Peraltro, la riforma del 1986 si inserisce in un'ottica di differenziazione del trattamento carcerario,⁶⁸ inserendo al fianco di dette modalità di esecuzione della pena detentiva più “leggere” anche modalità più “dure”, ispirate a criteri molto severi.⁶⁹

Ci si riferisce, più segnatamente, all'introduzione di una disciplina di sicurezza nelle carceri, tramite l'inserimento, all'articolo 14 *bis* dell'ordinamento penitenziario, dell'istituto della sorveglianza speciale. In particolare, tale istituto prevede che si possano limitare i diritti dei detenuti che si comportano in modo attualmente o potenzialmente lesivo della sicurezza in carcere, ma, al contempo, stabilisce l'imprescindibile riconoscimento di alcuni diritti, quali quelli collegati alla

⁶⁶ Cfr. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *loc. cit.*, p. 112- 115. In questo commento “a caldo” sulla riforma, l'Autore esprime alcune riserve sull'effettiva richiesta, da parte della società civile, della “particolare forza lavoro” costituita dai detenuti.

⁶⁷ FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, pp. 293-294.

⁶⁸ Si designa come differenziazione il processo che trasforma il carcere da struttura monolitica a sistema composito e articolato. All'interno di una stessa struttura carceraria possono infatti essere custoditi detenuti che godono di diversi regimi di reclusione, così come sono create carceri autonome, ciascuno orientato alla risoluzione di problemi sociali diversi. Si parla, in merito, anche di sistema del “doppio binario della pena”. Cfr. PAVARINI, *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Questione giustizia*, 4, 1986, pp. 805-806.

⁶⁹ Cfr. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *loc. cit.*, p. 103 e p. 117, ove egli definisce il regime della sorveglianza particolare come “il bastone” che arriva dopo “la carota”.

persona del detenuto, come il vitto o l'igiene.⁷⁰

Nel tentativo di fornire una chiave di lettura complessiva della legge Gozzini, può senz'altro affermarsi che essa ha riorganizzato l'intera normativa penitenziaria verso una più accentuata differenziazione del momento esecutivo: come è evidente, in tale prospettiva risulta fondamentale il trattamento "alternativo", ma il fatto di favorirlo ha delle pesanti ricadute sulla componente retributiva della pena.

Come è stato acutamente osservato, «nello sforzo di "alleggerire" la pressione segregativa nei confronti di un universo di detenuti non più avvertiti come meritevoli di una risposta meramente custodiale, si sceglie di premere l'acceleratore sulle istanze "risocializzanti" e così si finisce nei fatti per forzare il limite strettamente retributivo della pena».⁷¹

La perdita di terreno della componente retributiva avviene non tanto nel momento della commisurazione giudiziaria della pena, ma piuttosto nel momento in cui essa è effettivamente scontata; e proprio nel momento dell'esecuzione, la pena diviene flessibile, poiché sia la sua durata, sia la sua modalità di espiazione dipenderanno dall'attribuzione al condannato dei vari benefici. Non sembra azzardato parlare, dunque, di una parziale perdita di certezza nella predeterminazione giudiziale della pena da scontare in concreto, a favore della implementazione della rieducazione, intesa come necessità di valutare caso per caso, in fase esecutiva, quale sia il percorso adatto per favorire il reinserimento sociale del condannato.

Proseguendo in tale breve rassegna dei principali interventi normativi, si segnala che, all'inizio degli anni Novanta,⁷² il legislatore è intervenuto al fine di

⁷⁰ Cfr. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, pp. 292-293. Il primo comma del neointrodotta art. 14-bis ord. pen., rubricato Regime di sorveglianza particolare, così recita al primo comma: «Possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi, i condannati, gli internati e gli imputati: a) che con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti; b) che con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati; c) che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti». I commi successivi dell'articolo trattano delle modalità di attuazione di questo regime di sorveglianza particolare. Sempre alla legge Gozzini si deve l'abrogazione dell'articolo 90 ord. pen. e l'introduzione dell'art. 41-bis, che sarà più volte rimaneggiato negli anni successivi.

⁷¹ PAVARINI, *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Questione giustizia*, 4, 804, 1986, pp. 808-809.

⁷² Si tratta di un periodo in cui la criminalità organizzata, soprattutto di tipo mafioso, muove gravi e ripetuti atti volti a minare la sicurezza dello Stato, tanto che «la sua azione destabilizzante, la pretesa di porsi come centro di un potere alternativo, fino alla commissione di fatti gravissimi (...) hanno avallato la necessità di nuovi interventi tesi ad emarginare i soggetti che, dal carcere, avrebbero potuto esercitare un ruolo di appoggio, direzione e collaborazione della attività criminosa» (TIRELLI,

riservare ai condannati per gravi reati di criminalità organizzata un modello di esecuzione della pena particolarmente rigoroso, tanto da dare vita ad una sorta di «pena detentiva a doppio binario: nei confronti degli esponenti del crimine organizzato il cui collegamento con le organizzazioni di appartenenza non si è interrotto, l'ordinamento italiano mette in primo piano le esigenze di neutralizzazione».⁷³

Segnatamente, è espressione del maggior rigore di questi tempi la legge 12 luglio 1991, n. 203, recante “*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata (...)*” con la quale si è introdotta nell'ordinamento penitenziario una nuova norma, l'art. 4 *bis*, che esclude la possibilità di concedere i benefici penitenziari, ad eccezione della liberazione anticipata, ai condannati per alcuni delitti particolarmente gravi,⁷⁴ a meno che essi non decidano di collaborare con la giustizia, ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. pen. sulla collaborazione giudiziaria.⁷⁵ L'articolo più emblematico del rigore che l'ordinamento penitenziario riserva ad (alcuni) soggetti condannati per i reati di cui all'elenco del 4 *bis* è sicuramente l'art. 41 *bis*, noto per prevedere il regime del c.d. carcere duro, introdotto nel 1986 e, successivamente

Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?, in DOLCINI, PALIERO, *op. cit.*, p. 1266). Nella *Nota illustrativa del Ministro di grazia e giustizia* che accompagna la modifica si legge che queste dure previsioni avrebbero dovuto rappresentare il «segno certo di non cedere neppure di fronte alla più eversiva delle offensive della criminalità». CESARIS, L., *Art. 41-bis ord. pen.*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *op. cit.*, p. 416. Risalgono infatti all'estate del 1992 la strage di Capaci, del 23 maggio, e quella di via d'Amelio, il 19 luglio.

⁷³ DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, *Teoria della pena – Teoria del reato*, Giuffrè, Milano 2006, p. 1080. Nel sistema di doppio binario, la pericolosità del condannato non è più desunta dal comportamento penitenziario, bensì dalla gravità del fatto in ordine al quale la condanna è stata pronunciata. Su questo cfr. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in DOLCINI, PALIERO, *op. cit.*, pp. 1266 ss.

⁷⁴ Nello specifico, l'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario prevede, nella sua attuale versione, che benefici come l'assegnazione del lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione non siano concesse ai detenuti che abbiano commesso tutta una serie di delitti tra cui figurano i delitti di terrorismo, anche internazionale, di eversione dell'ordine democratico, il delitto di cui all'art. 416-*bis* del codice penale (associazione di tipo mafioso) e reati collegati a queste associazioni, i delitti legati alla pornografia ed alla prostituzione minorile ed alcuni altri. La versione originaria dell'art. 4-*bis* aveva come oggetto solo i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni ivi indicate. Cfr. CESARIS, L., *Art. 41-bis ord. pen.*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 42. In ogni caso, con riferimento alla disciplina di cui all'art. 4 *bis* citato, cfr. Cap. III.

⁷⁵ La collaborazione con la giustizia di cui all'art. 58-*ter* ord. pen. consiste nell'adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero nell'aiutare l'autorità giudiziaria nella ricostruzione dei fatti e nella persecuzione degli altri eventuali colpevoli. Coloro che decidono di collaborare con la giustizia vengono comunemente definiti “pentiti” e si potrebbe dire che costituiscono un *tertium genus* di detenuti fra quelli che hanno commesso reati di criminalità organizzata e gli altri.

oggetto di numerose modifiche.

Il comma 2 di tale articolo, inserito nel 1992,⁷⁶ accentua il sistema del “doppio binario” della pena, prevedendo che nei confronti dei detenuti per delitti legati al terrorismo ed alla criminalità organizzata, qualora vi sia ragione di ritenere che essi mantengano i contatti con l’organizzazione criminale di appartenenza, possono essere sospese le normali regole di trattamento penitenziarie, ad esempio attraverso l’imposizione di limitazioni alle conversazioni con i familiari e alla corrispondenza telefonica o al controllo della corrispondenza epistolare.

In tale contesto, la previsione mira a creare un regime di isolamento in modo tale da spezzare ogni legame fra il carcerato e il mondo esterno ed indebolire l’organizzazione.⁷⁷

Quanto ai profili di rieducazione del trattamento sanzionatorio, attraverso l’introduzione degli articoli 4 *bis* e 41 *bis* - che, benché previsti per casi eccezionali, non tardano a divenire la regola di trattamento per alcune categorie di detenuti⁷⁸ - è testimoniata «la rinuncia dell’ordinamento (sia pure limitatamente ad alcuni detenuti o internati) alla rieducazione che tuttavia resta uno dei fini dell’ordinamento penitenziario. Il trattamento rieducativo da obbligatorio diventava subordinato a condizione e sul trattamento penitenziario potevano essere disposte delle modificazioni all’interno delle quali la tutela dei diritti fondamentali assumeva contorni incerti».⁷⁹

Quale ulteriore intervento legislativo in materia penitenziaria degno di nota, si segnala la legge del 27 maggio 1998, n. 165, alla cronaca legge Simeone, dal nome

⁷⁶ Il comma secondo dell’art. 41-*bis* fu inserito con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge il 7 agosto 1992, con l. n. 356. La più recente delle modifiche aventi per oggetto tale articolo è stata la legge n. 733 del 2 luglio 2009, che ha inasprito ulteriormente il regime riservato ai condannati dall’art. 41-*bis*: fra le introduzioni più significative, si segnala la riduzione del numero dei colloqui mensili da due ad uno, l’obbligatoria (e non più discrezionale) registrazione o videoregistrazione di tali colloqui, e la concessione delle telefonate solo a coloro che non effettuano colloqui. Questi interventi emergenziali svuotano il contenuto della legge 663/86, tanto che lo stesso Gozzini commentò che la sua legge risultava «praticamente abolita dal decreto del governo» ed espresse anche sincere preoccupazioni sui rischi collegati al nuovo regime differenziato in termini di violenza all’interno delle carceri, sottolineando che «gli eccessi nella custodia non servono a combattere la mafia».

⁷⁷ Per la disamina di tutte le vicissitudini che hanno interessato l’art. 41-*bis* si rimanda al commento di CESARIS, *Art. 41-bis ord. pen.*, in *op. cit.*, pp. 411 ss.

⁷⁸ Per i casi di cui al 4 *bis* ord. pen., cfr. *infra*, Cap. III.

⁷⁹ TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in DOLCINI, PALIERO, *op. cit.*, p. 1271. L’Autrice continua nell’esame della legislazione di emergenza trattando della legge 279/2002, che in un certo senso stabilizza il regime previsto dagli articoli 4-*bis* e 41-*bis* comma II, limitando il campo di applicazione dei delitti ostativi ai benefici penitenziari ed adeguandosi ad alcune pronunce della Corte Costituzionale.

dell'originario proponente, la quale muta la morfologia delle misure alternative e prevede significative modifiche dell'articolo 656 c.p.p. riguardo la sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive.

Il legislatore è mosso sostanzialmente dall'intento di deflazionare il numero dei detenuti in carcere, soprattutto se condannati a pene di breve durata, nonché di rendere accessibili a tutti i detenuti, anche quelli appartenenti a classi sociali più disagiate, le misure alternative alla detenzione.

Nella Relazione della II Commissione permanente (Giustizia),⁸⁰ si osserva, infatti, come «il sovraffollamento negli istituti penitenziari condizioni gravemente l'intero sistema penitenziario italiano, talvolta addirittura vanificando le finalità che il legislatore e, ancora prima, il costituente hanno inteso attribuire alla pena detentiva». Egli fa inoltre riferimento all'esigenza di ridurre il numero dei detenuti in carcere, sottolineando che proprio in quest'ottica «si pone dunque la proposta di legge in esame, (...) che è diretta ad evitare che i condannati con pena definitiva di breve durata possano contribuire ad aumentare il numero dei detenuti, senza che sia assicurata la funzione rieducativa della pena».⁸¹

Unitamente alla volontà di ridimensionare la popolazione carceraria, la legge persegue anche l'intento di eliminare le sperequazioni che l'originaria disciplina processuale comportava a carico dei soggetti più deboli.

Anche questo obiettivo è indicato nella Relazione al disegno di legge: «La più significativa delle innovazioni (...) interviene peraltro su una disposizione del codice di procedura penale (l'articolo 656) e riguarda le modalità di accesso alle misure alternative alla detenzione. (...)».

E difatti, «già il vigente articolo 47, comma 4, dell'ordinamento penitenziario, persegue lo stesso scopo della proposta, di consentire l'applicazione delle predette misure senza che sia necessario il passaggio dal carcere». Nondimeno, si noti come «la predetta norma (...) subordin[i] tale effetto alla presentazione dell'istanza da parte dell'interessato “prima della emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione”, con la conseguenza che dell'effetto sospensivo riescono

⁸⁰ *Relazione n. 464-C, presentata alla Presidenza il 23 aprile 1998 (Relatore: SARACENI) sulla Proposta di Legge n. 464-B, approvata dalla Camera dei Deputati il 1° ottobre 1996, su http://fr.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk0500/relazion/04640c.htm.*

⁸¹ SARACENI, *Relazione n. 464-C, loc. cit.*

a beneficiare soltanto coloro che sono in grado di presentare l'istanza tempestivamente (...)).⁸²

Ne consegue che «evidente è, in questo quadro, la disparità di trattamento tra coloro che sono in grado di seguire, con adeguata assistenza legale, la loro vicenda giudiziaria e coloro che - per ragioni legate soprattutto alle loro condizioni economiche, sociali e culturali - non sono in grado di farlo. L'iniquo risultato pratico - puntualmente confermato dall'esperienza - è che talune categorie di soggetti (...) non riescono a fruire delle misure alternative alla detenzione per la sola e ingiustificata ragione della loro appartenenza a categorie sociali estremamente deboli».⁸³

La legge Simeone risolve, dunque, il problema, prevedendo – segnatamente - che se la pena da scontare non è superiore a 3 anni, il pubblico ministero ne sospende l'esecuzione.

Il decreto di sospensione deve essere notificato al condannato, il quale ha trenta giorni di tempo per presentare la richiesta di ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione.⁸⁴

Quanto alle misure alternative, la legge 165/98 ne accresce ulteriormente le potenzialità applicative, allargandone le condizioni di accessibilità.

In particolare, con la novella legislativa in commento è stata introdotta la c.d. detenzione domiciliare generica, che prevede che ogni detenuto, negli ultimi due anni di carcerazione, possa chiedere di essere ammesso alla detenzione domiciliare indipendentemente dall'esistenza dei presupposti tipici della misura. Tale previsione risponde «ad una scelta di politica penitenziaria che ritiene insussistente la pericolosità dei soggetti condannati ad una pena residua non superiore ai due anni di reclusione e non è sorda al costo economico che comporta l'esecuzione in carcere di tali condanne».⁸⁵

⁸² SARACENI, *Relazione n. 464-C, loc. cit*

⁸³ SARACENI, *Relazione n. 464-C, loc. cit*

⁸⁴ Questo, in estrema sintesi, il contenuto del comma V dell'articolo 656 c.p.p., il quale riguarda anche la sospensione della pena detentiva per le persone condannate ad una pena non superiore a quattro anni per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenti (attualmente, il limite di pena è stato portato a sei anni). Per l'approfondito esame della riforma in merito a questa categoria di detenuti si rimanda a MACCORA, *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 2,1998, p. 291.

⁸⁵ MACCORA, *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 1998, 2, 291, 297.

All'indomani della riforma, le critiche più frequenti riguardavano in primo luogo l'inadeguatezza dei mezzi forniti all'amministrazione penitenziaria e ai vari organi (Sert, assistenti sociali, Comunità, Centri di servizio sociale) a fronteggiare la nuova ondata di condannati in misure alternative da seguire.⁸⁶

In secondo luogo, lo stesso dichiarato obiettivo deflattivo della legge è stato oggetto di disappunto: «in particolare, l'affidamento in prova al servizio sociale (*ndr.* per quel che direttamente interessa ai fini della presente trattazione) ha perso la sua funzione di moderno strumento di lotta alle pene detentive brevi e di umanissimo aiuto agli emarginati sociali, per trasformarsi in incontrollata forma di “grazia giudiziale” per reati anche molto gravi, al solo scopo di tamponare, in qualche modo, il sovraffollamento delle carceri italiane».⁸⁷

Quanto alle evoluzioni più recenti della legislazione in ambito penitenziario, in questi ultimi dieci anni il legislatore non ha mancato di apportare svariate modifiche all'ordinamento penitenziario, intervenendo con leggi che, in modo non molto organico⁸⁸ e non sempre mosse dalla finalità rieducativa, hanno modificato singoli istituti in esso contenuti.

Volendosi limitare a una mera elencazione, si ricordano, in ordine cronologico, la legge 40/2001, che ha introdotto una nuova figura di detenzione domiciliare per le condannate-madri, la l. 277/2002, che semplifica la procedura per la concessione della liberazione anticipata e la l. 279/2002, che rivede l'art. 41 *bis*⁸⁹ ord. pen.

Riguardano *lato sensu* il trattamento penitenziario anche la l. 95/2004, che si preoccupa di assicurare al detenuto nuove e più puntuali garanzie in tema di limitazioni e controlli della corrispondenza, la l. 154/2005, che tratta della carriera dirigenziale penitenziaria e, infine, la l. 251/2005 (c.d. legge ex Cirielli),⁹⁰ che è

⁸⁶ Cfr. MACCORA, *op. cit.* pp. 298 ss.

⁸⁷ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2000, 1, 160, p. 168.

⁸⁸ Cfr. GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.*: nella Premessa alla terza edizione dell'opera, i tre Autori esprimono le loro rafforzate «perplessità (...) circa l'assenza, nelle più recenti innovazioni, di un disegno coerente e di una visione non limitata al breve periodo» (p. IX).

⁸⁹ Questa legge riformula il dettato del 41-*bis* per metterlo in linea con le indicazioni più aderenti al dettato costituzionale manifestate dalla Corte Costituzionale (Sent. 349/93, 410/93, 351/96 e 376/97) e per incorporarlo definitivamente nell'ordinamento penitenziario. A questo proposito cfr. nuovamente CESARIS, *Art. 41-bis ord. pen.*, in *op. cit.*, pp. 411 ss

⁹⁰ Per la panoramica degli interventi legislativi cfr. la Premessa alla terza edizione de GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.*, pp. IX-X..

emblema, essa stessa, delle anime contraddittorie che animano in quest'ambito gli interventi del legislatore: «ad una *ratio* garantista, volta alla tendenziale riduzione dei termini prescrizionali, si accompagna, infatti, un generale inasprimento del sistema penale, con particolare riferimento ai recidivi, ai quali vengono applicati maggiori aumenti di pena e ulteriori limitazioni all'accesso a varie misure penitenziarie».⁹¹

La legge n. 251/2005 «rappresenta il ritorno ad un atteggiamento di chiusura da parte del legislatore (...). A parte la disposizione di cui all'art. 7, comma 2, della legge n. 251/05, che prevede la possibilità di espiare la pena in detenzione domiciliare senza limiti di tutela per gli ultrasettantenni (...), tutte le altre norme comportano una cospicua restrizione delle maglie esecutive. E tale restrizione è organizzata lungo tre direttrici principali, collegate prevalentemente alla situazione di recidivo reiterato: a) previsione di limiti più severi per l'accesso alle misure alternative alla detenzione (...), b) esclusione dei recidivi dal meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p.) c) limitazione dei benefici ottenibili (...)».⁹²

L'intervento normativo in parola, dunque, colpisce principalmente il delinquente recidivo,⁹³ ossia colui che, ai sensi dell'art. 99 c.p., dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, e viene dichiarato recidivo dal giudice.⁹⁴

Consistendo dunque la recidiva nella reiterazione del comportamento criminoso, la riforma «parte dal presupposto che il recidivo, in quanto tale, merita un trattamento più severo».⁹⁵

⁹¹ BRUNETTI, *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2006, p. 48.

⁹² BRUNETTI, *op. cit.*, p. 54. Si ricorda tuttavia che la legge 251/2005 restringe in realtà il campo di applicazione della recidiva, limitandolo ai soli delitti non colposi.

⁹³ Sul contenuto della legge 251/2005 in materia di prescrizione, e sulla relativa sentenza della Corte Costituzionale n. 393 del 23 ottobre 2006 si rimanda a BRUNETTI, *op. cit.*, pp. 68 ss.

⁹⁴ Sul dibattuto concetto giuridico di recidiva cfr. BRESCI, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, Cap. I, 2, d) in <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm>, documento del portale web "L'altro Diritto", centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità. Inoltre, sulla necessità che la recidiva, per poter operare, sia dichiarata espressamente dal giudice di merito, questo Autore scrive, nello stesso Cap. I dell'articolo: «Si deve ritenere, dunque, la necessità di una formale contestazione della recidiva per l'applicazione dei vari effetti che l'ordinamento ad essa riconduce. La recidiva deve ritenersi formalmente contestata allorquando nella sentenza sia stato richiamato l'art. 99 c.p. ovvero sia stata espressamente menzionata la parola recidiva».

⁹⁵ BRUNETTI, *op. cit.*, p. 51.

Appare chiaro come questo intervento finisca per aggravare il perenne problema del sovraffollamento delle carceri italiane, che il legislatore aveva appena cercato di risolvere con la legge n. 207, entrata in vigore il primo agosto 2003 (c.d. indultino).⁹⁶

Per altro verso, la legge si pone in netto contrasto con la *ratio* sottesa all'ordinamento penitenziario, che è quella di creare un sistema in cui la pena sia flessibile, data la possibilità di intraprendere la serie di percorsi alternativi al carcere, il quale deve essere un momento di opportunità per una eventuale risocializzazione del condannato.⁹⁷

L'aver collegato così strettamente l'esclusione dei benefici alla recidiva reiterata ha creato un sistema di «presunzioni *iuris et de jure* di pericolosità che escludono, in sede esecutiva, un qualsiasi vaglio concreto della situazione del condannato e della sua pericolosità sociale. Parte della dottrina non ha esitato a denunciare l'incompatibilità del sistema con i parametri di legittimità fissati dagli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione».⁹⁸

Tali presunzioni di pericolosità opererebbero sempre, anche nel caso in cui i reati non colposi per cui è stata dichiarata la recidiva siano molto diversi tra loro per genere e per il momento in cui sono stati commessi. Appare chiaro come la riforma abbandoni, nei confronti dei recidivi, qualsiasi tentativo di recupero, disattendendo così il dettato costituzionale.

Ai fini della presente trattazione, deve evidenziarsi come la legge in parola, muovendosi nell'ambito di una generale ridefinizione in senso restrittivo delle condizioni di applicazione dei benefici penitenziari e delle misure alternative, ha introdotto dei divieti con riferimento alla concessione dell'affidamento in prova.⁹⁹

Da ultimo, devono segnalarsi i recentissimi interventi di riforma operati dal

⁹⁶ La legge 1 agosto 2003 n. 207 prevede la *Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni*. Tale sospensione era subordinata a condizioni particolarmente restrittive, così che ne poté beneficiare un numero assai ristretto di reclusi.

⁹⁷ Cfr. BRESCI, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in *loc. cit.*, cap. III, punti 3) e 4).

⁹⁸ BRUNETTI, *op. cit.*, p. 73, che si riferisce ai contributi dottrinali di PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, in *Guida al diritto*, 1 (dossier), 1994, 32 ss., CARDILE, *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità*, in *Diritto e Giustizia*, 5, 2006, p. 55.

⁹⁹ Su cui più diffusamente, *infra*.

legislatore italiano su sollecitazione della Corte di Strasburgo.¹⁰⁰

Tali interventi, lungi dal poter essere considerati quali veri e propri stravolgimenti della pregressa struttura normativa, «si caratterizzano per essere semplici aggiustamenti di meccanismi già collaudati»¹⁰¹: ciò in quanto «l'obiettivo che si pone al legislatore non è (...) quello di un ripensamento critico dell'esecuzione penitenziaria quanto quello più immediato e diretto di ottenere una diminuzione della popolazione ristretta».¹⁰²

Ci si riferisce, nello specifico, al d.l. 1 luglio 2013, n. 78, recante “*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*”, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013, n. 94,¹⁰³ al decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante “*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*” e convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 10,¹⁰⁴ nonché al decreto legge 20 marzo 2014, n. 36 (recante “*Disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale*”) conv. in legge 16 marzo 2014 n. 79.¹⁰⁵

Per la verità, l'effetto che deriva dai suindicati interventi legislativi è lo snaturamento in radice della funzione della pena stessa, che sta perdendo progressivamente la propria, essenziale, funzione general - preventiva e special -

¹⁰⁰ Ci si riferisce alla sentenza della Corte EDU, sez. II, 8.1.2013, Torreggiani e altre c/o Italia, già cit., in *Diritto penale contemporaneo*, 9 gennaio 2013, con nota di VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*. Per un commento alla pronuncia, nell'ampia letteratura, DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani* (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia), in *Dir. umani e dir. internazionali*, 2013, 147 ss.

¹⁰¹ CORTESI, *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Diritto Penale e Processo*, 2, 2014, p. 72.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Per un'analisi delle novità introdotte, tra tutti, CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti de detenuto*, in *Riv. It. Dir. Pen. Proc.*, 2013, 1133 ss; DELLA BELLA, *Convertito in legge il “decreto svuota carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. Pen. cont.*, 15 settembre 2013; FIORIO, *Strasburgo chiama. Roma non risponde*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2013, 1794 ss.

¹⁰⁴ Sul quale, in ragione degli interventi in tema in affidamento in prova ai servizi sociali, più diffusamente *infra*.

¹⁰⁵ Per una visione completa di tali interventi, cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014; DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014; CONTI, MARANDOLA, VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, 2014.

preventiva, in favore di un sistema in cui si assiste ad una “incontrollata grazia giudiziale” e ad una fuga, non dalla sanzione detentiva, bensì dalla pena stessa. Atteso l’inevitabile fallimento di qualsiasi soluzione a mero scopo deflattivo, parte della dottrina predica il superamento del primato assoluto della pena detentiva in favore di una riforma del sistema sanzionatorio.

In tale ottica, si afferma in particolare che «il reale superamento del monopolio carcerario presuppone che le pene alternative rimangano fuori dalla discrezionalità giudiziale quanto al loro *an* e siano invece riassunte in quella del legislatore» il quale è chiamato a valutare «una volta per tutte l’idoneità della specie sanzionatoria a svolgere, rispetto a determinate tipologie di fattispecie, tutte le funzioni della pena».¹⁰⁶

La soluzione prospettata sarebbe, pertanto, quella di equiparare le pene alternative alla detenzione e la pena pecuniaria, ossia elevarle a pene principali, in modo tale che le condizioni di applicabilità siano fissate dal solo legislatore e non più dall’Organo giudicante: tale impostazione implica che esse vengano svincolate dall’istanza personalistico - risocializzativa che le caratterizza, con la conseguenza che non si pone l’esigenza di un loro adeguamento, nell’*an*, *quatum* e *quomodo*, alle caratteristiche personali del reo, ma unicamente alla gravità del fatto, entro la cornice edittale.¹⁰⁷

In tal senso da ultimo è intervenuta la legge 28 aprile 2014, n. 67, recante “*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*”, contenente – tra le altre – una delega¹⁰⁸ per l’introduzione tra le pene principali di reclusione domiciliare e arresto domiciliare (rispettivamente, per i delitti e per le contravvenzioni).

Deve darsi atto che il passo compiuto è stato coraggioso: la parvenza è quella di uno strumento volto al progressivo abbandono della discrezionalità in fase esecutiva, con collocazione della detenzione domiciliare in fase cognitiva e il

¹⁰⁶ PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto penale e processo*, 2013, p. 102.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 102.

¹⁰⁸ La delega in questione non è ancora stata attuata.

superamento della pena detentiva per i reati di lieve o modesta entità, con effetti – inevitabilmente – benefici anche sulla certezza della sanzione penale.

5. Le misure alternative alla detenzione quali “benefici” penitenziari. Inquadramento generale.

Come anticipato, nell’ottica di perseguire, il più efficacemente possibile, una strategia di differenziazione del sistema sanzionatorio, la richiamata legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) ha introdotto le cc.dd. misure alternative alla detenzione.¹⁰⁹

Si tratta, nello specifico, di: (i) affidamento in prova al servizio sociale *ex art. 47 ord. pen* (che costituisce l’oggetto specifico della presente trattazione e al cui approfondimento sono riservati interamente i prossimi capitoli II e III, *infra*); (ii) detenzione domiciliare (*ex art. 47 ter ord. pen.*); (iii) affidamento e detenzione domiciliare nei confronti dei soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (*art. 47 quater ord. pen.*); (iv) detenzione domiciliare speciale (*art. 47 quinquies ord. pen.*); (v) semilibertà (*art. 48 ord. pen.*); (vi) liberazione anticipata (*art. 54 ord. pen.*).

Secondo una parte della dottrina possono, inoltre, considerarsi misure alternative alla detenzione anche gli istituti disciplinati sotto il Titolo I, Capo III (“*Modalità di trattamento*”) della medesima legge, ovverosia i permessi premio (*art. 30 ter ord. pen.*) e la misura prevista per i collaboratori di giustizia (*art. 4 bis ord. pen.*).¹¹⁰

¹⁰⁹ Precisamente, la disciplina delle misure alternative alla detenzione è contenuta nel Titolo I, Capo VI, recante “*Misure alternative alla detenzione e remissione del debito*”.

¹¹⁰ Cfr. FIANDACA, cit. 746. Secondo PENNISI, *Le misure alternative alla detenzione*, in CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, III ed., Monduzzi, Bologna, 2006, p. 168, l’elenco delle misure alternative andrebbe integrato anche con la menzione della liberazione condizionale di cui agli artt. 175 ss c.p. Altri Autori propongono classificazioni diverse, pur ricomprendendovi la liberazione condizionale; cfr. ad es. MORRONE, *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Cedam, Padova, 2003, p. 62; CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 243, che individuano come misure alternative solo l’affidamento in prova e la liberazione condizionale, escludendo detenzione domiciliare e semilibertà. Sul punto, gli Autori citati, infatti, affermano che «è lecito parlare, in senso proprio, di misure alternative alla detenzione soltanto nelle

Secondo autorevole dottrina, dette misure «rappresentano uno dei momenti più significativi nella prospettiva della traduzione in atto del principio del finalismo rieducativo della pena, sancito dall'art. 27, comma 3, della Costituzione».¹¹¹

Attraverso il sistema delle misure alternative si realizza quello che viene comunemente definito come il principio di «flessibilità dell'esecuzione penale»¹¹² che, oltre a rispondere ad una esigenza umanitaria e solidaristica, rappresenta «un'idea imposta dalla stessa natura umana. È imposta cioè dalla irripetibilità e dalla mutevolezza dell'essere umano concreto, dall'uomo in carne ed ossa che viene in gioco nell'esecuzione penale».¹¹³

In forza, dunque, del principio di flessibilità, la pena non costituisce più un dato fisso ed immutabile, con la conseguenza che il condannato può vantare, al verificarsi delle condizioni soggettive e oggettive predeterminate dalla legge, il diritto a che «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 il fine rieducativo».¹¹⁴

Quanto alla *natura* delle misure alternative alla detenzione, considerata la profonda evoluzione del quadro normativo per effetto della stratificazione di molteplici interventi di riforma succedutisi¹¹⁵ nonché la pluralità degli istituti in esame, la dottrina non ha mancato di rilevare come non sia affatto semplice approdare a definizioni esaustive.¹¹⁶

Quel che può, per certo, evidenziarsi è che le misure alternative alla detenzione sono destinate unicamente ai condannati con sentenza definitiva a pena detentiva, cioè verso coloro nei cui confronti è stata pronunciata una condanna ad

ipotesi in cui, in tutto o in parte, la pena possa essere eseguita con concessione della libertà personale, se pur in un quadro di strumenti per la verifica e il controllo. (..) Occorre, pertanto, distinguere concettualmente e misure alternative nel senso sopra detto da quegli strumenti, pure alternativi in senso lato, che tuttavia sono solamente modificativi delle modalità di esecuzione delle pene detentive, le quali restano in vita, pure se in forma attenuata. L'analisi degli istituti sul piano teorico conduce, pertanto, a classificare l'affidamento in prova e la liberazione condizionale come misure alternative in senso proprio e la detenzione domiciliare e il regime di semilibertà come strumenti di diversificazione non alternativa dell'esecuzione delle sanzioni penali».

¹¹¹ Cfr. FIANDACA, cit., 746

¹¹² PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano 2002, p. 149 e ss.

¹¹³ PALAZZO, *op. cit.*, p. 157

¹¹⁴ Cfr. Corte Cost., sent. 4.7.1974, n. 204, cit., in *Giur. Cost.*, 1974, I, 1707.

¹¹⁵ Su cui diffusamente *supra*.

¹¹⁶ VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, II, in *Trattato di diritto penale*, (a cura di) GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, Giuffrè, Milano, 2014, p. 207, ss.

una pena da scontare in carcere e verso cui sono esauriti i mezzi di impugnazione ordinari.¹¹⁷

Altro rilievo che può senz'altro emergere è che la legge sull'ordinamento penitenziario per riferirsi alle misure alternative utilizza frequentemente il termine "benefici",¹¹⁸ espressione che, quindi, come è stato osservato in dottrina,¹¹⁹ può costituire il "comune denominatore" degli istituti in esame.

Tale scelta terminologica da parte del legislatore mette in evidenza il *favor*, al sussistere delle necessarie condizioni, per l'applicazione delle misure alternative in luogo della pena detentiva, ponendo inevitabilmente l'accento sulla circostanza che le prime garantiscono un grado di afflizione al condannato senz'altro inferiore rispetto alla seconda.¹²⁰

Tanto premesso in generale, considerato l'oggetto del presente lavoro di ricerca (su cui *infra*, Capitoli II e III), nei prossimi paragrafi del capitolo si provvederà ad offrire – seppur limitatamente rispetto alle esigenze di approfondimento che ciascuna di esse meriterebbe - un quadro della disciplina normativa relativa alle principali misure alternative: in particolare, si farà riferimento a (i) detenzione domiciliare, (ii) semilibertà, (iii) liberazione anticipata e (iv) liberazione condizionale.

6. La detenzione domiciliare

La detenzione domiciliare, introdotta dalla legge 10 ottobre 1986, n. 633 (c.d. legge Gozzini, su cui *supra*) e disciplinata all'art. 47 *ter* ord. pen., costituisce una misura extracarceraria che consente al condannato di scontare la pena della reclusione nella propria abitazione, in un altro luogo di pubblica cura, assistenza o accoglienza.

¹¹⁷ Cfr. MORRONE, 2003, cit., 63.

¹¹⁸ A titolo meramente esemplificativo, cfr. art. 4 *bis*, l. ord. pen., recante "Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti", al comma primo *bis* parla di "benefici" facendo riferimento agli istituti indicati al primo comma dello stesso articolo, vale a dire «l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI» e la liberazione anticipata.

¹¹⁹ CASAROLI, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 18.

¹²⁰ *Op. cit.*, p. 20.

A seguito dei numerosi interventi della Corte Costituzionale e del susseguirsi di vari interventi normativi (da ultimo il d.l. 1.7.2013, n. 78, conv., con mod., in l. 9.8.2013, n. 94), possono rinvenirsi oggi varie tipologie di detenzione domiciliare. In particolare:

- detenzione domiciliare del condannato alla pena della reclusione, il quale all'inizio dell'esecuzione o nel corso della stessa compia i 70 anni di età (introdotta dalla legge *ex Cirielli* all'art. 47 *ter*, comma 1, ord. pen.).

Essa non può essere concessa al condannato per i delitti contro la personalità individuale e quelli previsti dagli artt. 609 *bis*, 609 *quater* e 609 *octies* c.p. e dall'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p., nonché dall'art. 4 *bis* ord. pen.¹²¹ e a chi sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale e per tendenza, o sia stato condannato con l'aggravante della recidiva.

La concessione di detta misura è subordinata a una valutazione discrezionale da parte del Tribunale di Sorveglianza, essendo dunque esclusa ogni automaticità;¹²²

- una seconda ipotesi, prevista *ab origine* dall'art. 47 *ter* comma 1 ord. pen., può essere disposta a favore di chi debba espiare la pena della reclusione non eccedente i 4 anni o l'arresto (senza alcun limite di pena), laddove sussistano comprovate esigenze di salute, famiglia e studio;

- la detenzione domiciliare c.d. generica introdotta dalla legge c.d. *ex Cirielli* all'art. 47 comma 1 *bis* ord. pen., applicabile a qualsiasi condannato che debba scontare una pena detentiva non superiore a 2 anni, anche se costituente parte residua di maggior pena da scontare. Osta alla concessione la condanna per taluno dei reati contemplati all'art 4 *bis* ord. pen., mentre, a seguito dell'intervento del d.l. n. 78/2013, conv. con mod. in l. n. 94/2013, è stato abrogato il divieto di concessione nei confronti dei soggetti dichiarati recidivi *ex art.* 99, comma 4, c.p.;

- la detenzione domiciliare c.d. umanitaria, introdotta all'art. 47 *ter*, comma 1 *ter* ord. pen. ad opera della legge n. 165/1998 (c.d. legge Simeone) può essere concessa senza limiti di pena, allorquando il soggetto potrebbe beneficiare del differimento dell'esecuzione di cui agli artt. 146 e 147 c.p.;

- detenzione domiciliare *ex art.* 47 *quater* ord. pen., disposta nei confronti dei

¹²¹ Si noti, a meno che non ricorrano le condizioni di cui ai commi 1 e 1 *bis* della disposizione (ossia, nel caso di "pentiti" e figure assimilate).

¹²² Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 8.2.2012.

condannati e internati affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, che abbiano in corso o che intendano intraprendere un programma di assistenza;

- detenzione domiciliare c.d. speciale, introdotta dalla legge 8.2.2001, n. 40 all'art. 47 *quinquies* ord. pen., disposta nei confronti delle madri di prole non superiore ai 10 anni, condannate a una pena eccedente i 4 anni, che abbiano espiato almeno un terzo della pena (ovvero 15 anni nel caso di condanna all'ergastolo).

La concessione del beneficio in parola è subordinata all'accertamento che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, affinché la madre possa provvedere alla loro assistenza e cura. La misura può essere concessa, alle medesime condizioni, anche al padre detenuto, nel caso in cui la madre sia deceduta o in altro modo impossibilitata ad esercitare la potestà genitoriale, e non vi sia la possibilità di affidare la prole ad altri, se non al padre. Attesa la necessità di un effettivo controllo in ordine alla misura, il legislatore si affida allo strumento del c.d. braccialetto elettronico;

- esecuzione della pena detentiva presso il domicilio,¹²³ introdotta dalla l. 26.11.2010, n. 199 (c.d. legge Alfano) e stabilizzata dal d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014.

Tale figura consente di eseguire presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza la pena detentiva non superiore ai 18 mesi (così come aumentata, da 12 mesi, a opera del d.l. 22.12.2011, n. 211, conv. dalla l. 17..2012, n. 9), anche se costituente parte residua di maggior pena. La misura è applicabile ai condannati a pena detentiva che siano in attesa di esecuzione o che stiano espiando la pena in carcere, purché non sussista pericolo di fuga, di commissione di altri delitti e il domicilio presenti i caratteri dell'idoneità e dell'effettività. Osta alla concessione della misura la condanna per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. pen., la dichiarazione di delinquente abituale, professionale o per tendenza, l'essere sottoposto a sorveglianza particolare *ex art. 14 bis* ord. pen.

¹²³ Il carattere di temporaneità che ha in origine contraddistinto e giustificato la misura ha indotto taluni interpreti a ritenere l'istituto in parola un mero strumento di deflazione penitenziaria. Ed invero, è discussa la sua natura giuridica: da un lato si colloca chi lo qualifica una nuova forma di detenzione domiciliare (cfr. FIORIO, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, Giur. merito, 2011, p. 1209) dall'altro il dato testuale e sistematico ne fanno una misura alternativa alla detenzione (cfr. DOLCINI, MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 614)

7. La semilibertà

Il regime di semilibertà di cui agli artt. 48 – 52 ord. pen. consiste nella concessione al condannato o all'internato di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto carcerario per partecipare ad attività lavorative, istruttive o comunque utili al reinserimento sociale (*ex art. 48, comma 1, ord. pen.*). In tali ipotesi, il condannato è assegnato ad appositi istituti o ad apposite sezioni autonome di istituti ordinari, ed è autorizzato ad indossare abiti civili (*art. 48, comma 2, ord. pen.*); durante le ore di libertà, è, inoltre tenuto a svolgere attività comunque finalizzate alla sua rieducazione.

A tale scopo, viene formulato un particolare programma di trattamento (*art. 101, d.p.r. n. 230/2000*) che deve essere approvato dal Magistrato di Sorveglianza contenente le prescrizioni che l'ammesso alla misura deve rispettare.

Attualmente, sono contemplate tre ipotesi di semilibertà, incardinate sui parametri della pena residua e del comportamento del condannato.

La prima (*art. 50 comma 1 ord. pen.*) è la sanzione alternativa alle pene brevi, in forza della quale possono essere espiati in regime di semilibertà, l'arresto, a prescindere dal *quantum* di pena, e la reclusione non superiore a 6 anni, se il condannato non è a.p.s.s. Il condannato può usufruire della misura *ab initio*, ma, ai sensi del comma 6 del citato articolo, può goderne anche successivamente se ha dimostrato la propria volontà al reinserimento sociale.

La seconda (*art. 50, comma 2, ord. pen.*) si applica a pene detentive medio-lunghe ed è inquadrata in una fase preterminale dell'esecuzione. Presupposto generale per la concessione di tale forma di semilibertà è l'avvenuta espiazione di almeno metà della pena comminata; nell'ipotesi di pluralità di condanne, si ha riguardo alla pena cumulata. Si prevedono talune eccezioni per i condannati in relazione ai delitti indicati nei commi 1, 1 *ter* e 1 *quater ex art. 4 bis ord. pen.*, per i quali il limite di pena espiata è elevato a due terzi; per i condannati all'ergastolo, i quali possono chiedere la concessione del beneficio solo dopo aver scontato 20 anni di reclusione (*art. 50, comma 5, ord. pen.*); per gli internati, i quali possono essere ammessi alla semilibertà, in considerazione della particolare rilevanza di

un'esperienza di lavoro o, comunque, di reinserimento nella vita sociale per soggetti in difficoltà, sesso seminfermi di mente.

Un'ultima forma di semilibertà è quella surrogatoria dell'a.p.s.s. (*ex art. 50, comma 2 ultimo periodo e comma 3, ord. pen.*), disposta se mancano i presupposti per l'a.p.s.s., e unicamente per il condannato in relazione ad un reato diverso da quelli indicati nell'art. 4 *bis*, comma 1, ord. pen.

Si tratta di soggetti che esprimono un indice di pericolosità molto simile a quello richiesto per l'applicazione dell'affidamento, ma per i quali l'ordinamento postula l'esigenza di una misura alternativa, dotata di una predominante componente afflittiva.

A norma dell'art. 51, comma 1, ord. pen. la semilibertà può essere revocata quando il soggetto non si dimostri idoneo al trattamento, con ampia discrezionalità del giudice nell'effettuare tale giudizio.

E' bene tenere distinto il beneficio in esame, misura alternativa impropria concessa dal Tribunale di Sorveglianza dalla semidetenzione, che, piuttosto, costituisce una sanzione sostitutiva applicata dal giudice della cognizione in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.¹²⁴

8. La liberazione anticipata

La liberazione anticipata, disciplinata dall'art. 54 ord. pen., consiste nella riduzione della pena carceraria nella misura di 45 giorni per ogni singolo semestre di pena scontata, in favore dei condannati che abbiano dato prova di partecipazione all'opera rieducativa, con il fine ultimo di favorire il reinserimento sociale del detenuto, nello spirito di cui all'art. 27, comma 3 Cost.

In dottrina, è stato osservato come – a prescindere dalla collocazione sistematica dell'istituto all'interno del Capo VI della legge n. 354/1975 – la liberazione anticipata si caratterizza, più che per essere una misura alternativa in senso stretto, per la sua natura premiale e incentivante, in quanto incoraggia il

¹²⁴ Sul punto, CRISTILLO, *Le misure alternative alla detenzione*, in VENEZIANI, *Trattato di diritto penale- Parte generale*, Vol. II, *La punibilità*, Cedam, 2015.

condannato a partecipare al trattamento penitenziario, non pregiudicando l'ammissione ad altri benefici, nonché offrendogli come contropartita la possibilità di un fine pena anticipato.¹²⁵

La partecipazione all'opera rieducativa, necessario per la concessione del beneficio in esame, si riferisce – in particolare – all'impegno dimostrato dal soggetto nel trarre profitto dalle opportunità offertegli nel corso del trattamento e al mantenimento di corretti e costruttivi rapporti con gli operatori, gli altri detenuti, la famiglia e la comunità esterna.¹²⁶

Il giudizio sulla partecipazione del condannato all'opera rieducativa va riferito ad ogni singolo semestre di pena scontata, pur dovendosi precisare che il principio della valutazione frammentaria va inteso non in senso assoluto ma in senso relativo, in considerazione degli strumenti offerti nel corso del trattamento penitenziario,¹²⁷ trovando un limite nell'ipotesi di commissione di fatti talmente gravi da far riverberare la loro valenza negativa anche sui semestri contigui e soprattutto su quelli precedenti.¹²⁸

Nel computo dei semestri si tiene conto non solo dell'esecuzione della pena in senso stretto, ma anche dei periodi scontati in custodia cautelare, in stato di detenzione domiciliare, arresti domiciliari, nonché, ancora, dei periodi di semidetenzione e semilibertà, dei permessi premio, della pena scontata in regime di liberazione condizionale, dell'a.p.s.s., della libertà vigilata, e dei periodi di detenzione all'estero.

Si precisa che la misura opera anche nei confronti dei condannati

¹²⁵ Sul punto, cfr. CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 379; CRISTILLO, *op. cit.*, p. 268

¹²⁶ Al riguardo, la giurisprudenza richiama la necessità di una revisione critica, da parte del reo, delle motivazioni delle sue scelte criminali (Cass. pen., sez. I, 9.3.1988), considerando sia la buona e regolare condotta osservante della disciplina carceraria, sia un mutamento dell'atteggiamento interiore del condannato, in grado di collaborare attivamente con gli operatori penitenziari (Cass. pen., sez. I, 4.12.1989; Cass. pen., sez. I, 11.5.1995). Al contrario, una condotta intramuraria immune da censure sotto il profilo disciplinare non sarebbe da sola sufficiente a costituire prova della personale ed effettiva partecipazione all'opera educativa, poiché il rispetto della disciplina carceraria è dovere di ogni detenuto e internato (Cass. pen., sez. I, 22.10.2013; Cass. pen., sez. I, 2.2.2005).

¹²⁷ Cfr., CANEPA, MERLO, *op. cit.*, p. 355.

¹²⁸ In giurisprudenza, cfr. da ultimo Cass. pen., sez. I, 14.1.2014; conf. Cass. pen., sez. I, 12.3.1998. Tuttavia, si noti che se una trasgressione comportamentale può ripercuotersi sui semestri antecedenti quale chiaro indice dell'assenza di effetti positivi dell'opera di rieducazione sul detenuto, non è consentito proiettare gli effetti della medesima trasgressione sui semestri successivi, ben potendo accadere che, dopo l'episodio negativo, la respipiscenza vi sia stata (cfr. Cass. pen., sez. I, 23.10.2013; Cass. pen., sez. I, 8.1.2013).

all'ergastolo, nonché dei detenuti per i delitti commessi con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico *ex art. 15, l. n. 356/1992*, purché non permanga un collegamento del condannato con la criminalità organizzata.¹²⁹

Il comma 3 dell'art. 54 ord. pen. prevede, inoltre, che la condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione ma successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca, sebbene la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 186/1995, abbia statuito l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non stabilisce che la liberazione anticipata è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio, eliminando – per l'effetto – l'automaticità del meccanismo.

Infine, sembra opportuno rilevare che con i recentissimi interventi cc.dd. svuota carceri (d.l. n. 78/2013 e d.l. n. 146/2013) il legislatore si è mosso nell'ottica del potenziamento della liberazione anticipata, individuando nel beneficio in parola lo strumento ideale per ridurre il sovraffollamento carcerario, senza incidere però, direttamente, sul disposto di cui all'art. 54 ord. pen.. In particolare:

- in primo luogo, è stato modificato l'art. 656 c.p.p., introducendo al nuovo comma 4 *bis*, la possibilità di tener conto dei periodi di detrazione di pena conseguente all'applicazione della liberazione anticipata in sede di decisione nella sospensione dell'ordine di esecuzione;¹³⁰

¹²⁹ Sul tema, in dottrina, cfr. CAPPITELLI, *Intorno alle ipotesi problematiche circa la concedibilità della liberazione anticipata*, in *Cass. Pen.*, 2013, 4575; in giurisprudenza, cfr. *Cass. pen.*, sez. I, 6.3.2008.

¹³⁰ Per comodità di consultazione, si riporta di seguito il testo del nuovo comma 4 *bis* dell'art. 656:

«Al di fuori dei casi previsti dal comma 9, lett. b) [*ndr.* nei confronti di coloro che, per il fatto oggetto della condanna da eseguire, si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva], quando la residua pena da espiare, computando le detrazioni previste dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354, non supera i limiti indicati dal comma 5 [*ndr.* Se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-*ter*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni] il pubblico ministero, prima di emettere l'ordine di esecuzione, previa verifica dell'esistenza di periodi di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile relativi al titolo esecutivo da eseguire, trasmette gli atti al magistrato di sorveglianza affinché provveda all'eventuale applicazione della liberazione anticipata. Il magistrato di sorveglianza provvede senza ritardo con ordinanza adottata ai sensi dell'articolo 69 -*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354. La presente disposizione non si applica nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354».

- in secondo luogo, è stata introdotta la c.d. liberazione anticipata speciale¹³¹ (art. 4, d.l. 146/2013, conv. in l. 10/2014), alla quale si applicano – a eccezione della specifica disciplina dettata dalla Riforma – le norme generali di cui all’art. 54 ord. pen.¹³²

9. La liberazione condizionale

La liberazione condizionale, introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con il Codice penale Zanardelli del 1889, costituisce l’istituto più antico tra le forme di progressione qualitativa del trattamento penitenziario. Ciò in quanto, in presenza di determinati presupposti, consente al condannato di concludere la pena all’esterno della struttura carceraria in regime di libertà vigilata.¹³³

Nonostante la collocazione tra le cause estintive della pena ai sensi degli artt. 176 e 177 c.p., la liberazione condizionale sembra inquadrabile come una modalità di esecuzione della pena in forma attenuata rispetto al carcere o come una misura alternativa alla detenzione, in quanto, allontanando il detenuto dal carcere e avvicinandolo al luogo dei suoi interessi e dei suoi affetti, ne favorisce la risocializzazione, in ossequio alle istanze di prevenzione speciale.¹³⁴

La concessione del beneficio in esame è subordinata alla compresenza di tre presupposti specifici: il primo di natura temporale-oggettiva, il secondo di natura

¹³¹ In particolare, tale peculiare forma di liberazione anticipata (che è stata applicabile nel periodo compreso tra il 24.12.2013 e il 24.12.2015), giustificata dall’esigenza di favorire l’anticipata uscita dei condannati dal carcere, ha consentito ai condannati, che hanno dato prova della partecipazione all’opera di rieducazione, di usufruire di una detrazione di pena pari a 75 giorni invece che 45, per il periodo che va dal 24.12.2013 al 24.12.2015. Il comma 2, inoltre, prevedeva che il condannato che, a decorrere dalla data dell’1.1.2010, abbia già usufruito della liberazione anticipata ordinaria, potesse beneficiare di uno sconto ulteriore di pena pari a 30 giorni per semestre, sempre che abbia continuato a dare prova di partecipazione all’opera di rieducazione. Essendo comunque un istituto con efficacia temporale limitata, esso correttamente non è stato inserito tra le norme di cui all’ordinamento penitenziario.

¹³² IOVINO, *La liberazione anticipata speciale*, in CONTI, MARANDOLA, VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 71.

¹³³ In dottrina, cfr. BARONE, voce *Liberazione condizionale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VII, 1993, 410; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 595; GRASSO, ROMANO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 274.

¹³⁴ Sul tema, in dottrina, tra gli altri, cfr. GRASSO, ROMANO, PADOVANI, *op. cit.*, p. 273. E’ pacifico, ad ogni modo, che l’istituto rappresenti un vero e proprio diritto soggettivo del condannato, in quanto esso afferisce alla sfera della sua libertà personale (cfr. in giurisprudenza, Corte Cost. n. 204/1974).

prettamente soggettiva e il terzo di natura patrimoniale.

Con riferimento al primo presupposto, vengono in rilievo tre ipotesi distinte, tutte imperniate sul parametro della pena da espiare in concreto (o, per altro verso, della pena già scontata), determinata sottraendo alla pena applicata con la sentenza di condanna le porzioni estinte per l'intervento di cause estintive del reato o della pena, nonché quella parte di pena che – per qualsiasi ragione – non sia espiabile in modo definitivo, da calcolare con riferimento alla data di presentazione dell'istanza e non a quella della decisione.¹³⁵

Nell'ipotesi ordinaria, la liberazione condizionale è concessa al condannato che abbia scontato almeno 30 mesi di reclusione e, comunque, almeno la metà della pena inflittagli, a condizione che la pena residua da espiare in concreto non superi i 5 anni (art. 176, comma 1, c.p.). In caso di recidiva, fatta eccezione per quella semplice, occorre aver espiato almeno 4 anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflitta, sempre a condizione che la pena residua da espiare in concreto non superi i 5 anni (art. 176, comma 2, c.p.). In caso di condanna all'ergastolo, infine, la liberazione condizionale è ammissibile una volta scontati almeno 26 anni di pena (art. 176, comma 3, c.p.).¹³⁶

Quanto al secondo presupposto, di natura soggettiva, esso consiste nel sicuro ravvedimento del condannato. Si tratta, per la verità, di un elemento dai contorni incerti, anche se – di recente – la giurisprudenza ha tentato di delimitarli, precisando che «ai fini della concessione della liberazione condizionale, la nozione di ravvedimento comprende il complesso dei comportamenti concretamente tenuti ed esteriorizzati dal soggetto durante il tempo dell'esecuzione della pena, obiettivamente idonei a dimostrare, anche sulla base del progressivo percorso trattamentale di rieducazione e di recupero la convinta revisione critica delle pregresse scelte criminali e a formulare in termini di certezza – o di levata e qualificata probabilità confinante non a certezza – un serio, affidabile e ragionevole

¹³⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 1.10.2001.

¹³⁶ In ipotesi di condanna per i delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. pen. la misura è ammessa a condizione che venga prestata attività di collaborazione con la giustizia (*ex* art. 58 *ter* ord. pen.) e, in ogni caso, solo dopo l'espiazione di almeno due terzi della pena inflitta, mentre in favore dei soggetti condannati per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che abbiano posto in essere condotte di collaborazione tali da consentire l'applicazione di circostanze attenuanti, la misura può essere disposta su proposta o pare del Procuratore generale presso la Corte d'Appello o del Procuratore generale antimafia (cfr. d.l. 8/1991 convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n.82, come modificata dalla legge 13 febbraio 2001 n. 45, art. 16 *nonies*).

giudizio prognostico di pragmatica conformazione della futura condotta di vita del condannato all'osservanza delle leggi, in precedenza violate con la commissione dei reati per i quali quest'ultimo ebbe a subire la sanzione criminale».¹³⁷

In ogni caso, trattandosi di un processo di pentimento che si svolge *in interiore homine*, il giudice deve attenersi ad indicatori esterni e quanto più oggettivi, quali, a titolo esemplificativo, la partecipazione ad attività di lavoro e studio o l'evidente volontà di riparare le conseguenze dannose o di fornire ogni possibile assistenza alla vittima, onde evitare che la necessaria discrezionalità del giudizio debordi in indagini a sfondo psicologico.

Quanto, infine, al terzo presupposto, esso si identifica nell'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato (art. 176, comma 4, c.p.), elemento quest'ultimo decisivo, e, pur tuttavia, da solo non sufficiente ai fini della dimostrazione dell'avvenuta positiva conclusione del corso di rieducazione¹³⁸; la seconda parte del comma 4 fa comunque salva la dimostrazione, da parte del condannato, dell'impossibilità di adempiere.

In caso di ammissione alla liberazione condizionale, il soggetto viene posto in regime di libertà vigilata *ex artt.* 288 ss. e viene sospesa l'esecuzione delle eventuali misure di sicurezza detentive cui sia stato sottoposto.

E' bene precisare che la libertà vigilata *de qua* si distingue strutturalmente e funzionalmente dalla omonima misura di sicurezza, avendo il Magistrato di Sorveglianza il compito di dettare le prescrizioni comportamentali più idonee ai fini preventivi, nonché quello di controllarne l'osservanza da parte del soggetto beneficiario.

Decorso il tempo della pena inflitta, ovvero 5 anni dalla data del provvedimento per i condannati all'ergastolo, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena è estinta, vengono revocate le eventuali misure di sicurezza personali, ma non vengono meno gli altri effetti penali della condanna.

Quanto ai casi di revoca, la liberazione condizionale viene meno nel caso in cui il soggetto liberato commetta un delitto o una contravvenzione della stessa

¹³⁷ In questi termini, Cass. pen. sez. I, 17.7.2012; secondo i Giudici di legittimità, inoltre, la mancata ammissione delle proprie responsabilità non può, *ex se*, costituire sicuro indice del mancato ravvedimento (cfr. Cass. pen. sez. I, 27.6.2013; *contra* Cass. pen. sez. I, 4.2.2009).

¹³⁸ Sul punto, cfr. Cass. pen., sez. I, 16.1.2007.

indole,¹³⁹ ovvero trasgredisca agli obblighi inerenti alla libertà vigilata disposta a termini dell'articolo 230, n. 2. (art. 177, comma 1, seconda parte, c.p.).

Da ultimo, per ragioni di completezza, si segnala che in caso di condanna per i reati aventi finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, la liberazione condizionale speciale prevista dalla l. 304/1982 può essere revocata in ogni tempo (*ex art. 9*) se la persona liberata commette un delitto non colposo per il quale la legge prevede la pena della reclusione superiore nel massimo a 4 anni ovvero se risulta che la liberazione condizionale è stata ottenuta a mezzo di dichiarazione di cui sia stata giudizialmente accertata la falsità.

¹³⁹ Al riguardo, si evidenzia che l'ipotesi di revoca della liberazione condizionale conseguente alla commissione di un reato della stessa indole è stata oggetto di tre pronunce di illegittimità costituzionale: in particolare, una prima, relativa alla parte in cui la norma, in caso di revoca della misura, non consentiva al Tribunale di Sorveglianza di determinare la pena detentiva ancora da espriare tenendo conto del tempo trascorso in liberazione condizionale, nonché delle restrizioni di pena subite dal condannato e del suo comportamento durante tale periodo (Corte Cost. 25.5.1989, n. 282); una seconda, relativa alla parte in cui la norma non prevedeva che il condannato alla pena dell'ergastolo, cui la liberazione condizionale fosse stata revocata, potesse essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne ricorressero nuovamente i presupposti (Corte Cost. 4.6.1997, n. 161); l'ultima, relativa alla parte in cui l'art. 177 prevedeva la revoca della liberazione condizionale nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che la liberazione condizionale è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, apparisse incompatibile con la prosecuzione del beneficio (Corte Cost. 23.12.1998, n. 418), introducendo un nuovo criterio di valutazione, sostitutivo degli automatismi previsti dalla norma, che non consentissero l'attuazione del principio rieducativo cui, senza dubbio, anche l'istituto in esame è ispirato.

CAPITOLO II

LA MISURA DELL’AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE

1. L’affidamento in prova al servizio sociale. Premessa.

L’affidamento in prova al servizio sociale, disciplinato all’art. 47, l. ord. pen., può essere definito come la misura alternativa alla detenzione che consente al condannato di espiare, in tutto o in parte,¹⁴⁰ la pena privativa della libertà personale inflitta dal giudice della cognizione, in regime di libertà assistita e controllata e, dunque, fuori dal carcere:¹⁴¹ in particolare, il provvedimento applicativo dell’affidamento, da un lato, fa venir meno ogni rapporto del condannato con l’istituzione penitenziaria e, dall’altro, comporta l’instaurazione di una «relazione di tipo collaborativo con il servizio sociale che deve, attraverso il suo personale, aiutarlo a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale e controllarne la condotta».¹⁴²

La misura in esame è stata mutuata dall’istituto anglosassone della *probation* ed è stata definita il “fiore all’occhiello” della riforma penitenziaria.¹⁴³

Ed invero, la formulazione originaria identificava come destinatari gli autori di reati di modesta entità, in ordine ai quali era maggiormente prevedibile la soddisfazione delle istanze rieducative, risocializzanti e di neutralizzazione che connotano l’istituto in esame.

Come si noterà nel prosieguo della trattazione, l’attuale regolamentazione della misura è frutto di numerose riforme e interventi della Corte Costituzionale, in conseguenza dei quali l’affidamento in prova ha perso gran parte dei suoi tratti

¹⁴⁰ Cfr. *infra*, par. 2.2.

¹⁴¹ In tal senso, DEGL’INNOCENTI, FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Giuffrè, Milano 2006, p.11.

¹⁴² CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 330.

¹⁴³ BRICOLA, *L’affidamento in prova “fiore all’occhiello” della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 374.

caratterizzanti: discostandosi progressivamente dal primato della rieducazione, la misura sembra oggi perseguire – essenzialmente – esigenze di deflazione carceraria.¹⁴⁴

Con riferimento alla natura giuridica dell'istituto si registrano in dottrina e in giurisprudenza due diversi orientamenti.

In particolare, secondo una prima impostazione ermeneutica, l'affidamento in prova si configura come causa di sospensione e, successivamente ed eventualmente, estinzione della pena (in considerazione, appunto, dell'effetto estintivo sia della pena che degli altri effetti penali);¹⁴⁵ secondo un altro orientamento, la misura dovrebbe considerarsi come «una pena essa stessa, alternativa alla detenzione, o, se si vuole, una modalità di esecuzione della pena».¹⁴⁶

Ebbene, tale ultima impostazione sembra essere preferibile per le seguenti ragioni:

- in primo luogo, il concetto di pena non si identifica nella sola pena detentiva, ma comprende tutte le misure limitative della libertà personale:¹⁴⁷ in tale ottica, si noti che le prescrizioni che costituiscono il contenuto della misura e che possono incidere in modo rilevante sulla libertà personale del condannato comportano che lo svolgimento della prova sia connotato da un grado, talora particolarmente elevato, di afflittività, elemento che – come noto – costituisce uno degli aspetti distintivi e caratterizzanti della pena.¹⁴⁸ In tal senso si è sostenuto che l'affidamento, «comportando per il condannato l'osservanza di prescrizioni restrittive

¹⁴⁴ COCCO, AMBROSETTI, *Punibilità e pene*, in *Trattato breve di diritto penale*, Parte Generale, Vol. II, *Punibilità e pene*, Cedam, 2015.

¹⁴⁵ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 1992, p. 782

¹⁴⁶ Cfr. Corte Cost., sent. 6.12.1985, n. 185, in *Giur. Cost.*, 1985, 1, p. 1283 – che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47 della legge n. 354/1975, nella parte in cui non consentiva di considerare come espiazione di pena il periodo di affidamento in caso di annullamento del provvedimento di ammissione; PRESUTTI, *Commento all'art. 47 ord. Penit.*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2000, p. 375 e ss. Cfr. anche Corte Cost., ord. 7.7.2005, n. 296, in *Cass. pen.*, 2005, n. 1406, secondo cui «l'affidamento in prova al servizio sociale è una forma di esecuzione della pena, alternativa rispetto alla detenzione in carcere: la misura fa perno, infatti, sull'imposizione di regole di condotta (prescrizioni) – talune previste in via obbligatoria, altre facoltativamente – le quali, nella duplice ottica di incentivare la risocializzazione del condannato e di neutralizzare i fattori di recidiva, incidono sotto vari profili sulla libertà personale».

¹⁴⁷ MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 1992, p. 741, il quale puntualizza che «concettualmente la pena è la limitazione dei diritti del soggetto quale conseguenza della violazione di un obbligo, che è comminata per impedire tale violazione ed ha carattere eterogeneo rispetto al contenuto dell'obbligo stesso».

¹⁴⁸ MANTOVANI, *op. cit.*, p. 742.

della sua libertà e la soggezione ai costanti controlli del servizio sociale, nonché alla vigilanza del Magistrato di Sorveglianza cui il servizio sociale è tenuto a fornire periodicamente dettagliate notizie, costituisce non una misura alternativa alla pena, ma una pena essa stessa alternativa alla detenzione, nel senso che viene sostituito al trattamento in istituto quello fuori dall'istituto, perché ritenuto più idoneo alle finalità di emenda della pena»,¹⁴⁹

- in secondo luogo, la durata dell'affidamento coincide con quella della pena che il condannato deve espiare in forza della sentenza di condanna emessa nei suoi confronti dal giudice della cognizione: e difatti, l'ordinanza applicativa della misura non comporta la sospensione dell'esecuzione della pena, ma questa prosegue *extra moenia*, se la misura è concessa ad un condannato detenuto, ovvero inizia a decorrere *ab origine* – precisamente dal giorno della sottoscrizione delle prescrizioni – se il beneficio è concesso a un condannato che si trova in libertà;

- inoltre, la revoca dell'affidamento in prova comporta il ripristino dell'esecuzione della pena in regime carcerario;

- infine, l'art. 69 *bis* della l. 354/1975, introdotto dalla legge 19 dicembre 2002, n. 277, prevede che la liberazione anticipata possa essere concessa, al ricorrere di determinate condizioni, anche al condannato ammesso ad espiare la pena in regime di affidamento in prova:¹⁵⁰ il che conferma che l'affidamento costituisce “una forma o modalità di espiazione”, ancorché attenuata, della pena inflitta con la sentenza di condanna.

Il sistema normativo vigente¹⁵¹ risulta frutto di una stratificazione di interventi legislativi susseguitisi nel corso degli anni (tra i quali devono certamente segnalarsi la già citata legge c.d. Gozzini e la legge c.d. Simeone – Saraceni) e contempla – sostanzialmente – quattro diverse forme di affidamento:

- l'affidamento in prova c.d. comune disciplinato all'art. 47 della l.

¹⁴⁹ Cass. pen., sez. I, sent. 18.11.1992, Angioini, Rv. 194495.

¹⁵⁰ Cfr. in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, sent. 2 febbraio 2005, Fiorentino, Rv. 230927, si è precisato che ai fini della concessione della liberazione anticipata ai condannati ammessi a espiare la pena in regime di affidamento in prova «occorre, rispetto al normale requisito della partecipazione all'opera di rieducazione un *quid pluris* costituito (...) dall'aver il condannato dato prova di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rilevatori del positivo evolversi della sua personalità; il che comporta la necessità di una valutazione globale del comportamento tenuto dal condannato nel corso dell'affidamento, non essendo ontologicamente configurabile un concreto recupero a semestri».

¹⁵¹ Che sarà oggetto di puntuale disamina per i suoi aspetti sostanziali nel corso del presente Capitolo e per i suoi aspetti processuali nel Capitolo III.

354/1975;

- l'affidamento terapeutico, o affidamento in casi particolari, attualmente disciplinato dall'art. 94 del D.P.R. 309/1990, che può essere concesso ai condannati alcool dipendenti e tossicodipendenti;

- l'affidamento "speciale" disciplinato dall'art. 47 *quater* della legge 354/1975 – introdotto dall'art. 5 della l. 12 luglio 1999, n. 231 – che può essere concesso ai condannati affetti da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria;

- l'affidamento in prova per condannati minorenni, previsto dall'art. 79, comma 1, della l. 54/1975, che estende l'applicabilità delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario anche ai minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali.

Vale la pena precisare sin d'ora come la diversità che contraddistingue il regime, sotto il profilo dei presupposti, dei contenuti e delle finalità, dei tipi di affidamento sopra richiamati, induce ad escludere che tali figure siano riconducibili ad un istituto unitario,¹⁵² rendendosi necessaria una loro trattazione separata.

2. L'affidamento in prova "comune". Le condizioni di applicabilità della misura: il tipo di pena da espiare.

La concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale "comune", disciplinato all'art. 47, l. ord. pen., è subordinata alla sussistenza di taluni requisiti, di seguito sinteticamente elencati:¹⁵³

- reato commesso (tipo di pena da espiare e natura del reato per il quale essa è stata inflitta);

- non sottoposizione del condannato alla misura cautelare della custodia in carcere;

- disponibilità di un domicilio;

- c.d. prognosi di rieducabilità del condannato, a sua volta fondata sulla valutazione di:

¹⁵² DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵³ Essi verranno, invece, successivamente illustrati in modo analitico.

- (i) condotta antecedente e successiva alla commissione del reato (*i.e.* precedenti penali, pregressa fruizione di altre misure alternative, carichi pendenti, denunce all'Autorità Giudiziaria, sottoposizione a misure di prevenzione);
- (ii) sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata e/o eversiva;
- (iii) revisione critica (*i.e.* atteggiamento manifestato dal reo rispetto a reato commesso e disponibilità del medesimo soggetto a modificare il proprio stile di vita);
- (iv) condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo;
- (v) andamento della carcerazione e risultanze dell'osservazione penitenziaria.

Vale la pena evidenziare sin da subito che la decisione in merito alla concessione o al diniego dell'affidamento costituisce espressione di una valutazione complessiva e unitaria di tutti gli elementi e i dati conoscitivi acquisiti dal tribunale, il quale è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli elementi di carattere positivo e quelli che, viceversa, assumono una valenza negativa.

Al riguardo, è stato statuito che «il diniego dell'affidamento in prova al servizio sociale è da ritenere adeguatamente motivato anche quando, nell'ambito di un giudizio prognostico che, per sua natura non può che essere largamente discrezionale, venga indicata una sola ragione, purché plausibile, atta a far ritenere la scarsa probabilità di successo dell'esperimento, in relazione alle specifiche finalità dell'istituto (rieducazione del reo e prevenzione del pericolo che egli commetta ulteriori reati) [...]».¹⁵⁴

2.1. Il tipo di pena da espiare

Tanto considerato e soffermandosi sul primo requisito (*i.e.* tipo di pena che il condannato deve espiare), si rileva che la misura può essere applicata soltanto se il condannato deve espiare una pena detentiva, sia che si tratti della pena inflitta *ab origine* dal giudice della cognizione (reclusione, arresto o semidetenzione di cui agli

¹⁵⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19.10.1992, Gullino, Rv. 192368.

artt. 53 e 55 della l. 24 novembre 1981, n. 689), sia che si tratti di una misura alternativa a carattere detentivo applicata nella fase dell'esecuzione dal Tribunale di Sorveglianza (detenzione domiciliare o semilibertà).

Al contrario, le Sezioni Unite¹⁵⁵ hanno precisato come debba escludersi che il tribunale possa concedere la misura alternativa in questione al condannato che abbia ottenuto dal giudice della cognizione la sostituzione della pena detentiva con la libertà controllata di cui agli artt. 53 e 56 della l. 689/1981.

E difatti, secondo le Sezioni Unite, nel caso della libertà controllata vi sono plurimi elementi che depongono in ordine all'inutilità dell'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, misura che – a ben vedere – rappresenterebbe una irragionevole duplicazione. In tal senso, ci si richiama alla formulazione letterale dell'art. 47, comma 1 della l. 354/1975, alla circostanza che entrambi gli istituti perseguano la finalità di evitare gli effetti desocializzanti conseguenti all'esecuzione della pena in regime carcerario, nonché, infine, alla minore afflittività delle prescrizioni imposte al libero controllato rispetto a quelle cui è soggetto l'affidato in prova.

Va, infine, ricordato che l'affidamento in prova non può essere applicato al condannato in espiazione della pena detentiva derivante dalla conversione disposta ai sensi degli artt. 66 e 67 della legge 689/1981 della libertà controllata conseguente alla violazione delle prescrizioni inerenti la sanzione sostitutiva.

In particolare, la *ratio* di tale preclusione deve essere ravvisata «nella presunzione legislativa che, chi abbia violato le prescrizioni di un regime totalmente o parzialmente extra carcerario, nell'ambito dell'esecuzione della pena sostitutiva si dimostri inidoneo ad un trattamento alternativo – quello dell'affidamento in prova 'generale' – che ha un contenuto in un qualche modo analogo, e suppone l'adesione del soggetto all'iter di risocializzazione propostogli».¹⁵⁶

¹⁵⁵ Cfr. Cass. pen., SS.UU., sent. 19 dicembre 2001, Baffico, in Cass. pen., 2002, n. 491 che hanno così risolto il contrasto interpretativo emerso nella giurisprudenza delle Sezioni semplici: cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. 23 settembre 1999, Tognetti, n. 1253; Cass. pen., sez. I, sent. 27 aprile 1998, *ivi*, 1998, n. 1518 – che hanno adottato la tesi accolta dalle Sezioni Unite; in senso contrario: Cass. pen., sez. I, sent. 26 giugno 1997, Tortora, Rv. 207975 e Cass. pen., sez. I, sent. 28 aprile 2000, Sereni, in Cass. pen., 2001, n. 1252.

¹⁵⁶ Corte Cost., sent. 5 dicembre 1997, n. 377, in Foro it., 1998, c. 2736, spec. C. 2378; negli stessi termini, Cass. Pen., SS.UU, Baffico, *cit.*, nella quale si fa riferimento a una “presunzione assoluta di inadeguatezza della misura alternativa quando quella sostitutiva sia fallita, rivelandosi inidonea alla rieducazione del soggetto, insensibile alle opportunità di recupero, sta a dimostrare l'inutilità di un

Inoltre, tale preclusione trova il proprio fondamento nell'esigenza di rafforzare, attraverso la minaccia di una pena da scontare ineludibilmente in carcere, l'«efficacia deterrente della norma sulla conversione obbligatoria della pena sostitutiva in quella sostituita, nel caso di violazione delle relative prescrizioni (art. 66 l. 689/1981)». ¹⁵⁷ In altri termini, è «come se il legislatore avesse ritenuto che la violazione delle prescrizioni inerenti all'esecuzione della pena sostitutiva comprovasse già l'esito negativo di una prova al quale, non irragionevolmente, si è fatto conseguire il divieto di una seconda prova». ¹⁵⁸

Orbene, la scelta legislativa che si pone alla base dell'art. 67 citato appare evidente, proprio in ragione dell'omogeneità sostanziale tra affidamento e libertà controllata: la violazione delle prescrizioni inerenti alla libertà controllata, cui consegue la conversione nella pena detentiva, si risolve in una presunzione di inadeguatezza dell'affidamento rispetto alla finalità preventiva e rieducativa e non può, quindi, essere considerata compatibile con l'espiazione della pena in regime extracarcerario. Sul punto, va inoltre ricordato che il divieto *de quo* non si applica al condannato minorenni, ¹⁵⁹ né al condannato tossicodipendente che ha chiesto l'applicazione dell'affidamento terapeutico *ex art. 94 TULS*. ¹⁶⁰

Atteso che il presupposto indefettibile per l'applicazione dell'affidamento è costituito dalla natura detentiva della pena da spiare, deve altresì escludersi che la misura possa essere concessa al condannato cui sia stata applicata la liberazione condizionale o che abbia beneficiato della sospensione condizionale della pena di cui all'art. 1 della l. 7 agosto 2003, n. 207.

Da ultimo, deve escludersi che l'affidamento in prova possa essere concesso all'internato; e difatti, da un lato l'art. 47 l. ord. pen. fa riferimento soltanto alla pena detentiva, dall'altro la circostanza che il soggetto sia sottoposto a misura di sicurezza detentiva costituisce un elemento sintomatico di un grado di pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione a tale misura extramuraria. Per ragioni di completezza sul punto, si consideri che l'unica misura alternativa (eccezion fatta per

ulteriore tentativo di risocializzazione attraverso un percorso analogo a quello rivelatosi privo di risultati positivi”.

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ Cfr. Corte Cost., sent. 22 aprile 1997, n. 190, in Foro it, 1997, I, c. 983.

¹⁶⁰ Cfr. Corte Cost., 377/1997, cit.

le misure speciali di cui all'art. 47 *quater* della l. 354/1975, il cui ambito di applicazione riguarda le persone affette da AIDS (conclamata) concedibile agli internati è rappresentata dalla semilibertà, ai sensi dell'art. 50, comma 2, l. ord. pen.

2.2. Segue: le condizioni di applicabilità. L'entità della pena e il tipo di reato.

Il secondo requisito al quale è subordinata la concessione della misura dell'affidamento in prova "comune" ha natura oggettiva e concerne l'entità della pena che il condannato deve espiare: l'ambito applicativo è circoscritto espressamente, dall'art. 47, comma 1, l. ord. pen., ai condannati ad una pena detentiva non superiore a tre anni, anche se costituente residuo di maggior pena.¹⁶¹

Sul punto, si noti che uno degli aspetti interpretativi in origine controversi riguardava il significato da attribuire all'espressione di pena inflitta: segnatamente, ci si chiedeva se essa dovesse intendersi come pena irrogata in sentenza ovvero da scontare in concreto.

L'assetto attuale costituisce il risultato di un travagliato percorso, connotato da un progressivo ampliamento del significato da attribuire alla controversa nozione, i cui punti principali di snodo sono rappresentati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 386 del 1989¹⁶² e dall'art. 14 *bis*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 356/1992.

Precisamente, nella richiamata sentenza, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47, comma 1, della l. 354/1975, «nella parte in cui non prevede che, in presenza di un cumulo di pene, nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite di tre anni, non si debba tener conto anche delle pene espiate»; per altro verso, tramite l'art. 14 *bis* sopra citato il legislatore è intervenuto

¹⁶¹ Originariamente, il limite era fissato in 2 anni e 6 mesi (ovvero 3 anni in caso di soggetti infraventunenni o ultrasettantenni). Successivamente è stato innalzato a tre anni ad opera della legge 10.10.1986, n. 663. Si noti, in ogni caso, come il nuovo comma 3 *bis* (che disciplina l'affidamento in prova c.d. allargato) abbia esteso l'ambito di applicazione dell'istituto, con conseguente potenziale applicazione dell'istituto in esame ai condannati a pena detentiva non superiore a quattro anni anche se costituente residuo di maggior pena.

¹⁶² In Foro it., 1989, I, c. 3340.

stabilendo un'interpretazione autentica dell'art. 47, comma 1, della l. 354/1975, sancendo espressamente che la controversa formula deve intendersi come “pena da espiare in concreto”, tenendo conto anche dell'applicazione di eventuali cause estintive.

Partendo da tale dato testuale, la giurisprudenza ha ulteriormente precisato che essa deve intendersi come “pena residua da scontare”, e che, in virtù della congiunzione “anche” deve riferirsi ad “ogni possibile detrazione di pena”.¹⁶³

Il beneficio in questione può, quindi, essere concesso al condannato che «in concreto debba ancora espiare una pena di durata non superiore a tre anni,¹⁶⁴ qualunque fosse la pena inflitta in origine e, nel caso in cui essa fosse inizialmente superiore al limite triennale, qualunque sia il motivo che ha determinato la discesa al di sotto di tale confine (espiazione, concessione di liberazione anticipata, indulto, riconoscimento della fungibilità, ecc)». ¹⁶⁵ Pertanto, ai fini della concessione dell'affidamento in prova “comune” è irrilevante tanto il *quantum* della pena originaria, quanto il fatto che la pena da scontare origini da una o più sentenze di condanna: ciò che assume rilievo è, in altri termini, la pena da espiare in concreto, intesa quale «pena irrogata con la sentenza di condanna, depurata non solo della parte non espiabile per il verificarsi di cause estintive, ma altresì di quella già sofferta a titolo di custodia cautelare o di parziale esecuzione». ¹⁶⁶

Consegue da quanto sinora considerato che, a causa dell'innalzamento del limite di pena per effetto dell'intervento della l. 663/1986 da un lato, nonché,

¹⁶³ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 7 maggio 1993. Di conseguenza, la pena irrogata in sentenza va depurata non solo della parte per cui sono intervenute cause estintive (Cass. pen., sent. dicembre 1998) ma anche di quella sofferta a titolo di custodia cautelare (Cass. pen. 3 febbraio 2004) o di parziale esecuzione della pena (Cass. pen., 10 maggio 1994). In dottrina cfr. PRESUTTI, *Commento all'art. 47 o.p.* in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di) *Ordinamento penitenziario commentato articolo per articolo*, Vol. I, Cedam, Padova, 2000, p. 520.

¹⁶⁴ Si noti attualmente in virtù dell'applicazione del comma 3 *bis* il limite fissato dalla legge alle condizioni ivi indicate è quello di quattro anni.

¹⁶⁵ CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, VI edizione, Giuffrè, Milano, 2002, p. 242, in DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 20.

¹⁶⁶ Cfr. Cass. pen., SS. UU., sent. 18 giugno 1993, Manisco, Rv. 194058, superando in tal modo l'orientamento espresso in Cass. pen., SS.UU., sent. 26 aprile 1989, Russo, Rv. 181319, secondo cui «al fine di verificare la sussistenza della condizione che la pena detentiva inflitta sia superiore a tre anni, richiesta dall'art. 47, comma 1 della legge 26.07.1975, n. 354, nel testo sostituito dall'art. 11 della legge 10.10.1986, n. 663, per l'affidamento in prova al servizio sociale, deve intendersi per pena inflitta quella irrogata con la sentenza di condanna, eventualmente quale risultante per effetto del cumulo, senza considerare né le cause estintive della sola pena, come l'indulto che influiscono sulla determinazione della pena da eseguire in concreto e non incidono su quella inflitta, né i periodi di detenzione sofferti in precedenza per altro reato, in ordine al quale sussistano le condizioni per la fungibilità, né la parte di pena già scontata».

dall'altro, della progressiva estensione del concetto di pena inflitta, cui deve aggiungersi l'incidenza delle diminuenti processuali connesse alla applicazione dei riti alternativi cui è affidata una funzione deflattiva rispetto al giudizio dibattimentale,¹⁶⁷ l'affidamento in prova può essere concesso non solo agli autori di reati di modesta gravità, la cui devianza è di norma riconducibile a situazioni di disagio e/o di emarginazione sociale, ma anche a soggetti che hanno commesso reati di notevole gravità, quale ad esempio la bancarotta fraudolenta.

Come notato in dottrina, tale situazione costituisce «l'indice inequivocabile della metamorfosi degenerativa dell'istituto *de quo* trasformatosi da strumento di assistenza e di controllo destinato al recupero sociale di soggetti condannati per reati non particolarmente gravi, in strumento diretto a porre rimedio al sovraffollamento carcerario»,¹⁶⁸ se non addirittura in una «incontrollata forma di grazia giudiziale»,¹⁶⁹ di cui possono beneficiare anche autori di reati di rilevante gravità, spesso perfettamente integrati nel contesto sociale da cui provengono.

Occorre precisare che, nel caso in cui nei confronti del condannato debbano essere eseguite due o più sentenze di condanna, il tribunale deve procedere, indipendentemente dal fatto che la Procura della Repubblica competente abbia emesso il provvedimento di unificazione delle pene concorrenti di cui all'art. 663 c.p.p., alla somma aritmetica delle pene inflitte e, conseguentemente, dichiarare inammissibile l'istanza una volta accertato che l'entità della pena complessiva da espiare supera i quattro anni; a tal fine, deve ritenersi che il tribunale sia legittimato a tener conto anche della statuizione di revoca della sospensione condizionale della pena *ex art. 168, comma 1, c.p.*, contenuta in una delle sentenze di condanna da eseguire e ciò attesa la natura dichiarativa del provvedimento di revoca, i cui effetti sostanziali risalgono *de iure* al momento in cui si è verificata la condizione

¹⁶⁷ In questi termini DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 22, che mette in risalto l'incidenza del c.d. patteggiamento allargato introdotto dalla legge 12.6.2003, n. 134 che, seppure in presenza di determinate condizioni, ha elevato a 5 anni la pena detentiva patteggiabile, con ciò recando un ulteriore *vulnus* al principio della necessaria proporzionalità tra l'entità della pena e la gravità soggettiva e oggettiva del fatto, principio dal cui rispetto dipende la credibilità e l'efficacia della risposta sanzionatoria. Sul punto, si veda GIUNTA, *I nodi del patteggiamento giungono a pettine*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 858 e ss.

¹⁶⁸ Cfr. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa, Esecuzione penale ed alternative penitenziarie*, Cedam, Padova 1999, in DEGL'INNOCENTI, FALDI, *cit.* p. 23.

¹⁶⁹ Cfr. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 1, 2000, p. 160 e ss.

integrativa della revoca stessa.¹⁷⁰

Altro requisito che viene in considerazione ai fini della concessione dell'affidamento concerne la natura del reato commesso.

Al riguardo, è opportuno precisare che, sebbene l'art. 47 della l. 354/1975 non contenga, nella sua attuale formulazione, alcuna preclusione legata alla natura del reato - diversamente da quanto era previsto nella versione originaria della norma, che escludeva la possibilità di concedere il beneficio in relazione ai delitti di rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione -, rispetto a determinati delitti la concessione della misura, così come altri benefici penitenziari, così come il lavoro all'esterno, con la sola eccezione della liberazione anticipata, è soggetta a particolari restrizioni e limitazioni.

Segnatamente, è precluso concedere la misura laddove il condannato sia autore di uno dei reati di cui all'art 4 *bis* della l. 354/1975: in particolare, il comma 1 elenca una serie di reati (cc.dd. assolutamente ostativi) in relazione ai quali l'affidamento in prova al servizio sociale può essere concesso solo ove il condannato abbia collaborato con la giustizia nei termini di cui all'art. 58 *ter* della medesima legge e siano stati acquisiti elementi certi che escludano legami con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (cfr. commi 1 e 1 *bis* dell'art. 4 *bis*);¹⁷¹ in ordine

¹⁷⁰ Cfr. Cass. SS. UU. 8.4.1998, Cerroni, Rv. 210978; Cass. pen., sez. II, sent. 21.5.2001, Drass, Rv. 218807, secondo cui «è legittima l'emissione, da parte del pubblico ministero dell'ordine di carcerazione contestuale all'istanza diretta al competente giudice dell'esecuzione perché provveda, ai sensi dell'art. 674 c.p.p. (nella specie per essere passata in giudicato una nuova condanna) alla revoca della sospensione condizionale della pena, attesa la natura del provvedimento di revoca puramente dichiarativa degli effetti di diritto sostanziale, i quali risalgono al momento del verificarsi della condizione che determina, *ipso iure*, la decadenza del beneficio»; Cass. pen., sez. I, sent. 17.2.2006, n. 8670, Urso, inedita, secondo cui «in tema di esecuzione, quando la revoca dei benefici sia prevista come obbligatoria ed automatica, la pur necessaria pronuncia formale adottata ai sensi dell'art. 674 c.p.p. dal giudice dell'esecuzione ha un carattere meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto già prodottosi *ex lege*. Ne consegue, quindi, che in detta ipotesi il pubblico ministero, quale organo dell'esecuzione, è legittimato a porre direttamente in esecuzione la pena già coperta dal beneficio caducato, sempre che, nel contempo, chieda al competente giudice dell'esecuzione di pronunciare nelle forme previste, la declaratoria di cui al summenzionato art. 674».

¹⁷¹ Si reati cc.dd. assolutamente ostativi vengono così definiti per mettere in risalto la distinzione rispetto ai reati di cui al comma 1 *ter* della medesima disposizione, per i quali l'applicazione delle misure extramurarie non è subordinata alla sussistenza del requisito della collaborazione (la quale sussiste quando il reo, anche dopo la sentenza di condanna, si è adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero ha aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati. Il legislatore ha, dunque, prefigurato nel sistema dell'esecuzione penale e penitenziaria quello che è stato definito il "regime del doppio binario" (cfr. CANEPA, MERLO, *op. cit.*, p. 460), in quanto per gli autori di uno dei reati compresi al comma 1 l'accesso ai benefici penitenziari è soggetto ad un regime differenziato e connotato da restrizioni e limitazioni, con la conseguente

ai reati di cui al 1 *ter* dell'art. 4 *bis*, la preclusione è meno rigida, essendo subordinata alla mera insussistenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Il contenuto della norma è stato ampliato a seguito dell'introduzione del comma 1 *quater* ad opera del d.l. n. 11/2009, il quale prevede che, in ordine ad alcuni reati sessuali, la misura dell'affidamento può essere concessa solo previa osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno; e dal comma 1 *quinquies*, da parte della l. 1 ottobre 2012, n. 172, il quale – sempre in tema di reati sessuali – prevede che il Tribunale di Sorveglianza, ai fini della concessione, debba valutare la positiva partecipazione al programma di riabilitazione specifica di cui all'art. 659, comma 9, c.p.p., il quale prevede che il pubblico ministero non possa procedere alla sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi del comma 5 del medesimo articolo.

Ulteriori limiti sono, infine, previsti nell'art. 58 *quater* della legge 354/1975, che preclude la concessione della misura in esame a chi è stato condannato per il delitto di evasione o si sia visto revocare l'affidamento per aver violato la legge o le relative prescrizioni: tale divieto ha, in ogni caso, durata triennale e decorre dalla data in cui è ripresa l'esecuzione o è stato emesso il provvedimento di revoca.

utilizzazione dei benefici stessi in funzione premiale, quale “ricompensa” assegnata al condannato per il contributo fornito all'attività di contrasto della criminalità organizzata; laddove la mancanza della collaborazione è valutata come un indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza di quella volontà di emenda cui è inscindibilmente connessa la funzione rieducativa della pena. Sul punto, si è notato che mediante l'imposizione dell'onere della collaborazione, il legislatore si rivela prevenuto a disconoscere, con riguardo alla fase dell'esecuzione penale, la regola del *nemo tenetur se detegere*, di fatto sostituita dall'opposto principio *carceratus tenetur alios detegere*, attribuendosi in tal modo alla pena una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa della pena costituzionalmente imposta (cfr. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la costituzione e con la Convenzione Europea*, in Cass. pen., 2003, p. 24 e ss.)

2.3. La rilevanza della custodia cautelare per altra causa e della disponibilità di un domicilio

L'applicazione dell'affidamento in prova richiede la sussistenza di altre due condizioni, che, sebbene non espressamente previste dalla legge, sono agevolmente desumibili dalla natura e dalla finalità della misura alternativa. Si tratta, segnatamente: (i) dell'assenza della sottoposizione del reo alla misura cautelare della custodia in carcere *ex art. 285 c.p.p.* (requisito di carattere negativo); (ii) della disponibilità da parte del condannato di un domicilio o, comunque, in adeguato alloggio (requisito di carattere positivo).

Quanto al primo requisito, si noti che l'eventuale sottoposizione del condannato alla misura della custodia in carcere nell'ambito di un ulteriore procedimento si configura come un impedimento giuridico e fattuale all'esecuzione della pena in regime extra murario.¹⁷²

Invero, l'art. 298, comma 2, c.p.p. stabilisce che la sospensione dell'esecuzione di una misura cautelare – prevista in caso di sopravvenienza di un ordine di esecuzione a pena detentiva *ex art. 298, comma 1, c.p.p.* – non abbia luogo quando detta pena debba essere espiata in regime di misura alternativa.

L'istanza avanzata dal condannato sottoposto alla misura cautelare della custodia in carcere deve, pertanto, essere dichiarata inammissibile, ferma restando la facoltà per l'interessato di presentare una nuova istanza allorquando il giudice che procede abbia disposto la revoca della misura cautelare stessa.

Sul punto, si noti che la tesi dell'incompatibilità ontologica¹⁷³ tra affidamento e misura cautelare della custodia in carcere è stata disattesa dalla Suprema Corte di legittimità, che ha affermato che lo *status detentionis* derivante dalla custodia cautelare in carcere per altra causa, «non è di per sé preclusivo alla valutazione nel merito, di istanza per l'ammissione a misura alternativa alla detenzione, incidendo lo stato detentivo solo sulla pratica applicabilità della misura stessa che va postergata alla cessazione della misura cautelare»,¹⁷⁴ ferma restando «la possibilità di

¹⁷² Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 26.

¹⁷³ *Ibidem.*

¹⁷⁴ Cass. Pen., sez. I, sent. 26 settembre 2003, Crapella, Rv. 226000

apprezzare i fatti che hanno dato luogo al titolo custodiale ai fini del giudizio di meritevolezza del beneficio richiesto».¹⁷⁵

In dottrina, è stato notato come tale impostazione non possa essere condivisa poiché, in tal modo, si finisce per subordinare l'esecuzione della pena in regime di affidamento alla vicenda del procedimento cautelare arrecando «una, ulteriore, grave lesione al principio di certezza della pena».¹⁷⁶

Inoltre, si è affermato che sembra difficile ritenere sussistente un interesse giuridicamente rilevante del condannato ad ottenere una misura alternativa che, in concreto, non potrà comunque essere eseguita. In ogni caso, la circostanza che la giurisprudenza prevalente tende ad affermare la compatibilità tra lo *status* custodiale e la possibilità di applicare l'affidamento in prova o la detenzione domiciliare, non esclude che il tribunale possa considerare la sottoposizione del reo alla misura cautelare come un dato idoneo ad escludere la sussistenza delle condizioni di merito per la concessione della misura alternativa e, quindi, del beneficio.¹⁷⁷ Ed invero, il fatto che il condannato dopo la commissione del reato per il quale è stata inflitta la pena che chiede di espiare in regime di affidamento sia stato attinto da una ordinanza impositiva della custodia in carcere, costituisce un elemento difficilmente conciliabile con la possibilità di formulare il giudizio prognostico positivo di cui all'art. 47 della l. 354/1975.¹⁷⁸

Devono, inoltre, segnalarsi alcune pronunce di legittimità concernenti la misura degli arresti domiciliari, che sono equiparati dalla legge alla custodia cautelare *ex art. 284, comma 5, c.p.p.*¹⁷⁹

Partendo dal principio espresso nell'art. 298, comma 2, c.p.p., ai sensi del

¹⁷⁵ Cass. Pen., sez. I, sent. 1 aprile 2003, Zaza, in Cass. pen., 2004, n. 341, con nota di VENTURA, *Esecuzione di pene detentive e status custodiale per causa diversa dalla condanna*. In detta pronuncia, i Giudici di legittimità hanno inoltre precisato che non è di per sé ostativa all'applicazione dell'affidamento in prova la circostanza che il condannato sia sottoposto a una misura di sicurezza «in quanto in ogni caso opera il principio di priorità dell'esecuzione della pena – anche se scontata in regime alternativo – con eventuale sospensione della misura già in atto, salva la violazione del giudizio di pericolosità sotteso all'applicazione della misura di sicurezza ai fini dell'ammissione alla misura alternativa». Cfr. Cass. Pen., sez. I, sent. 8 febbraio 2006, Setero, inedita, secondo la cui «la detenzione per altra causa non impedisce la trattazione nel merito delle istanze di concessione dei benefici penitenziari, dovendosi valutare caso per caso la compatibilità tra i limiti di libertà e l'attuazione del beneficio».

¹⁷⁶ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p.27 e ss.

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ *Ibidem.*

¹⁷⁹ Secondo il quale «l'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare».

quale la misura cautelare non è mai sospesa, ma trova esecuzione, quando la pena deve essere espiata in regime di misura alternativa, è stato affermato che non sussiste una incompatibilità assoluta tra affidamento e la misura cautelare degli arresti domiciliari, salvo in ogni caso il potere – dovere del giudice di verificare in concreto, avuto riguardo alla natura delle limitazioni connaturali alla misura alternativa e alla misura cautelare, l'effettiva compatibilità tra l'una e l'altra, nel rispetto, dalla legge ritenuto preminente, della misura cautelare.¹⁸⁰

Quanto, invece, al requisito di natura positiva, ossia la disponibilità di un domicilio o comunque di una sistemazione abitativa tale da assicurare l'effettiva e continua reperibilità del reo, si noti che, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità «poiché l'esistenza di un domicilio eletto, pur consentendo la regolare notifica degli atti, ai fini della legale conoscenza degli stessi da parte del destinatario, non comporta la effettiva reperibilità del domiciliato, e poiché tale reperibilità è invece indispensabile ai fini dell'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, deve escludersi l'illegittimità del provvedimento con il quale il Tribunale di Sorveglianza abbia respinto la richiesta di affidamento in prova sulla base del rilievo che l'interessato, pur avendo eletto rituale domicilio per le notifiche, era di fatto irreperibile».¹⁸¹

Si precisa, altresì, che l'affidamento «presuppone la continua reperibilità del condannato, sia prima dell'applicazione del beneficio, che nel corso dell'esecuzione dello stesso, atteso che soltanto in presenza di tale condizione può essere valutato il suo comportamento, e, segnatamente, l'osservanza delle prescrizioni concernenti i rapporti con il Servizio Sociale, la dimora, la libertà di locomozione, il divieto di certe frequentazioni, il lavoro da svolgere».¹⁸²

¹⁸⁰ Cass. pen., sez. I, sent. 21 marzo 2012, n. 14827.

¹⁸¹ Cass. pen., sez. I, sent. 14 ottobre 1992, De Barre, Rv. 192363.

¹⁸² Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 24.6.1996, Messina, Rv. 205695; Cass. pen., sez. I, 13.5.1996, Stavanovic, Rv. 205485; Cass. pen., sez. I, 13.6.2001, Njume, Rv. 219592, ove si precisa che l'irreperibilità del condannato può giustificare il rigetto dell'istanza per motivi di merito; Cass. pen., sez. I, 12.3.2001, Laurendino, Rv. 218825, nella quale si legge che l'istanza tendente a ottenere l'applicazione dell'affidamento deve contenere, a pena di inammissibilità, «l'indicazione del luogo di residenza del richiedente, cioè del luogo in cui questi dovrebbe essere materialmente ricercato per l'assunzione delle necessarie informazioni e per la notifica degli atti necessari allo svolgimento della procedura».

2.4. La c.d. “prognosi di rieducabilità”

Come è dato evincere dalla formulazione dello stesso art. 47 della l. 354/1975, sotto il profilo sostanziale, la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale è subordinata alla formulazione del giudizio prognostico di cui al secondo comma, che consiste nella valutazione positiva in ordine al fatto che l'ammissione alla misura contribuisca alla rieducazione e prevenga la commissione di ulteriori reati.

Dapprima, l'applicazione della misura alternativa in esame era condizionata alla previa osservazione della personalità¹⁸³ del condannato, da svolgersi all'interno dell'istituto in cui questi si trovava ristretto per almeno tre mesi, poi ridotto ad un mese da parte del d.l. n. 144/1985, conv. con. mod. in l. 297/1985.

Orbene, tale modalità oltre che a risultare verosimilmente iniqua, in quanto frustrava in radice la possibilità di concedere la misura ai condannati a pene detentive di breve o brevissima durata,¹⁸⁴ contrastava con la *ratio* originaria dell'istituto, ossia quella di evitare ogni rapporto con il carcere da parte del condannato, in quanto si imponeva comunque un “assaggio di pena”, con tutte le conseguenze negative che scaturivano in termini di desocializzazione e criminogenesi dell'ambiente carcerario.¹⁸⁵

Successivamente, per effetto dell'entrata in vigore della l. 663/1986, l'affidamento poteva essere concesso anche al condannato che avesse scontato un periodo di custodia cautelare, seguito da un periodo di libertà durante il quale questi avesse mantenuto una condotta del tutto esente da rilievi.

Ebbene, in tale quadro, è intervenuta la Corte Costituzionale, che con la

¹⁸³ L'osservazione della personalità, concepita come aspetto del c.d. trattamento individualizzato, viene condotta all'inizio e nel corso dell'esecuzione, con il necessario supporto e contributo degli operatori del servizio sociale, proponendosi di rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale del condannato e dell'internato. Sebbene sia definita ‘scientifica’ dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario, essa non deve necessariamente consistere in un approccio sempre sostenuto dall'uso di specifici strumenti tecnici, potendo anche attuarsi, in conformità alle più recenti teorie psicologiche e criminologiche, sulla base di schemi liberi, che diano opportuno rilievo alle possibilità cognitive o interpretative della personalità del condannato (cfr. Cass. pen., sez. I, 19.2.1979).

¹⁸⁴ Sul punto, si veda BRICOLA, *L'affidamento in prova ‘fiore all'occhiello’ della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 398

¹⁸⁵ Cfr. FLORA, voce *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Novissimo Digesto, Appendice*, Utet, Torino, 1984, p.100.

sentenza n. 569 del 1989,¹⁸⁶ ha dichiarato la norma costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena e per custodia cautelare, il condannato potesse essere ammesso all'affidamento in prova in stato di libertà, qualora questi avesse serbato un buon comportamento, in tal modo generalizzando l'accesso alla misura alternativa della libertà.

Quale conseguenza delle modificazioni introdotte dalla richiamata l. 663/1986, successivamente consolidate dall'attuale formulazione del comma 3 dell'art. 47 della legge penitenziaria come introdotta dalla l. 27 maggio 1998, n. 165, l'affidamento si articola in due distinte figure: e difatti, all'ipotesi "tradizionale" di affidamento (cd. trattamentale) la cui concessione è mediata dai risultati dell'osservazione della personalità (cfr. il citato comma 2 dell'art. 47 in commento), si contrappone quella dell'affidamento basato sulla valutazione della condotta serbata dal condannato dopo la commissione del reato, ma antecedentemente all'esecuzione della pena (cd. affidamento in prova sostitutivo, cfr. art. 47, comma 3, della l. 354/1975), ampiamente valorizzata dalla novella del 1998 tramite le modifiche apportate all'art. 656 c.p.p., per esigenza di deflazione carceraria.¹⁸⁷

Quanto alla forma di affidamento di cui al comma 3 deve precisarsi che la disciplina di accesso al beneficio in questione è differentemente modulata, a seconda che si tratti di condannato in libertà o detenuto:¹⁸⁸ nel primo caso trova applicazione il disposto di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., laddove nel secondo caso si applica l'art. 47, comma 4, della l. 354/1975.¹⁸⁹

Deve, inoltre, ricordarsi che l'affidamento in prova c.d. sostitutivo, ossia senza osservazione, è stato recentemente integrato a opera del d.l. 146/2013, conv.

¹⁸⁶ In Giur. Cost., 1989, I, p. 2619.

¹⁸⁷ Cfr. PRESUTTI, *Una alternativa in crisi di identità, ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27.05.1998, n. 165*, in *Riv. Trim. dir. proc. Pen.*, 2000, p. 179, nel quale si opera una distinzione tra affidamento in chiave trattamentale e in chiave sostitutiva; l'accentuazione della fisionomia sostitutiva dell'affidamento a seguito delle innovazioni introdotte con la legge Saraceni-Simeone è evidenziata, in dottrina, anche da BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, nota a Cass. S.U., 27.02.2002, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2002, p. 1230 e ss.; sul punto, vedi *infra*, Cap. III.

¹⁸⁸ Con riferimento al condannato detenuto, si veda *infra*.

¹⁸⁹ Sul punto, giova evidenziare che la maggior parte della dottrina ritiene che il meccanismo ex art. 47, comma 4, della legge 354/175 sia riferibile tanto alle ipotesi di affidamento senza osservazione, quanto ai casi di affidamento trattamentale, preceduto dall'osservazione, cfr. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Cedam, Padova, 1999, p. 1339.

con mod., in l. 10/2014, con la nuova ipotesi di affidamento c.d. allargato,¹⁹⁰ disciplinata al comma 3 *bis* dell'art. 47 della l. 354/1975, la quale costituisce, a ben vedere, una figura del tutto autonoma.

In particolare, tale misura è destinata ai condannati a pena, anche residua, non superiore ai quattro anni di detenzione, allorquando abbiano serbato, quanto meno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, un comportamento tale da consentire il giudizio prognostico di cui al comma 2 della medesima disposizione normativa.

In detta ipotesi, mantenendo del tutto inalterati i requisiti soggettivi ai fini della concessione della misura, in ordine ai quali – come noto – è necessario verificare se la misura sia idonea a contribuire alla rieducazione del reo e a prevenire la commissione di ulteriori reati, il legislatore ha tuttavia dilatato il periodo di osservazione della personalità, che può essere trascorso sia in espiazione di pena, che in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà.

L'espressione utilizzata nel nuovo comma 3 *bis* risulta quantomeno ambigua: non è dato agevolmente comprendere se l'osservazione “condotta collegialmente” della personalità del condannato debba riguardare un lasso temporale annuale, ovvero se, pur limitandosi ad un periodo di verifica di un mese, possa essere effettuata nell'intero anno precedente la formulazione della richiesta di accesso al beneficio.

Ebbene, se per un verso, si è ritenuto che la prima delle letture prospettate sia preferibile, poiché «è del tutto razionale che alla concessione di un beneficio più ampio corrisponda la garanzia di una osservazione più lunga e dunque più significativa»,¹⁹¹ sotto altro profilo, la novella legislativa è stata reputata «priva di ragionevolezza e, soprattutto, eccessivamente generica»,¹⁹² potendo del tutto paradossalmente rivelarsi foriera di «un incremento delle declaratorie di inammissibilità ai sensi del comma 2 dell'art. 666 c.p.p., a fronte di istanze *ictu oculi* carenti sotto il profilo considerato dalla norma».¹⁹³

Tanto premesso, si ritiene opportuno esaminare gli elementi utilizzabili dal

¹⁹⁰ Sul nuovo istituto, cfr. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p.104 ss; FIORENTIN, *Decreto svuota carceri*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 55-56.

¹⁹¹ Al riguardo, si veda DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 105.

¹⁹² FIORENTIN, *op. cit.* p. 55.

¹⁹³ Sul punto, DEGL'INNOCENTI, FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 100 ss.

tribunale al fine di formulare il giudizio prognostico sulla rieducabilità, tenendo presente la distinzione tra le due forme di affidamento sopra richiamate.

In primo luogo, deve segnalarsi che il reato commesso rappresenta «il punto di emersione della pericolosità sociale del condannato e costituisce, pertanto, il punto di partenza del giudizio del Tribunale di Sorveglianza».¹⁹⁴

D'altronde, la circostanza che la natura del reato commesso condizioni l'applicazione dell'affidamento in prova nonché, in generale, delle misure alternative, rappresenta oramai un dato codificato dall'art. 4 *bis* della legge penitenziaria.¹⁹⁵

In particolare, il tribunale è chiamato a valutare, tramite l'acquisizione della sentenza di condanna, le modalità e le circostanze del reato, i mezzi utilizzati per la sua consumazione, l'entità dell'offesa arrecata al soggetto passivo, l'intensità del dolo e i motivi alla base della condotta criminosa posta in essere dal reo; sul punto, deve essere evidenziata la rilevanza della valutazione dei motivi, intesi tradizionalmente quale «causa psichica della condotta umana»,¹⁹⁶ i quali costituiscono elementi «altamente indicativi della personalità morale e criminologica dell'agente» poiché «gettano un fascio di luce non solo sul fatto criminoso, ma anche sul modo di essere dell'agente».¹⁹⁷

In dottrina è stato autorevolmente sostenuto che «i motivi del comportamento umano, portando alla luce tutti gli impulsi, consapevoli ed inconsci, legati sia alle caratteristiche organiche ataviche sia alle situazioni fisiologiche transitorie e che hanno trovato nell'ambiente sociale il loro nutrimento, costituiscono l'aspetto più importante della personalità psichica del suo autore; però specialmente a fini rieducativi, lo studio delle motivazioni psicologiche deve essere collegato con l'indagine sulle motivazioni sociali».¹⁹⁸

E difatti, «l'esame del fatto criminoso è strettamente connesso con quello

¹⁹⁴ In questi termini in dottrina CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, VI edizione, Giuffrè, Milano, 2002, p. 251; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. I, 12.3.1998, Fatale, Rv. 210553.

¹⁹⁵ Sul punto, cfr. più diffusamente *infra*.

¹⁹⁶ DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹⁷ MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984, p. 345; si veda anche MALINVERNI, *Motivi*, in Enc. Dir. vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p. 287 e ss, secondo il quale «il motivo è visto come un frammento della personalità dell'autore, che può illuminare il di lui globale modo di essere; esso appare allora come un ponte che consente di passare dal reato al suo autore».

¹⁹⁸ MALINVERNI, *op. cit.*, p.307; richiamato in DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 32.

degli altri comportamenti tenuti dal soggetto»,¹⁹⁹ indi «l'investigazione sulle motivazioni, a sua volta, non può essere condotta se non nel quadro di una ricerca diretta ad accertare la globale personalità del soggetto».²⁰⁰

D'altronde «i motivi, nel diritto penale, sono un varco attraverso il quale passa l'intera psicologia dell'uomo delinquente».²⁰¹

In secondo luogo, assumono rilievo i precedenti penali, e, in particolare, le condanne per delitti della stessa indole, che in ipotesi figurino a carico del reo, contenuti nel certificato penale.

In proposito, si è osservato che per il giudice è «doveroso valutare i precedenti penali del soggetto, senza però che tale valutazione possa assumere carattere esclusivo, dovendo essa essere compiuta in collegamento con ogni altro possibile elemento di giudizio, ed in primo luogo, con il comportamento successivo alla commissione del reato».²⁰²

Inoltre, l'esame del certificato penale permette di verificare se il reato per il quale è stata inflitta la pena che il condannato chiede di espiare in regime di affidamento è stato commesso in epoca successiva alla applicazione di altre misure alternative, il che – in linea di principio – risulta circostanza sintomatica della inidoneità della misura extramuraria a contribuire al recupero sociale del reo e a contenere il pericolo di recidiva, tutelando in tal modo le esigenze della collettività.

Allo stesso modo, dall'esame del certificato penale il tribunale può eventualmente desumere la sottoposizione del condannato alla misura di prevenzione

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ *Ibidem.*

²⁰¹ *Ibidem.*

²⁰² Cfr. Cass. pen., sez. I, 11.2.1994, Guarnieri, Rv. 196807; nel medesimo senso, Cass. pen., sez. I, 11.3.1994, Di Nuccio, nella quale i Giudici di legittimità osservano che «in tema di misure alternative alla detenzione, la molteplicità o gravità dei fatti pregressi, pur non potendo essere ostativa in assoluto alla applicazione di dette misure, può tuttavia entrare legittimamente nel novero degli elementi valutabili dal Tribunale di Sorveglianza ai fini della formulazione del giudizio prognostico ad esso demandato», si veda, inoltre, Cass. pen., sez. I, 27.9.2005, Alani, inedita, con la quale la Suprema Corte di legittimità ha considerato legittima l'ordinanza di rigetto dell'istanza diretta a ottenere l'applicazione dell'affidamento motivata dal tribunale «tenendo conto della condotta irregolare mantenuta durante l'esecuzione di una precedente misura alternativa, della mancanza di attività lavorativa e dell'inesistente impegno in un progetto di reinserimento, dell'omesso adeguamento alle indicazioni degli operatori, nonché dai plurimi precedenti penali, anche specifici, e delle numerose pendenze»; più recentemente: Cass. pen., sez. I, 11.6.2013, n. 33287 e sez. I, 5.3.2013, n. 13445, secondo cui «ai fini dell'affidamento in prova al servizio sociale, non configura una ragione ostativa la mancata ammissione degli addebiti; occorre invece valutare se il condannato abbia accettato la sentenza e la sanzione inflittagli, in quanto ciò che assume rilievo è l'evoluzione della personalità successivamente al fatto nella prospettiva di un ottimale reinserimento sociale»; nello stesso senso anche Cass. pen., sez. I, 20.2.2008, n. 183888; Cass. pen. sez. I, 8.2.2008, n. 8258.

della sorveglianza speciale *ex art. 3* della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (cd. di pubblica sicurezza). Sul punto deve precisarsi che, secondo la giurisprudenza più recente, «la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza è compatibile con la sottoposizione del soggetto ad una misura alternativa alla detenzione, quale l'affidamento in prova al servizio sociale»;²⁰³ da ciò ne deriva che «le due misure possono essere eseguite contemporaneamente, qualora il giudice della prevenzione rilevi la sussistenza dell'attuale pericolosità sociale del preposto, fornendo adeguata motivazione anche alla luce degli elementi sopravvenuti all'esecuzione della misura».²⁰⁴

In terzo luogo, il tribunale deve tenere conto della condotta successiva al reato, desumibile dal certificato dei carichi pendenti, dalle informazioni fornite dagli Organi di polizia nonché dalla relazione dell'Ufficio Esecuzione Penale Esterna (U.E.P.E.).

La valutazione della condotta tenuta in epoca successiva alla commissione del reato assume un rilievo particolare nel caso di istanze di affidamento avanzate da soggetti non detenuti, come nel caso del condannato che si è avvalso del meccanismo sospensivo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p.:²⁰⁵ in tale ipotesi il tribunale, non disponendo dei dati dell'osservazione circa la condotta tenuta in istituto dal reo, «deve tener conto della condotta del soggetto successiva alla condanna, legittimamente desumibile dalle informazioni di polizia e dalle pendenze penali. Ne consegue che il beneficio non può essere concesso ove risulti che tale condotta non sia stata osservante della legge penale o di prescrizioni imposte a fini di prevenzione».²⁰⁶

²⁰³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 10.10.2013, n. 45277, in cui la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte di Appello che aveva respinto una richiesta di revoca della sorveglianza speciale fondata sull'ammissione all'affidamento in prova dopo il buon comportamento tenuto in carcere e sul successivo svolgimento di attività lavorativa, sul presupposto che vi fossero, comunque, elementi concreti che non consentivano di ritenere cessata la pericolosità del soggetto; precedentemente, tuttavia, in senso contrario Cass. pen., sez. I, 12.11.1999, Caliendo, in Cass. pen., 2001, n. 813, secondo cui sussiste una «incompatibilità logico-giuridica tra le misure di prevenzione personali di cui alla legge 1453/1956 e l'affidamento in prova al servizio sociale, ravvisandosi una contraddizione in termini tra la dichiarazione di pericolosità sociale del soggetto, da un lato, e, dall'altro, la fiducia sulla idoneità della misura alternativa a contribuire alla sua rieducazione e la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati, pure contemporaneamente espressa ad altro fine».

²⁰⁴ Cfr. *sub* nota precedente.

²⁰⁵ Su cui più diffusamente *infra*, Cap. III.

²⁰⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, 11.3.1997, Caputi, Rv. 207998; Cass. pen., sez. I, 4.3.1999, Danieli, Rv. 213062; Cass. pen., sez. I, 30.6.2005, Zompi, inedita, che ha ritenuto legittimo il diniego

Con riferimento alla rilevanza da attribuire ai procedimenti pendenti nei confronti del condannato, occorre operare una distinzione tra le ipotesi in cui il pubblico ministero ha esercitato l'azione penale tramite citazione diretta ai sensi dell'art. 550 c.p.p. e i casi in cui il rinvio a giudizio dell'imputato si ricollega al decreto che dispone il giudizio di cui all'art. 429 c.p.p., emesso all'esito dell'udienza preliminare.

Tale opportuna distinzione risulta connessa alle profonde innovazioni introdotte dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti) in relazione all'udienza preliminare, con riferimento sia alla qualità e alla quantità degli elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, che ai poteri cognitivi e decisorii attribuiti all'organo giudicante.

Come noto, in sede di udienza preliminare il giudice è legittimato a disporre l'integrazione delle indagini (cfr. art. 421 *bis* c.p.p.), nonché - anche d'ufficio - l'assunzione dei mezzi di prova dei quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere; inoltre, il giudice è tenuto ad adottare tale ultima decisione anche nel caso in cui - giusta la lettera dell'art. 425, comma 3, c.p.p. - «gli elementi acquisiti risult[i]no insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio».

Come è stato autorevolmente notato in dottrina e in giurisprudenza,²⁰⁷ per effetto delle rilevanti modifiche introdotte dalla legge Carotti in ordine alla struttura

dell'affidamento fondato sulla commissione, desunta dalle informazioni degli organi di polizia, di ulteriori reati nei mesi antecedenti alla data dell'udienza camerale, e, in particolare, durante il periodo di sospensione dell'esecuzione *ex* art. 656, comma 5, c.p.p.; Cass. pen., sez. I, 17.2.2006, n. 8670, Urso, inedita, secondo cui «il giudizio di riesame dell'istanza di affidamento in prova, che il Tribunale di Sorveglianza è chiamato a esprimere, può fondarsi anche sulla sole informazioni degli organi di polizia, che richiamando circostanze di fatto specifiche, riferibili alla attuale condotta di vita del condannato, delineino un quadro fortemente negativo della sua personalità, lasciando desumere scarsa possibilità di rieducazione dello stesso e di prevenzione del pericolo di commissione di nuovi reati».

²⁰⁷ Con riferimento alla nuova configurazione dell'udienza preliminare a esito dell'entrata in vigore della legge 479/1999, si veda Cass, S.U., 30.10.2002, Vottari in Cass. pen., 2003, n. 811; quanto alla giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte Cost. 4.7.2001, n. 224, in Giur. Cost. 2001, p. 1955, nella quale si osserva che l'udienza preliminare ha perso la sua originaria configurazione quale momento processuale orientato essenzialmente al controllo dell'azione penale promossa dal pubblico ministero, in considerazione dell'apertura della fase del giudizio, poiché l'alternativa decisoria che si profila al giudice quale epilogo dell'udienza preliminare si fonda su una valutazione di merito dell'accusa non più distinguibile da quella propria di altri momenti del processo. In dottrina, cfr. tra gli altri CAPITTA, *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare e tutela dell'imparzialità del G.U.P.*, in Cass. pen., 2003, p. 3357 e ss, secondo il quale l'udienza preliminare deve essere considerata come «una sorta di giudizio preventivo di merito, anticipato rispetto a quello dibattimentale, basato su un canone, sia pure prognostico, di colpevolezza o di innocenza».

e alla funzione dell'udienza preliminare, discende che il decreto che dispone il giudizio non costituisce più un mero atto di impulso processuale, espressione di un giudizio sulla legittimità della richiesta di rinvio a giudizio avanzata dal pubblico ministero, configurandosi – piuttosto – come un provvedimento adottato sulla base di una valutazione di merito in ordine alla consistenza e alla fondatezza dell'accusa, consistente in una «prognosi di successo nella fase dibattimentale»²⁰⁸.

In ragione di quanto sopra, deriva che, ai fini della formulazione della prognosi di cui all'art. 47 della l. 354/1975, la rilevanza attribuibile ad un procedimento pendente aperto nei confronti di colui che invoca l'applicazione dell'affidamento è senza ombra di dubbio maggiore nell'ipotesi in cui la richiesta di rinvio a giudizio avanzata dalla pubblica accusa abbia già superato il vaglio dell'udienza preliminare, rispetto al diverso caso in cui detto controllo giurisdizionale preventivo non si sia ancora verificato.

Di norma, dal rapporto informativo dell'organo di polizia, il tribunale può desumere i dati e/o gli elementi di giudizio di seguito elencati:

- dati relativi alla condotta tenuta dal condannato durante la sottoposizione ad una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere applicata nell'ambito del procedimento definito con la sentenza che ha inflitto la pena da eseguire (a titolo meramente esemplificativo, dal rapporto informativo risulta se il condannato ha rispettato le prescrizioni inerenti gli arresti domiciliari);

- l'eventuale sottoposizione del condannato a misure di prevenzione;

- l'eventuale sussistenza di denunce in relazione ad altri reati;

- l'eventuale sottoposizione del condannato a misure cautelari per un fatto diverso da quello oggetto della condanna da eseguire.

Nell'ipotesi dei reati elencati dell'art. 4 *bis* della l. 354/1975, le informazioni dell'organo di polizia, nel caso di specie espressamente individuato dal legislatore nel questore, consentono di portare a conoscenza del tribunale l'esistenza di «elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva», richiamato in precedenza.

Nel caso in cui il condannato sia extracomunitario, il rapporto informativo dell'organo di polizia consente inoltre di verificare se egli sia titolare o meno del

²⁰⁸ Per tale espressione, cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 36.

permesso di soggiorno.

Secondo un primo orientamento, l'affidamento in prova al servizio sociale e tutte le altre misure extramurarie alternative alla detenzione, non possono essere concesse allo «straniero extracomunitario che si trovi in Italia in condizioni di clandestinità, atteso che tale condizione rende illegale la sua permanenza nel territorio dello Stato, e non può d'altra parte, ammettersi che l'esecuzione della pena abbia luogo con modalità tali da comportare la violazione o l'esclusione di norme che rendono configurabile tale illegalità».²⁰⁹

Secondo una diversa linea interpretativa di legittimità, «il preminente valore costituzionale della funzione rieducativa della pena sotteso ad ogni misura alternativa alla detenzione in carcere, deve costituire la necessaria chiave di lettura delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, di talché l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa consente di affermare che l'applicazione di dette misure non può essere, a priori, esclusa nei confronti degli stranieri privi del permesso di soggiorno».²¹⁰

Sul punto, sono intervenute le Sezioni Unite, esprimendosi in favore della concedibilità dell'affidamento ai condannati extracomunitari irregolari, sulla base del rilievo secondo cui va escluso che il giudizio prognostico possa essere precluso in radice in ragione di una presunzione assoluta di inidoneità nei confronti di una intera categoria di soggetti, quale quella – nella specie – degli stranieri extracomunitari presenti illegittimamente in Italia;²¹¹ nella medesima ottica, si è successivamente affermato in giurisprudenza che la mancanza del permesso di soggiorno non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale, né di una sicura assenza di collegamento col territorio che impedisca una proficua applicazione della misura,²¹² nonché che un simile divieto, oltre che violare il principio di pari dignità della persona umana, contrasterebbe con gli stessi principi ispiratori del sistema penitenziario.²¹³

La relazione dell'UEPE dovrebbe offrire al tribunale elementi di valutazione

²⁰⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 20.5.2003, Calderon, Rv. 22614 e in Dir. pen. proc., 2003, p. 1246; nel medesimo senso anche Cass. pen., sez. I, 22.6.2005, n. 25596, Mema Shpetime, inedita.

²¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, 18.5.2005, Ben Dhafer Sami, in Foro it., 2005, II, c. 642, con nota di GIORGI.

²¹¹ Cfr. Cass. pen., S.U., 28.3.2006, n. 745, Alloussi.

²¹² Cfr. Corte Cost. 16.3.2007, n. 78.

²¹³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 26.2.2013.

relativamente alle condizioni economiche, sociali e culturali del reo, le esperienze scolastiche e lavorative, i rapporti familiari, le abitudini di vita e gli ambienti frequentati, al fine non solo di delineare il profilo della personalità del condannato, ma anche allo scopo di identificare i fattori ambientali e individuali dai quali è originata la condotta criminosa.

2.5. La c.d. “revisione critica” e il risarcimento del danno

Con l’espressione “revisione critica” ci si riferisce alla rimeditazione compiuta dal reo sul reato commesso e alla sua disponibilità a modificare il proprio stile di vita.

Si tratta di una condizione assolutamente imprescindibile per avviare il percorso di recupero sociale del condannato deviante, dal momento che l’obiettivo della rieducazione non può affatto raggiungersi se non attraverso l’acquisizione da parte del condannato di una coscienza critica dell’illecito commesso e delle conseguenze che esso ha provocato, a cominciare dal danno cagionato alla persona offesa.

In particolare, la legge – nel subordinare la concessione dell’affidamento all’accertamento della condizione che la misura contribuisca al reinserimento sociale del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati, «richiede di volta in volta, la concreta dimostrazione dell’esistenza di elementi positivi atti a far ragionevolmente ritenere che la misura alternativa possa trovare proficua applicazione in funzione delle finalità ad essa espressamente attribuite. Il che comporta che il soggetto deve aver compiuto una reale e comprovata rivisitazione della sua esistenza ed evidenziato concretamente la volontà di prendere le distanze dalla vita anteatta, in cui erano maturate le scelte devianti».²¹⁴

Secondo un orientamento giurisprudenziale più risalente nel tempo, l’affidamento in prova può essere disposto «quando il tribunale giunga a una prognosi positiva sulle possibilità di reinserimento del condannato nella vita sociale;

²¹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 17.2.2006, n. 8330, Mauro, inedita, con riferimento a una fattispecie di condanna per bancarotta fraudolenta con notevole danno per la massa dei creditori.

tale prognosi è legittimamente esclusa quando questi, pur mantenendo una condotta carceraria corretta, non sia pervenuto ad una revisione critica del proprio passato, continuando a sostenere la propria innocenza, pur non assumendo alcuna iniziativa processuale per ottenere la revisione del giudizio. Non si richiede con ciò al condannato una revisione postuma, ma un rifiuto netto della pratica criminale quale indispensabile premessa per un giudizio prognostico favorevole sul comportamento futuro in caso di riacquisizione della libertà».²¹⁵

In tale prospettiva, si è precisato che, ai fini dell'applicazione dell'affidamento, «non è richiesta la prova che il soggetto abbia effettuato una compiuta revisione postuma, e si sia quindi del tutto ravveduto, non corrispondendo una tale esigenza alla logica della misura alternativa in questione che costituisce, appunto, uno strumento di messa alla prova. E' tuttavia indispensabile l'acquisizione di concreti elementi di valutazione che siano rivelatori dell'evoluzione in senso positivo della personalità del soggetto e che giustifichino la prognosi favorevole, comunque spettante al giudice di merito, in ordine all'esito dell'esperimento».²¹⁶

Tuttavia, appare evidente come tale impostazione ermeneutica – la quale sostanzialmente richiede il “pentimento” del condannato al fine di riconoscerne il “ravvedimento” – confligge con il disposto di cui all'art. 197 *bis*, comma 4, c.p.p., la cui *ratio* è quella di tutelare il diritto del condannato a negare la propria responsabilità in ordine al fatto per il quale è stato condannato.

D'altra parte, la stessa esistenza nell'ordinamento processuale, degli istituti della revisione e dell'errore giudiziario presuppone la possibilità che gli errori giudiziari si verifichino: con la conseguenza che appare evidente come l'interpretazione giurisprudenziale sopra riportata più che rigoristica esprima una valutazione contrastante con i principi dell'ordinamento.

Muovendo da tali considerazioni, più di recente, la giurisprudenza ha precisato che «ai fini della concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, la mancata ammissione da parte del condannato della propria colpevolezza non può indurre una prognosi sfavorevole in ordine alla commissione di altri reati, sia perché nel processo penale l'imputato non ha l'obbligo di verità, sia perché l'assenza di confessione può essere dettata dai più svariati motivi, senza che solo per questo essa

²¹⁵ Cass. pen., sez. I, 15.12.1995, Tomov, Rv. 204365.

²¹⁶ Cass. pen., sez. I, 8.10.1993, Nicefaro, Rv. 195789.

sia sintomatica di mancato ravvedimento o di pericolosità sociale o dell'intenzione di persistere nel crimine».²¹⁷

Nello stesso senso, d'altronde, si era espressa anche la giurisprudenza in passato, rilevando, in termini pressoché analoghi, che «ai fini della concessione di benefici penitenziari, la mancanza di senso critico verso le condanne subite può essere valutata negativamente qualora sia espressione della persistenza di un atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, e quindi sintomatico di una mancata risposta positiva al processo di rieducazione, non quando è frutto di una protesta di innocenza di ciascuno, non soltanto in pendenza di un processo, ma anche il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna, considerata la possibilità di una revisione di essa».²¹⁸

Una questione particolare è emersa, con riferimento alle richieste di affidamento avanzate dai cc.dd. colletti bianchi o, comunque, da soggetti socialmente integrati, casi pervenuti all'esame dei Tribunali di Sorveglianza soprattutto a seguito delle inchieste sui fenomeni di corruzione politico-imprenditoriale: ci si è chiesti quale rilevanza debba essere attribuita al risarcimento del danno cagionato alla persona offesa o alla eliminazione delle conseguenze dannose derivanti da reato commesso.

Al riguardo, la giurisprudenza di merito ha osservato che, in caso di condanna inflitta per i reati da c.d. colletto bianco «il presupposto dell'utilità della misura al fine del reinserimento sociale, va inteso con particolare riguardo all'esigenza di una autentica e profonda revisione critica del comportamento, fondata sul distacco delle precedenti scelte devianti e sulla coscienza del danno sociale causato: il beneficio va di conseguenza negato al condannato che, pur avendo tenuto un buon comportamento carcerario, ed avendo partecipato ad attività risocializzanti, ometta una esplicita presa di distanza dal passato delittuoso, si limiti ad affermare di aver maturato una non meglio chiarita 'autocritica', ed abbia, in relazione ad uno dei procedimenti a suo carico, risarcito solo una parte dell'ingente danno causato».²¹⁹

L'idea di fondo di una tale impostazione può riassumersi nel fatto che gli

²¹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 20.2.2008, n. 18388, in CED Cass. Pen., 2008.

²¹⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 28.3.2000, n. 2295, Romano, CED Cass. 2000.

²¹⁹ Testualmente, Trib. Sorv. Milano, 23.7.1997, Cusani, in Foro it., 1998, II, c. 31; nonché anche Trib. Sorv. Milano, 29.5.1997, Tassan Din, ivi, 1998, II, p. 33, e Trib. Sorv. Milano 3.4.1997, ivi, 1998, II, p. 34

elementi di valutazione per la concessione dell'affidamento devono essere modulati in base alle caratteristiche peculiari di tale categoria di condannati.

Tuttavia, tale orientamento è stato disatteso dalla Suprema Corte di legittimità, la quale – tra l'altro - ha affermato che «la rieducazione deve essere concettualmente identica per tutti i condannati indipendentemente dal reato commesso, e di conseguenza nella valutazione dei progressi compiuti occorre verificare se ed in quale misura vi sia in atto un processo modificativo dei precedenti comportamenti antisociali», operando una tale valutazione tenendo in considerazione le risultanze dell'osservazione penitenziaria del condannato.²²⁰

D'altra parte, si noti che, a differenza di quanto previsto dall'art. 176, comma 4, c.p.p. in materia di liberazione condizionale, il risarcimento del danno non costituisce affatto un presupposto per la concedibilità dell'affidamento in prova al servizio sociale, con la conseguenza che deve ritenersi illegittima l'ordinanza di rigetto dell'istanza motivata con esclusivo riferimento al mancato adempimento di tale obbligazione.²²¹

2.6. Il condannato detenuto

Merita particolare attenzione la disciplina prevista per i condannati detenuti, recentemente aggiornata a opera del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con mod., in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

La prima novità riguarda il fatto che l'istanza volta alla concessione del beneficio in esame va indirizzata al Tribunale di Sorveglianza competente in relazione al luogo dell'esecuzione, e non più al Magistrato di Sorveglianza (cfr. comma 4, primo periodo, dell'art. 47 della l. 354/1975).

Invero, al Magistrato di Sorveglianza è riservata la competenza nel caso in cui il detenuto richieda l'emanazione del provvedimento in caso di urgenza: in tal caso, il Magistrato di Sorveglianza è tenuto ad accertare l'urgenza, valutando la

²²⁰ Cass. pen., sez. I, 5.2.1998, Cusani, in Foro ambr., 1999, p. 82-83; Cass. pen., sez. I, 10.7.1998, ivi, 1999, p. 84.

²²¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 22.5.2000, Giorgio, Rv. 216623; Cass. pen., sez. I, 20.11.2000, Frattini, in Giust. Pen., 2001, II, p. 664; Cass. pen., sez. I, 8.3.2001, Gammaidoni, in Cass. pen., 2002, n. 965; Cass. pen., sez. I, 27.5.2004, Zampolini, Rv. 230361.

sussistenza del *periculum in mora*, rappresentato dal «grave pregiudizio derivante dalla protrazione della detenzione» e del *fumus boni iuris* in relazione ai presupposti applicativi della misura e dell'assenza di un pericolo di fuga.

Quanto alla seconda novità, essa è rappresentata dai provvedimenti provvisori che il magistrato può emettere in caso di urgenza: in particolare, una volta verificata la sussistenza dei requisiti di cui in precedenza, egli può disporre con ordinanza la liberazione del condannato e la provvisoria applicazione dell'affidamento in prova. Tale provvedimento ha efficacia sino alla decisione definitiva del Tribunale di Sorveglianza, che, ricevuti gli atti con tempestività, decide in sessanta giorni (cfr. comma 4, secondo e terzo periodo, art. 47 dell'ord. pen.).

2.7. L'affidamento in prova e le restrizioni introdotte dalla legge c.d. ex Cirielli

La legge c.d. *ex Cirielli* ha introdotto talune ulteriori condizioni ostative all'applicazione dell'affidamento in prova.

Anzitutto, per effetto dell'intervento normativo in questione, si è previsto all'art. 58 *quater*, comma 1, della l. 354/1975, che l'affidamento in prova non può essere concesso al condannato «che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale».²²²

Inoltre, la legge *ex Cirielli* ha comportato una restrizione per l'accesso alla misura da parte dei recidivi cc.dd. reiterati.

In particolare, se – originariamente - la misura era applicabile a coloro che fossero già stati condannati per reati della stessa indole unicamente nel caso in cui il condannato avesse espiato almeno un terzo della pena inflitta e – successivamente – era stato loro consentito di accedere all'affidamento senza alcuna specifica limitazione per tale categoria (per effetto della legge 12 gennaio 1977, n. 1, che aveva soppresso la norma sui recidivi), con la legge *ex Cirielli*, si è introdotto il comma 7 *bis* nel disposto di cui all'art. 58 *quater*, della l. 354/1975, il quale prevede che, nei confronti del condannato al quale è stata applicata la recidiva di cui all'art.

²²² Si tratta del reato di evasione.

99, comma 4, c.p. (c.d. recidiva reiterata), l'affidamento in prova non può essere concesso più di una volta.

Sul punto, deve – peraltro – segnalarsi che il rigore dimostrato dal legislatore verso i recidivi reiterati, grazie al recente d.l. 78/2013, conv. con mod., in l. 94/2013, si sia leggermente attenuato: precisamente, in seguito alla soppressione della lett. c) dell'art. 656, comma 9, c.p.p., ad essi non è più preclusa la possibilità di godere della sospensione dell'esecuzione della pena, di cui al comma 5, al fine di poter avanzare richiesta di una misura alternativa.

A seguito dell'entrata in vigore della novella legislativa in commento, si è posto un primo problema interpretativo, consistente nella necessità di stabilire se i divieti in questione si applicassero anche ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge.

Come è evidente, la soluzione del problema prospettato dipendeva dalla natura giuridica che gli interpreti avessero attribuito, a seconda dei casi sostanziale o processuale, alle norme che disciplinavano l'esecuzione della pena e delle misure alternative, nonché le condizioni per la loro applicazione.

Ebbene, la ricostruzione interpretativa più corretta, nonostante il contrasto ermeneutico sul punto, è quella secondo cui le norme penitenziarie, pur essendo riconducibili al *genus* delle norme sostanziali – in quanto attengono alla pena e al contenuto concreto della stessa – non sono soggette alla disciplina dell'art. 2 c.p. e dell'irretroattività della legge più sfavorevole, il cui ambito di applicazione, coerentemente con la *ratio* di garanzia che ne costituisce il fondamento, è circoscritto alle sole norme incriminatrici.²²³

Tanto considerato, è opportuno esaminare singolarmente il contenuto delle disposizioni restrittive introdotte dalla legge *ex Cirielli*.

Con riferimento al primo divieto *sub* comma 1 dell'art. 58 *quater* della l. 354/1975, è stato notato che deve escludersi che esso vada inteso nel senso di precludere l'applicazione dell'affidamento nel caso in cui la pena da eseguire sia stata inflitta per il delitto di evasione:²²⁴ ciò in quanto una tale interpretazione, sebbene astrattamente conforme al tenore letterale della norma, oltre che a risultare difficilmente conciliabile con i principi costituzionali, poiché finirebbe per escludere

²²³ Cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 58.

²²⁴ DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 62.

l'applicazione dell'affidamento in relazione a un determinato tipo di reato, non sembra tener conto del dato sistematico.²²⁵

Si evidenzia, in particolare, che il divieto è previsto da una norma – *i.e.* l'art. 58 *quater* – diretta a sanzionare, per il tramite della revisione di limiti per l'accesso ai benefici penitenziari, determinate condotte realizzate dal condannato, quali, a titolo esemplificativo, quelle che hanno determinato la revoca di una misura alternativa.

Tanto considerato, va segnalato che il principio di ragionevolezza impone di circoscrivere l'ambito di operatività della preclusione alle condotte di evasione, accertate con sentenza passata in giudicato, poste in essere non soltanto nel corso dell'esecuzione della pena (ad esempio, nel caso di evasione consumata a seguito del mancato rientro in istituto al termine di un permesso premio *ex art. 30 ter* dell'ordinamento penitenziario), ma anche durante il procedimento definito con la sentenza che ha inflitto la pena detentiva da eseguire.

Ne deriva che la restrizione in parola deve ritenersi operante anche nel caso di evasione consumata con allontanamento non autorizzato dalla sede degli arresti domiciliari; condotta quest'ultima che comporta anche la revoca della misura e la sostituzione della stessa con la custodia cautelare ai sensi dell'art. 276, comma 1 *ter*, c.p.p., salvo che il fatto sia di lieve entità.²²⁶

Secondo tale impostazione, l'art. 58 *quater* comma 1 ord. pen. non vieterebbe al tribunale di concedere al reo l'affidamento in prova nel caso in cui l'interessato abbia riportato una o più condanne in relazione al delitto di evasione, poiché il

²²⁵ DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 64.

²²⁶ Tale previsione, aggiunta dall'art. 16, comma 3, del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. con mod., in l. 19 gennaio 2001, n. 4, è stato da ultimo così sostituito dall'art. 5 della l. 16 aprile 2015, n. 47. In giurisprudenza, Con riferimento alla precedente formulazione della disposizione in commento, cfr. Cass. pen., sez. VI, 16.5.2005, n. 21378, Lamnaouar, nella quale si evidenzia che «la violazione della misura cautelare degli arresti domiciliari incontra una duplice sanzione sostanziale, perché l'autore, secondo la previsione del terzo comma dell'art. 385 c.p. si rende colpevole di evasione; processuale, perché l'art. 276, comma 1 *ter* c.p.p. nel caso di trasgressione delle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla sede stabilita dispone che il giudice provvede alla revoca e alla sostituzione della misura con la custodia cautelare in carcere. La deroga espressa nel comma 1 *ter* dell'art. 276 c.p.p. rispetto alla disposizione del primo comma del medesimo articolo riguarda il potere discrezionale del giudice di sostituire una misura cautelare più grave a quella violata, perché nel caso di trasgressione delle prescrizioni relative agli arresti domiciliari, la revoca di tale misura consegue automaticamente e non richiede né una rivalutazione delle esigenze di custodia cautelare, la cui permanenza è alla base degli stessi arresti ed è quindi oggettivamente confermata dall'evasione, né la considerazione da parte del giudice dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione»; si veda anche Cass. pen., sez. VI, 5.2.2008, n. 5690, in Cass. pen., 2009, 1147.

legislatore avrebbe voluto attribuire rilievo alla condanna per il delitto di evasione consumata sia prima che dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ha inflitto la pena da eseguire. Ciò in quanto una tale condanna costituirebbe un elemento idoneo a fondare una presunzione di inaffidabilità del condannato con particolare riferimento alla incapacità di questi di rispettare le prescrizioni restrittive della libertà personale, e, quindi, tale da giustificare una valutazione negativa in ordine alla meritevolezza del beneficio in esame.²²⁷

D'altra parte, qualora la preclusione in commento si ritenesse operante oltre i casi sopra indicati si adotterebbe una soluzione che, «per la sua eccessiva rigidità, rischierebbe di risultare non solo oltremodo penalizzante per il singolo condannato ma anche in contrasto con il principio della flessibilità della pena»:²²⁸ in tal senso, in dottrina è stato notato che sarebbe sufficiente una condanna per evasione per negare al condannato la possibilità di espiare in regime di affidamento in prova la pena inflitta per un nuovo reato commesso anche a distanza di molto tempo dalla commissione del delitto di cui all'art. 385 c.p.p.²²⁹

Passando all'analisi del secondo divieto introdotto dalla legge 251/2005, c.d. *ex Cirielli*, ossia quello contenuto al comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* della l. 354/1975, preliminarmente si ritiene opportuno un breve cenno alla nozione di "recidiva".

Come noto, la recidiva, definita dall'art. 70, comma 2, c.p. quale "circostanza inerente alla persona del colpevole" e considerata dalla giurisprudenza maggioritaria quale circostanza aggravante *sui generis* suscettibile di incidere sulla determinazione della pena, individua la condizione personale di chi, dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro.

La recidiva costituisce un indice della maggiore capacità a delinquere del reo poiché appare evidente che la ricaduta nel reato dopo la precedente condanna induce a ritenere sussistente il pericolo che questi possa commettere ulteriori reati.

L'attuale formulazione dell'art. 99 c.p. prevede tre distinte forme di recidiva:

230

²²⁷ Cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 63.

²²⁸ In questi termini, cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 63.

²²⁹ Per tali valutazioni, vedi *sub* nota precedente

²³⁰ Si ricorda che – a eccezione del caso previsto al comma 5 dell'art. 99, che prevede il principio di obbligatorietà nell'ipotesi in cui il nuovo delitto commesso dal recidivo appartenga a uno dei reati

- la recidiva c.d. semplice, che si configura in caso di commissione di un nuovo reato da parte di chi sia già stato condannato, con sentenza definitiva, per un altro reato;

- la recidiva c.d. aggravata, che si configura allorquando il nuovo reato è della stessa indole *ex art. 102 c.p.* (c.d. recidiva specifica), o è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente (c.d. recidiva infraquinquennale), o è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena ovvero durante il tempo in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione della pena;

- la recidiva c.d. reiterata, che si configura nell'ipotesi in cui il nuovo reato sia commesso da chi è stato già dichiarato recidivo.

Tanto premesso in generale circa la recidiva, ai fini della preclusione dettata dall'art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, della l. 354/1975 (la quale, come dinanzi detto, concerne i recidivi reiterati), ci si è chiesti se essa operi soltanto nel caso in cui la recidiva reiterata sia stata applicata nella sentenza che ha inflitto la pena da eseguire, ovvero anche nel caso in cui la recidiva sia stata applicata in una sentenza precedente.

Sul punto, in dottrina si è osservato che la soluzione dipende sostanzialmente dalla *ratio* della norma, dovendosi chiarire se essa «intenda stabilire un regime restrittivo fondato sulla pericolosità generica della persona (determinata dal fatto storico dell'essere stato dichiarato recidivo), ovvero sulla pericolosità sociale della persona, pur come manifestatasi ed accertata in occasione del delitto della pena di cui si tratta. La seconda soluzione (valutazione del trattamento sanzionatorio ed esecutivo in correlazione con il singolo fatto e la singola pena) è più in armonia con la tradizionale impostazione dell'esecuzione penale che «tendenzialmente e storicamente rifugge da qualità soggettive disgiunte dall'accertamento dei singoli fatti».²³¹

D'altronde, deve escludersi che la preclusione in commento possa operare nel

compresi nell'elenco i cui all'art. 407, comma 2, lett. a c.p.p. – la recidiva ha carattere facoltativo, essendo rimesso al giudice il compito di accertarne i presupposti, ovvero se nel caso concreto la commissione nel nuovo delitto possa ritenersi sintomatica di una particolare inclinazione a delinquere del reo, o se, piuttosto, costituisca un evento del tutto occasionale vuoi per motivi contingenti ed eccezionali che lo hanno determinato, vuoi per il lungo intervallo di tempo intercorso dal precedente reato, o per l'eterogeneità dei fatti. Per tale ricostruzione, cfr. Cass. pen. 22.11.1974, in Riv. It. Dir. proc. Pen., 1976, p. 303.

²³¹ Cfr. MARCHESELLI, *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al Diritto*, Dossier 1/2006, p. 79.

caso in cui la recidiva reiterata sia stata applicata in caso di condanna per contravvenzioni o per delitti colposi giacché la l. 251/2005 ha delimitato, riformulando il testo dell'art. 99 c.p., l'ambito di operatività della recidiva ai soli delitti dolosi.

Al riguardo, deve in ogni caso segnalarsi che il divieto posto dal comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* dell'ordinamento penitenziario rischia di risultare, da un lato, eccessivamente penalizzante, nonché, dall'altro, di comportare delle gravi sperequazioni sul piano squisitamente applicativo.

Sotto tale profilo, si noti infatti che la citata previsione non consente di concedere l'affidamento ai soggetti che hanno già beneficiato una volta di tale misura, anche quando la nuova pena si riferisce ad un delitto commesso anteriormente alla concessione della prima misura, ovvero nel caso in cui sono venute meno, per fatto non imputabile al condannato, e, pertanto non valutabile come idoneo a giustificare la revoca, le condizioni per la prosecuzione della misura stessa.

Come rilevato in dottrina «in questi casi non vi è ragione al mondo per escludere l'accesso a nuove misure alternative. La riforma non distingue, in altre parole, nel vietare le nuove misure alternative, la recidiva nel delitto dopo un primo beneficio (recidiva che effettivamente potrebbe, valutate tutte le circostanze del caso, dipingere il soggetto come immeritevole), dalla semplice successione a carico di un soggetto recidivo, di più pene (tutte per reati antecedenti), che arrivino, come succede spesso, in esecuzione una dopo la fine dell'altra, quando il soggetto si è già completamente risocializzato. La violazione degli articoli 3 e 27 della Costituzione è assolutamente evidente e non necessita di ulteriore commento».²³²

Per tali ragioni, si è osservato che la disposizione di cui al comma 7 *bis* nella parte in cui vieta di concedere un secondo affidamento in prova al condannato cui è stata applicata la recidiva reiterata, non esclude la possibilità per il Tribunale di

²³² MARCHESELLI, *Permessi premio*, *op. cit.* p. 83. In argomento, cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op.cit.*, p. 69, i quali affermano che «la disposizione di cui al comma 7 *bis* considera la concessione dell'affidamento in prova al condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva reiterata come elemento costitutivo di una presunzione di pericolosità idonea a giustificare il diniego della concessione di un ulteriore affidamento. A prescindere da ogni valutazione in merito alla compatibilità della preclusione introdotta dalla norma con i principi costituzionali di ragionevolezza e di funzione rieducativa della pena, sarebbe stato sicuramente preferibile che il legislatore avesse ancorato l'operatività della preclusione alla commissione di un altro reato durante o dopo l'espiazione della pena in regime di affidamento, elemento certamente più significativo sotto il profilo della maggior capacità a delinquere del reo e pertanto idoneo a fondare un giudizio di non meritevolezza in ordine alla concessione di un altro affidamento».

Sorveglianza di applicare, ove ne ricorrano le condizioni, la semilibertà, in ossequio al principio del *favor rei*.²³³

Infine, un ulteriore problema si è profilato con riferimento alla sentenza che ha applicato la recidiva reiterata allorquando essa sia ricompresa in un provvedimento di cumulo in cui confluiscono altre sentenze, nelle quali – diversamente – la recidiva non è stata applicata.

In tale situazione, possono profilarsi due soluzioni: per un verso, si può sostenere che, in ragione del principio di unicità dell'esecuzione, la preclusione in commento operi con riguardo a tutte le pene inflitte con la sentenza assorbite nel provvedimento di cumulo; ovvero, per altro verso – soluzione che appare preferibile in applicazione al principio del *favor rei* – può ritenersi corretto procedere allo scioglimento del cumulo al fine di verificare, dopo che il condannato ha interamente espiato la pena inflitta dalla sentenza che ha applicato la recidiva reiterata, se ricorrono le condizioni per la concessione dell'affidamento alle altre pene.

2.8. Contenuto e regime dell'affidamento

Il contenuto della misura è costituito dalle prescrizioni che il Tribunale di Sorveglianza impone al condannato e che si sostanziano in specifiche regole che il reo si impegna a rispettare per il tramite della sottoscrizione del verbale di accettazione delle stesse.

Dette prescrizioni tendono ad una duplice finalità, essendo esse dirette sia a favorire la risocializzazione del condannato che a neutralizzare le situazioni che possono, in qualche modo, favorire la ricaduta nel reato.

I commi 5 e 6 dell'art. 47 della l. 354/1975 forniscono un elenco di obblighi e divieti, né vincolanti né tassativi, che hanno ad oggetto la dimora, la libertà di locomozione, il lavoro, il divieto di frequentare determinati locali, di soggiornare in uno o più comuni, di svolgere determinate attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati, nonché l'obbligo di attivarsi in favore della persona offesa.

²³³ DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 70.

Con particolare riferimento a quest'ultimo obbligo, esso può concretizzarsi o in una prescrizione di carattere risarcitorio, vale a dire nell'imposizione al condannato di corrispondere alla persona offesa una somma di denaro, o riparatoria, intesa quale obbligo di provvedere alla eliminazione delle conseguenze derivanti dal reato, nel rispetto – ovviamente – delle eventuali previsioni in materia contenute nella sentenza del giudice della cognizione.

In ogni caso, essa «è strutturata, nel sistema dell'ordinamento penitenziario, quale strumento per un più efficace reinserimento sociale del condannato», con la conseguenza che può essere legittimamente imposta a condizione che persegua «l'esclusivo obiettivo di rendere la misura concessa più efficace sotto il profilo del recupero sociale del reo».²³⁴

Sul punto, va segnalato che, secondo un certo orientamento giurisprudenziale, l'obbligo di adoperarsi in favore della persona offesa «non può essere ricondotto alla categoria delle prescrizioni, categoria che deve ritenersi esaurita nell'elencazione di cui al quinto e sesto comma» dell'art. 47 della l. 354/1975. Ne consegue che l'obbligo *de quo* deve essere considerato come una «obbligazione *ex lege* e come tale vincolante anche se non compresa nell'ordinanza concessiva della misura e nel decreto delle prescrizioni».²³⁵

Con riferimento specifico ai casi in cui non sussistano le condizioni per imporre al condannato l'obbligo di effettuare una prestazione risarcitoria o riparatoria (come nel caso in cui il reato non abbia cagionato offesa a un soggetto determinato), va inoltre segnalato che, sebbene in passato si fosse formata una giurisprudenza favorevole alla possibilità di imporre al reo la prescrizione di prestare attività lavorativa non retribuita in favore della collettività da svolgersi presso enti pubblici o privati (o presso associazioni che svolgono attività socialmente utili, come assistenza ad anziani e disabili), tale orientamento dei Tribunali di Sorveglianza non ha tuttavia trovato il consenso della Suprema Corte.

In particolare, i Giudici di legittimità hanno statuito che, allorché l'esecuzione della prestazione risarcitoria risulti inattuabile, nessuna modalità

²³⁴ Cfr. FIORENTIN, *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *Legislazione penale*, 2004, p. 389 e ss.

²³⁵ Cfr. Trib. Sorv. Milano, ord. 12.11.2002, in *Foro ambr.*, 2003, p. 100, con nota ivi di TIRELLI, *Affidamento in prova al servizio sociale ed iniziative del magistrato di sorveglianza sulle prescrizioni*.

sostitutiva è prevista dalla legge, né può essere introdotta mediante l'obbligatorio svolgimento di un'attività, seppure di generica utilità sociale, a favore di enti o soggetti diversi dalla persona offesa, sia per l'eterogeneità ed il diverso significato ed orientamento finalistico di tale prescrizione, sia perché essa avrebbe un contenuto restrittivo ed afflittivo supplementare, non giustificato dalla condotta del soggetto e dall'andamento della prova.²³⁶

La dottrina si è chiesta se possano essere ammesse delle prescrizioni atipiche, vale a dire delle imposizioni che incidono su beni diversi da quelli oggetto delle prescrizioni previste, o afferenti ai medesimi beni, ma con modalità differenti da quelle espressamente regolate.²³⁷

Al cospetto di una giurisprudenza non sempre uniformemente orientata,²³⁸ si evidenzia che proprio la mancanza di una rigida previsione ha il vantaggio di consentire al giudice di disporre di uno strumento, che opportunamente modellato, manifesta maggiori possibilità di realizzare una effettiva funzione risocializzante.²³⁹

Deve, inoltre, ricordarsi che ai sensi del disposto di cui al comma 8 dell'art. 47, l. 354/1975, le prescrizioni possono essere oggetto di modifica nel corso dell'esecuzione della misura ad opera del Magistrato di Sorveglianza; sul punto si noti che, da ultimo, per effetto delle modifiche apportate dal d.l. 143/2013, è stato integrato il contenuto di detto comma, prevedendo che ogni deroga temporanea alle prescrizioni già impartite debba essere autorizzata «nei casi di urgenza, dal direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al Magistrato di Sorveglianza e ne riferisce nella relazione [*ndr.* comportamentale periodica di cui al comma 10 della medesima disposizione]».

Tale intervento in chiave deflattiva della mole di lavoro a carico della giurisdizione si giustifica sulla base dell'esperienza recente, considerato che la materia delle deroghe «costituisce uno degli ambiti di maggiore impegno della magistratura di sorveglianza, gravata da continue richieste, spesso per autorizzazioni

²³⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I. 23.11.2001, Contin, Rv. 220439.

²³⁷ Cfr. CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, 2010, p. 264.

²³⁸ Cass. pen., sez. I, 7.4.1998; contra Cass. pen. sez. I, 24.2.1999.

²³⁹ Cfr. CRISTILLO, *Le misure alternative alla detenzione in carcere*, in VENEZIANI, *op. cit.*, p. 234.

di scarsissima rilevanza»²⁴⁰ e riflette una proposta organizzativa già approvata dalla Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura del 24 luglio 2013, che ha recepito un'indicazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura, destinata ad alleggerire i carichi di lavoro delle cancellerie degli uffici di sorveglianza e degli stessi giudici.²⁴¹

2.9. La revoca della misura

L'affidamento è revocato quando il comportamento serbato dal condannato risulta contrario alla legge o alle prescrizioni imposte e appare incompatibile con la prosecuzione della prova.

Invero, il provvedimento di revoca presenta un contenuto ampiamente discrezionale, nel senso che l'accertamento della incompatibilità del comportamento del soggetto con la prosecuzione della prova è rimesso all'apprezzamento del Tribunale di Sorveglianza, dovendosi sul punto rilevare che, anche in considerazione della formulazione testuale del comma 11 dell'art. 47, l. ord. pen., la revoca non costituisce affatto una conseguenza automatica della eventuale violazione di specifiche norme di legge, non potendosi prescindere dalla valutazione, da effettuare caso per caso, in ordine alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento posto in essere dal reo.²⁴²

Da ciò consegue che, al fine della revoca della misura, non è sufficiente la commissione di un reato o la trasgressione delle prescrizioni imposte, essendo – piuttosto – necessario che il comportamento del condannato sia valutabile quale «espressione di un atteggiamento globalmente negativo che dimostra la mancanza di risposta positiva al trattamento»,²⁴³ rappresentando, dunque, una smentita in ordine alla prognosi di rieducabilità formulata con l'ordinanza applicativa della misura alternativa.

Vale la pena di ricordare che la revoca può essere giustificata soltanto da

²⁴⁰ In detti termini si esprime la Relazione di accompagnamento al d.l. 146 del 2013, reperibile sul sito web della Camera dei deputati.

²⁴¹ Sul tema, in particolare, DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 152 e riferimenti in nota 44.

²⁴² Cfr. in argomento la recente Cass. pen., sez. I, 6.6.2013, n. 27711.

²⁴³ IOVINO, *op. cit.*, p. 238; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 18.9.1997, Marzano, Rv. 208511.

condotte poste in essere successivamente alla concessione del beneficio: per tale ragione, si è affermato che non può «dar luogo alla revoca l'emissione di un provvedimento applicativo di misura cautelare relativo a fatti antecedenti a detta concessione»,²⁴⁴ salvo che «la valutazione del provvedimento cautelare introduca nuovi elementi rispetto a quelli valutati in occasione della concessione della misura».²⁴⁵

La revoca deve essere tenuta distinta dalla diversa ipotesi di inefficacia della misura, la quale si profila in tutti i casi in cui la cessazione dell'affidamento dipenda da fatti non imputabili al condannato e, dunque, non valutabili in termini di incompatibilità con la prosecuzione dell'espiazione della pena in regime extra murario: si pensi al caso di sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà,²⁴⁶ quale, a titolo esemplificativo, una nuova condanna, per un fatto commesso anteriormente alla concessione dell'affidamento, ad una pena che, cumulata con quella in espiazione, comporta il superamento del limite di tre anni, ovvero all'ipotesi in cui il reo abbia perso la disponibilità della propria abitazione.

La revoca comporta due distinte conseguenze.

Quanto alla prima, essa consiste nel ripristino dell'esecuzione della pena in regime carcerario.

Come precisato dalla Corte Costituzionale,²⁴⁷ il tribunale è chiamato a determinare il *quantum* di pena residua da espiaire in carcere tenuto conto delle limitazioni patite dal condannato e della gravità oggettiva e soggettiva delle

²⁴⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 24.9.1996, Russo, rv. 206000.

²⁴⁵ Questa precisazione è stata fornita dalla più recente giurisprudenza di legittimità: si veda, sul punto, Cass. pen., sez. I, 17.9.2013, n. 42579

²⁴⁶ La disciplina della sopravvenienza di nuovi titoli di libertà di cui all'art. 51 *bis* della legge 354/1975 è stata da ultimo modificata a opera del d.l. 146/2013, in linea con la tendenza semplificatrice che caratterizza l'intera novella. In particolare, la disposizione novellata dispone che «quando, durante l'attuazione dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare o della detenzione domiciliare speciale o del regime di semilibertà, sopravviene un titolo di esecuzione di altra pena detentiva, il pubblico ministero informa immediatamente il Magistrato di Sorveglianza, formulando contestualmente le proprie richieste. Il Magistrato di Sorveglianza, se rileva, tenuto conto del cumulo delle pene, che permangono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 47 o ai commi 1 e 1-*bis* dell'articolo 47-*ter* o ai commi 1 e 2 dell'articolo 47-*quinqies* o ai primi tre commi dell'articolo 50, dispone con ordinanza la prosecuzione della misura in corso; in caso contrario, ne dispone la cessazione». A differenza che in passato l'istanza della Procura della Repubblica è direttamente indirizzata al magistrato, cui spetta la competenza funzionale unica rispetto al mantenimento o alla cessazione della misura in essere.

²⁴⁷ Cfr. Corte Cost., 19.10.1987, n. 343, in Cass. Pen., 1998, n. 5 con nota di PRESUTTI, *Il nuovo regime degli effetti conseguenti alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale: verso il tramonto della funzione rieducativa della misura*.

violazioni commesse: con tale pronuncia, la Corte ha disatteso sia l'orientamento che considerava non scomputabile ai fini dell'espiazione della pena in caso di revoca, il periodo trascorso in affidamento (cd. revoca *ex tunc*), sia quello favorevole allo scomputo integrale del periodo in questione (cd. revoca *ex nunc*), entrambi censurabili in quanto ispirati a non condivisibili e rigidi automatismi.

Quanto, invece, alla seconda conseguenza, essa consiste nell'operatività del divieto triennale di concessione dei benefici penitenziari di cui al comma 2 dell'art. 58 *quater* della l. 354/1975.

L'operatività del divieto triennale di cui al comma 2, rende legittimo il decreto di inammissibilità emesso dal presidente del tribunale *ex art. 666*, comma 2, c.p.p., *de plano et inauditis partibus*, dell'istanza di applicazione di una misura alternativa.²⁴⁸

2.10. L'esito dell'affidamento

Nei casi in cui non sopravvenga alcuna ipotesi di interruzione e la misura giunga al suo termine, il Tribunale di Sorveglianza è tenuto a valutare l'esito della prova.

Segnatamente, in caso di valutazione positiva, il tribunale dichiara l'estinzione della pena detentiva e di ogni altro effetto penale ai sensi dell'art. 47, comma 12, l. ord. pen..

Nella prassi, il giudizio positivo viene fatto coincidere con il mero rispetto delle prescrizioni imposte; tuttavia, come autorevolmente sostenuto in dottrina, sembra maggiormente rispondente alla natura e alla funzione della misura subordinare la valutazione all'accertamento dell'effettiva evoluzione positiva della personalità, da intendersi come comprensione del disvalore del reato commesso e acquisizione della consapevolezza di dover rispettare le regole della convivenza sociale.²⁴⁹

²⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I 2.7.2004, n. 33963, Bini, inedita; Cass. pen., sez. I, 21.12.2004, n. 4490, Montagnoli, inedita; Cass. pen., sez. I, 16.11.2005, n. 47186, Amedola, inedita

²⁴⁹ Cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 160; in giurisprudenza, si vedano Cass. pen., sez. I, 27.3.2013; Cass. pen., sez. I, 10.1.2012.

Si noti che l'espressa menzione nel comma 12 in commento della sola pena detentiva induce a desumere che debba escludersi l'estinzione della pena pecuniaria:²⁵⁰ a seguito dell'emanazione della l. 21 febbraio 2006, n. 49, è stata tuttavia riconosciuta la possibilità di dichiararne l'estinzione, laddove essa non sia stata già riscossa e il condannato versi in disagiate condizioni economiche. Con riguardo a tale situazione, deve precisarsi che, come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla remissione del debito di cui all'art. 56 della legge 354/1975, le disagiate condizioni economiche non coincidono con una situazione di assoluta indigenza, dovendo essere intese come una situazione di difficoltà e di ristrettezze finanziarie che, in riferimento a parametri di normalità, non consentono di fare fronte alle normali esigenze della vita.²⁵¹

Risulta questione controversa se l'esito positivo della prova estingua anche le pene accessorie: secondo una prima impostazione, che si fonda sul dettato di cui all'art. 20 c.p. che le include tra gli effetti penali, deve ritenersi che esse si estinguano;²⁵² secondo altro indirizzo interpretativo, ciò non sarebbe possibile, sussistendo una netta differenziazione tra le pene accessorie e gli effetti penali.²⁵³

Con riferimento all'effetto estintivo sugli effetti penali, deve tenersi conto della condanna ai fini della recidiva,²⁵⁴ mentre si è esclusa la cancellazione dell'iscrizione della condanna dal casellario giudiziale²⁵⁵ e l'estinzione delle obbligazioni civili nascenti da reato, ad eccezione di quelle facenti capo al civilmente obbligato per la pena pecuniaria ai sensi del disposto di cui agli artt. 196 e 197 c.p.²⁵⁶

Avendo riguardo, infine, alle misure di sicurezza, a fronte di una posizione dottrinale che sostiene che l'esito positivo precluda l'applicazione delle stesse, stante

²⁵⁰ Cfr. Cass. pen., S.U. 27.9.1995, in Proc. Gen. in proc, Sessa, in Foro it., 1996, II, c. 1; Cass. Pen., sez. I, 14.12.2004, Preciado, Rv. 230611, e ciò non solo perché l'art. 47, comma 1 fa esplicito riferimento alla sola pena detentiva, ma anche perché sarebbe illogico attribuire all'affidamento effetti maggiori di quelli che conseguono all'espiazione della pena detentiva negli appositi istituti carcerari: effetti che sono limitati alla pena detentiva e lasciano sopravvivere l'eventuale pena pecuniaria.

²⁵¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 8.3.1994, Spagnolo, Rv. 197411.

²⁵² PRESUTTI, *Commento all' art. 47 ord. Penit.*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, I, p. 563; SARTARELLI, *Commento all' art. 47 ord. Penit.*, in GIARDA, SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, ed. III, Ipsoa, Milano, 2010, p. 10508.

²⁵³ INFANTE, *Le misure alternative alla detenzione, la loro ratio e la loro vasta applicazione nella prassi*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Trattato di diritto penale*, III, Utet giuridica, 2014, p.180; in giurisprudenza, cfr. Cass. en., sez. I 28.10.2008; nonché Cass. pen., S.U., 27.9.2005.

²⁵⁴ Come precisato in Cass. pen., S.U. 15.2.2012; si veda anche Cass. pen., sez. I, 13.5.2010, n. 27689.

²⁵⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I. 14.5.2004, Orsini, Rv. 229593

²⁵⁶ Sul punto, si veda PRESUTTI, *op. cit.*, p. 564.

il disposto di cui all'art. 210, comma 2, c.p.,²⁵⁷ si contrappone la tesi emersa in giurisprudenza, secondo la quale, rifiutato ogni automatismo, dall'esito positivo non si può necessariamente desumere il venir meno della pericolosità.²⁵⁸

Nella diversa ipotesi di giudizio negativo, il Tribunale di Sorveglianza provvede alla rideterminazione del *quantum* di pena da espriare in regime carcerario. Detta ipotesi deve, ovviamente, distinguersi dal caso di revoca:²⁵⁹ la valutazione in questione, invero, ha ad oggetto l'intero periodo di espiazione e si articola attraverso una valutazione globale dell'atteggiarsi del condannato, al fine di decidere se ne sia avvenuto o meno il recupero sociale.²⁶⁰

Al riguardo, si è infatti affermato che «poiché il tratto distintivo della revoca è costituito dalla natura sanzionatoria e dagli effetti impeditivi dell'ulteriore svolgimento dell'esperimento della prova, sul presupposto dell'incompatibilità dello stesso con la condotta tenuta dal condannato, la revoca non può non intervenire nel corso della prova di cui determina la cessazione, mentre la valutazione dell'esito negativo dell'affidamento attiene necessariamente all'intero periodo di prova già concluso»;²⁶¹ da ciò ne deriva che «la differenza tra i due istituti si riflette sul diverso contenuto del giudizio affidato al Tribunale di Sorveglianza, il quale, nella revoca, è chiamato a valutare la gravità dei singoli, specifici episodi per verificare se essi, attesa la mancanza di una risposta positiva al trattamento siano espressione di un comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, mentre al termine della stessa, deve stabilirne l'esito, procedendo ad una valutazione globale dell'atteggiarsi del condannato durante lo svolgimento dell'intero periodo di prova, per decidere se sia avvenuto o meno il recupero sociale del condannato».²⁶²

Occorre, infine, ricordare che i principi affermati dalla Corte Costituzionale²⁶³ con riferimento all'ipotesi di revoca della misura disposta ai sensi del comma 11 dell'art. 47, devono essere applicati anche in caso di giudizio finale negativo

²⁵⁷ CANEPA, MERLO, *op. cit.*, p. 270

²⁵⁸ In argomento, cfr. Cass. pen., sez. I, 25.3.2003, Pellegrini, Rv. 224807, secondo la quale l'estinzione della pena connessa all'esito positivo della prova «non estingue anche la misura di sicurezza della libertà vigilata, eventualmente disposta con la sentenza di condanna, in quanto l'esito positivo della misura alternativa alla detenzione non comporta l'automatico venir meno della pericolosità sociale del condannato»; Cass. pen., sez. I, 14.12.2004, Gonzales Preciado, Rv. 230611.

²⁵⁹ Sulla quale si veda più diffusamente *supra*.

²⁶⁰ Cfr. in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., S.U., 27.2.2002, Martola, in Cass. pen., 2002, n. 743.

²⁶¹ Testualmente, Cass. pen., S.U., 27.2.2002, Martola cit.

²⁶² Si veda nota precedente.

²⁶³ Ci si riferisce alla sentenza già citata Corte Cost. n. 343/1987.

sull'esito della prova.²⁶⁴

Ed invero, poiché non è «consentito delineare un trattamento diverso per analoghe situazioni fattuali, il fallimento della prova, sia nel caso di rottura traumatica ed eclatante dell'esperimento che ne determina la revoca, sia nel caso in cui l'affidamento sia stato portato a conclusione ma con esito negativo»,²⁶⁵ il giudice ha l'obbligo di determinare il *quantum* di pena che il condannato dovrà espiare, eventualmente anche in misura corrispondente a quella originariamente inflitta, «prendendo in considerazione in maniera puntuale, l'entità delle specifiche circostanze poste a fondamento del giudizio di negatività della prova, in quanto l'irrogazione di sanzioni che si aggiungano a quelle ritenute originariamente proporzionate al grado di responsabilità del soggetto non può avvenire senza una valutazione delle qualità, gravità, estensione temporale e relazione di proporzionalità con l'aggravamento sanzionatorio delle condotte violatrici poste a giustificazione dell'accertamento di detto risultato negativo».²⁶⁶

3. L'affidamento in prova in casi particolari: premessa.

Come accennato in apertura di capitolo, l'ordinamento prevede figure speciali di affidamento in prova, delle quali si provvederà di seguito a fornire una descrizione separata. Si tratta sostanzialmente di :

- affidamento terapeutico, o affidamento in casi particolari, attualmente disciplinato dall'art. 94 del D.P.R. 309/1990, che può essere concesso ai condannati alcool dipendenti e tossicodipendenti;
- affidamento "speciale" disciplinato dall'art. 47 *quater* della l. 354/1975 – introdotto dall'art. 5 della l. 12 luglio 1999, n. 231 – che può essere concesso ai condannati affetti da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria;
- affidamento in prova per condannati minorenni, previsto dall'art. 79, comma 1, della l. 54/1975, che estende l'applicabilità delle disposizioni

²⁶⁴ Cfr. Cass. pen., S.U. Martola, *supra*.

²⁶⁵ *Ut supra*.

²⁶⁶ *Ut supra*.

dell'ordinamento penitenziario anche ai minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali.

3.1. Il regime di affidamento terapeutico

L'affidamento in prova comunemente noto come affidamento terapeutico è attualmente disciplinato dall'art. 94, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, introdotto dal d.l. 22 maggio 1985, n. 114, conv. con. mod., in l. 21 giugno 1985, n. 297, che aveva inserito nel testo della legge 254/1975 l'art. 47 *bis*, abrogato dalla l. 27 maggio 1998, n. 165, al fine di affiancare all'affidamento in prova una misura alternativa appositamente diretta a favorire il recupero sociale di quella particolare categoria di condannati rappresentata da soggetti tossicodipendenti e alcool dipendenti.

L'introduzione nel sistema dell'esecuzione penale e penitenziaria dell'affidamento terapeutico risponde ad una duplice esigenza: per un verso, è connessa alla necessità di far fronte al progressivo aumento della popolazione detenuta di tossicodipendenti, la cui condizione personale – come è evidente – richiede un trattamento non sempre efficacemente espletabile in istituto; sotto altro profilo, occorre evitare che il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e la conseguente necessità di far luogo all'esecuzione della pena comporti, successivamente all'incarcerazione del soggetto, l'interruzione di un trattamento di recupero che fosse già eventualmente avviato, in modo positivo.²⁶⁷

L'orientamento unanime espresso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza evidenzia la specifica finalità perseguita dall'affidamento terapeutico, «nel quale, accanto al generico scopo rieducativo proprio di ogni misura alternativa alla detenzione, è di determinante preminenza la finalità terapeutica di recupero e di liberazione dalla tossicodipendenza».²⁶⁸

L'affidamento in esame può essere concesso se la pena detentiva deve essere eseguita nei confronti di un tossicodipendente o alcool dipendente che abbia in corso un programma di recupero o che ad esso intenda sottoporsi e a condizione che la

²⁶⁷ PRESUTTI, *op. cit.*, p. 422.

²⁶⁸ Cfr. Cass. pen., S.U., 27.6.2001, Iacono, in Cass. pen. 2001, n. 1564.

pena, anche residua e congiunta alla pena pecuniaria, non sia superiore a 6 anni o a 4 se relativa a titolo esecutivo comprendente un reato tra quelli espressamente elencati all'art. 4 *bis* della l. 354/1975.

Lo stato di tossicodipendenza o alcooldipendenza deve essere attestato, a pena di inammissibilità dell'istanza, da certificazione rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da una struttura privata accreditata per l'attività di diagnosi prevista dall'art. 116, comma 2, lett. d) del D.P.R. 309/1990.

Detta certificazione deve, inoltre, attestare «la procedura con la quale è stato accertato l'uso abituale di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche, l'andamento del programma concordato eventualmente in corso, e la sua idoneità ai fini del recupero del condannato»;²⁶⁹ deve, pertanto, ritenersi superato l'orientamento giurisprudenziale che escludeva l'inammissibilità dell'istanza non corredata dalla predetta documentazione, sulla base del rilievo secondo cui essa sarebbe comunque acquisibile dal tribunale, avvalendosi dei poteri istruttori *ex officio*.²⁷⁰

Il programma di recupero deve essere concordato con una A.S.L. o con una struttura privata autorizzata, le quali sono tenute ad attestare, tra l'altro, l'idoneità del programma ai fini del recupero del condannato,²⁷¹ benché tale valutazione non vincoli il Tribunale di Sorveglianza.²⁷²

Il percorso terapeutico in questione si propone quale finalità non soltanto quella di soddisfare specifiche esigenze medico-sanitarie, ma anche quelle tradizionali che si pongono alla base dell'affidamento in prova: vale a dire, recupero sociale e prevenzione della commissione di ulteriori reati. E difatti, il Tribunale di Sorveglianza «può accogliere l'istanza di affidamento terapeutico soltanto se, all'esito dell'esame della personalità del tossicodipendente, ancorata ad elementi oggettivamente sintomatici, sia in grado di formulare un giudizio prognostico favorevole in ordine all'idoneità del programma di recupero ad escludere o rendere improbabile la ricaduta in condotte devianti».²⁷³

Il Tribunale di Sorveglianza dovrà, altresì, verificare che lo *status* o

²⁶⁹ Si noti che secondo la giurisprudenza – cfr. Cass. Pen., sez. I, 20.5.1998, Regia, Rv. 210874 – la documentazione richiesta dalla legge non ammette equipollenti.

²⁷⁰ Per tale orientamento si veda Cass. pen., sez. I, 14.3.2000, Alberto, Rv. 216089.

²⁷¹ DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 187.

²⁷² Sul punto, cfr. Cass. pen., sez. I, 19.3.2013; Cass. pen., sez. I, 24.6.2010.

²⁷³ Testualmente, Cass. pen., sez. I, 1.2.2011, n. 9320.

l'esecuzione del programma non siano strumentali per il perseguimento del beneficio in commento.

Deve inoltre evidenziarsi che, ai fini dell'applicazione della misura, non è necessario che il reato sia commesso in relazione al proprio stato di tossico o alcool dipendenza, bensì – unicamente – che questo sussista al momento dell'esecuzione della pena:²⁷⁴ in particolare, «l'attualità dello stato di tossicodipendenza, con conseguente necessità di un idoneo programma di recupero, deve essere apprezzato anche in riferimento alla sola dipendenza psichica».²⁷⁵

Tanto considerato, si rileva che il trattamento differenziato si manifesta in ordine al venir meno di determinate preclusioni: in particolare, non trova applicazione il divieto di cui all'art. 67, l. 689/1981, in caso di conversione della libertà controllata o della semidetenzione, in quanto detto vincolo è disposto solo per l'affidamento c.d. ordinario; inoltre, per il tramite dell'abrogazione dell'art. 94, comma 5, D.P.R. 309/1990, il d.l. 146/2013, conv. con mod., in l. 10/2014, ha eliminato il divieto di concedere il beneficio in esame oltre la seconda volta.

Per il resto, circa il contenuto della misura e disciplina dell'esito della prova, si rinvia a quanto già osservato in relazione all'affidamento in prova c.d. comune di cui all'art. 47, l. ord. pen.

Deve, tuttavia, evidenziarsi che in relazione a tale specifica forma di affidamento, risulta controversa la nozione di “esito positivo”, alla quale ricollegare l'estinzione della pena e gli effetti penali di cui all'art. 47, comma 12, della l. 354/1975: sul punto, si è osservato che l'esito positivo si configura non soltanto a seguito del superamento dello stato di tossico o alcool dipendenza,²⁷⁶ ma anche quando il condannato dimostri di saper mantenere un comportamento rispondente alle prescrizioni imposte, sintomatico di una seria, effettiva e motivata volontà di abbandonare la droga o l'alcool e di reinserirsi socialmente.²⁷⁷

²⁷⁴ Sul punto, si veda DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 184.

²⁷⁵ In questi termini, cfr. Cass. pen., sez. I, 23.4.2012, n. 20564.

²⁷⁶ Cfr. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in GAITO (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. X, Appendice, IV ed., Utet, Torino, IV, 1990, p. 1159.

²⁷⁷ Cfr. RANIERI, *op. cit.*, p. 273.

3.2. L'affidamento "speciale" ex art. 47 quater della legge 354/1975

L'affidamento in prova per i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, disciplinato dall'art. 47 *quater* della l. 354/1975 – introdotto dall'art. 5 della l. 12 luglio 1999, n. 231 – prevede la possibilità per tali soggetti di accedere alle misure dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare a prescindere dall'entità della pena da espiare e della tipologia di reato, laddove essi abbiano in corso o intendano intraprendere un programma di cura e di assistenza.

Il particolare regime riservato a tali soggetti si giustifica in ragione della preminente esigenza di tutela della salute, in un ambiente quale quello penitenziario ove la promiscuità, il pericolo di contagio e l'incompatibilità con le particolari condizioni di salute, rischiano di tramutare l'espiazione della pena in un trattamento inumano e degradante.

Analogamente a quanto osservato con riferimento alla misura alternativa appositamente prevista dalla legge per i tossicodipendenti e alcooldipendenti, anche con riguardo all'affidamento speciale qui in esame, è necessario che lo *status* sia debitamente accertato *ex art. 286 bis c.p.p.*

Detta norma attribuisce al Ministro della Sanità di concerto con il Ministro di Giustizia, il compito di definire i casi di AIDS conclamata o di grave deficienza immunitaria e di stabilire le procedure diagnostiche e medico legali per il loro accertamento; la certificazione relativa all'accertamento costituisce parte integrante dell'istanza di concessione.

Le strutture presso cui i soggetti ammessi effettuano il programma predisposto sono identificate nelle unità operative di malattie infettive ospedaliere e universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS (cfr. art. 47 *quater*, comma 2, della l. 354/1975).

L'unico limite previsto alla concessione della misura consiste nella facoltà riservata al Tribunale di Sorveglianza di non applicare il beneficio nel caso specifico in cui l'interessato ne abbia già usufruito e questo sia stato successivamente revocato da meno di un anno (cfr. art. 47 *quater*, comma 5, della legge 354/1975).

Vale la pena evidenziare per inciso come tale misura alternativa non

costituisca, in effetti, l'unico beneficio concedibile agli affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria:²⁷⁸ sul punto, il richiamo è al disposto di cui all'art. 146 c.p., comma 1, n. 3, in tema di rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, nonché alla detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47 *ter*, comma 1 *ter*, l. ord. pen.

3.3. L'affidamento in prova per i condannati minorenni

Tra le figure speciali di affidamento previste dall'ordinamento viene in rilievo l'affidamento in prova per condannati minorenni previsto dall'art. 79, comma 1, l. ord. pen., in relazione al quale si ritiene opportuno fornire un breve cenno.

Detta misura estende l'applicabilità delle disposizioni in materia di affidamento anche ai minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, prescindendo dai limiti e dai divieti alla concessione espressamente contemplati nell'art. 47, l. 354/1975.

E infatti, «da un lato (...) la misura potrà essere concessa qualunque sia il reato per il quale fu inflitta la pena e qualunque sia la durata del tempo di espiazione»;²⁷⁹ dall'altro, i minori potranno essere ammessi all'affidamento in prova (oltre che alle altre misure alternative alla detenzione) anche nei casi in cui la pena detentiva derivi da conversione della pena sostitutiva o, ancora, dai casi riferibili all'art. 58 *quater*, l. ord. pen.

Sotto tale profilo, si noti che la Corte Costituzionale, preferendo in ambito minorile la tutela della personalità del soggetto alla rigida applicazione di preclusioni oggettivanti, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, dapprima dell'art. 67 della l. 689/1981, nonché, successivamente, della stessa norma della legge penitenziaria, «nella parte in cui si applica ai condannati minori di età al momento della condanna».²⁸⁰

Per il resto, le modalità di esecuzione della misura non divergono da quelle

²⁷⁸ In argomento, cfr. COCCO, AMBROSETTI, *op. cit.*, p. 427.

²⁷⁹ Sul punto, si veda Trib. Min. Torino, sez. sorv., ord. 15.1.1981; Trib. Min. Milano, ord. 28.10.1980.

²⁸⁰ Cfr. rispettivamente, Corte Cost., 9.4.1997, n. 109, RP, 1997, 557 e Corte Cost., 1.12.1999, n. 436, in Cass. pen., 2000, 566.

utilizzate per i soggetti maggiorenni:²⁸¹ circostanza che occorrerebbe rimeditarsi trattandosi di minori, non potendosi negare «la necessità di una disciplina speciale, fondata su valutazioni flessibili ed individualizzate circa l' idoneità e l' opportunità delle diverse misure di perseguire i fini di risocializzazione (..) nel rispetto delle specifiche caratteristiche della sua personalità».²⁸²

²⁸¹ La norma in questione è stata però oggetto di una questione di costituzionalità sollevata in riferimento all' art. 3, comma 1, Cost., rigettata dalla Consulta (Corte Cost. 25.3.1992, n. 125, in Cass. pen., 1992, 2897).

²⁸² Testualmente, PITTARO, *Ordinamento penitenziario e condannati minorenni: inerzie legislative ed interventi della Consulta*, Corte Costituzionale 436/99, in *Giur. Cost.*, 2, 2000, p. 1079.

CAPITOLO III

L’AFFIDAMENTO IN PROVA AI SERVIZI SOCIALI: L’APPLICAZIONE DELLA MISURA

1. Premessa

Il procedimento con cui il Tribunale di Sorveglianza giunge alla decisione sulla concessione o meno dell’affidamento in prova al servizio sociale è disciplinato in linea generale, in forza del rinvio, espressamente operato a tale previsione dall’art. 678, comma 1, c.p.p., dall’art. 666 c.p.p., e si apre d’ufficio o su richiesta del pubblico ministero, dell’interessato o del suo difensore.

Alla disposizione generale dell’art. 666 c.p.p.,²⁸³ si affiancano inoltre, provocando difficoltà di coordinamento e di applicazione, l’art. 656 c.p.p. (come modificato dalla l. 165/98 nonché, da ultimo, dalla l. 94/2013) e le norme della l. 354/1975 in materia di ordinamento penitenziario, le quali sono dedicate alle singole misure alternative.

Peraltro, a seguito delle modificazioni intervenute nel tempo, attualmente il procedimento di sorveglianza ha assunto connotazioni parzialmente diverse da quelle originarie.

In tal senso, deve sin d’ora evidenziarsi come anche la richiesta e la concessione dell’affidamento in prova al servizio sociale abbiano subito notevoli cambiamenti, caratterizzandosi per la compresenza di diverse modalità di accesso alla stessa.

La normativa rilevante sopra indicata, che trova collocazione tra il codice di rito e la legge sull’ordinamento penitenziario, ripetutamente modificata, prevede due distinte modalità che il condannato a pena detentiva può attivare per chiedere ed ottenere, al ricorrere dei presupposti necessari, la concessione della misura alternativa.

²⁸³ Che è la medesima che regola il procedimento esecutivo.

Segnatamente,²⁸⁴ la prima modalità, che può definirsi quella “storica”²⁸⁵ riguarda i condannati già detenuti, i quali, presentando, nel corso dell’esecuzione della pena detentiva e al ricorrere delle condizioni previste dalla legge, apposita istanza rivolta al Tribunale di Sorveglianza, possono accedere al beneficio dell’affidamento in prova.

Al riguardo, come meglio si dirà, rileva la previsione di cui all’art. 47 della l. 354/1975.

La seconda modalità²⁸⁶ è invece prevista a favore dei condannati in stato di libertà e può essere attivata al fine di evitare, al ricorrere di determinate condizioni, la stessa detenzione carceraria.

Infatti, ai sensi dell’art. 656 c.p.p., in ipotesi tassativamente previste, il pubblico ministero, contestualmente alla emanazione dell’ordine di esecuzione, dispone la sospensione del medesimo, concedendo un termine al condannato per richiedere una misura alternativa, presentando la documentazione prescritta allo stesso pubblico ministero, il quale trasmette gli atti al Tribunale di Sorveglianza, organo al quale spetta sempre la decisione definitiva.

Trattandosi di soggetto in libertà, il giudizio prognostico prescinde dall’osservazione in istituto e la concessione della misura al condannato in libertà si basa sulla condotta tenuta dal soggetto nel periodo di libertà, ai sensi dell’art. 47, comma 3 della l. 354/1975.

Entrambe le modalità procedurali approdano quindi al Tribunale di Sorveglianza, davanti al quale si applica, in forza del richiamo dell’art. 678 c.p.p., la procedura prevista dall’art. 666 c.p.p. per il giudizio di esecuzione.

Per inciso, si ritiene opportuno precisare che secondo i dati statistici pubblicati dal Ministero della Giustizia – Dipartimento dell’Amministrazione penitenziaria, nel quadro generale di un aumento del ricorso alle misure alternative alla detenzione verificatosi negli ultimi anni, nel 74,4% dei casi si tratta di misure alternative (22.127 soggetti al 31 dicembre 2013), di cui il 50,2% in affidamento in

²⁸⁴ V., *amplius, infra*, nel testo per una dettagliata analisi della normativa processuale citata.

²⁸⁵ In tal senso, cfr. PAVARINI, *Codice commentato dell’esecuzione penale*, in *Le leggi commentate*, Utet, Torino, 2002, p. 115..

prova al servizio sociale (di questi il 30% è affidato in prova per situazioni particolari come la tossicodipendenza).²⁸⁷

2. La concessione della misura al condannato detenuto

Esaminando ora in dettaglio le due modalità di accesso al beneficio, la via per così dire “tradizionale” per l’ottenimento dello stesso è, come detto, quella predisposta ai fini della concessione della misura in favore del condannato detenuto.

L’impianto originario della disciplina è stato profondamente modificato nel tempo.

In particolare, prima degli interventi più recenti operati dal d.l. 146/2013 convertito con modificazioni nella l. 10/2014, era intervenuta, apportando talune significative innovazioni, la legge c.d. Simeone²⁸⁸ (l. n. 165 del 27.05.1998).

Detto intervento normativo aveva innovato il precedente disposto dell’art. 47, comma 4, l. ord. pen., introducendo un nuovo istituto giuridico in relazione al procedimento di concessione: precisamente, la sospensione dell’esecuzione della pena detentiva in corso di espiazione carceraria, dinnanzi alla presentazione, da parte del condannato, di istanza di affidamento.

La normativa precedentemente vigente prevedeva, invece, la sospensione dell’esecuzione della pena detentiva solo se l’istanza di affidamento in prova fosse presentata prima dell’emissione o dell’esecuzione dell’ordine di carcerazione.

Pertanto, a seguito della modificazioni intervenute per effetto della legge Simeone, l’organo competente ad emettere il provvedimento di sospensione dell’esecuzione era il Magistrato di Sorveglianza avente giurisdizione sull’istituto in cui il condannato si trovava al momento della richiesta, ossia il magistrato del luogo di espiazione della pena (e si identificava secondo la regola generale dettata dall’art. 677, comma 1, c.p.p.).²⁸⁹

²⁸⁷ Cfr. L’indagine statistica condotta da ISTAT, I detenuti nelle carceri italiane, anno 2013, pubblicato in data 19 marzo 2015, disponibile sul sito *web* del Ministero della Giustizia, , p. 6.

²⁸⁸ Dal nome del suo proponente.

²⁸⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 15.1.1999, Litricco, in Cass. Pen., 1999, 3248 con nota di Comucci. Si consideri che nella pratica, il detenuto deve presentare istanza al direttore dell’istituto in cui si trova

Il giudizio di cui all'art. 47, comma 4, della l. 354/1975, come modificato nel 1998, che vedeva quale protagonista il Magistrato di Sorveglianza, risultava finalizzato alla mera sospensione dell'esecuzione della pena carceraria e si connotava per la sua provvisorietà, rimanendo comunque di competenza del Tribunale di Sorveglianza il provvedimento finale di concessione della misura.

E difatti, la norma attribuiva al Magistrato di Sorveglianza «il potere di adottare un provvedimento provvisorio ed urgente di sospensione dell'esecuzione e, quindi di scarcerazione, in attesa del giudizio del tribunale sulla domanda di affidamento. Il provvedimento [era] finalizzato ed assicurare, in concreto, la protezione del bene tutelato che [sarebbe potuto] (...) rimanere irrimediabilmente compromesso durante il tempo occorrente per la decisione».²⁹⁰

Legittimati a ricorrere a questo strumento erano i detenuti con sentenza passata in giudicato chiamati a scontare una pena detentiva non superiore a tre anni, anche se residuo di maggior pena.

Diversamente dall'art. 656 c.p.p., che come già detto disciplina la richiesta di misura alternativa dallo stato di libertà,²⁹¹ non era espressamente esclusa la possibilità di accedere alla sospensione dell'esecuzione della pena da parte dei detenuti per i reati di cui all'art. 4 *bis*, comma 1, della l. 354/1975, i quali potevano, pertanto, presentare dallo stato detentivo l'istanza *ex art. 47, comma 4*, nel caso in cui avessero posto in essere in essere l'attività di collaborazione con la giustizia *ex art. 58 ter* delle norme sull'ordinamento penitenziario.

Il giudizio del magistrato, che poteva sospendere l'esecuzione della pena e ordinare la liberazione del condannato senza, tuttavia, poter applicare provvisoriamente la misura alternativa e le relative prescrizioni, presupponeva, quindi, un successivo periodo di attesa, sino alla decisione definitiva sulla concessione o meno della misura alternativa, di spettanza del Tribunale di

ristretto, il quale poi la trasmetterà al magistrato (d.p.r. 230/2000, art. 96). Ai sensi dell'art. 96 del regolamento penitenziario infatti:

«l'istanza del condannato detenuto è presentata al direttore dell'istituto, il quale la trasmette, con la cartella personale e la proposta del consiglio di disciplina, al magistrato di sorveglianza territorialmente competente in relazione al luogo di detenzione che, dopo aver eventualmente sospeso l'esecuzione, passa comunque gli atti al tribunale di sorveglianza in sede».

²⁹⁰ Cfr. IOVINO, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in DALIA A.A., FERRAIOLI M. (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra-moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998 (cd. Legge Simeone)*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 201-202.

²⁹¹ Cfr. *infra*, par. 3.

Sorveglianza.

Ad ogni modo, il detenuto era tenuto a supportare la propria richiesta di concessione della misura e conseguente scarcerazione con tutta la documentazione necessaria: ne derivava un vero e proprio onere di allegazione di elementi a sostegno dell'istanza²⁹² (cfr. art. 47, comma 4, della l. 354/1975, nella formulazione precedente alle modifiche intervenute nel 2013, secondo cui letteralmente «sono offerte concrete indicazioni»; invero, detto elemento viene ripreso nell'attuale formulazione legislativa, per i casi di urgenza²⁹³), da parte dei soggetti legittimati alla richiesta del beneficio (condannato, prossimi congiunti, consiglio di disciplina).

Tale soluzione risultava coerente con il sistema, in considerazione, da un lato, del carattere sommario e rapido del relativo procedimento e, dall'altro lato, del fatto che, soprattutto le circostanze integranti il “*periculum in mora*” (il grave pregiudizio conseguente al protrarsi della detenzione), in genere, sono assai più agevolmente conoscibili dall'interessato che non dal Magistrato di Sorveglianza.²⁹⁴

Si prevedeva (e, nei casi di urgenza, si prevede tuttora),²⁹⁵ quindi, una modalità di ripartizione degli oneri ragionevole, tale da rendere più spedito ed efficiente il procedimento.

D'altra parte, l'imposizione di tale onere non escludeva né la rilevabilità del materiale comunque emergente dal fascicolo personale del detenuto, né la possibilità e necessità di istruttoria e di verifica.²⁹⁶

All'inosservanza di tale onere sarebbe conseguito il rigetto (declaratoria di inammissibilità) dell'istanza.²⁹⁷

Avverso la decisione adottata con decreto emesso dal Magistrato di Sorveglianza, non era ammesso, secondo costante giurisprudenza della Suprema Corte, ricorso per Cassazione, nemmeno *ex art. 111, comma 7 Cost.*, avendo tale provvedimento carattere interlocutorio.²⁹⁸

²⁹² Cfr. RISPOLI, L'affidamento in prova a servizio sociale, (collana diretta da) CEDON, Giuffré, Milano, 2006.

²⁹³ Cfr. *infra*, nel prosieguo del presente paragrafo

²⁹⁴ In tal senso, FIORENTIN, MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario* in *Giurisprudenza critica*, Utet, Torino, 2005, p. 172.

²⁹⁵ Cfr. *infra*, nel prosieguo del presente paragrafo

²⁹⁶ *Ibidem.*

²⁹⁷ *Ibidem.*

²⁹⁸ In dottrina, cfr. DEGL' INNOCENTI, CALVI, *op. cit.*, p. 376; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. I. 7.3.2000, Guerrieri, in CED 125823, nella quale si esclude che il provvedimento in questione possa

Con la riforma operata dalla legge Simeone, il ruolo dell'organo monocratico aveva, dunque, acquisito notevole incisività, in quanto era chiamato ad effettuare un vero e proprio giudizio prognostico, a cognizione piena, considerando adeguatamente sia il grave pregiudizio insito nella protrazione della detenzione, sia la presenza o l'assenza del pericolo di fuga del condannato in caso di rimessione in libertà.

L'esame dell'istanza quindi, oltre a coinvolgere le condizioni di ammissibilità (limite di pena previsto dalla legge, definitività della condanna, assenza di dinieghi di precedenti istanze), doveva estendersi al merito.²⁹⁹

Si trattava, a ben vedere, di un esempio di giurisdizione cautelare, essendo essa ancorata ai presupposti del “*fumus boni juris*” (la verosimiglianza dell'accoglimento della domanda di merito di affidamento in prova al servizio sociale) e del “*periculum in mora*” (il grave pregiudizio conseguente al protrarsi della detenzione).³⁰⁰

Quanto al *fumus*, coincidendo esso con la verosimiglianza dell'accoglimento dell'istanza di merito, si richiedeva al Magistrato di Sorveglianza di svolgere una sommaria delibazione, allo stato degli atti, dei medesimi elementi oggetto della ponderazione successiva dell'organo collegiale.

Trattandosi di sospensione dell'esecuzione carceraria della pena che opera preliminarmente rispetto alla possibilità (e non già alla certezza) della concessione della misura alternativa, il legislatore, peraltro, aveva ritenuto opportuno menzionare espressamente il pericolo di fuga (a titolo esemplificativo desumibile da circostanze quali: collegamenti con estero, precedenti per evasione o condizioni di latitanza, l'entità della pena residua ecc.), assente rispetto alla concessione di merito.

Per quanto concerne il *periculum in mora*, il grave pregiudizio conseguente al protrarsi della detenzione, coerentemente con la funzione della pena,³⁰¹ del beneficio alternativo dell'affidamento in prova al servizio sociale e della “scarcerazione cautelare”, doveva identificarsi nella compressione di interessi personali, familiari e

essere ricompreso nel novero dei provvedimenti in tema di libertà personale, cui allude la citata norma costituzionale.

²⁹⁹ Cfr. D'ONOFRIO, SARTORI, *Le misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 395.

³⁰⁰ In tal senso, cfr. IOVINO, *Sospensione della pena ed espiazione extramoenia*, in *Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165*, Giuffrè, 1998, p. 179.

³⁰¹ Cfr. CIAPPI, COLUCCIA, *Giustizia criminale: retribuzione, riabilitazione e riparazione, modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, F. Angeli, 1997, p. 2, nel quale si descrivono i tre principali modelli di giustizia penale al centro del dibattito sulla funzione e sulla natura della pena; v. *amplius* Cap. I.

sociali ulteriori (a titolo esemplificativo, gravi difficoltà economiche del nucleo familiare, situazioni di emergenza sanitaria, pregiudizio per opportunità di risocializzazione preziose e infungibili, quali opportunità lavorative non ripetibili, ecc.).

Al riguardo, in dottrina è stata evidenziata una possibile discriminazione nella concessione del beneficio, insita nella necessaria valutazione di requisiti riscontrabili solo in limitate categorie di detenuti.

In tal senso, è stato notato che la possibilità di riacquistare la libertà, seppure in via provvisoria, era legata all'accertamento di taluni parametri (ad esempio, l'assenza del pericolo di fuga) la cui integrazione richiedeva una condizione di minima stabilità sociale (si pensi alla elezione di domicilio e alla necessità di disporre di una fissa dimora controllabile). Ciò considerato, detto meccanismo rischiava «di introdurre nuove, odiose sperequazioni proprio a carico di quei soggetti che apparentemente intendeva tutelare».³⁰²

In tale ottica, si è rilevato che il beneficio della sospensione sarebbe stato destinato essenzialmente ai detenuti a pene detentive “brevi”, poiché, a vantaggio di questi, spesso ricorre la scarsa pericolosità e il ridotto pericolo di fuga, condizioni che certamente avrebbero favorito l'accoglimento dell'istanza.

Al contrario, al cospetto di condanne a pene più elevate, la ponderazione dei fattori impeditivi (recidiva, pericolo di fuga) avrebbe costituito «il connotato assorbente del giudizio prognostico operato dall'organo monocratico».³⁰³

In ogni caso, come dinanzi accennato, in caso di accoglimento della richiesta di sospensione da parte del magistrato, il condannato avrebbe dovuto comunque attendere la pronuncia definitiva del Tribunale di Sorveglianza: ove quest'ultima fosse stata positiva, si sarebbe quindi aperta la fase di esecuzione della misura alternativa; ove, invece, il tribunale non avesse accolto l'istanza, sarebbe ripresa l'esecuzione della pena e non sarebbe stata concedibile altra sospensione quale che fosse stata l'istanza proposta.

In tale contesto, la dottrina aveva, peraltro, evidenziato il rischio che il procedimento davanti al tribunale risultasse di fatto appiattito su una mera ratifica dei

³⁰² Cfr. BERNASCONI, *Affidamento in prova e Semilibertà nell' post-rieducativa*, in *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (a cura di PRESUTTI), Cedam. Padova, 1999, p. 121.

³⁰³ *Ibidem.*

provvedimenti adottati a suo tempo dal Magistrato di Sorveglianza, rilevando l'improbabilità che il tribunale smentisse una pronuncia di un proprio componente.³⁰⁴

Inoltre, si sottolineava che fosse prevedibile, data la notevole mole di lavoro, che potesse trascorrere anche un periodo di tempo notevolmente lungo tra il provvedimento assunto dal magistrato e la data dell'udienza davanti al tribunale in camera di consiglio.

Tale periodo era, in effetti, passato dal condannato in libertà "incondizionata", in conseguenza dell'impossibilità, per il magistrato, di disporre, anche solo provvisoriamente, l'affidamento e le conseguenti prescrizioni o altre forme di cautela.

Ne derivava che il prosieguo della vicenda si rivelava paradossale qualunque fosse l'esito della decisione del tribunale. In caso di successiva concessione della misura veniva, infatti, stravolta la sequenza logica di un percorso trattamentale nel quale, come è evidente, l'affidamento avrebbe dovuto precedere e non seguire lo stato di libertà. In caso, invece, di mancata applicazione dell'affidamento in prova, si sarebbe determinata una illogica conseguenza così strutturata: detenzione – libertà – detenzione, senza che la nuova detenzione traesse causa da condotte compiute durante la "parentesi" di libertà.

Insomma, da un tale meccanismo, risultava, nei fatti, la compromissione della natura trattamentale dell'affidamento in prova, funzionalizzato ad un improprio obiettivo di deflazione carceraria.

A tal proposito, si era osservato come le indilazionabili "emergenze" dell'equità del trattamento dei condannati e della riduzione del sovraffollamento rappresentavano le finalità di una manovra (quella appunto attuata con la legge Simeone del 1998) che si focalizzava sulla fase dell'esecuzione della pena rinunciando "aprioristicamente" a una riforma globale del sistema penale, causa strutturale delle carenze denunciate.³⁰⁵

Tanto considerato, occorre evidenziare che il modello delineato dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario è stato profondamente modificato dal d.l. 146/2013.

Da un lato,³⁰⁶ infatti, l'intervento normativo in parola ha ampliato l'ambito

³⁰⁴ Cfr. DELLA CASA, *op. cit.*

³⁰⁵ Cfr. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 120.

³⁰⁶ Come già osservato nel Cap. II, cfr. par. 2.2.

soggettivo di operatività della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, giacché l'art. 3, comma 8, lett. c) del d.l. citato ha introdotto nel corpo dell'art. 47, l. 354/1975 il nuovo comma 3 *bis*, il quale contempla un nuovo limite per l'accesso all'affidamento in prova del condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione.

Inoltre, all'art. 3, comma 1, lett. d), del medesimo d.l. ha sostituito il comma 4 dell'art. 47, l. ord. pen., dettando nuove previsioni relative alla procedura di affidamento in prova dopo che abbia avuto inizio l'esecuzione della pena in carcere.

In particolare, a seguito della novella legislativa, l'organo giudiziario cui rivolgere in prima battuta l'istanza di affidamento da parte del condannato detenuto è il Tribunale di Sorveglianza – e non più il Magistrato di Sorveglianza – competente in relazione al luogo dell'esecuzione medesima.³⁰⁷

Al Magistrato di Sorveglianza competente secondo il luogo di detenzione, tuttavia, il condannato potrà rivolgersi nei casi di urgenza, allorquando siano offerte prove concrete circa la sussistenza dei presupposti per accedere alla misura alternativa, il “grave pregiudizio” scaturente dal permanere in stato detentivo e l'assenza di elementi che possano far paventare il pericolo di fuga.³⁰⁸

In questa situazione, il Magistrato di Sorveglianza può disporre con ordinanza la liberazione del condannato e la provvisoria applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, sino al definitivo sindacato del tribunale, cui sono immediatamente trasmessi gli atti e che decide in sessanta giorni.

Sembra evidente che la nuova disciplina abbia profondamente innovato la materia, eliminando la contraddizione che, in passato, scaturiva dalla pronuncia del Magistrato di Sorveglianza, cui competeva un semplice potere sospensivo dell'esecuzione della pena detentiva, al quale di fatto seguiva – come sopra evidenziato – la liberazione del condannato; da ciò conseguiva che, in concreto, il provvedimento interinale «ave[ss]e] un contenuto più ampio del provvedimento che avrebbe potuto poi eventualmente concedere il Tribunale di Sorveglianza in sede di

³⁰⁷ Secondo FIORENTIN, *Decreto svuota carceri, op. cit.*, p. 56, la modifica introdotta «migliora, anzitutto, la ‘leggibilità’ della dizione normativa, contribuendo a dissipare i dubbi interpretativi della stessa».

³⁰⁸ Con riferimento al contenuto dei requisiti necessari si rinvia a quanto già osservato con riferimento alla concessione della sospensione da parte del Magistrato di Sorveglianza nel vigore della precedente normativa.

merito»,³⁰⁹ vale a dire l'affidamento in prova; con la conseguenza, per l'appunto, "irrazionale", che il condannato avrebbe sperimentato una parentesi di libertà piena prima di accedere, in evenienza, alla misura alternativa e alle restrizioni da essa imposte.³¹⁰

La nuova disciplina estende il potere di sindacato interinale del Magistrato di Sorveglianza nei soli casi di assoluta urgenza, ponendo un rigoroso onere motivazionale del provvedimento che consente l'accesso al beneficio, non soltanto in chiave di verifica delle situazioni di grave pregiudizio che potrebbe scaturire dallo stato di detenzione, bensì – pur se in ottica prognostica – con riferimento alla sussistenza dei presupposti per l'affidamento in prova.

E' importante evidenziare come la recente modifica si presti ad una lettura squisitamente sistematica: e difatti, il nuovo modello funzionale previsto per l'affidamento in prova ricalca, sostanzialmente, quello già introdotto dagli artt. 47 *ter*, comma 1 *quater*, l. ord. pen. e 94, comma 2, D.P.R. 309/1990, rispettivamente in tema di detenzione domiciliare e di affidamento in prova a scopo terapeutico.³¹¹

In tale prospettiva si noti, infatti, che il recupero di razionalità del sistema passa attraverso una valutazione congiunta degli strumenti di cui il condannato può usufruire e della tendenziale omogeneità delle competenze funzionali attivabili in sede interinale.³¹²

Infine, si è segnalato che il nuovo modello inaugurato dalla recente riforma non prevede una disciplina esplicita in ordine al caso in cui il Tribunale di Sorveglianza, all'esito del procedimento, neghi il definitivo accesso all'affidamento in prova già disposto in via interinale e d'urgenza dal Magistrato di Sorveglianza.

Sul punto, si è rilevato che, in un caso del genere, l'esecuzione della pena deve certamente riprendere, ma che, tuttavia, nessun limite è posto, come avveniva nel vigore della precedente disciplina, circa il divieto di accordare in futuro altra

³⁰⁹ In questi termini, cfr. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 107. Secondo quanto osservato da FIORENTIN, *op. cit.*, p. 56, «con il nuovo sub procedimento 'cautelare' viene superata l'anomalia della precedente formulazione, secondo cui il condannato può aspirare ad ottenere in sede 'cautelare' un provvedimento di contenuto più ampio (...) di quello che potrà poi ottenere in esito al procedimento di sorveglianza presso il tribunale collegiale, con evidente distorsione del principio per cui la giurisdizione cautelare si colloca in funzione strumentale rispetto a quella di merito».

³¹⁰ Per un'ampia disamina sul tema e sulla giurisprudenza più rilevante, cfr. PRESUTTI, *op. cit.*, p. 527.

³¹¹ In tal senso, cfr. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 107; FIORENTIN, *op. cit.*, p. 56.

³¹² Cfr. MANCUSO, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, (a cura di) CONTI, MARANDOLA, VARRASO, Cedam, Padova, 2014, p. 62.

eventuale sospensione della pena, quale che sia la natura o il contenuto dell'istanza successivamente proposta.³¹³

3. La concessione della misura in favore del condannato in libertà

La concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale al condannato in libertà è possibile grazie al congegno normativo contenuto all'art. 656 c.p.p., intitolato "esecuzione delle pene detentive".

La norma, in passato integralmente riformulata dalla legge Simeone, al fine di consentire a tutti i condannati a pene detentive brevi e medio-brevi di accedere, indipendentemente dalle possibilità economiche e difensive, alle misure alternative alla detenzione, è stata da ultimo modificata anche dal d.l. n. 78/2013, convertito con modificazione nella l. n. 94/2013.

Procedendo con ordine, prima della riforma operata dalla legge Simeone, era stato constatato come sia l'art. 14 *bis* d.l. 08.06.1992, n. 306, che aveva ampliato l'ammissibilità dell'affidamento estendendola ai condannati con pena residua non superiore a tre anni, sia il meccanismo di concessione delle misure alternative in via anticipata introdotto con la legge Gozzini, avessero esplicitato la loro efficacia soprattutto a beneficio dei detenuti più abbienti, o comunque con maggiori possibilità; al contrario, i detenuti più deboli sotto il profilo socio-economico trovavano maggiori difficoltà ad attivarsi autonomamente presso il pubblico ministero per chiedere la sospensione dell'ordine di esecuzione.³¹⁴

Per ovviare a queste critiche, dunque, la legge Simeone è intervenuta, prevedendo un accesso più diretto e facilitato alle misure, con la sospensione automatica dell'ordine di esecuzione da parte del pubblico ministero, in presenza dei presupposti indicati dalla norma; solo successivamente, l'interessato è tenuto a presentare l'istanza di ammissione alla misura alternativa.

Il meccanismo della sospensione automatica dell'ordine di esecuzione è stato, dunque, introdotto al fine di evitare l'ingresso in carcere di persone condannate per

³¹³ In particolare, fa riferimento a detta lacuna FIORENTIN, *op. cit.*, p. 56.

³¹⁴ Cfr. GUAZZALOCA, PAVARINI, *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Utet, Torino, 2002, p. 42.

reati non particolarmente gravi rispetto alle quali doveva (e deve tuttora) ritenersi probabile l'applicazione di una misura alternativa da parte del Tribunale di Sorveglianza, in modo da non pregiudicare il processo di risocializzazione eventualmente intrapreso durante il periodo di tempo, talvolta piuttosto ampio, intercorrente tra la commissione del reato ed il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e della conseguente formazione del titolo esecutivo.³¹⁵

Attualmente e come accennato in premessa,³¹⁶ la procedura che consente la richiesta di affidamento in prova al servizio sociale, da parte di condannati in libertà è senza dubbio la più utilizzata.

Ad ogni modo, le critiche non sono cessate del tutto, in quanto è stato osservato che, con la riforma di cui alla legge Simeone, si è accentuata la disparità di trattamento tra condannati, in quanto pochi saranno in grado di sfruttare il congegno sospensivo presentando un'istanza "corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessaria" nel termine di trenta giorni dalla notificazione del decreto di sospensione, mentre la maggioranza dei condannati destinati all'impatto con il sistema penitenziario (quali extracomunitari e tossicodipendenti) a causa della scarsità dei mezzi culturali ed economici in loro possesso soccomberanno al procedimento.³¹⁷

Procedendo all'analisi dell'art. 656 c.p.p., deve anzitutto constatarsi che i primi quattro commi, che disciplinano in generale l'ordine di esecuzione di competenza del pubblico ministero, sono rimasti immutati rispetto alla precedente disciplina.

In particolare, ai sensi dei commi sopra indicati, quando deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero emette ordine di esecuzione, con il quale dispone la carcerazione del condannato.

Al contrario, la novella intervenuta nel 1998 ha inciso sul testo del successivo comma 5, prevedendo un obbligo di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva in situazioni ben precise, coincidenti appunto con quelle in cui può applicarsi la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Tuttavia, ad esito delle modifiche apportate nel corpo dell'art. 47 della l.

³¹⁵ Cfr. DEGL' INNOCENTI, CALVI, *op. cit.*, p. 386.

³¹⁶ Cfr. *supra*, par. 1.

³¹⁷ Per tale ordine di critiche, cfr. BERNASCONI, *op. cit.*, p. 121.

354/1975 ad opera del d.l. 146/2013, convertito con modificazioni in l. n. 10/2014, e in particolare con l'ampliamento soggettivo per la concessione del beneficio dell'affidamento in prova di cui al nuovo comma 3 *bis*, deve segnalarsi che il comma 5 dell'art. 656 c.p.p. non risulta, in effetti, coordinato in relazione a tutte le ipotesi in cui può pervenirsi all'applicazione della misura alternativa in esame: e difatti, il citato comma 5 dell'art. 656 c.p.p. prevede ancora, quale limite di pena (anche residua) ai fini della concessione del beneficio dell'affidamento in prova, quello di tre anni, laddove il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 47, l. ord. pen. consente l'applicazione della misura al condannato che deve espriare una pena (anche residua) non superiore a quattro anni.

Sicché, come è stato osservato, una tale situazione comporterà inevitabilmente un "assaggio del carcere" per i condannati ad una pena che possano usufruire del nuovo affidamento allargato ai sensi del citato comma 3 *bis* dell'art. 47 ord. pen.³¹⁸

Con riferimento alla sospensione dell'ordine di esecuzione, i giudici di legittimità hanno negato che in capo al pubblico ministero sussista un potere discrezionale a fronte della sussistenza dei presupposti di legge;³¹⁹ nella fase successiva, l'organo giurisdizionale, individuato nel Tribunale di Sorveglianza, dovrà adottare la decisione definitiva sulla concessione della misura, nell'osservanza delle garanzie giurisdizionali proprie del procedimento previsto dall'art. 666 c.p.p.³²⁰

Infatti, il pubblico ministero è successivamente tenuto a trasmettere l'istanza, unitamente a tutta la documentazione allegata, al tribunale competente.

D'altra parte, nell'ipotesi in cui il pubblico ministero abbia omissso di adottare il provvedimento di sospensione dell'esecuzione, pur in presenza dei suoi presupposti applicativi, la giurisprudenza ha riconosciuto all'interessato il diritto di

³¹⁸ In particolare, sottolineano il disallineamento sistematico non colmato in sede di conversione del decreto legge DELLA BELLA, *op. cit.* p. 105; FIORENTIN, *op. cit.* p. 55-56, il quale rileva come tale distonia comporti un'ingiustificata disparità di trattamento tra condannati liberi e condannati detenuti in carcere, in favore di questi ultimi, tanto più se vista alla luce della nuova disciplina dell'art. 656, comma 5, c.p.p. così come modificato dal d.l. 78/2013, che consente la sospensione ai fini di ottenere la detenzione domiciliare per pene fino a quattro anni di reclusione, nei casi previsti dall'art. 47 *ter*, comma 1, ord. pen.

³¹⁹ Cfr. da ultimo, Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2012 – 26 marzo 2013, n. 14331, CED 255925; conformemente già Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2002 – 12 luglio 2002, n. 2659, in *Guida al diritto*, 2, n. 40, p. 64.

³²⁰ Cfr. POMANTI, *Sui poteri del pubblico ministero in materia di sospensione dell'esecuzione ex art. 47 comma 4 dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 253.

rivolgersi al giudice dell'esecuzione per ottenere una declaratoria di temporanea inefficacia del provvedimento che abbia disposto la carcerazione.³²¹

Per inciso, si ritiene opportuno rilevare che, dapprima, la riforma aveva inizialmente previsto quale forma di comunicazione privilegiata per l'avviso di presentazione dell'istanza, *ex art. 656, comma 5, c.p.p.*, la sua consegna al condannato a mani proprie, favorendo l'effettiva conoscenza da parte dell'interessato; successivamente, con l'approvazione del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4, si è invece optato per l'obbligo della notifica all'interessato e al suo difensore dell'ordine di esecuzione e del suo contestuale decreto di sospensione.³²²

Ciò in quanto l'iniziale previsione della "consegna", quale unico mezzo consentito di comunicazione, aveva indotto la dottrina a censurare tale disposizione stante l'inammissibilità di altre forme di notizia che essa contemplava, con la conseguenza che gli "irreperibili" non avrebbero potuto accedere al beneficio della sospensione.³²³

Attualmente, quindi, il termine perentorio di trenta giorni ai fini della presentazione dell'istanza per la concessione della misura alternativa decorre dalla valida notifica dell'ordine di esecuzione e del decreto di sospensione al condannato ed al difensore.

Peraltro, l'estensione del meccanismo garantista è stata completata dall'introduzione nell'art. 656 c.p.p. del comma 8 *bis* (ad opera della medesima l. 4/2001), che consente al pubblico ministero di provvedere anche alla eventuale rinnovazione della notifica, nei casi in cui è provato o appaia probabile che il condannato non abbia avuto conoscenza dell'avviso di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p.; a tal fine il pubblico ministero può assumere le opportune informazioni anche presso il difensore.

Al decreto di sospensione dell'esecuzione emesso dal pubblico ministero deve seguire necessariamente la presentazione, da parte dell'interessato, di un'apposita istanza, in assenza della quale la pena ha "corso immediato" (cfr. art.

³²¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 23.3.1999, Kola, *Cass. Pen.*, 2000, 1310.

³²² Cfr. legge 19 gennaio 2001, n. 4, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, recante disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 16 del 20 gennaio 2001.

³²³ Cfr. CANEVELLI, *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *Cass. Pen.*, II, 1998, p. 812.

656, comma 5, c.p.p.).

L'istanza di concessione della misura dell'affidamento in prova in seguito al provvedimento di sospensione è presentata dal condannato in stato di libertà o dal suo difensore, ai sensi dell'art. 656, comma 6, c.p.p., al pubblico ministero competente per l'esecuzione nel termine di trenta giorni dalla notificazione del decreto di sospensione.

La previsione del termine (perentorio) di trenta giorni per la presentazione dell'istanza implica, secondo la giurisprudenza di legittimità, che la stessa debba pervenire in tale termine al pubblico ministero, non semplicemente che sia spedita o inviata.³²⁴

Quanto al contenuto e agli elementi dell'istanza di concessione, si ricorda che, ai sensi del comma 2 *bis* dell'art. 677 c.p.p., essa deve essere comprensiva della "dichiarazione o elezione di domicilio", a pena di inammissibilità,³²⁵ nondimeno, secondo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, il richiedente non è tenuto a citare nell'istanza di concessione gli elementi di fatto e di diritto oggetto del giudizio di merito, potendo semplicemente indicare il beneficio penitenziario richiesto.³²⁶

Spetta, infatti, alla Magistratura di Sorveglianza verificare se il beneficio può essere concesso ed eventualmente acquisire tutti gli elementi utili ai fini della decisione.

In ogni caso, all'istanza può comunque essere allegata la citata documentazione, considerato che il comma 5 dell'art. 656 c.p.p. richiede un minimo onere di allegazione per il condannato, il che risulta funzionale a far acquisire al richiedente maggiore consapevolezza in ordine alla richiesta della misura, avendo la prassi dimostrato che i condannati la domandano pressoché indiscriminatamente.³²⁷

In particolare, secondo quanto rilevato in dottrina, con tale «espressione si devono intendere sia le necessità ritenute dal legislatore, con riferimento a documenti

³²⁴ Cfr. FIFI, *Dies ad quem per la domanda d affidamento in prova ai servizi sociali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001, p. 1937.

³²⁵ Cfr. Cass. pen. SS. UU. 17 dicembre – 19 maggio 2010, n. 18775, Mammoliti, CED 246720, secondo cui "La richiesta di misura alternativa alla detenzione, ai sensi dell'art. 656, comma 6, c.p.p., deve essere corredata, a pena di inammissibilità, anche se presentata dal difensore, dalla dichiarazione o elezione di domicilio effettuata dal condannato non detenuto".

³²⁶ In tal senso, cfr. in giurisprudenza Cass. pen. sez. I, 26.2.2001, in *Riv. Pen.*, 2001, 1035.

³²⁷ Cfr. MACCORA, *op. cit.*, p. 80.

la cui produzione (come quelle richiamate dagli artt. 90 e 94 d.p.r. 309/1990), secondo un indirizzo giurisprudenziale, costituisce una *conditio sine qua* non di valutazione della domanda, sia a quelle che, collegate alla motivazione dell'istanza, sono ritenute tali dalla parte». ³²⁸

Sul punto, si consideri peraltro che la modifica operata con il summenzionato d.l. n. 341/2000, con l'inserimento nell'articolo in commento del comma 6, consente ora il deposito della documentazione richiesta anche successivamente alla presentazione dell'istanza, "fino a cinque giorni prima dell'udienza fissata a norma dell'art. 666 comma 3".

Da ciò si deduce che il pubblico ministero è nei fatti privo di qualsiasi potere valutativo, non potendo nemmeno richiedere l'integrazione della documentazione presentata (anche nel caso in cui non sia stata corredata dall'elezione o indicazione di domicilio); ³²⁹ questa infatti, lungi dal provocare il rigetto dell'istanza, può essere presentata successivamente, prima dell'udienza avanti al Tribunale di Sorveglianza e, comunque, lo stesso organo collegiale, ove lo ritenga opportuno, può, anche d'ufficio, ³³⁰ richiedere documenti o informazioni.

Nell'istanza il condannato può anche avanzare richiesta di più benefici in via alternativa, senza che sussista l'obbligo di specificarne uno.

La decorrenza del termine senza che nel frattempo sia stata presentata richiesta di misura alternativa implica, ai sensi dell'art. 656, comma 8, c.p.p., la revoca del provvedimento di sospensione dell'esecuzione adottato dal pubblico ministero.

Presentata l'istanza, il Tribunale di Sorveglianza competente, in relazione al luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero, ricevuti gli atti, è tenuto a decidere nel termine (ordinatorio) di "quarantacinque giorni dal ricevimento dell'istanza" (art. 656, comma 6, c.p.p.); trattandosi di termine ordinatorio, il suo mancato rispetto non comporta la nullità dell'ordinanza del tribunale di concessione o di diniego della misura, a svantaggio del detenuto che non ha certezza sui tempi di

³²⁸ Per tale considerazione, cfr. IOVINO, *op. cit.*, p. 56.

³²⁹ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 390.

³³⁰ Cfr. IOVINO, *Contributo allo studio del Procedimento di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 126, il quale sottolinea la compatibilità del potere di iniziativa d'ufficio con la struttura del "processo di parti".

attesa dell'attività dei giudici.³³¹

La possibilità di richiedere l'ammissione ad una misura alternativa tramite la sospensione dell'ordine di esecuzione non è concessa indiscriminatamente a tutti i condannati: sono previste, infatti, varie eccezioni all'utilizzo del meccanismo sospensivo.

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 656, comma 7, c.p.p., la sospensione non può essere disposta più di una volta in relazione alla stessa condanna, sia nel caso in cui il condannato riproponga nuova istanza in ordine a diversa misura alternativa, sia in ordine alla medesima misura, diversamente motivata.

L'art. 656, comma 9, c.p.p. stabilisce, poi, ulteriori limiti alla sospensione; detta disposizione, recentemente modificata dalla legge c.d. svuota carceri, dispone che la sospensione dell'esecuzione non possa essere concessa a talune categorie di condannati.

Segnatamente:

- (lett. a) nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis*³³² della l.

³³¹ Cfr. per tutti DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 376

³³² L'art. 4 *bis* e l'art. 58 *ter* l. ord. pen. sono stati introdotti dal d.l. 152 del 1991, conv. con mod. in l. 306 del 1992, a fronte della necessità di potenziare gli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata e all'esigenza di fronteggiare in modo più efficace le difficoltà riscontrate nelle indagini e nell'accertamento giudiziale dei reati riconducibili al fenomeno della criminalità organizzata (in argomento, cfr. CANEPA, MERLO, *op. cit.*, p. 459 e ss.). Per effetto delle modifiche apportate da ultimo dal d.l. 11 del 2009, conv. con mod. in l. 38 del 2009, i reati indicati nell'art. 4 *bis* l. ord. pen. possono distinguersi in due categorie, ossia i reati cc.dd. assolutamente ostativi in relazione ai quali l'affidamento in prova al servizio sociale può essere concesso solo ove il condannato abbia collaborato con la giustizia nei termini di cui all'art. 58 *ter* della medesima legge e siano stati acquisiti elementi certi che escludano legami con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva (cfr. commi 1 e 1 *bis* dell'art. 4 *bis*). Essi vengono così definiti per mettere in risalto la distinzione rispetto ai reati di cui al comma 1 *ter* della medesima disposizione, per i quali l'applicazione delle misure extramurarie non è subordinata alla sussistenza del requisito della collaborazione (la quale sussiste quando il reo, anche dopo la sentenza di condanna, si è adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero ha aiutato concretamente l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati. Al contrario, in ordine ai reati di cui al 1 *ter* dell'art. 4 *bis*, la preclusione è meno rigida, essendo subordinata alla mera insussistenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Il legislatore ha, dunque, prefigurato nel sistema dell'esecuzione penale e penitenziaria quello che è stato definito il "regime del doppio binario" (cfr. CANEPA, MERLO, *op. cit.*, p. 460), in quanto per gli autori di uno dei reati compresi al comma 1 l'accesso ai benefici penitenziari è soggetto a un regime differenziato e connotato da restrizioni e limitazioni, con la conseguente utilizzazione dei benefici stessi in funzione premiale, quale "ricompensa" assegnata al condannato per il contributo fornito all'attività di contrasto della criminalità organizzata; laddove la mancanza della collaborazione è valutata come un indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza di quella volontà di emenda cui è inscindibilmente connessa la funzione rieducativa della pena. Sul punto, si è notato che mediante l'imposizione dell'onere della collaborazione, il legislatore si rivela prevenuto a disconoscere, con riguardo alla fase dell'esecuzione penale, la regola del *nemo tenetur se detegere*, di

354/1975, nell'ottica di inasprimento sanzionatorio per gli autori di reati legati alla criminalità organizzata, c.d. "doppio binario",³³³ nonché di cui agli articoli 423 *bis*, 572, secondo comma, 612 *bis*, terzo comma, 624 *bis* del codice penale, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'art. 89 del D.P.R. 309/1990 e s.m.i.

Questa preclusione ha inciso notevolmente sulla razionalità del sistema stabilendo un divieto assoluto per il pubblico ministero di provvedere alla sospensione dell'esecuzione.

Le molteplici problematiche applicative legate all'esclusione dell'operatività dell'art. 656, comma 5, c.p.p. nel caso di condanna per i delitti di cui all'art. 4 *bis*, l. ord. pen. hanno condotto a diverse pronunce della giurisprudenza di legittimità, che è intervenuta con frequenza sul punto in relazione a diversificate ipotesi concrete.

Ad ogni modo, quand'anche il disposto di cui all'art. 4 *bis*, l. ord. pen., sia una norma di difficile lettura, la giurisprudenza è concorde nel riconoscere la legittimità della scelta del legislatore di escludere l'operatività della sospensione obbligatoria dell'esecuzione della pena in tale ipotesi, posto che l'istituto disciplinato a norma dell'art. 656, comma 5, c.p.p. si fonda sulla presunzione della ridotta pericolosità del condannato, pericolosità che, al contrario, è in un certo senso presunta nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis*, l. ord. pen.³³⁴

Un aspetto rilevante affrontato dalla Suprema Corte attiene alla possibilità di derogare alla preclusione prevista ai sensi dell'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. nel caso di condannato collaboratore di giustizia.³³⁵

In particolare, l'indirizzo della giurisprudenza di merito, che era incline a considerare insussistente il divieto in esame nell'ipotesi in cui il condannato avesse acquisito lo *status* di collaboratore di giustizia, è stato disatteso dai giudici di legittimità.

Invero, la Suprema Corte ha rilevato che se, da un lato, è vero che con la

fatto sostituita dall'opposto principio *carceratus tenetur alios detegere*, attribuendosi in tal modo "alla pena una funzione di incentivo alla collaborazione processuale che esorbita dalla finalità rieducativa della pena costituzionalmente imposta (cfr. FILIPPI, *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 24 e ss.).

³³³ Cfr. GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994, p. 273.

³³⁴ In tal senso cfr. *Cass. pen.*, sez. I, 12 aprile 2000, D'Avino, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1844.

³³⁵ Per tale problematica cfr. FILIPPI, SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Seconda edizione, Giuffrè, 2007, p. 292.

modifica dell'art. 656 c.p.p. il legislatore ha inteso correlare la sospensione dell'esecuzione alla fruibilità, in astratto, del regime alternativo alla detenzione, è del pari indubbio che la medesima disposizione pone limitazioni all'epilogo sospensivo, laddove il soggetto denoti indici di pericolosità, come per certo accade in relazione ai condannati per uno dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, l. ord. pen. E difatti, secondo la Corte, lo stato di collaboratore non «può considerarsi di per sé sintomatica di scemata pericolosità e di intrapresa revisione del passato criminale, ben potendo la scelta collaborativa dipendere da altri motivi, e in primo luogo dal desiderio di fruire della normativa premiale».³³⁶

Deve ricordarsi, inoltre, che la Suprema Corte ha ritenuto operante la reclusione di cui alla lettera a) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p. anche nell'ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati di cui all'art. 4 *bis* l. ord. pen., atteso che, a norma dell'art. 445 c.p.p., detta pronuncia deve essere equiparata ad una sentenza di condanna.³³⁷

- (lett. b) nei confronti dei condannati che sono nel momento del passaggio in giudicato della sentenza, in custodia cautelare a causa del fatto oggetto della condanna da eseguire.

Questa disposizione si fonda su una presunzione di pericolosità, o comunque di non meritevolezza del beneficio, data dall'esistenza di una misura cautelare per il medesimo titolo; il riscontro di un'attuale pericolosità del condannato, accertata dal giudice di cognizione, appare infatti di per sé un indice significativo.³³⁸

Infine, si noti che la lett. c) del comma 9 dell'art. 656 c.p.p., che indicava una condizione ostativa introdotta con legge *ex Cirielli* nei confronti dei condannati ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., è stata da ultimo abrogata dal d.l. 78/2013, convertito con modificazioni in l. 94/2013.

La disposizione processuale in commento si conclude con la previsione di cui al comma 10, che prevede l'accesso alle misure alternative dei condannati posti agli arresti domiciliari “per il fatto oggetto della condanna da eseguire”, nell'ipotesi in cui «la residua pena da espiare determinata ai sensi del comma 4 *bis* non super[i] i limiti

³³⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, 29 gennaio 2001, p.m. in proc. Nistri, in Dir. pen. e proc., 2001, n. 4, p. 450-451; in argomento, si veda anche Cass. pen., sez. II, 30 maggio 2001, p.m. in proc. Mammoliti, *ivi*, 2000, n. 8, pp. 987-988).

³³⁷ Cfr. FILIPPI, SPANGHER, *op. cit.*, p. 295.

³³⁸ In tal senso, cfr. MACCORA, *op. cit.*, p. 95.

indicati al comma 5» (tale ultimo inciso è stato introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 4 del d.l. 78/2013, conv. con modif. in l. 94/2013).

In questa situazione è prevista una particolare sospensione automatica dell'esecuzione della pena, operata dal pubblico ministero senza la necessità della presentazione di istanza da parte dell'interessato.

In particolare, il pubblico ministero è tenuto "senza ritardi" a trasmettere gli atti al Tribunale di Sorveglianza, il quale può eventualmente provvedere, ove ne sussistano i requisiti, all'applicazione definitiva di una delle misure alternative previste dal comma 5 dello stesso art. 656 c.p.p., ossia l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare e la semilibertà.

La norma precisa che «fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza, il condannato permane nello stato detentivo nel quale si trova e il tempo corrispondente è considerato come pena espiata a tutti gli effetti» (cfr. art. 656, comma 10, c.p.p.).

Detta procedura, caratterizzata dall'automatismo nella trasmissione degli atti dal pubblico ministero al tribunale, implica, pertanto, il mantenimento del condannato agli arresti domiciliari.³³⁹

Per quanto riguarda i criteri di determinazione della competenza per territorio del Tribunale di Sorveglianza nei casi di istanza presentata da condannato in libertà, deve operarsi una distinzione tra due diverse ipotesi.

La prima, che è la più frequente, è quella in cui il tribunale sia stato chiamato a decidere in seguito alla trasmissione degli atti del pubblico ministero *ex* art. 656, comma 6, c.p.p.: in tale evenienza, la competenza del tribunale medesimo continua a determinarsi in relazione alla sede dell'ufficio del pubblico ministero investito dell'esecuzione.

Nel caso in cui, invece, il condannato in libertà ometta di rivolgersi all'ufficio del pubblico ministero, la Suprema Corte³⁴⁰ è dell'avviso che la norma generale di cui all'art. 677, comma 2, c.p.p., in mancanza di specifica deroga, sia nei fatti applicabile; con la conseguenza che sono da seguire anche i criteri determinativi della competenza in essa contenuti, identificati nel luogo di residenza o di domicilio del condannato e, residualmente, nel luogo di pronuncia della sentenza di condanna, di proscioglimento o di non luogo a procedere, o comunque, nel caso di più sentenze,

³³⁹ Cfr. D'ONOFRIO, SARTORI, *op. cit.*, 388.

³⁴⁰ Si veda per tutte Cass. pen., sez. I, 17.7.1995, Cerri, Cass. pen., 1996, 2627.

in quello di pronuncia dell'ultima sentenza divenuta irrevocabile.³⁴¹

Peraltro, come dinanzi accennato, va ricordato che, con l'art. 9 del d.l. n. 374/2001, convertito, con modificazioni, nella l. n. 438/2001, è stato opportunamente inserito nell'art. 677 c.p.p. il comma 2 *bis*, il quale obbliga appunto il condannato non detenuto a fare dichiarazione o elezione di domicilio già nell'istanza introduttiva; la previsione, a pena di inammissibilità è volta, dunque, ad uniformare il sistema del rito di sorveglianza a quello ordinario.

Tale integrazione normativa, oltre ad avere implicazioni sul piano processuale, assume una particolare rilevanza ai fini della concessione dell'affidamento in prova, per quanto concerne la reperibilità dell'istante in uno stabile domicilio.

Ciò risulta correlato, come già osservato nel corso della trattazione,³⁴² alla necessità che il soggetto venga inserito in un luogo e in un ambiente sociale idoneo allo svolgimento della prova; una stabile residenza, al di là del domicilio eletto, è infatti indispensabile per consentire un efficace contatto diretto tra l'affidato in prova e il servizio sociale; l'affidamento in prova al servizio sociale postula quindi la continua reperibilità del soggetto affidato al fine di consentire una più penetrante e sicura valutazione della condotta del richiedente.³⁴³

Alla luce di quanto precede, l'irreperibilità dell'istante può legittimare, nel merito, il rigetto della richiesta; tuttavia, a differenza della mancata elezione di

³⁴¹ Sul punto, cfr. RISPOLI, *op. cit.*, p. 188.

³⁴² Cfr. *supra*, Cap. II, par. 2.3.

³⁴³ Cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 14 ottobre 1992, De Barre, Rv. 192363, secondo cui «poiché l'esistenza di un domicilio eletto, pur consentendo la regolare notifica degli atti, ai fini della legale conoscenza degli stessi da parte del destinatario, non comporta la effettiva reperibilità del domiciliato, e poiché tale reperibilità è invece indispensabile ai fini dell'applicazione dell'affidamento in prova al servizio sociale, deve escludersi l'illegittimità del provvedimento con il quale il Tribunale di Sorveglianza abbia respinto la richiesta di affidamento in prova sulla base del rilievo che l'interessato, pur avendo eletto rituale domicilio per le notifiche, era di fatto irreperibile». Si precisa, altresì, che l'affidamento «presuppone la continua reperibilità del condannato, sia prima dell'applicazione del beneficio, che nel corso dell'esecuzione dello stesso, atteso che soltanto in presenza di tale condizione può essere valutato il suo comportamento, e, segnatamente, l'osservanza delle prescrizioni concernenti i rapporti con il Servizio Sociale, la dimora, la libertà di locomozione, il divieto di certe frequentazioni, il lavoro da svolgere», cfr. Cass. pen., sez. I, sent. 24.6.1996, Messina, Rv. 205695; Cass. pen., sez. I, 13.5.1996, Stavanovic, RV. 205485; Cass. pen., sez. I, 13.6.2001, Njume, Rv. 219592, ove si precisa che l'irreperibilità del condannato può giustificare il rigetto dell'istanza per motivi di merito; Cass. pen., sez. I, 12.3.2001, Laurendino, Rv. 218825, nella quale si legge che l'istanza tendente a ottenere l'applicazione dell'affidamento deve contenere, a pena di inammissibilità, «l'indicazione del luogo di residenza del richiedente, cioè del luogo in cui questi dovrebbe essere materialmente ricercato per l'assunzione delle necessarie informazioni e per la notifica degli atti necessari allo svolgimento della procedura».

domicilio, non si tratta di un'ipotesi di inammissibilità rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 666, comma 2, c.p.p.³⁴⁴

Lo strumento contemplato all'art. 656 c.p.p., è divenuto, dunque, di utilizzo comune per evitare l'ingresso in carcere; tuttavia, la sua applicazione è stata oggetto di discussione da parte della dottrina.³⁴⁵

Per un verso, i rilievi critici si appuntano, in particolare, sul potere, attribuito al Tribunale di Sorveglianza: in tal senso, si lamenta che una sentenza di condanna passata in giudicato possa essere modificata, quanto alla pena inflitta, a breve distanza di tempo dalla sua pronuncia, da parte di un organo che non disporrebbe di maggiori elementi di conoscenza del giudice che ha condannato.³⁴⁶ Sotto altro profilo, invece, si sostiene che in realtà nella maggior parte dei casi, è trascorso un considerevole lasso di tempo dalla commissione del fatto-reato, per cui può essersi realizzato nel frattempo un autoinserimento del condannato nel contesto sociale.³⁴⁷ Inoltre il Tribunale di Sorveglianza, che, a differenza del giudice della cognizione è un giudice specializzato, può avvalersi dell'inchiesta del servizio sociale e, volendo, può disporre una perizia criminologica.³⁴⁸

4. Il procedimento di sorveglianza

Il procedimento con cui il tribunale giunge alla decisione sulla concessione o meno dell'affidamento in prova, è disciplinato in linea generale, in forza del rinvio espressamente operato dall'art. 678, comma 1, c.p.p, all'art. 666 dello stesso codice (trattasi quindi di un procedimento giurisdizionale modulato, a sua volta, sulla falsa riga del procedimento in camera di consiglio disciplinato dall'art. 127 c.p.p.).

Analogamente a quanto avviene per il procedimento di esecuzione, i soggetti legittimati ad introdurre il procedimento di sorveglianza sono il pubblico ministero (tale funzione è esercitata, in questo specifico caso, *ex artt.* 678, comma 3 e 189 disp.

³⁴⁴ Cfr. Cass. pen. SS.UU. Mammoliti, cit.

³⁴⁵ DELLA CASA, *La crisi di identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperienze di "diritto pretorio" e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. Pen.*, 2002, 3286 e ss.

³⁴⁶ *Ibidem.*

³⁴⁷ *Ibidem.*

³⁴⁸ *Ibidem.*

att. c.p.p., dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello), il condannato interessato e il suo difensore.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato a tal proposito che il potere di attivazione del difensore è subordinato alla presenza di uno specifico mandato, relativo alla fase esecutiva.³⁴⁹

E' opportuno ricordare che, con riferimento alle esecuzioni sospese in base al meccanismo istituito dalla legge Simeone, si prevede che l'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione siano, in caso di mancata nomina di un difensore per la fase dell'esecuzione, notificati a quello stesso difensore, di fiducia o d'ufficio, che ha assistito il condannato nella fase del giudizio, cui spetta di conseguenza la legittimazione a presentare l'istanza.³⁵⁰

L'art. 57 della l. 354/1975 estende, inoltre, il diritto di richiedere l'applicazione della misura alternativa al Consiglio di disciplina e ai prossimi congiunti dell'interessato.³⁵¹

Si consideri che, a differenza di quanto stabilito dall'art. 666, comma 1, c.p.p. in tema di procedimento di esecuzione, l'art. 678, comma 1, c.p.p. prevede inoltre la procedibilità d'ufficio, in deroga al principio *ne procedat iudex ex officio*: sul punto, deve evidenziarsi che la procedibilità d'ufficio è tipica ed esclusiva del procedimento di sorveglianza e costituisce, pertanto, la differenza fondamentale tra il giudizio di sorveglianza e quello ordinario di esecuzione.

Risulta qui evidente l'importanza del forte collegamento esistente tra la magistratura di sorveglianza e il condannato: e difatti, il trattamento del prevenuto può essere potenzialmente adeguato alle sue reali esigenze e condizioni anche attraverso la procedura d'ufficio.³⁵²

Il procedimento di sorveglianza presenta, inoltre, altre peculiarità.³⁵³

³⁴⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 10.11.1992, Marchese, Cass. Pen., 1994, 327.

³⁵⁰ Cfr. art. 656, comma 5, c.p.p.

³⁵¹ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 315, con riferimento ai prossimi congiunti, va osservato che la legittimazione a promuovere il procedimento comprende anche la facoltà di nominare un difensore di fiducia, con la conseguenza che, in caso di mancata notificazione a quest'ultimo dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale, si verifica un'ipotesi di nullità assoluta e insanabile prevista dagli artt. 178 e 179 c.p.p.

³⁵² Cfr. IOVINO, *op. cit.*, p. 115, il quale sottolinea la finalità rieducativa dell'esecuzione penale come ragione d'essere della proponibilità d'ufficio dell'azione.

³⁵³ Sul tema si vedano DELLA CASA, BERTOLOTTI, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo, sub art. 678 c.p.p.*, in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, Cedam, Padova, 2000, p. 732 e ss; LATTANZI, LUPO, *Codice di procedura penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IX,

Anzitutto, per quanto attiene all'oggetto, si precisa che il procedimento non è diretto all'accertamento di un fatto, ma alla valutazione della persona, e, in particolare, nel caso in cui il condannato abbia chiesto l'applicazione di una misura alternativa, l'oggetto è costituito dall'accertamento della fondatezza della pretesa dedotta dal reo a veder modificato *in melius* il rapporto penale esecutivo.³⁵⁴

In secondo luogo, con riferimento al metodo istruttorio, essa si svolge secondo il metodo inquisitorio e, dunque in deroga al principio generale del processo di cognizione; in particolare, il tribunale può chiedere alle Autorità competenti tutti i documenti e le informazioni che ritiene utili e opportuni ai fini della decisione, potendo disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova (cfr. artt. 678, comma 1 e 665, comma 5, c.p.p.).³⁵⁵

In tale prospettiva può, quindi, ritenersi operante anche nel procedimento di sorveglianza il principio enunciato dalla giurisprudenza di prevenzione, secondo il quale «il giudice della prevenzione, chiamato a verificare la pericolosità sociale del preposto, può attingere elementi significativi della medesima, dandone adeguato conto, da qualsiasi situazione che si presti ad esser letta in tal senso [giacché] l'assoluta autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale autorizza detto giudice a fondare il giudizio di pericolosità sociale, qualificata o generica, anche su quegli stessi fatti storici in ordine ai quali sia stata esclusa la configurabilità di illiceità penale ovvero la responsabilità del preposto, in tal caso specificando sia gli elementi di valutazione considerati, sia spiegando le ragioni della loro valenza per un siffatto giudizio».³⁵⁶

Tuttavia, come notato in dottrina, l'attribuzione al tribunale di ampi poteri officiosi in tema di istruzione probatoria non esclude che a fronte di una richiesta istruttoria proveniente da una delle parti, il giudice debba provvedere sulla base dei parametri di cui all'art. 190 c.p.p. e, quindi, ammettere soltanto le prove non vietate dalla legge e non manifestamente superflue.³⁵⁷

Inoltre, con riferimento alla decisione, il Tribunale di Sorveglianza non è

Giuffrè, Milano, 2003, p. 492 e ss; sul procedimento di esecuzione si veda CORBI, NUZZO, *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 177 e ss.

³⁵⁴ CORBI, NUZZO, *op. cit.* p. 177 e ss.; DELLA CASA, BERTOLOTTI, *op. cit.* p. 732 e ss;

³⁵⁵ Cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 417.

³⁵⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 24.2.2004, Ferlito, in Gius. Pen. 2005, II, 338; Cass. pen., sez. I, 5.4.2006, n. 16748, Portulano, inedita.

³⁵⁷ Cfr. DEGL'INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 419.

vincolato al *petitum* dedotto dall'istante: pertanto, può disporre l'applicazione di una misura alternativa diversa e meno ampia rispetto a quella richiesta dall'interessato (ad esempio, concedendo la semilibertà in luogo dell'affidamento).³⁵⁸

4.1. Fase introduttiva della trattazione

Nell'ambito del procedimento di sorveglianza è possibile individuare una serie di attività che si collocano tra la proposizione dell'istanza e la celebrazione dell'udienza.

Si tratta, in particolare, del controllo preliminare sull'ammissibilità dell'istanza: qualora, infatti, la richiesta appaia palesemente infondata «per il difetto delle condizioni di legge» ovvero costituisca una «mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi», il presidente del Tribunale di Sorveglianza può dichiarare l'inammissibilità della richiesta con decreto motivato ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 678, comma 1, e 666, comma 2, c.p.p..

In questa sede, il giudice competente è chiamato a considerare la sussistenza dei requisiti posti direttamente dalla legge, senza poter effettuare valutazioni discrezionali.

Il decreto è adottato «sentito il pubblico ministero»³⁵⁹ ed è notificato all'interessato immediatamente, entro i successivi cinque giorni.

Contro tale provvedimento, tutte le parti, compreso il pubblico ministero, possono proporre ricorso per Cassazione (cfr. art. 666, comma 2, c.p.p.).

Il termine entro il quale il difensore e il pubblico ministero possono impugnare il decreto è fissato in quindici giorni, in applicazione del principio generale fissato all'art. 585, comma 1, lett. a), c.p.p., che vale per i procedimenti in camera di consiglio. Non si ritiene più operante, invece, il termine di dieci giorni precedentemente fissato dall'art. 71 *sexies* della l. 354/1975.³⁶⁰

In giurisprudenza, si è discusso in ordine all'effetto sospensivo eventualmente

³⁵⁸ LATTANZI-LUPO, *op. cit.*, p. 492 e ss.

³⁵⁹ Si tratta di un vero e proprio obbligo, vedi Cass. Sez. I, 08.06.1993, 435.

³⁶⁰ Cfr. Cass. pen., sez. I, 4.12.1991, Iandolo, Cass. Pen., 1993, 433.

connesso alla proposizione del ricorso in Cassazione nel caso in esame.³⁶¹

A fronte della dichiarazione di inammissibilità dell'istanza, sorge infatti una specifica problematica nel caso in cui questa sia stata presentata dal condannato a seguito di sospensione dell'ordine di esecuzione *ex art. 656, comma 5, c.p.p.*

A tal proposito, ci si è chiesti quale sorte abbia il decreto di sospensione emanato dal pubblico ministero, nell'ipotesi di tempestiva presentazione del ricorso per Cassazione avverso il decreto di inammissibilità.

Sul punto, la dottrina e parte della giurisprudenza propendono, in applicazione del principio fissato dall'art. 588, comma 1, c.p.p., per la possibilità di revocare il decreto di sospensione da parte dell'organo di accusa solo successivamente alla decisione della Suprema Corte sul ricorso presentato;³⁶² secondo altra tesi, tuttavia, si ammette la revoca immediata della sospensione dell'ordine di esecuzione, in ragione del fatto che il ricorso per Cassazione non sospende il provvedimento impugnato (art. 666, comma 7, c.p.p.).³⁶³

Qualora la richiesta dovesse essere ammissibile, l'organo giudicante provvede a fissare la data dell'udienza di trattazione in camera di consiglio; contestualmente, designa un difensore d'ufficio per il condannato che ne sia privo, *ex art. 666, comma 3, c.p.p.*

Dell'udienza è dato avviso alle parti e ai difensori, con comunicazione o notificazione almeno dieci giorni prima della data fissata.³⁶⁴

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale, l'avviso in questione si configura come un "decreto di citazione", da notificarsi a cura dell'ufficiale giudiziario.³⁶⁵

L'omessa notifica e il mancato avviso all'interessato dell'udienza di discussione, nonché la mancata partecipazione del difensore all'udienza, *ex art. 666, commi 3 e 4, c.p.p.*, costituiscono cause di nullità assoluta, pertanto insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, in applicazione del

³⁶¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 6.5.1998, Ben Saad; Cass. pen., sez. I, 20.10.1997, Orabona.

³⁶² Cfr. DELLA CASA, *op. cit.*, p. 713; CORBI, NUZZO, *op. cit.*, p. 1991; in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 20.10.1997, Orabona, *cit.*, Cass. Pen., 1998, 2048.

³⁶³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 18.1.2000, Cerri, CED 215369.

³⁶⁴ Cfr. CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 239, il quale osserva che «l'avviso all'interessato condannato deve essere compilato in modo tale da consentirgli l'espletamento dell'attività difensiva indispensabile (...) e dovrà pertanto avere la struttura di un vero e proprio decreto di citazione».

³⁶⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 19.5.1993, D'Arpino, in Cass. pen., 1994, 2730.

disposto di cui all'art. 179 c.p.p.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, nel procedimento di sorveglianza, integra nullità assoluta e insanabile l'omessa notificazione dell'avviso di udienza all'interessato, anche se quest'ultimo sia presente alla stessa, qualora non risulti che l'avviso esista e che il destinatario sia a conoscenza del suo contenuto.³⁶⁶

Relativamente, invece, all'inosservanza del termine di dieci giorni liberi, che devono intercorrere tra la data di avviso dell'udienza camerale innanzi al Tribunale di Sorveglianza e quella della notifica dell'atto all'interessato e al suo difensore, la giurisprudenza si è espressa ritenendo che tale situazione integri una nullità di ordine generale, *ex. art. 178, lettera c), c.p.p.*, in quanto il mancato rispetto di detto termine incide sulle modalità di intervento, assistenza e rappresentanza del condannato.

Tale nullità è, dunque, soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'art. 182 c.p.p., come pure alla sanatoria di cui all'art. 184 del codice di rito e, nell'ipotesi in cui l'interessato non compaia all'udienza, può essere tempestivamente eccepita mediante l'impugnazione.³⁶⁷

Il comma 8 dell'art. 666 c.p.p. stabilisce, infine, nell'ipotesi in cui colui che richieda la misura sia un infermo di mente, l'obbligo di notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza anche al suo tutore o curatore; se l'interessato ne è privo, lo stesso giudice o il presidente del collegio provvede a nominare un curatore provvisorio, garantendo così all'incapace un'adeguata assistenza.

Si consideri che recentemente è intervenuta la Corte Costituzionale³⁶⁸ sul disposto di cui al terzo comma dell'art. 666 c.p.p., consentendo di fatto la possibilità, a fronte di specifica richiesta, che l'udienza si svolga pubblicamente e non già in camera di consiglio: in particolare, con la sentenza 5 giugno 2015, n. 97, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di detto comma e dell'art. 678, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento davanti al Tribunale di Sorveglianza si svolga nelle forme dell'udienza pubblica.

³⁶⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, 17.10.2002, Camporotondo, GP, 2003, III, 245.

³⁶⁷ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 325.

³⁶⁸ Cfr. Corte cost., sent. 15 aprile 2015 (dep. 5 giugno 2015), n. 97, Pres. Crisculo, Rel. Frigo, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

Ciò in quanto, pur non essendo espressamente richiamato, il principio di pubblicità delle udienze assume comunque rango costituzionale: si tratta, infatti, di una garanzia connaturata a qualunque ordinamento democratico, che, tuttavia, può cedere di fronte ad obiettive e razionali esigenze giustificative.

La Corte costituzionale, quindi, ha ritenuto che le conclusioni già raggiunte con una sua precedente pronuncia (la sentenza n. 135 del 2014)³⁶⁹ in materia di misure di sicurezza debbano essere estese anche al procedimento di sorveglianza.

Le scelte sulla concessione di misure alternative (oltre che quelle sulla liberazione condizionale, sul differimento dell'esecuzione delle pene, sulla loro sospensione ecc.) incidono in modo particolarmente rilevante sulla libertà personale dell'interessato, peraltro a seguito di un procedimento ulteriore e distinto rispetto a quello di cognizione, nel corso del quale – come noto - vengono svolti accertamenti fattuali sulla condotta del condannato e sulla sua pericolosità sociale.

Escluso che ci si trovi di fronte ad un procedimento di carattere esclusivamente tecnico, la “posta in gioco” appare talmente elevata da doversi escludere che il controllo del pubblico non sia necessario: di conseguenza, anche ai fini del rispetto dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, è necessario che le persone coinvolte nel procedimento abbiano la possibilità di richiedere che esso si svolga in forma pubblica.

Infine, tornando all'esame delle disposizioni contemplate all'art. 666 c.p.p., con riferimento alla fase introduttiva della trattazione, deve richiamarsi il disposto di cui all'art. 666, c.p.p., secondo il quale fino a cinque giorni prima dell'udienza, le parti possono depositare memorie in cancelleria, nonché la documentazione richiesta ai sensi dell'art. 656, comma 6, c.p.p.; le parti possono, inoltre, prendere cognizione del contenuto del fascicolo processuale.

³⁶⁹ C. cost., sent. 21 maggio 2014, n. 135, in Dir.pen.cont, con nota di LORENZETTO, *Applicazione delle misure di sicurezza innanzi al giudice di sorveglianza: una declaratoria di incostituzionalità “convenzionale” imposta dal principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari*, in *Dir. pen. cont.*, 2014. V. anche ADORNO, *Pubblicità delle udienze penali e procedimento di sicurezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2014, p. 2266; CIAMPI, *Alla ricerca di un procedimento camerale “giusto”: l'udienza pubblica tra esigenze di garanzia e obiettivi di funzionalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, Speciale Cedu e ordinamento interno, p. 13; COPPETTA, *L'udienza “a porte chiuse” nei procedimenti di merito per l'applicazione delle misure di sicurezza: ancora un rito camerale incompatibile con il giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 4114.

4.2. Lo svolgimento dell'udienza

Di regola, l'udienza del procedimento di sorveglianza si svolge in camera di consiglio (fatta eccezione per l'ipotesi in cui l'interessato richieda espressamente la celebrazione nella forma pubblica³⁷⁰, come visto sopra).

All'udienza, secondo quanto già rilevato, partecipano necessariamente il difensore del richiedente e il pubblico ministero, *ex art.* 666, comma 4, c.p.p.

L'interessato può fare richiesta di essere sentito personalmente,³⁷¹ ma, se si trova in detenzione in una circoscrizione diversa da quella del giudicante, deve essere sentito «prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo, salvo che il giudice ritenga di disporre la traduzione» (cfr. art. 666, comma 4, c.p.p.).

Secondo parte della dottrina, la norma richiamata, comune al procedimento di esecuzione e a quello di sorveglianza, presenta un limite, rappresentato dalla “compressione” che subisce il principio del contraddittorio per la mancata previsione della necessità della partecipazione del soggetto interessato.³⁷² L'intervento di quest'ultimo è, infatti ammesso, ma solo previa richiesta.

Sul punto, si noti che con l'introduzione, nella Carta Costituzionale, del cosiddetto “giusto processo” e con la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio ad opera della l. n. 63/2001, appare ormai riconosciuto in linea di principio il diritto dell'interessato in stato di detenzione che lo richieda a presenziare personalmente all'udienza.³⁷³

Pertanto, non può sottacersi il rischio che l'attuale disciplina della partecipazione dell'interessato all'udienza, di cui all'art. 666, comma 4, c.p.p., presenti dubbi di costituzionalità, appunto per la previsione solo eventuale (e condizionata a specifica richiesta) di detto intervento.

³⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. 15 aprile 2015 (dep. 5 giugno 2015), n. 97, Pres. Criscuolo, Rel. Frigo, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

³⁷¹ Cfr. ZAPPA, *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giur. Pen.*, III, 1990, p. 412, ove l'Autore si esprime in ordine all'applicazione nel procedimento di sorveglianza di tutti i principi costituzionali della giurisdizione, in particolare proprio il diritto di difesa.

³⁷² GUAZZALOCA, PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a cura di BRICOLA, ZAGREBELSKY), Utet, Torino, 1995, p. 454.

³⁷³ Cfr. FILIPPI, SPANGHER, *Diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 122, ove si afferma che il principio del contraddittorio, introdotto dall'art. 11 Cost., impone ora in ogni caso la traduzione in udienza del detenuto che ne abbia fatto richiesta.

Nonostante ciò, ad oggi, la giurisprudenza non è andata al di là della considerazione che, in applicazione della norma, nel procedimento di sorveglianza la mancata partecipazione dell'interessato all'udienza in tanto può assumere rilievo, in quanto questi abbia chiesto di essere sentito personalmente.³⁷⁴

Di conseguenza, la mancata presenza in udienza e la mancata audizione del detenuto che non ne abbia fatto richiesta non costituiscono affatto cause di nullità del procedimento.

Naturalmente, il dibattimento sarà sospeso o rinviato quando l'interessato, che abbia richiesto di comparire, non sia presente e sia provato o probabile che l'assenza sia dovuta a legittimo impedimento.

Con riferimento all'ipotesi di soggetto detenuto in diversa circoscrizione, *ex art. 666, comma 4, c.p.p.*, la Suprema Corte, conformemente al dettato della disposizione, ha precisato che l'obbligo di effettuare l'audizione ricade sul Magistrato di Sorveglianza, il quale deve procedervi antecedentemente alla data dell'udienza, e non sulla polizia giudiziaria; ove il magistrato ometta di provvedervi, è configurabile una nullità a regime intermedio.³⁷⁵

Come dinanzi osservato, l'audizione deve essere preceduta dalla notifica dell'avviso al difensore dell'interessato, a pena di nullità assoluta.

Sebbene la partecipazione in udienza del difensore sia prevista come necessaria, la giurisprudenza ritiene inapplicabile al procedimento di sorveglianza la norma generale di cui all'art. 486, comma 5, c.p.p., che dispone l'obbligo della sospensione o del rinvio dell'udienza in caso di assenza del difensore per legittimo impedimento: si ritiene, infatti, che l'udienza stessa possa proseguire con la designazione di un sostituto d'ufficio.

Nella medesima ottica, anche le Sezioni Unite, aderendo all'orientamento prevalente, hanno optato per la soluzione restrittiva, in quanto l'art. 486, comma 5, c.p.p. avrebbe un preciso riferimento solo alla fase del dibattimento.³⁷⁶

Per quanto concerne la composizione del collegio giudicante competente

³⁷⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2008-10 luglio 2008, n. 28557, CED, 240784, secondo cui “nel procedimento di sorveglianza la mancata audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta integra una nullità del procedimento di ordine generale, *ex art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p.*, e a regime intermedio quanto alla deducibilità e alla rilevabilità”.

³⁷⁵ Cfr. Cass. Sez. I, 22.09.1993, Ragusa, Cass. Pen., 1994, 3035.

³⁷⁶ Cfr. Cass pen., SS.UU., 8.4.1998, Cerroni, Cass. Pen., 1998, 3219.

all'applicazione della misura alternativa, l'orientamento della Suprema Corte è quello di definire la violazione dell'art. 70, comma 6, dell'ordinamento penitenziario (secondo cui uno dei due magistrati ordinari componenti il collegio deve essere il Magistrato di Sorveglianza sotto la cui giurisdizione è posto il soggetto in ordine al quale si provvede) come una mera irregolarità, non essendo prevista, per tale violazione, alcuna nullità e non potendo la violazione medesima ricondursi alla previsione di cui all'art. 178 comma 1, lett. a) c.p.p.³⁷⁷

L'udienza si svolge con modalità analoghe a quelle del dibattimento penale, in quanto compatibili con la specificità del rito di sorveglianza.

In particolare, essa si apre con la relazione orale da parte del presidente del collegio o del giudice ad essa delegato.

La fase di trattazione si sostanzia, oltre che nell'audizione dell'interessato che ne abbia fatto richiesta, nell'acquisizione delle prove.

E difatti, si ricorda che, nel corso dell'udienza, il giudice, se necessario, può procedere all'assunzione di prove, "nel rispetto del contraddittorio"; inoltre, il giudice «può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno» (cfr. art. 666, comma 5, c.p.p.).

Da tali elementi, emerge, sostanzialmente l'impianto inquisitorio che caratterizza il rito in esame.³⁷⁸

E' stato già osservato che il giudice può acquisire *ex officio*, senza essere vincolato al principio della domanda, tutti gli elementi che ritiene utili ai fini della decisione: ne consegue che non è configurabile alcun onere probatorio a carico del condannato che invochi l'applicazione di una misura alternativa, ma soltanto di un "onere di allegazione".³⁷⁹

Nel procedimento di sorveglianza assume un significativo valore l'acquisizione, *ex art. 678, comma 2, c.p.p.*, della documentazione attinente l'osservazione scientifica della personalità del reo; a tal fine, il giudicante può avvalersi della consulenza dei tecnici del trattamento.

Atteso il tenore letterale della norma, si ritiene che il tribunale non possa prescindere dall'acquisizione della predetta documentazione, le cui risultanze è

³⁷⁷ Cfr. Cass. pen. sez. I, 21.3.1996, Tommassoni, Cass. Pen., 1997, 854.

³⁷⁸ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 1124.

³⁷⁹ Cfr. LATTANZI, LUPO, *op. cit.*, p. 519.

tenuto a valutare.³⁸⁰

Accanto alle prove cc.dd. “precostituite”, il tribunale può avvalersi anche dell’assunzione di prove costituende, essenzialmente consistenti nell’esame di eventuali testimoni e nell’espletamento di perizia,³⁸¹ procedendo “senza formalità” (cfr. art. 185 disp. att. c.p.p.):³⁸² il principio di libertà delle forme vigente nella materia *de qua* esclude l’operatività del termine preclusivo di cui all’art. 468 c.p.p., con la conseguenza che la presentazione di richieste istruttorie può essere formulata anche direttamente in udienza.³⁸³

Se il soggetto è detenuto, viene chiesta alla direzione dell’istituto una relazione di sintesi, contenente le osservazioni di una *equipe* di educatori dell’area penitenziaria e di assistenti sociali esterni.

Nella relazione di sintesi devono essere indicati i presupposti per l’eventuale attuazione della misura alternativa e le eventuali indicazioni di riferimenti esterni e dell’attività lavorativa.

Al contrario, se il soggetto è libero, in sostituzione della relazione di sintesi viene chiesta una relazione direttamente all’Ufficio di esecuzione penale esterna, almeno per quanti debbano espiare una pena significativa.

In alcuni casi, si ritiene opportuno acquisire copia della sentenza di condanna, o quantomeno l’estratto; laddove occorra accertare i presupposti previsti dall’art. 4 *bis*, l. ord. pen., la copia della sentenza di condanna è sempre necessaria.

Vengono poi chiesti il certificato penale ed i carichi pendenti nel luogo di residenza, anche se questi ultimi sono relativamente indicativi in quanto il soggetto può ben delinquere anche nel resto del paese.

³⁸⁰ In tal senso cfr. GAITO, RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 141, i quali osservano che «la norma ha il pregio di dare sanzione positiva, nella giurisdizione rieducativa, all’assoluta preminenza funzionale della c.d. prova tecnica».

³⁸¹ Con Riferimento alla perizia, deve precisarsi che – in deroga alle previsioni generali – è ammessa la c.d. perizia criminologica (cfr. art. 220, comma 2, c.p.p.). Sul punto, in Cass. pen., sez. I, 19.6.1998, Tomelleri, inedita, si precisa che, sebbene l’espletamento della perizia debba avvenire senza formalità, deve pur sempre essere garantito il rispetto del contraddittorio e l’esercizio dei relativi poteri difensivi.

³⁸² Cfr. CATELANI, *Manuale dell’esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002, . 242.

³⁸³ Cfr. DEGL’ INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 420.

4.3. Giudizio di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale

Il provvedimento di concessione o di rigetto della richiesta della misura alternativa, si fonda come già illustrato nel precedente capitolo, su molteplici parametri valutativi.

Con riferimento agli elementi che il tribunale deve considerare ai fini della concessione dell'affidamento in prova, si rinvia a quanto già osservato nel Cap. II.

4.4. Decisione sulla concessione della misura

Esaurita la fase della trattazione si procede alla discussione.

Innanzitutto, occorre precisare che anche nel procedimento di sorveglianza trova applicazione il principio di immutabilità del giudice dettato dall'art. 525 c.p.p. per il giudizio dibattimentale, anche se la diversa composizione del collegio giudicante non determina, nella specie, alcuna ipotesi di nullità considerata la possibilità di riprodurre nell'udienza di rinvio tutta l'attività istruttoria svolta precedentemente.³⁸⁴

La discussione non è disciplinata da alcuna specifica disposizione di legge e devono, pertanto, ritenersi applicabili, in via analogica, i principi generali del processo penale: rassegna le proprie conclusioni, dapprima, il procuratore generale e, successivamente, il difensore. Nulla osta all'applicazione anche al procedimento di sorveglianza dell'art. 523, comma 5, c.p.p., alla stregua del quale l'interessato ha diritto, ove ne faccia richiesta, a prendere la parola per ultimo, personalmente o a mezzo del difensore.

Il Tribunale di Sorveglianza decide sulla concessione o meno della misura alternativa con apposita ordinanza motivata (art. 666, comma 6 e 125, comma 3, c.p.p.); l'ordinanza deve essere depositata, ai sensi dell'art. 128 c.p.p., entro il termine, pacificamente considerato ordinatorio, di cinque giorni dalla sua

³⁸⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 22.3.1996, Caia, e Cass. pen., sez. I, 11.5.1993, Papalia.

deliberazione.

Successivamente al deposito l'ordinanza deve, senza ritardo, essere notificata all'interessato e al suo difensore e comunicata al procuratore generale, quale parte del procedimento e, quindi, ai fini dell'esercizio dello *ius impugnandi*, ed al pubblico ministero che cura l'esecuzione per gli eventuali provvedimenti di sua competenza in ordine all'ulteriore corso della stessa.

L'omessa notificazione non produce alcun effetto sulla validità dell'ordinanza, ma, incidendo sui termini perentori cui è soggetta l'impugnazione, impedisce all'ordinanza stessa di diventare irrevocabile.³⁸⁵

In motivazione devono obbligatoriamente emergere le ragioni giustificatrici del provvedimento adottato.

In particolare, si noti che le decisioni del Tribunale di Sorveglianza devono essere accuratamente motivate soprattutto nei casi di rigetto dell'istanza.³⁸⁶

In tal senso, infatti, la Suprema Corte ha rilevato la sussistenza del vizio di motivazione nel caso in cui i motivi sui quali si è fondato il rigetto della relativa istanza non siano esplicitati, sia pure sommariamente con indicazione delle circostanze concrete evidenziando l'inidoneità della misura richiesta.

Dal punto di vista formale, inoltre, non può ammettersi un provvedimento di concessione del beneficio redatto unicamente su modulo prestampato; e difatti, pur essendo considerato legittimo, nel rito di sorveglianza, l'uso di "moduli a stampa", è necessario che gli stessi siano integrati con osservazioni riferibili alla situazione concreta e manifestino un sufficiente grado di certezza in ordine allo svolgimento di un accurato esame di tutti gli elementi processualmente significativi.³⁸⁷

E' ritenuta legittima un'ordinanza motivata per "*relationem*", con riferimento alle informazioni fornite dagli organi competenti, recepite e fatte proprie dal giudicante, a condizione che, nel provvedimento, le fonti di informazione e gli estremi dell'atto in cui sono contenute siano indicati in modo preciso; l'assenza di detti elementi invece comporta l'illegittimità dell'ordinanza stessa.³⁸⁸

Pertanto, non essendo configurabile, in base al sistema normativo delineato

³⁸⁵ Cfr. Cass. pen., sez. I, 10.2.1993, Porru.

³⁸⁶ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 340.

³⁸⁷ Cfr. Cass. pen., sez. I, 6.11.1997, Lavuri, Cass. Pen. 1999, 910.

³⁸⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 3.11.1993, Maugeri, Cass. Pen., 1994, 3115.

nell'art. 47, l. ord. pen. 34/1975, una sorta di “presunzione di affidabilità” di ciascuno al servizio sociale, ne consegue che la pronuncia di rigetto è da considerare validamente motivata dal giudice quando abbia comunque indicato degli elementi atti a dimostrare la ragionevolezza del suo convincimento.

Infine, va ricordato che il Tribunale di Sorveglianza è legittimato a concedere, in forza del suo potere discrezionale, e ove ne ricorrano i presupposti, una misura alternativa di minore ampiezza rispetto a quella richiesta dal condannato.

L'ordinanza che definisce il procedimento è immediatamente esecutiva: e difatti, in deroga al principio generale dell'effetto sospensivo dell'impugnazione enunciato dall'art. 588 c.p.p., al fine di evitare il rischio di un uso strumentale e dilatorio del ricorso per Cassazione, l'art. 666, comma 7, c.p.p. stabilisce che la proposizione del ricorso non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato salvo che il giudice che l'ha emesso disponga diversamente.³⁸⁹

Come già accennato,³⁹⁰ l'unico mezzo di impugnazione previsto contro il provvedimento del tribunale è il ricorso per Cassazione, in virtù di quanto previsto dall'art. 666, comma 6 c.p.p., riguardante il procedimento di esecuzione, in deroga al vigente sistema delle impugnazioni.

La legittimazione a ricorrere è attribuita all'interessato, al suo difensore al momento del deposito dell'ordinanza (che deve essere iscritto nell'albo speciale di cui all'art. 613 c.p.p.) e al pubblico ministero.

Con riferimento specifico all'organo dell'accusa, è legittimato a impugnare l'ordinanza il pubblico ministero, individuato ai sensi dell'art. 678, comma 3, c.p.p., presso il tribunale del luogo in cui ha sede l'ufficio di sorveglianza.

In base al principio generale enunciato all'art. 568, comma 4, c.p.p. la proposizione del ricorso per Cassazione deve essere qualificata dall'interesse ad impugnare, da intendersi non in chiave meramente astratta ed ipotetica, quale interesse teorico alla corretta applicazione della legge, in quanto «l'interesse richiesto dall'art. 568 c.p.p. va inteso come pretesa all'eliminazione della lesione attuale di un diritto o di altra situazione soggettiva dell'impugnante tutelata dalla legge, non già quale pretesa alla affermazione di un astratto principio giuridico che non realizza il

³⁸⁹ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 428.

³⁹⁰ In apertura del paragrafo.

vantaggio pratico cui deve tendere ogni impugnazione». ³⁹¹

Il termine per impugnare, perentorio, è fissato, conformemente ai principi generali dei procedimenti in camera di consiglio, in quindici giorni dalla comunicazione (da effettuarsi “senza ritardo” *ex art. 666, comma 6, c.p.p.*) o dalla notificazione dell’ordinanza.

Il ricorso deve essere presentato presso la cancelleria del giudice *a quo*, ovvero nella cancelleria della procura del luogo in cui si trova la parte privata (cfr. art. 582 c.p.p.). Se l’interessato è detenuto l’impugnazione può essere presentata *ex art. 123 c.p.p.* con atto ricevuto dal direttore dell’istituto.

Il ricorso deve contenere, in ossequio al principio dell’unicità dell’atto di impugnazione sancito dall’art. 581 c.p.p., e a pena inammissibilità, sia la dichiarazione di impugnazione sia la presentazione dei motivi. ³⁹²

Per quanto attiene ai motivi su cui può fondarsi il ricorso per Cassazione, la Corte ha escluso che le ordinanze conclusive del procedimento di sorveglianza possano impugnate per mancata assunzione di una prova decisiva richiesta dalla parte ai sensi dell’art. 495, comma 2, c.p.p. ³⁹³ ed ha, inoltre, affermato che «nel procedimento di sorveglianza non possono essere dedotte con ricorso per Cassazione le lacune istruttorie occorse nella fase di merito che siano state denunciate dinanzi al giudice competente, anche se quest’ultimo giudichi in unico grado». ³⁹⁴

La presentazione del ricorso non sospende l’esecuzione dell’ordinanza, salvo diversa disposizione dello stesso giudice di sorveglianza (art. 666, comma 7, c.p.p.).

Ai sensi del disposto di cui all’art. 666, comma 6, c.p.p., la Cassazione decide applicando l’art. 611 c.p.p.; dunque, si provvede sull’impugnativa con decisione assunta in camera di consiglio, senza l’intervento dei difensori. ³⁹⁵

A decorrenza del termine per impugnare, ovvero l’inammissibilità o il rigetto del ricorso per Cassazione, determinano l’impugnabilità dell’ordinanza emessa dal

³⁹¹ In dottrina, cfr. DEGL’ INNOCENTI, FALDI, *op. cit.*, p. 432; Cass. pen., msez. I, 22.11.2005, n. 43039, Cacace, inedita.

³⁹² Cfr. Cass. pen., sez. I, 7.10.1991, Mattia, Rv. 188864, secondo cui “data l’unicità dell’atto di impugnazione, la presentazione della dichiarazione di impugnazione senza l’esposizione dei motivi come prescritto dall’art. 581, lett. c) c.p.p., comporta l’inammissibilità del gravame, e preclude al giudice dell’impugnazione di rilevare qualsiasi tipo di nullità anche insanabile e rilevabile d’ufficio anteriormente verificatesi”.

³⁹³ Cfr. Cass. pen., sez. III, 12.8.1993, Cova ; Cass. pen., sez. I, 24.9.1993, Pezzoni.

³⁹⁴ Cfr. Cass. pen., sez. I, 9.1.2004, Aparo, in Cass. pen., 2005, n. 1472.

³⁹⁵ Cfr. DEGL’ INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 434.

Tribunale di Sorveglianza.³⁹⁶

Sul punto, è bene tuttavia precisare che tale inoppugnabilità non si identifica con l'efficacia propria della cosa giudicata: e difatti, come evidenziato in giurisprudenza, «pur non potendosi parlare di formazione del giudicato in materia di istanze di applicazione di misure alternative alla detenzione, trattandosi di decisioni formulate allo stato degli atti, tuttavia nella relativa procedura si realizza l'effetto preclusivo, ai sensi dell'art. 666, comma 2, c.p.p., applicabile anche al procedimento di sorveglianza *ex art. 678* dello stesso codice, allorché una nuova istanza dell'interessato, priva di elementi di novità rispetto ad altra precedentemente valutata dal competente giudice di sorveglianza e divenuta non revocabile per mancanza di apposita impugnazione, viene ripresentata».³⁹⁷

Come osservato in dottrina, l'inidoneità dell'ordinanza a produrre gli effetti tipici del giudicato come avviene nel giudizio di cognizione, discende dalla peculiare natura che connota l'oggetto del procedimento di sorveglianza, che non è costituito da un fatto da accertare, ma dalla verifica delle condizioni suscettibili di giustificare, in relazione alla personalità del condannato e dalle prospettive di reinserimento sociale, l'eventuale modificazione *in melius* del rapporto esecutivo penale.³⁹⁸

Ne discende che l'inoppugnabilità (o irrevocabilità) del provvedimento conclusivo del procedimento non preclude una ulteriore verifica giurisdizionale qualora la nuova istanza sia fondata su elementi diversi o si siano comunque modificate le circostanze di fatto o di diritto in relazione alle quali era stata emessa la precedente ordinanza (in tal senso, si pensi, a titolo esemplificativo, all'evoluzione positiva della personalità del condannato per effetto del trattamento rieducativo, oppure alla modificazione delle condizioni esterne che devono supportare il percorso di reinserimento sociale del reo).³⁹⁹ In tale ottica, si è quindi sostenuto che le ordinanze pronunciate dal Tribunale di Sorveglianza devono considerarsi come emesse allo stato degli atti (ovvero subordinate alla condizione *rebus sic stantibus*) e che all'irrevocabilità di dette ordinanze si ricollega soltanto un effetto preclusivo descritto come giudicato aperto, ovvero di un giudicato «(...) che è tale in un dato

³⁹⁶ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 435.

³⁹⁷ In tal senso, Cass. pen., sez. I, 1.2.1993, Chianetta; Cass. pen., sez. I, 1.12.1999, Bauleo.

³⁹⁸ Cfr. DEGL' INNOCENTI, FALDI, *op. cit.* p. 436.

³⁹⁹ *Ibidem.*

momento ed in relazione a certe condizioni di fatto, modificate le quali può verificarsi una nuova e diversa valutazione giudiziale». ⁴⁰⁰

Infine, si noti che le ordinanze emesse a conclusione del procedimento di sorveglianza, secondo un tradizionale orientamento, ⁴⁰¹ basato sulla loro mancata menzione nel testo dell'art. 629 c.p.p., non sarebbero soggette a revisione.

Sul punto, occorre tuttavia menzionare il principio di diritto espresso dalla Corte Costituzionale, che, con sentenza 31 maggio 1996, n. 181, ha affermato che, «allorché l'ordinanza ha disposto la revoca del beneficio penitenziario, basandosi su una pendenza giudiziaria, l'interessato, una volta intervenuta la pronuncia assolutoria, è legittimato a far rivalutare la sua posizione dal Tribunale di Sorveglianza». ⁴⁰²

5. L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova

Da ultimo, al fine di fornire un quadro completo con riferimento all'attuale panorama culturale, connotato dalla contrapposizione dell'obiettivo dell'"inclusione" del reo a quello della sua "reclusione" e, conseguentemente, dallo scardinamento della tradizionale logica reato-pena, si ritiene opportuno concludere il presente lavoro di ricerca illustrando la disciplina del nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti, introdotto dalla l. 28 aprile 2014 n. 67 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2014). ⁴⁰³

⁴⁰⁰ Per tali considerazioni, cfr. CANEPA, MERLO, *op. cit.*, P. 551-553.

⁴⁰¹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 8.11.1991, n. 1534, in Cass. Pen., 93, 1794.

⁴⁰² Sul punto, si veda FILIPPI, SPANGHER, *op. cit.* p. 154.

⁴⁰³ A ben vedere, la proposta di introdurre nell'ordinamento la messa alla prova dell'imputato adulto, modellata sull'archetipo della messa alla prova minorile di cui all'art. 28 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in materia di processo minorile, era già presente nel d.d.l. Mastella n. 2664 del 2007 del Governo Prodi II, diretto all'accelerazione e razionalizzazione del processo penale, sebbene limitata ai reati la cui pena massima edittale non superasse i due anni. Successivamente l'istituto è stato ripresentato dal Governo Berlusconi IV con il d.d.l. n. 3291 del 2010, dal Governo Monti, con il d.d.l. n. 5019 del 2012 e dal Governo Letta con il d.d.l. 5019-*bis* del 2013, laddove la sospensione del procedimento con messa alla prova era indicata, nell'art. 3, come oggetto di una delega parlamentare al governo, da attuarsi con impatto circoscritto al codice di procedura penale e nel rispetto di otto principi e criteri direttivi. Era, altresì, prevista nel progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia e riguardava i reati puniti con pena diversa dalla detentiva o con pena detentiva non superiore a tre anni. In particolare, l'art. 42 del progetto contemplava l'esito positivo della messa alla prova quale causa di estinzione del reato, mentre l'art. 44 dettava i principi che il legislatore delegato avrebbe dovuto osservare nella fissazione dei presupposti.

E difatti, anche questo istituto – analogamente agli ultimi interventi operati del legislatore al fine di incentivare l’accesso alla misura alternativa dell’affidamento in prova al servizio sociale – è figlio della «cronica esigenza di deflazione carceraria»,⁴⁰⁴ esigenza che si è imposta in ragione dell’ipertrofia del sistema giudiziario penale, da cui sono conseguiti numerosi effetti distorsivi (quali il venir meno della certezza della pena in tempi ragionevoli ed una crescente percezione sociale di ineffettività della sanzione), nonché l’*ultimatum* imposto dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.⁴⁰⁵

E difatti, sembra innegabile che la messa alla prova debba inquadarsi nell’ambito di quella stessa necessità che ha spinto il legislatore ad un profondo ripensamento del sistema penale sostanziale e processuale e sanzionatorio, proteso a favorire «il ricorso a sanzioni non penali o comunque alternative alla detenzione [ndr. e a] porre un più efficace meccanismo di doppio binario processuale, idoneo a selezionare per la trattazione con il rito ordinario i procedimenti afferenti a fatti (veramente) meritevoli dell’accertamento dibattimentale, implementando, per tutte le altre ipotesi, modalità alternative di definizione degli affari penali»,⁴⁰⁶ al fine di realizzare, per tale via, «“un’equilibrata de-carcerizzazione” e a conferire effettività al principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale».⁴⁰⁷

Invero, lo scopo del nuovo sistema penale pare quello di «responsabilizzare, prima che di condannare, l’autore del reato, favorendone il reinserimento sociale e il recupero in un contesto ambientale che non è più solo quello della devianza e degli

⁴⁰⁴ In questi termini, PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 1, 2015, p. 98.

⁴⁰⁵ Cfr. Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in Cass. pen., 2013, 1, p. 11 ss., con nota di TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, che ha condannato l’Italia per violazione dell’art. 3 C.e.d.u. per non aver garantito ai detenuti uno spazio minimo «considerato accettabile dal Comitato per la prevenzione della tortura». Tra i commentatori della sentenza, cfr. anche DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani* (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia), in *Dir. um. dir. int.*, 2013, 1, p. 147 ss.; M. Dova, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, p. 948 ss.; VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.penalecontemporaneo.it

⁴⁰⁶ Così, testualmente, FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida al dir.*, 21, 2014, p.67.

⁴⁰⁷ Così Relazione predisposta dall’ufficio del Massimario, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, a cura di PICCIRILLO, 3. Anche per VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1301, lo scopo della deflazione carceraria costituisce la principale ragion d’essere della novella legislativa «in relazione, se non altro, alla necessità di ottemperare agli obblighi imposti all’Italia dalla nota sentenza Torreggiani della Corte EDU».

istituti di pena (fertile terreno criminogenetico)».⁴⁰⁸

In ragione delle brevi notazioni che precedono e, dunque, dell'esistenza di alcune affinità, soprattutto finalistiche, tra l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e il beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale, si ritiene opportuno concludere il presente lavoro di ricerca fornendo un breve approfondimento sulla novità normativa.

La messa alla prova costituisce un istituto radicato nel contesto del procedimento cognitivo, quale strumento eventualmente concesso dal giudice della cognizione (a differenza, quindi, della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale, che interviene nella fase dell'esecuzione della pena irrogata con sentenza passata in giudicato e viene concesso dal Tribunale di Sorveglianza) e richiesto dall'imputato per evitare – al ricorrere di determinati presupposti - la celebrazione di un giudizio che possa portare alla condanna dell'imputato.⁴⁰⁹

Dai dati pubblicati dal Ministero della Giustizia emerge che la messa alla prova ha avuto un indiscutibile successo (si consideri, infatti, che alla data del 31 luglio 2015, risultavano 4.782 applicazioni e 9.684 “indagini in corso da parte dell'UEPE per la possibile concessione”, vale a dire procedimenti attivati a seguito della richiesta).⁴¹⁰

Ovviamente, trattandosi di istituto che opera in una fase anticipata rispetto alla condanna, non si è in grado di sapere se e quanto inciderà sul decremento della popolazione carceraria.

La sospensione del procedimento con messa alla prova che trova collocazione negli artt. 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater* c.p. nonché, nel nuovo Titolo V *bis* del codice di rito, agli artt. da 464 *bis* a 464 *novies* c.p., ha, tuttavia, generato plurimi dubbi interpretativi, primo tra tutti con riferimento alla sua esatta natura giuridica.⁴¹¹

⁴⁰⁸ Cfr. PULITO; op. cit., p. 98.

⁴⁰⁹ ZAINA, *Sospensione del processo con messa alla prova, prime riflessioni sull'istituto*, in www.altalex.it

⁴¹⁰ I dati in questione vengono riportati nel contributo di BARTOLI, *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

⁴¹¹ Tra gli altri, è emerso il problema di c.d. diritto intertemporale: il tema è apparso fin da subito controverso al punto che, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina, la questione è stata rimessa al giudizio delle Sezioni Unite; cfr. Cass., Sez. IV, ord. 9 luglio 2014, n. 30559, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2014 (con nota di F. PICCICHÈ, *Alle sezioni unite la questione della applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso*), all'interno della quale si pone da subito in luce il carattere pluridimensionale dell'istituto della sospensione con messa alla prova, in quanto, in rapporto ad esso, risultano individuabili «profili sia di carattere sostanziale (si

Infatti, esso va contemporaneamente inserito fra le cause estintive del reato e tra i procedimenti speciali.

Difatti, come è stato osservato in dottrina «con l'attuazione del *probation*, l'autorità statale rinuncia alla indefettibilità ed alla certezza della pena in funzione di un recupero appena probabile, o forse solo possibile, del reo».⁴¹²

In altri termini, lo Stato cede la sua pretesa punitiva, tant'è che l'esito positivo della prova comporta la dichiarazione di estinzione del reato, se il reo recede dalla sua disposizione al reato: l'estinzione del reato è il controvalore che lo Stato si dichiara disposto a pagare pur di evitare il costo del processo.

Al contempo, l'imputato rinuncia alla garanzia della *plena cognitio* in cambio di un trattamento sanzionatorio meno afflittivo rispetto a quello cui andrebbe incontro in caso di pieno accertamento della responsabilità, nonché della pronuncia di una sentenza di proscioglimento;⁴¹³ circostanza che, come è evidente, rende l'istituto *de quo* un procedimento speciale vero e proprio.

Venendo, ora, ai principali profili applicativi, la sospensione del procedimento con messa alla prova necessita di espressa richiesta,⁴¹⁴ formulata in forma orale o per iscritto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale; ciò diversamente dalla messa alla prova per l'imputato minorenni - che può essere disposta con ordinanza, anche d'ufficio, previa audizione delle parti.

La concessione dell'istituto è subordinata al previo accertamento di taluni stringenti requisiti previsti dalla legge, i quali costituiscono veri e propri limiti, sia sul

tratta di una nuova causa di estinzione del reato inserita nel codice penale conseguente all'adempimento di un programma che implica misure limitative della libertà del soggetto) sia di carattere processuale, avendo il legislatore previsto specifici momenti processuali per la proposizione della richiesta». La questione relativa all'inquadramento del nuovo istituto, nell'ambito della disciplina sostanziale oppure di quella processuale, assume, come può intuirsi e come si vedrà, rilievo decisivo ai fini della risoluzione del problema qui esaminato.

In relazione a tale ordinanza e alla evoluzione processuale della vicenda, cfr. F. GIUNCHEDI, *In nome della nomofilachia. La Cassazione cerca di prevenire i fenomeni di overruling*, in *Archivio penale online*.

⁴¹² Cfr. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 676.

⁴¹³ Cfr. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale*, 1, 2015, 4, che si richiama a MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 676; nonché a BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovrappollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2014, p. 670.

⁴¹⁴ In dottrina è stato notato come il legislatore non si sia preoccupato di integrare il contenuto dell'art. 552 c.p.p., prevedendo anche la possibilità di avanzare richiesta di messa alla prova nell'avviso all'imputato. Inserito il nuovo istituto fra i procedimenti speciali, appare logico ritenere che anche ad esso vada esteso l'avviso e i diritti consequenziali (cfr. TABASCO, *op. cit.*, p. 6).

versante soggettivo che sul versante oggettivo.

Sotto il profilo soggettivo, essa non può essere applicata⁴¹⁵ né ai delinquenti e contravventori abituali,⁴¹⁶ né ai delinquenti professionali e per tendenza.

Dal punto di vista oggettivo, viene in considerazione – anzitutto – il limite contemplato dal citato art. 168 *bis* c.p. – secondo il quale il beneficio in esame è ammesso solo «nei procedimenti per reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale».

Da tale previsione si evince, dunque, che l'ambito applicativo del beneficio sanzione è individuato in ragione della gravità del reato, valutata alla luce della pena edittale, e *ratione materiae*, ossia con riferimento ad alcune tipologie specifiche di reato.

Nelle prime applicazioni dell'istituto, tale aspetto ha dato luogo a contrasti interpretativi⁴¹⁷ circa la rilevanza o meno delle circostanze ai fini dell'individuazione della pena applicabile, strumentale per l'appunto, alla potenziale concessione del beneficio.

Secondo una prima soluzione ermeneutica, occorrerebbe richiamarsi alle regole fissate dall'art. 4 c.p.p. (per la determinazione della competenza) e dall'art. 278 c.p.p. (e dunque, agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari): in tale ottica, dovrebbe tenersi conto delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e da quelle ad effetto speciale.

Secondo una diversa prospettiva (accolta anche dalla Suprema Corte di

⁴¹⁵ Ciò si noti, a differenza della messa alla prova in sede minorile, la quale non trova limiti. Essa, infatti, è reiterabile illimitatamente; è suscettibile di estensione in corso di esecuzione; può essere concessa in caso di nuovi processi per fatti sia precedenti che successivi; è applicabile anche al minore che in precedenza sia stato destinatario di perdono giudiziale o condannato.

⁴¹⁶ Con riferimento alla delinquenza abituale FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida al diritto*, 21, 2014, p. 71 ss., rileva che la preclusione mantiene la sua natura assoluta in relazione alla misura anche qualora la declaratoria sia risalente nel tempo e possa per tale motivo non corrispondere a una pericolosità soggettiva concreta ed attuale. Pertanto, ciò rileverebbe una certa distonia dell'istituto, «considerato che non appare irragionevole ritenere che il decorso del tempo e l'eventuale percorso di recupero sociale possano avere medio tempore ridotto o, addirittura, esaurito la carica antisociale dell'interessato, sterilizzandone quindi la relativa pericolosità soggettiva».

⁴¹⁷ Da atto della sussistenza del contrasto, BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno, quali, ancora le criticità?* In www.dirittopenalecontemporaneo.it

Cassazione nelle sue pronunce),⁴¹⁸ diametralmente opposta, nella determinazione della pena, non assumono alcun rilievo le circostanze eventualmente contestate all'indagato/imputato. E difatti, non avendo il legislatore fissato criteri *ad hoc*, se ne desume, *a contrario*, che nella determinazione della pena agli effetti dell'applicazione dell'istituto della messa alla prova, e dunque ai fini dell'individuazione dei reati che rientrino nell'ambito applicativo di tale istituto, debba guardarsi unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, senza tener conto delle circostanze, neanche di quelle ad effetto speciale.⁴¹⁹

Un altro problema connesso alla tassatività delle previsioni sussunte nel comma 1 dell'art. 168 *bis* c.p.p. (e al fatto che la richiesta deve essere presentata, a pena di inammissibilità, in una fase del tutto preliminare al giudizio) potrebbe verificarsi nel caso in cui la contestazione mossa dal pubblico ministero all'imputato risulti erroneamente di maggiore gravità di quella che, in effetti, avrebbe dovuto formare oggetto di processo, e si sia visto per tale ragione negare la concessione della sospensione del procedimento.

Tale situazione penalizza gravemente e irreparabilmente l'imputato, poiché, nel corso del giudizio, il giudice potrebbe procedere alla corretta riqualificazione del

⁴¹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, n. 6483 del 09/12/2014 - dep. 13/02/2015, P.M. in proc. Gnocco e altro, Rv. 262341, secondo cui «in tema di sospensione con messa alla prova, ai fini dell'individuazione dei reati attratti dalla disciplina della “*probation*” di cui agli artt. 168 *bis* e seguenti cod. pen. in ragione del mero riferimento edittale, deve guardarsi unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dal rilievo che nel caso concreto potrebbe assumere la presenza della contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale».

Un principio, questo, che ha conosciuto un'unica voce dissonante, rappresentato da Cass. pen., Sez. 6, n. 36687 del 30/06/2015 - dep. 10/09/2015, Fagrouch, Rv. 264045, secondo cui «in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del combinato disposto dagli artt. 168 *bis*, primo comma, cod. pen., e 550, comma secondo, cod. proc. pen., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale». Sul punto, la nota di commento di MARANDOLA, *Il criterio quantitativo della pena per l'ammissione alla messa alla prova*, in *Giurisprudenza italiana*, 10, ottobre 2015, p. 2226-2230.) ma che è stato, per converso, ribadito in altre due pronunce, ancor più recenti, cfr. Sez. 2, *Sentenza n. 33461 del 14/07/2015 Cc.* (dep. 29/07/2015) Rv. 264154 e Sez. 4, *Sentenza n. 32787 del 10/07/2015 Cc.* (dep. 27/07/2015) Rv. 264325. In particolare, la Suprema Corte – nell'attribuire rilievo sia al dato letterale (“pena edittale”) che all'omesso richiamo del comma 1 dell'art. 550 c.p.p. (ed al rinvio, in esso contenuto, all'art. 4 c.p.p.) e nell'operare una ricostruzione ermeneutica del dato di riferimento, raffrontato con gli altri momenti normativi ricavabili dall'ordinamento, ha in tali pronunce ulteriormente evidenziato come anche i lavori preparatori diano contezza della volontà del legislatore di non dare rilievo alle circostanze, nella determinazione della pena (non essendo stato approvato il testo normativo che vi attribuiva incidenza). Tale dato, unitamente ai profili di carattere sistematico, depone nel senso dell'irrelevanza, ai fini della determinazione della pena, delle circostanze aggravanti.

⁴¹⁹ In questo senso, BOVE, *Se l'imputato si mette alla prova: alcuni aspetti critici di un rito poco deflattivo*, in *Gazzetta Forense*, 1, 2015, p. 204 ss..

fatto *ex art. 521, comma 1, c.p.p.*, sussumendolo in un'ipotesi meno grave: per l'effetto, il fatto potrebbe rientrare astrattamente in uno dei casi che avrebbe consentito il ricorso alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

Essendo evidente come in tale ipotesi l'imputato subisca una scelta del pubblico ministero, è stato evidenziato come appaia «del tutto irragionevole ed illogico che la possibilità di accesso ad una misura definitiva di un processo risulti legata indissolubilmente ad una discrezionalità tecnico-giuridica, non già eventualmente ad appannaggio del giudice terzo (peraltro espressamente riconosciuta con gli art. 464 *ter* e *quater* che governano analiticamente i poteri del GIP, del GUP e del tribunale, bensì *ex parte*)». ⁴²⁰

Il secondo limite di natura oggettiva consiste nel fatto che la sospensione del procedimento con messa alla prova non può essere concessa più di una volta, previa verifica delle iscrizioni del certificato del casellario giudiziale. ⁴²¹

Quanto ai limiti di natura temporale, la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova può essere avanzata, dopo l'esercizio dell'azione penale, innanzi al giudice per le indagini preliminari, al giudice dell'udienza preliminare, al giudice del dibattimento e al giudice della direttissima (in questo senso la disciplina dettata dall'art. 464 *bis* c.p.p., che, con riferimento a ogni singola fase, fissa termini di preclusione e decadenza).

Segnatamente, nel procedimento ordinario, la richiesta va avanzata nell'udienza preliminare o nell'ulteriore udienza fissata per l'integrazione delle indagini fino alla formulazione delle conclusioni rassegnate dalle parti.

⁴²⁰ ZAINA, *Sospensione del processo con messa alla prova, prime riflessioni sull'istituto*, in www.altalex.it

⁴²¹ È stata modificata sul punto la disposizione di cui all'art. 3 (L), comma 1 del d. P.R. 14.11.2002 nr. 313, prevedendosi che nel certificato del casellario venga iscritta per estratto anche «l'ordinanza che ai sensi dell'articolo 464 *quater* c.p.p. dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova». Si noti come tale condizione ostativa rappresenta uno dei elementi di diversità tra il nuovo istituto della messa alla prova *cd per adulti*, e quello previsto dall'art. 28 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in materia di processo minorile. E difatti, per i minorenni la messa alla prova non conosce limitazioni di sorta, né oggettivi, né soggettivi: il minore può, quindi, essere ammesso alla prova anche se indagato e anche se ne abbia già goduto altre volte. Al contrario, da maggiorenne gli può essere applicata una sola volta e ciò, deve ritenersi, anche quando ne abbia già beneficiato da minorenni. In altri termini, se non sussistono preclusioni normative di sorta a concedere il beneficio al maggiorenne che sia stato ammesso alla prova quando era minorenni (ossia quando poteva beneficiarne senza limitazione alcuna), una volta che il maggiorenne sia stato ammesso alla prova, non sarà per lui più possibile ottenere in futuro la sospensione del procedimento con messa alla prova per tali ultime valutazioni, cfr. BOVE, *op. cit.*, pp. 204 ss.).

Il termine per formulare la richiesta nell'udienza preliminare viene individuato con la medesima formula che viene utilizzata per individuare il termine per la proposizione della richiesta di rito abbreviato (ossia «fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422»).

Nel caso si proceda con rito direttissimo e nel procedimento con citazione diretta a giudizio, il termine per formulare la richiesta è costituito dalla dichiarazione di apertura del dibattimento.

E ancora, nell'ipotesi di giudizio immediato, la richiesta va presentata nel termine di 15 giorni e con le forme stabilite dall'art. 458, comma 1 c.p.p. al giudice per le indagini preliminari;⁴²² se è stato emesso decreto penale, la richiesta va presentata con l'opposizione.⁴²³

La legge consente che la richiesta di sospensione del procedimento funzionale alla messa alla prova possa essere formulata al g.i.p., anche durante la fase delle indagini preliminari, prima ancora che venga esercitata l'azione penale (in questo caso la relativa disciplina è contenuta nell'art. 464 *ter* c.p.p.)⁴²⁴

Una volta valutata la sussistenza dei requisiti formali e sostanziali (e, dunque,

⁴²² Si noti, che il legislatore non ha individuato espressamente quale sia il giudice competente a decidere poi sulla richiesta. Come è stato notato nei primi commenti (cfr. BOVE, *op. cit.* p. 12), anche se la norma di cui all'art. 464 *bis* c.p.p. non richiama i commi successivi dell'art. 458 c.p.p. può ritenersi - per essere stata la *probation* inquadrata tra i riti speciali di natura premiale ed assimilata, nell'ipotesi in esame, al rito abbreviato (e più in generale al patteggiamento) - che sia il g.i.p. e non il giudice del dibattimento il giudice naturale, competente a decidere sulla messa alla prova.

Ciò «tenuto anche conto del fatto che il giudice del dibattimento, per espressa volontà legislativa, è competente a decidere, oltre che nei casi di giudizio immediato, solo nelle ipotesi di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo, circostanza, questa, che sembra escludere la possibilità di ampliare il suo ambito di competenza, estendendolo ad ipotesi non contemplate dal legislatore. Conformemente a quanto accade qualora venga presentata, a seguito di decreto di giudizio immediato, istanza di abbreviato o di patteggiamento, anche nel caso di istanza di messa alla prova, il giudice "persona fisica" competente a decidere il procedimento nelle forme del rito scelto dovrebbe però essere diverso da quello che ha emesso il decreto di giudizio immediato» (cfr. BOVE, *op. cit.* p. 12).

⁴²³ Analogamente a quanto notato con riferimento al giudizio immediato, si pone il problema di individuare il giudice competente, non disponendo nulla la legge al riguardo. Come fa notare BOVE (cfr. *Messa alla prova, a poco più di un anno, op. cit.*, p. 1), anche in tale ipotesi, il ragionamento non differisce da quello fatto per il giudizio immediato: la messa alla prova è assimilabile ai riti speciali di natura premiale che, ove richiesti in sede di opposizione, vengono decisi dal g.i.p.; l'unico rito speciale che non viene deciso dal g.i.p. (ma direttamente dal giudice del dibattimento) è il giudizio immediato, ma esso, a differenza degli altri, non è un rito di natura premiale. Appare dunque corretto ritenere che, in caso di opposizione a decreto penale di condanna, giudice naturale a decidere sulla messa alla prova richiesta con l'opposizione sia il giudice per le indagini preliminari (e preferibilmente, anche in tale ipotesi, un giudice-persona fisica diversa da quello che ha emesso il decreto penale).

⁴²⁴ A norma dell'art. 464 *ter* c.p.p. il giudice per le indagini preliminari, una volta ricevuta la richiesta, trasmette gli atti al pubblico ministero, che nel termine di cinque giorni deve esprimere per iscritto il consenso (sinteticamente motivato), formulando contestualmente l'imputazione, o il dissenso, enunciando in questo caso le ragioni poste a fondamento.

ritenuta ammissibile la domanda) il giudice deve verificare l'insussistenza, allo stato degli atti, dei presupposti di una pronuncia di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*

Invero, quando il giudice valuta la possibilità di ammettere alla prova il richiedente (a prescindere della necessaria valutazione sull'idoneità del programma di trattamento), fonda la propria decisione sull'assunto che, allo stato degli atti, quel fatto di reato è attribuibile al soggetto: al contrario, qualora vi fossero elementi certi ed evidenti per escluderne la responsabilità, il giudice è tenuto a pronunciare sentenza di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*

Secondo quanto sottolineato di recente dai Giudici di legittimità, detta valutazione prescinde dall'ammissione dei fatti oggetto dell'imputazione, che – evidentemente - non costituisce un requisito per la sospensione del procedimento con messa alla prova.⁴²⁵

Ovviamente, come è stato notato in dottrina «l'accertamento si compendia in un giudizio prognostico connotato dalla sommarietà e provvisorietà considerata la fase processuale in cui trova ingresso la sospensione del procedimento con messa alla prova»,⁴²⁶ le cui caratteristiche nondimeno «sono giustificate dal consenso dell'imputato, che rinuncia ad una *plena jurisdictio* garantita dal pieno contraddittorio nella formazione della prova».⁴²⁷

La sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base alla gravità del reato e alla capacità a delinquere dell'autore del fatto, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Tuttavia, si noti che a differenza di quanto avviene nel *probation* penitenziario, in cui il giudizio prognostico di rieducabilità e di prevenzione del pericolo di recidiva sono supportati dall'osservazione della personalità condotta all'interno dell'istituto penitenziario (allorquando il beneficio è richiesto da soggetto in stato di detenzione) e desunta dal comportamento tenuto in libertà dal condannato (nei casi in cui l'istanza sia proposta prima dell'esecuzione della pena), nella fattispecie, la prognosi si dovrebbe compiere “allo stato degli atti”, tra i quali –

⁴²⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. 5, n. 24011 del 23/02/2015 - dep. 04/06/2015, B, Rv. 263777, secondo cui «l'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova, sospendendo il procedimento, non è subordinata all'ammissione del richiedente del fatto oggetto dell'imputazione».

⁴²⁶ Cfr. TABASCO, *op. cit.*, p. 16.

⁴²⁷ *Ibidem.*

ipotizzando che la richiesta avvenga in dibattimento (ipotesi più frequentemente verificabile), non vi sarebbero neanche gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, difettando una norma come quella di cui all'art. 556 c.p.p.

Da quanto sopra osservato, ne consegue che, da un lato, il giudizio di idoneità sembra rapportato non già alle possibilità di evoluzione in positivo della personalità dell'interessato (così come avviene ai fini della concessione del beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale), quanto piuttosto ai profili retributivi e riparativi, che costituiscono l'essenza del programma stesso; dall'altro, che la prognosi recidivante appare concentrata più sulle necessità di fronteggiare la pericolosità sociale dell'imputato attraverso la prova stessa,⁴²⁸ che sulle possibilità di concreta realizzazione di un processo rieducativo e risocializzante.

Contro l'ordinanza⁴²⁹ che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per Cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa, mentre quest'ultima può impugnare autonomamente il provvedimento per omesso avviso dell'udienza o per omessa audizione nel corso dell'udienza.

Le modalità di esecuzione della misura sono contemplate nei commi 2 e 3 dell'art. 168 *bis* c.p.: emerge, in particolare e a differenza della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, la prestazione di condotte volte ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e a risarcire il danno dallo stesso provocato; come è stato sottolineato nei primi commenti,⁴³⁰ deve ritenersi che la previsione che subordina la concessione della messa alla prova all'impegno risarcitorio dell'imputato ovvero ne prescrive la revoca o la declaratoria di esito negativo in caso di suo inadempimento, induce ad affermare che il risarcimento della vittima sia presupposto imprescindibile dell'istituto di nuovo conio, richiesto dalla legge non già alternativamente, ma congiuntamente alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose.

La prova consiste, in particolare, nell'affidamento dell'imputato al servizio

⁴²⁸ Cfr. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2014, op. cit., p. 668.

⁴²⁹ Il riferimento della norma all'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova non dovrebbe generare dubbi circa la possibilità di proporre ricorso per Cassazione sia avverso le ordinanze che ammettono la misura sia avverso quelle che rigettano la relativa richiesta.

⁴³⁰ Cfr. TABASCO, *op. cit.*, p. 21.

sociale per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. Si noti, per quanto ovvio, che le prescrizioni cui la norma fa riferimento hanno carattere meramente esemplificativo, per cui è ben possibile che ulteriori prescrizioni siano introdotte all'interno del programma di trattamento.

A differenza dell'affidamento concesso nella fase esecutiva dal Tribunale di Sorveglianza, l'esecuzione della messa alla prova deve, inoltre, prevedere lo svolgimento di un'attività lavorativa non retribuita di pubblica utilità, per un periodo non inferiore a dieci giorni (tenendo conto della compatibilità con le specifiche professionalità e attitudini lavorative dell'imputato), compatibilmente con le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato (cfr. comma 3 dell'art. 168 *bis* c.p.).

Tale ultimo profilo è stato fortemente discusso in dottrina, in primo luogo, in ragione del fatto che sul punto la discrezionalità del giudice risulta amplissima, ponendosi seri problemi di determinatezza che fanno dubitare della sua legittimità costituzionale: in tal senso si noti, infatti, come il legislatore abbia indicato soltanto il limite minimo di dieci giorni, mentre non abbia affatto indicato il limite massimo.

Inoltre, avendo riguardo al lavoro di pubblica utilità, la dottrina non ha mancato criticare la scelta di conferire una tale centralità ad un «istituto rivelatosi sin qui fallimentare sul piano operativo, come la prestazione del lavoro di pubblica utilità».⁴³¹

Precisamente, detto istituto presenta notevoli difficoltà applicative, dovute non soltanto alla complessità della procedura di stipula, con gli enti interessati, delle convenzioni regolate dall'art. 54, comma 6, D.lgs. n. 274 del 2000 e d.m. 26 marzo 2001, ma anche agli oneri che comporta un sistema di controlli effettivi sul rispetto degli obblighi collegato alla prestazione del lavoro: sicché, in un'epoca di profonda crisi economica e di conseguenti tagli orizzontali alle risorse della pubblica

⁴³¹ In tal senso CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 9.

amministrazione, l'aggravio dei costi risulta di difficile realizzazione.⁴³²

Tuttavia, in senso contrario, non può affatto ignorarsi come il lavoro di pubblica utilità rivesta oggi un ruolo non marginale nel panorama ordinamentale: la ragione di una tale centralità risiede nell'attuazione di un «indirizzo di politica criminale che, rendendo il condannato partecipe di un progetto fondato su valori di solidarietà sociale, mira ad esaltare, in massimo grado, la generale valenza pedagogica e risocializzante che l'elemento "lavoro" è in grado di esplicitare nei confronti degli autori dei fatti criminosi».⁴³³

La sospensione del procedimento è finalizzata alla messa alla prova e, pertanto, dovrà avere una durata in funzione di questo percorso di sperimentazione ed essere correlata alla gravità del reato contestato, desunta dalla natura della pena edittale. L'art. 464 *quater*, comma 5, c.p.p. prevede che il procedimento non possa essere sospeso per un periodo superiore a due anni ove si proceda per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria. La sospensione, invece, non potrà essere superiore ad un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria. Il termine di sospensione decorre dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova dell'imputato (cfr. art. 464 *quater*, comma 6, c.p.p.).

Durante il corso della sospensione potrebbero emergere eventuali prove: se si tratta di prove non rinviabili e che possono condurre al proscioglimento dell'imputato, il giudice provvede all'acquisizione con le modalità stabilite per il dibattimento, a richiesta di parte, (cfr. art. 464 *sexies* c.p.p.).

Il provvedimento di concessione è revocabile (*ex art. 168 quater* c.p.) a fronte di alcune specifiche e tassative ipotesi di violazione, quali: (i) grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte; (ii) rifiuto alla prestazione al lavoro di pubblica utilità; (iii) commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede.

Decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, il

⁴³² Cfr. VALBONESI, *I profili penali della sospensione del procedimento*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, op. cit., p. 363 e ss.

⁴³³ Cfr. NAPOLEONI, *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza: conforme a costituzione l'inapplicabilità in executiviis*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

giudice dichiara estinto il reato se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritiene che la prova abbia avuto esito positivo.⁴³⁴ A tal fine acquisisce la relazione conclusiva dell'UEPE e fissa l'udienza per la valutazione, dandone avviso alle parti e alla persona offesa.

A ben vedere, nonostante il successo applicativo dell'istituto (cfr. *supra* nel presente paragrafo), è stato notato come esso risulti difficilmente appetibile per i suoi potenziali destinatari: ciò in quanto la gran parte di essi può contare sull'applicazione di una pena sospesa o, al limite, proprio sulla concessione della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, la quale risulta certamente più attraente rispetto alla opzione maggiormente afflittiva della messa alla prova, in quanto subordinata alla prestazione del lavoro di pubblica utilità e allo svolgimento di attività di volontariato di rilievo sociale, nonché a più pregnanti e monitorabili obblighi riparativi in favore della vittima.

In tal senso, si noti come – in effetti – soltanto la ristretta cerchia di quanti vogliano evitare in radice le conseguenze di una condanna o di un patteggiamento, per ragioni essenzialmente di carattere extraprocessuale, potrebbe nutrire un certo interesse per la scelta dell'opzione della sospensione del procedimento con messa alla prova; la stessa circostanza potrebbe valere, altresì, per quanti non possano più accedere alla sospensione condizionale della pena in considerazione delle precedenti condanne subite o del probabile superamento del limite dei due anni di reclusione della pena concretamente inflitta.

Tuttavia – nei fatti – proprio questi ultimi soggetti potrebbero, comunque, non essere ammessi all'istituto, giacché nei loro confronti sarebbe verosimilmente sfavorevole la prognosi di recidivanza; da che ne deriva che lo scopo della deflazione carceraria appare, invero, difficilmente raggiungibile.⁴³⁵

Si impongono, quindi, delle considerazioni conclusive.

⁴³⁴ Cfr. art. 464 *septies* c.p.p.

⁴³⁵ Per SCALFATI, in *La debole convergenza di scopi della deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in *La deflazione giudiziaria 2014 Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 9 “la messa alla prova, per lo più, sarà sfruttata dall'imputato quando non ha la possibilità di ottenere la sospensione condizionale della pena” ed ancora “la novella legislativa rischia così di rivelarsi inutile rispetto allo scopo della deflazione carceraria, che ne costituisce invece la principale ragione d'essere” e “rischia più in generale di condividere la stessa triste sorte delle pene sostitutive introdotte dalla legge n. 689/1981, rimaste quasi del tutto disapplicate nella prassi”.

La prima, di carattere per così dire “culturale”:⁴³⁶ è noto come si stia sempre più affermando un modello di commisurazione della pena in cui «il reato non è più solamente la negazione di valori stabili e determinati, ma è soprattutto un episodio concreto che si colloca al centro di un nodo di interessi vari e mutevoli alla ricerca di una composizione di un equilibrio volta per volta». ⁴³⁷

Ebbene, se è vero che in tale prospettiva, sul fronte processuale, il momento della decisione di quel conflitto prende il sopravvento su quello meramente accertativo del pre-dato di realtà, «è anche vero che il trasporto di logiche funzionali rigorosamente penalistiche (addirittura specialpreventive) nella fase processuale determina contraddizioni difficilmente risolvibili in termini di principio e di efficacia»; ciò in quanto non può non notarsi che, soprattutto se si tratta di istituti basati sul meccanismo della sospensione, «si riesce a trovare un punto di equilibrio contingente tra gli interessi coinvolti più in una logica rigorosamente premiale, che in una logica specialpreventiva». ⁴³⁸

Ultima notazione: quel che più preme evidenziare, al di là delle valutazioni culturalmente orientate che precedono, è che (ad oggi) stentano le vere riforme strutturali, sia per quanto riguarda il sistema sanzionatorio, che per quanto attiene alla carcerazione preventiva.

A ben vedere, infatti, esse, e solo esse, «sembrano essere in grado di dare una soluzione reale ai problemi che affliggono il nostro sistema, non solo in ordine al sovraffollamento, ma anche per ciò che riguarda l’effettività, nonché la razionalità in termini di trattamento progressivo». ⁴³⁹

E’ stato, infatti, sottolineato come continui ad essere prioritaria la riforma del sistema sanzionatorio che, per essere più effettivo, necessita preliminarmente di essere meno afflittivo, il che significa non più carcere-centrico; un sistema cioè nell’ambito del quale siano previste già a livello di comminatoria edittale pene diverse da quella carceraria.

D’altronde, anche la legge delega n. 67/2014 contiene una delega al Governo (allo stato inattuata) per prevedere pene alternative al carcere già a livello di

⁴³⁶ BARTOLI, *op. cit.*, p.659.

⁴³⁷ PALAZZO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 31 ss.

⁴³⁸ BARTOLI, *op. cit.*, p.659.

⁴³⁹ *Ibidem.*

comminatoria edittale, prendendo così corpo l'idea di configurare un sistema non più carcerocentrico.⁴⁴⁰

Sono trascorsi oramai ben 250 anni dalla pubblicazione dei *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria.

Inutile ricordare che si trattò di un testo rivoluzionario considerato che, tra le idee garantiste che vi si affermavano, Beccaria si espresse in ordine all'abolizione della pena di morte.

E, sebbene la pena capitale trovasse un'applicazione molto estesa in quell'epoca e fosse peraltro assolutamente condivisa tra i più, tanto che nessuno avrebbe mai seriamente pensato di metterla in discussione, la storia insegna che l'idea del Beccaria mosse il comportamento illuminato del Granduca Leopoldo II, il quale con la Riforma criminale toscana del 1786 abolì proprio la pena di morte.

E oggi?

La scienza giuridica sembra oramai assestata sull'idea di un sistema non più carcerocentrico e in tanti stanno caldeggiando una riforma di civiltà.

E allora se «ciò che finora è mancato, è stato soprattutto un legislatore illuminato, un legislatore cioè che con coraggio sapesse immergersi nel flusso del lungo e inarrestabile processo di umanizzazione della pena, con l'ambizione, una volta tanto, di prospettare una visione culturale lungimirante, invece che subire le resistenze cieche dell'opinione pubblica»,⁴⁴¹ non resta che augurarsi l'attuazione della legge delega in ordine alla riforma strutturale dell'intero sistema sanzionatorio quale prima manifestazione del superamento di questa lacuna, auspicando l'avvento di quella che è stata definita «la stagione del coraggio».⁴⁴²

⁴⁴⁰ Cfr. la Relazione e lo Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁴⁴¹ BARTOLI, *op. cit.*, p.659

⁴⁴² *Ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

Testi

AMBROSETTI E.M., COCCO G., *Punibilità e pene*, in *Trattato breve di diritto penale, Parte Generale*, Vol. II, *Punibilità e pene*, Cedam, Padova, 2015.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV ed., Giuffrè, Milano, 1997.

BATTAGLINI G., *Diritto penale*, III ed., Cedam, Padova, 1949.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano, 11° ristampa 2008.

BERNASCONI A., *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in *Esecuzione penale ed alternative penitenziarie*, Cedam, Padova, 1999.

BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Milano, 2006.

BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Zanichelli, Bologna, 1991.

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, V ed., Cedam, Padova, 2012.

CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Utet giuridica, 2014.

CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, VI edizione, Giuffrè, Milano, 2002.

CANEPA M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2010.

CATELANI G., *Manuale dell'esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002.

CESARIS, L., *Art. 41-bis ord. pen.*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, III Ed., Cedam, Padova, 2006.

CIAPPI S., COLUCCIA A., *Giustizia criminale: retribuzione, riabilitazione e riparazione, modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, Franco Angeli, 1997.

CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014.

CORBI F., NUZZO F., *Guida pratica all'esecuzione penale*, Giappichelli, Torino, 2003.

CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, IV ed., 1998.

CRISTILLO A., *Le misure alternative alla detenzione*, in VENEZIANI P., *Trattato di diritto penale – Parte generale*, Vol. II, *La punibilità*, Cedam, 2015.

D'AMICO, M., *Art. 27*, in BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Milano, 2006.

D'ONOFRIO M., SARTORI M., *Le misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, Milano, 2004.

DALIA A.A., FERRAIOLI M. (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra-moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (cd. Legge Simeone)*, Giuffrè, Milano, 1998.

DE VITO C. G., in *Camosci e girachiavi – Storia del carcere in Italia*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

DEGL'INNOCENTI L., FALDI F., *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Giuffrè, Milano, 2006.

DEGL'INNOCENTI L., FALDI F., *I benefici penitenziari*, Giuffrè, Milano, 2014.

DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte Cost. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014.

DELLA CASA F., BERTOLOTTO E., *Sub art. 678 c.p.p.*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, III ed., Cedam, Padova, 2006.

DOLCINI E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, *Teoria della pena – Teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

DOLCINI E., MARINUCCI G., *Manuale di diritto penale*, Cedam, Padova, 2014.

FIANDACA G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Zanichelli, Bologna, 1991.

FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2007.

FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè, Milano, 2000.

FILIPPI L., SPANGHER G., *Manuale di diritto penitenziario*, Seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2007.

FIORENTIN F., MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario in Giurisprudenza critica*, Utet, Torino, 2005.

FIORENTIN F., *Decreto svuota carceri*, Giuffrè, Milano, 2014.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire*, ET Saggi, Einaudi, Torino, 1993.

GAITO A., RANALDI G., *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2002.

GAITO A., (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005.

GALLI G., *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1978.

GIARDA A., SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, ed. III, Ipsoa, Milano, 2010.

GRASSO G., ROMANO T., PADOVANI A., *Commentario sistematico del codice penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2011.

GRASSO G., PADOVANI T., PAGLIARO A., (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2014.

GREVI V., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Cedam, Padova, 1994.

GREVI V., *Art. 1*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, III Ed., Cedam, Padova, 2006.

GUAZZALOCA B., PAVARINI M., *L'esecuzione penitenziaria*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* (a cura di BRICOLA V., ZAGREBELSKY G.), Utet, Torino, 1995.

GUAZZALOCA B., PAVARINI M., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, Utet, Torino, 2002.

INFANTE E., *Le misure alternative alla detenzione, la loro ratio e la loro vasta applicazione nella prassi*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., *Trattato di diritto penale*, Utet giuridica, 2014.

IOVINO F.P.C., *Contributo allo studio del Procedimento di sorveglianza*, Giappichelli, Torino, 1995.

IOVINO F.P.C., *L'affidamento in prova al servizio sociale*, in DALIA A.A., FERRAIOLI M. (a cura di), *Sospensione della pena ed espiazione extra-moenia. Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165 (cd. Legge Simeone)*, Giuffrè, Milano, 1998.

IOVINO F.P.C., *La liberazione anticipata speciale*, in CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014.

LATTANZI G., LUPO E., *Codice di procedura penale, rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. IX, Giuffrè, Milano, 2003.

MANCUSO E.M., in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, (a cura di) CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G., Cedam, Padova, 2014.

MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 1992.

MANTOVANI F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in DOLCINI E., PALIERO C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, *Teoria della pena- Teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Cedam, Padova, 2011.

MORRONE A., *Il trattamento penitenziario e le alternative alla detenzione*, Cedam, Padova, 2003.

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, II ed., Cedam, Padova, 1982.

PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, Milano, 2002.

PALAZZO F., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007.

PAVARINI M., *Codice commentato dell'esecuzione penale*, in *Le leggi commentate*, Utet, Torino, 2002.

PENNISI A., *Le misure alternative alla detenzione*, in CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, III ed., Monduzzi, Bologna, 2006.

PRESUTTI A., *Commento all' art. 47 ord. Penit.*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, Cedam, Padova, 2000.

PULITANÒ D., *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi Editore, Bologna, 2006.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino, 2007.

RISPOLI V., *L'affidamento in prova a servizio sociale*, (collana diretta da) CEDON, Giuffrè, Milano, 2006.

RONCO M., *Il problema della pena – Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino, 1996.

SARTARELLI S., *Commento all' art. 47 ord. Penit.*, in GIARDA A., SPANGHER G., *Codice di procedura penale commentato*, ed. III, Ipsoa, Milano, 2010.

SCALFATI A., *La debole convergenza di scopi della deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in *La deflazione giudiziaria 2014, Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2014.

SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1966.

TIRELLI M., *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, *Teoria della pena- Teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 2006.

VALBONESI C., *I profili penali della sospensione del procedimento*, in CONTI C., MARANDOLA A., VARRASO G., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Cedam, Padova, 2014.

VASSALLI, G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

VENEZIANI P., *La punibilità e le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di GROSSO C., PADOVANI T., PAGLIARO A. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014.

VENEZIANI P., *Trattato di diritto penale – Parte generale*, Vol. II, *La punibilità*, Cedam, 2015.

Articoli di riviste e periodici

ADORNO R., *Pubblicità delle udienze penali e procedimento di sicurezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2014.

BARONE G., voce *Liberazione condizionale*, in *Digesto delle discipline penali*, VII, 1993.

BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale*, nota a Cass. SS.UU., 27.02.2002, in *Diritto penale e processuale*, 10, 2002.

BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, in *Diritto penale e processuale*, 6, 2014.

BOVE V., *Se l'imputato si mette alla prova: alcuni aspetti critici di un rito poco deflattivo*, in *Gazzetta Forense* 1, 2015.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Utet, Torino, 1973.

BRICOLA F., *L'affidamento in prova "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Questione Criminale*, Il Mulino, Bologna, 1976.

BRUNETTI C., *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2006.

CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI- Commissione per la Costituzione, Roma, 1971.

CANEVELLI P., *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *Cassazione penale*, II, 1998.

CAPITTA A.M., *La nuova fisionomia dell'udienza preliminare e tutela dell'imparzialità del G.U.P.*, in *Cassazione penale*, 2003.

CAPPITELLI R., *Intorno alle ipotesi problematiche circa la concedibilità della liberazione anticipata*, in *Cassazione penale*, 12, 2013.

CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione penale*, 2012.

CARDILE E., *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità*, in *Diritto e Giustizia*, 5, 2006.

CASAROLI G., voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, 1994.

CECANESE G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in GAITO A., (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005.

CIAMPI S., *Alla ricerca di un procedimento camerale "giusto": l'udienza pubblica tra esigenze di garanzia e obiettivi di funzionalità*, in *Diritto penale e processuale*, 2014, Speciale Cedu e ordinamento interno.

COPPETTA, *L'udienza "a porte chiuse" nei procedimenti di merito per l'applicazione delle misure di sicurezza: ancora un rito camerale incompatibile con il giusto processo*, in *Cassazione penale*, 2, 2014.

CORBI F., voce *Esecuzione penale*, in GAITO A. (a cura di), *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. X, Appendice, IV ed., Utet, Torino, IV, 1990.

CORTESI M.F., *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processuale*, 2, 2014.

CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti de detenuto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013.

DELLA BELLA A., *Convertito in legge il “decreto svuota carceri” 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Diritto penale contemporaneo*, settembre 2013.

DELLA CASA F., *La crisi di identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, esperienze di “diritto pretorio” e irrisolte carenze organizzative*, in *Cassazione penale*, 10, 2002.

DELLA MORTE G., *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani* (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia), in *Diritti umani e diritti internazionali*, 2013.

ESPOSITO, C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena* (Commento alla Sent. della Corte Cost. n. 79 dell'8 giugno 1963), in *Giurisprudenza costituzionale*, II, 1963.

FIFI S., *Dies ad quem per la domanda di affidamento in prova ai servizi sociali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001.

FILIPPI L., *La novella penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere Penali e una controriforma che urta con la costituzione e con la Convenzione Europea*, in *Cassazione penale*, 1, 2003.

FIorentin F., *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *Legislazione penale*, 2004.

FIorentin F., MARCHESELLI A., *L'ordinamento penitenziario in Giurisprudenza critica*, Utet, Torino, 2005.

FIorentin F., *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida al diritto*, 21, 2014.

FIorentin F., *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida al diritto*, 21, 2014.

FIorio C., *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, in *Giurisprudenza di merito*, 5, 2011.

FLORA G., voce *Misure alternative alla pena detentiva*, in *Novissimo Digesto, Appendice*, Utet, Torino, 1984.

GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione di pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1994.

GIUNTA F., *I nodi del patteggiamento giungono a pettine*, in *Legislazione penale*, 2004.

GRASSO P.G., *Appunti sulla pena nella Costituzione Italiana*, in *Giustizia penale*, (Parte prima: i presupposti), I, 1954.

GROSSO C.F., voce *Responsabilità penale*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XV, Utet, Torino, 1957.

LORENZETTO E., *Applicazione delle misure di sicurezza innanzi al giudice di sorveglianza: una declaratoria di incostituzionalità “convenzionale” imposta dal principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari*. Nota a C. cost., sent. 21 maggio 2014, n. 135, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

MACCORA V., *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 2, 1998.

MALINVERNI A., *Motivi*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Giuffrè, Milano, 1977.

MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Diritto penale e processuale*, 2014.

MARANDOLA A., *Il criterio quantitativo della pena per l'ammissione alla messa alla prova*, in *Giurisprudenza italiana*, 10, 2015.

MARCHESELLI A., *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida al Diritto*, 1, 2006.

MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2000.

NEPPI MODONA M., *Il sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 1995.

PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, in *Guida al diritto*, 1, 1994.

PALAZZO F., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Diritto penale e processo*, 2013.

PAVARINI M., *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Questione giustizia*, 4, 1986.

PAVARINI M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *Marginalità e società*, 1-2, 1987.

PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1950.

PITTARO P., *Ordinamento penitenziario e condannati minorenni: inerzie legislative ed interventi della Consulta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2000.

POMANTI P., *Sui poteri del pubblico ministero in materia di sospensione dell'esecuzione ex art. 47 comma 4 dell'ordinamento penitenziario*, in *Cassazione penale*, 1998.

PRESUTTI A., *Il nuovo regime degli effetti conseguenti alla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale: verso il tramonto della funzione rieducativa della misura*, in *Cassazione penale*, 1988.

PRESUTTI A., *Una alternativa in crisi di identità, ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27.05.1998, n. 165*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000.

PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 1, 2015.

TABASCO G., *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Archivio penale*, 1, 2015.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013.

VASSALLI G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1961.

VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013.

ZAPPA G., *Il procedimento di sorveglianza nel nuovo codice: prime riflessioni critiche*, in *Giurisprudenza penale*, III, 1990.

SITOGRAFIA

BARTOLI R., *La novità della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

BOVE V., *Messa alla prova, a poco più di un anno, quali, ancora le criticità?* in www.dirittopenalecontemporaneo.it

BRESCI L., *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in www.altrodiritto.unifi.it

GIUNCHEDI F., *In nome della nomofilachia. La Cassazione cerca di prevenire i fenomeni di overruling*, in www.archiviopenale.it

NAPOLEONI V., *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebbrezza: conforme a costituzione l'inapplicabilità in executiviis*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

SARACENI L., *Relazione n. 464-C, presentata alla Presidenza il 23 aprile 1998 sulla Proposta di Legge n. 464-B, approvata dalla Camera dei Deputati il 1° ottobre 1996*, su www.camera.it

TABASCO G., *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, www.archiviopenale.it

ZAINA A., *Sospensione del processo con messa alla prova, prime riflessioni sull'istituto*, in www.altalex.it