

**AFFIDAMENTO IN PROVA CON «FUNZIONE RETRIBUTIVA»:
UN BINOMIO POSSIBILE?**

FLAVIA ALBANO*

Tribunale di Sorveglianza di Genova, Ordinanza n. 3404 del 21 ottobre 2004. Pres. Est. Rino Monteverde

È ammissibile la richiesta di concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale con riferimento alla sanzione sostitutiva della semidetenzione, in quanto essa, a differenza della libertà controllata, è equiparata ad ogni effetto giuridico alla pena detentiva della specie corrispondente, cioè alla semilibertà.

L'affidamento in prova al servizio sociale deve necessariamente rispondere, soprattutto quando si applica in sostituzione della pena detentiva inflitta prima che essa abbia inizio, a diverse esigenze, tra cui quella retributiva, connaturata a qualsiasi tipo di pena. Peraltro, per rispettare il principio di legalità della pena, non si possono «inventare» prescrizioni con finalità retributive, le quali, pertanto, vanno perseguite attraverso le prescrizioni dirette a soddisfare l'esigenza preventiva, riparativa o rieducativa. Per raggiungere in particolare il risultato di soddisfare l'esigenza retributiva mediante prescrizioni dirette a realizzare finalità di prevenzione occorre la collaborazione del soggetto, volta a prospettare un piano di riabilitazione che rifletta non solo il grado della sua presa di coscienza dell'illecito commesso, ma anche la volontà di «pagare alla società il suo debito», pur senza finire in carcere (in applicazione di tale principio, il tribunale ha ritenuto che la dichiarata disponibilità del soggetto a donare eventualmente giocattoli a qualche ente di beneficenza fosse, di per sé, riduttiva, mentre diverso avrebbe potuto essere il giudizio se egli avesse proposto direttamente al tribunale un suo programma riabilitativo contenente, ad esempio, un impegno continuativo, per il periodo di durata della pena, di lavori socialmente utili a titolo gratuito, potendo in esso ravvisarsi un effettivo contributo alla sua riduzione e potendo esso anche rispondere, indirettamente, all'esigenza retributiva).

* Università del Salento.

* * *

Nel procedimento di sorveglianza relativo alla istanza di affidamento al servizio sociale nei confronti di G. Z. nato a Genova il 25-6-51, ivi residente in via Casanova 4/UNI, difeso dall'Avv. E. L. di Genova

Svolgimento del processo

G. Z. è stato condannato dal tribunale di Genova alla pena della reclusione per 11 mesi in relazione al delitto di istigazione alla corruzione, nella forma prevista dal comma 2 dell'art. 322 C.P., da lui commesso in data 28-12-96. Nella fase di appello, la pena della reclusione è stata sostituita con la pena della semidetenzione, per un eguale periodo di tempo. Il soggetto, prima che l'esecuzione della semidetenzione avesse inizio, ha chiesto al tribunale la sua sostituzione con la misura alternativa dell'affidamento al servizio sociale. Alla odierna udienza, il P.M. ha espresso parere contrario all'accoglimento della domanda perché la sostituzione di una misura alternativa alla pena della semidetenzione non sarebbe possibile. Il difensore ha insistito nella sua domanda.

Motivi della decisione

In via preliminare si rileva che l'eccezione di inammissibilità della domanda proposta dal P.M. è infondata. L'inammissibilità sussiste infatti per la richiesta di sostituzione, con l'affidamento al servizio sociale, dell'altra misura sostitutiva, la libertà controllata, non per la richiesta di sostituzione, con la stessa misura, della semidetenzione, in quanto essa, a differenza della libertà controllata, è equiparata ad ogni effetto giuridico alla pena detentiva della specie corrispondente, cioè alla semilibertà. Così si è espressa la Corte di Cassazione con la sentenza n. 1740 del 28-5-96 e tale pronuncia non è stata in qualche modo incrinata dalla sentenza emessa dalle Sezioni Unite nel dicembre 2001 che ha riguardato appunto in modo specifico la libertà controllata ritenuta, essa sì, non sostituibile con l'affidamento al servizio sociale sulla base di una serie di argomentazioni non estensibili, nel loro complesso, alla semidetenzione.

Anche in questo caso quindi, come nelle ipotesi previste dall'art. 656 c.p.p., spetta sostanzialmente al giudice della sorveglianza, quando il condannato lo richieda, completare il compito del giudice della cognizione, determinando il tipo di pena che egli debba concretamente espiare per il reato che ha portato alla sua condanna. Nell'esercizio di questo suo compito, il giudice della sorveglianza deve necessariamente ispirarsi, per un principio elementare di logica coerenza, agli stessi criteri ai quali si deve ispirare il giudice della cognizione quando decide in punto pena, cioè ai criteri indicati nell'art. 133 del C. P..

Affrontando il caso concreto, questo tribunale ritiene che non sussistano, nella situazione data, le condizioni per concedere al soggetto il tipo di pena richiesto (l'affidamento al servizio sociale) per i seguenti elementi e considerazioni:

a) l'affidamento al servizio sociale deve necessariamente rispondere, soprattutto quando si applica in sostituzione della pena detentiva inflitta prima che essa abbia inizio, a diverse esigenze: quella retributiva, con-

turata a qualsiasi tipo di pena, quella preventiva, prevista esplicitamente dal comma 2 dell'art. 47 O.P.; quella riparativa, prevista esplicitamente dal comma 7 dello stesso articolo, quando ne sussistano le condizioni, e quella rieducativa, essa stessa connotata a qualsiasi tipo di pena in forza dell'art. 27 della Costituzione e in ogni caso richiamata nel citato comma 2;

b) sulla base degli elementi acquisiti e di quelli prospettati dal condannato, non pare che l'affidamento al servizio sociale possa rispondere alle predette esigenze, in particolare a quella retributiva e a quella rieducativa;

c) infatti, per rispettare rigidamente il principio della legalità della pena, non si possono "inventare" prescrizioni con finalità retributive, in quanto le prescrizioni obbligatorie e facoltative previste dai commi 5 e 6 dell'art. 47 O.P. devono essere direttamente finalizzate, in base a quanto dispone il comma 2 dello stesso articolo, a soddisfare le esigenze di prevenzione e quelle di rieducazione e le prescrizioni riparatorie di cui al comma 7, pur non essendo sottoposte al limite di cui al citato comma 2, sono solo eventuali, ancorché obbligatorie, presupponendo l'esistenza di una o più vittime del reato, ed, in ogni caso, concettualmente finalizzate, in via primaria, a soddisfare appunto le esigenze riparative;

d) nel caso concreto, questo tribunale non ritiene che attraverso le prescrizioni dirette a soddisfare le esigenze di prevenzione si possa soddisfare l'esigenza retributiva (le esigenze di prevenzione ovviamente devono essere quelle reali ed attagliate al caso), non ritiene inoltre che siano qui applicabili, avendo presente il tipo di reato commesso e le sue modalità, prescrizioni riparatorie;

e) qui pare, astrattamente, che l'esigenza retributiva potrebbe soddisfarsi in modo indiretto attraverso il soddisfacimento dell'esigenza rieducativa, perché si possono ipotizzare prescrizioni, pur dirette a quel fine, che abbiano una reale consistenza e siano in grado di assolvere l'una e l'altra funzione,

f) per raggiungere questo indiretto risultato, nell'attuale carenza normativa in materia, occorre peraltro oggi la collaborazione del soggetto, che qui non c'è stata, volta a prospettare un piano di riabilitazione che rifletta non solo il grado della sua presa di coscienza dell'illecito commesso ma anche della volontà di "pagare alla società il suo debito", pur senza finire in carcere (in sostanza, tali ipotetiche prescrizioni devono essere "accettate" dal condannato e non possono essere imposte autoritativamente dal giudice);

g) occorre a questo punto rilevare che la dichiarata disponibilità del soggetto a donare eventualmente giocattoli a qualche ente di beneficenza appare, di per sé, riduttiva, in ogni caso essa risulta del tutto elusiva del problema qui prospettato (diverso avrebbe potuto essere il giudizio se egli avesse proposto direttamente al tribunale un suo progetto riabilitativo contenente, ad esempio, un impegno continuativo, per il periodo di durata della pena, di lavori socialmente utili a titolo gratuito, impegno ovviamente conciliabile con il suo lavoro ordinario, potendo in esso ravvisarsi un effettivo contributo alla sua rieducazione e potendo esso anche rispondere, indiretta-

mente, alla esigenza retributiva).

La domanda proposta deve essere pertanto respinta perché la pena dell'affidamento, che verrebbe a rappresentare l'unica risposta al crimine commesso, appare inadeguata al fatto e alla persona sotto i profili retributivo e rieducativo. L'art. 47 ter comma 1 bis O.P. prescrive peraltro che "quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento al servizio sociale" si possa applicare la detenzione domiciliare "sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che condannato commetta altri reati". Questo tribunale, nella situazione data, ritiene sussista questa ipotesi. È vero che a carico del soggetto risultano due precedenti condanne, ma si tratta di condanne lontane nel tempo (una, per un furto aggravato, risale al 5-11-71, l'altra, per fabbricazione abusiva di materie esplodenti risale al 5-4-90), e dopo di allora nulla risulta a suo carico, fino ad oggi, al di là del fatto di cui alla pena qui in esecuzione.

PER QUESTI MOTIVI Visti gli artt. 47 e 47 ter comma 1 bis O.P. , 666 , 678 c.p.p. ;

RESPINGE la domanda di affidamento al servizio sociale proposta da G. Z. nato a Genova il 25-6-51;

CONCEDE allo stesso Z. la detenzione domiciliare nell'espiazione della pena di cui alla sentenza emessa dal tribunale di Genova il 15-2-99 (n. 643/04 es.);

DETERMINA le seguenti prescrizioni:

a) egli manterrà il suo domicilio in Genova, via Casanova 4 UNI, e sarà sottoposto al controllo del Comando Stazione Carabinieri territorialmente competente, per il tramite del quale potrà proporre eventuali istanze al Magistrato di Sorveglianza di Genova;

b) egli potrà lasciare il predetto luogo di detenzione, per provvedere alle sue esigenze personali, dalle ore 10 alle ore 12 di ciascun giorno non lavorativo;

c) nei giorni effettivamente lavorativi egli potrà uscire dalla sua abitazione esclusivamente per recarsi al lavoro, con l'obbligo di comunicare ai Carabinieri luogo ed orari di lavoro e di seguire la via più breve, nel percorso di andata e ritorno, senza fermate intermedie;

d) eventuali modifiche alle prescrizioni, per ragioni oggi imprevedibili, saranno adottate dal Magistrato di Sorveglianza di Genova.

Manda al P.M. per remissione dell'ordine di carcerazione nella forma della detenzione domiciliare.

* * *

Con ordinanza del 21 ottobre 2004 il Tribunale di Sorveglianza di Genova respinge la domanda di affidamento al servizio sociale proposta da G. Z. - condannato per il delitto di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 comma 2 c.p. alla pena di 11 mesi di reclusione, sostituita in grado d'appello con quella della semide-

tenzione per un uguale periodo – e concede allo stesso la detenzione domiciliare.

L'ordinanza in epigrafe è meritevole di attento esame sotto due aspetti:

a) per la ritenuta infondatezza dell'eccezione di inammissibilità della domanda proposta dal Pubblico Ministero, secondo cui la pena della semidetenzione non sarebbe sostituibile con una misura alternativa;

b) le ragioni poste a sostegno della decisione di rigetto dell'istanza di affidamento al servizio sociale.

Con riferimento al primo, appare condivisibile la conclusione cui perviene il Tribunale di Sorveglianza atteso che la misura della semidetenzione, secondo la stessa Corte di cassazione, ha un contenuto «praticamente corrispondente a quello della misura alternativa della semilibertà»¹, prevista dall'art. 48 ord. penit.

Sulla base di questa premessa, la concessione dell'affidamento ad un condannato nei cui confronti l'originaria pena detentiva inflitta sia stata successivamente sostituita con la sanzione della semidetenzione, sarebbe una ipotesi del tutto analoga e, pertanto, assimilabile, a quella del condannato ammesso alla semilibertà e che, durante l'esecuzione di tale misura, chieda l'affidamento al servizio sociale, con la conseguenza che si potrebbe far legittimamente ricorso ai criteri che regolano l'applicazione progressiva di misure alternative durante l'esecuzione.

Correttamente il Tribunale osserva che la pronuncia delle Sezioni unite del 19 dicembre 2001, che ha risolto l'annoso contrasto giurisprudenziale riguardante i rapporti tra sanzioni sostitutive e misure alternative alla detenzione², non possa far propendere per una soluzione opposta: invero, con tale sentenza è stata data una risposta negativa al solo quesito relativo alla possibilità che la sanzione sostitutiva della libertà controllata «ceda il testimone», in sede esecutiva, alla misura dell'affidamento in prova al servizio

¹ In questo senso si è espressa Cass., Sez. I, 23 settembre 1999, Tognetti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2490.

² Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, Baffico, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1641 ss, che accoglie la soluzione già adottata da Id., Sez. I, 23 settembre 1999, Tognetti, *cit.* e da Id., Sez. I, 27 aprile 1998, Valentini, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2892. *Contra*, Id., Sez. I, 26 giugno 1997, Tortora, in *C.E.D. Cass.*, n. 207975, nonché Id., Sez. I, 27 gennaio 1999, Morrone, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2713 e, più di recente, Id., Sez., I, 28 aprile 2000, Sereni, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2490, secondo cui la compatibilità tra la misura dell'affidamento in prova e la libertà controllata scaturirebbe dalla finalità rieducativa assegnata dall'art. 27 Cost. a «tutte le pene», con la conseguenza che risulta preferibile il passaggio da una sanzione a schema rigido con «rigorose prescrizioni normativamente predeterminate», quale è la libertà controllata, alla misura prevista dall'art. 47 ord. penit., che lascia maggiore spazio al giudice nell'individuare gli obblighi cui sottoporre l'affidato.

sociale, nulla statuendosi circa la corrispondente vicenda «successoria» inerente alla sanzione, anch'essa sostitutiva, della semidetenzione.

D'altronde, le ragioni che sostengono il *decisum* delle Sezioni unite – l'applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 47 ord. penit. in relazione alla sola pena detentiva; l'«inutilità dell'applicazione della misura alternativa» al condannato sottoposto alla libertà controllata, della quale la prima costituirebbe un «duplicato»; l'irragionevolezza di tale «surrogazione», che determinerebbe una situazione complessivamente più sfavorevole per il condannato in regime di libertà controllata – non ne consentono la riferibilità anche alla sanzione sostitutiva della semidetenzione.

Quanto al rigetto dell'istanza di affidamento al servizio sociale formulata dal condannato, il provvedimento in esame muove dall'annoso dibattito sulla funzione della pena.

Significativa, a tal proposito, la considerazione che la finalità retributiva sarebbe connaturata a qualsiasi tipo di pena.

L'idea che la sanzione penale sia volta a compensare la colpa per il male commesso – secondo il brocardo *puniatur quia peccatum est*³ – rappresenta una costante in ogni riflessione sulle finalità della pena e ancora oggi riveste un ruolo centrale nell'immaginario collettivo⁴.

Non a caso, periodicamente, emergono correnti «neoretribuzionistiche», che, basandosi sulla presunta crisi⁵ - *rectius*, sulla difficile realizzazione - della funzione rieducativa, ritengono inscindibile il binomio pena-retribuzione⁶.

³ La tesi che la pena serva per «compensare» il male commesso trae origine sia dalle costruzioni teologiche di matrice cristiana, che identificavano l'illecito nel peccato, ossia nella violazione di norme religiose, prima ancora che giuridiche (si vedano, al riguardo, CARNELUTTI, *Meditazioni sull'essenza della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, p. 3 ed EUSEBI, *Cristianesimo e retribuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 275), sia nella filosofia idealistica (a tal proposito si rimanda a HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des rechts*, § 104, secondo cui la pena rappresenterebbe la «negazione della negazione del diritto»).

In Italia, la teoria retributiva della pena ha trovato il più autorevole e convinto sostenitore in BETTIOL: si vedano, in proposito, gli *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, *passim* e gli *Scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*, Padova, 1984, *passim*.

⁴ Nel senso che «non solo nella polizia penitenziaria (...) ma nella società in genere domina una filosofia della pena come espressione dello strapotere dello Stato» e che a tale filosofia è sottesa l'idea del carattere affittivo della sanzione detentiva: v. l'intervento di GIANFROTTA nell'ambito della tavola rotonda sul tema «*Carcere e diritti civili*», in *Micromega*, 2000 p. 78.

⁵ Nell'ottica di una totale crisi della pena e delle sue giustificazioni: GIUNTA, *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 265 ss.

⁶ Si rimanda, in proposito, a D'AGOSTINO, *Le buone ragioni della teoria retributiva della pena*, in *Iustitia*, 1982, p. 236 ss; ID., *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Torino,

Un *revival* della teoria retributiva – che, secondo autorevole dottrina, «desta grave e giustificato allarme»⁷ – è scaturito dalla necessità, da più parti avvertita, di una forte risposta punitiva dello Stato, che troverebbe una base empirica nei bisogni emotivi di punizione, presenti nella società e nel singolo individuo, di fronte alla perpetrazione dei reati⁸.

Pur senza voler approfondire la complessa tematica del perché punire, che richiederebbe spazi notevolmente più ampi, non si può sottacere l'esigenza di evitare che il trattamento punitivo sia condizionato da sentimenti collettivi di punizione, propri della sfera irrazionale dell'individuo, ai quali non può ispirarsi una costruzione moderna e razionale del diritto penale⁹.

Una lettura dell'art. 27 comma 3 Cost., scevra da pericolosi retaggi ideologici, permette di "archiviare" il problema circa la funzione della pena: il legislatore costituzionale ha preso esplicita posizione al riguardo, stabilendo che le pene devono tendere alla «rieducazione del condannato», da intendersi come recupero sociale del reo, nel senso di una riappropriazione dei valori fondamentali della convivenza o, nell'accezione più riduttiva, della capacità del singolo di vivere nel contesto sociale rispettando la legge penale¹⁰.

Né è possibile rintracciare nella Carta fondamentale possibili

1987, *passim*; MATHIEU, *Perché punire. Il collasso della giustizia penale*, Milano, 1978, *passim*; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, *passim*.

⁷ Il lapidario commento è contenuto in FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Bologna, 2001, p. 667.

⁸ Per una spiegazione in chiave psicoanalitica dell'efficacia generalpreventiva della pena si vedano HAFFKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention*, Frankfurt/M., 1976, *passim* e, più di recente, BOTTKE, *Assoziationsprävention zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*, Berlin, 1995, *passim*.

È necessario sottolineare come attualmente con l'idea retributiva si indichi la «proporzione tra entità della sanzione e gravità dell'offesa arrecata, tra misura della pena e grado della colpevolezza», sicché la proporzione tra fatto e sanzione permette, nella complementare prospettiva della prevenzione speciale, che il reo avverta la pena come giusta, assumendo, pertanto, un atteggiamento «di maggiore disponibilità psicologica verso il processo rieducativo» (in questi termini, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 666).

⁹ È pacifico che il diritto penale, almeno nella sua concezione attuale, ha il dovere di filtrare le istanze di punizione non avallando qualsivoglia reazione emotiva scatenata dal delitto.

¹⁰ In questi termini, DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative tra sbandamenti legislativi, sperimentali di «diritto pretorio» e irrisolte carenze organizzative*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3278, che sottolinea come sia affermazione ricorrente e difficilmente contestabile quella secondo cui la riforma penitenziaria abbia attuato il principio di finalismo rieducativo della pena, enunciato nell'art. 27 comma 3 Cost.; allo stesso A. si rinvia per un'attenta riflessione circa «l'aggancio» della legge penitenziaria – e delle misure alternative in particolare – con le previsioni costituzionali.

«aperture» alla legittimazione del potere statale di «ideare» sanzioni penali meramente afflittive.

D'altro canto, a differenza della dottrina, la giurisprudenza di legittimità non appare particolarmente sensibile alla «seduzione» del retribuzionismo, avendo in più occasioni ribadito la necessità di non allontanarsi dal dettato costituzionale nelle riflessioni circa la funzione della pena¹¹.

Pare "azzardato", pertanto, ritenere che qualsiasi sanzione penale debba rispondere, innanzitutto, all'esigenza retributiva; ancor più pensare che anche l'affidamento in prova debba tendere prioritariamente a soddisfare detta esigenza, trattandosi di istituto nel quale, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale¹² e l'unanime pensiero della dottrina¹³, si esprime con maggior incisività il principio del finalismo rieducativo sancito dall'art. 27 comma 3 Cost.

Introdotta dalla legge n. 354 del 1975 come trasposizione italiana del *probation system* presente in alcuni ordinamenti stranieri e sottoposta, in seguito, a numerose modifiche ad opera del legislatore, la misura *de qua* si presenta *ab origine* come strumento di concretizzazione delle finalità rieducative e special-preventive della sanzione penale.

La sua previsione si colloca nell'opera di trasformazione -

¹¹ Si registrano numerosi interventi della Corte di legittimità, anche *incidenter tantum*, nella materia *de qua*: si veda, *ex multis*, Cass., Sez. I, 28 aprile 2000, Sereni, *cit.*, secondo cui sia le pene sostitutive che le misure alternative alla detenzione, «benché diversamente etichettate e strutturate», sono strumenti che mirano al raggiungimento della rieducazione del condannato; con riferimento all'operatività dell'affidamento in prova come alternativa alla pena sostitutiva della semidetenzione v. Cass., Sez. I, 18 marzo 1996, Lippolis, in *Cass. pen.*, 1997, p. 540; Id., Sez. I, 18 maggio 1993, Gallizio, *ivi*, 1993, p. 2099.

In dottrina, cfr. DELLA CASA, *La crisi d'identità*, *cit.*, p. 3278, secondo cui esisterebbe un «fisiologico collegamento tra misure alternative e principio della rieducazione», nonché DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10.

¹² Già nel 1985 la Corte costituzionale rilevava che la l. n. 354 del 1975 «si ispira fondamentalmente all'esigenza di recuperare, per quanto possibile, accanto a quelle di prevenzione la finalità di rieducazione del condannato che la Costituzione assegna alla pena»: cfr. Corte cost., 13 giugno 1985, n. 185, in *Giust. pen.*, 1985, c. 285, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 13 Cost., dell'art. 47 l. cit., nella parte in cui non consentiva che valesse come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione.

¹³ La letteratura in materia è quantomai vasta: v., per tutti, CASAROLI, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 21, secondo cui «l'affidamento in prova è una misura ontologicamente finalizzata al recupero sociale del reo e, perciò, sicuramente caratterizzata da una funzione di prevenzione speciale».

avviata negli anni '70¹⁴ -del regime penitenziario, fino ad allora orientato principalmente, se non esclusivamente, ad assicurare la custodia delle persone detenute. Invero, uno dei relatori della legge n. 354 del 1975 (Sen. Folieri) sottolineava che *input* della riforma penitenziaria era stata l'esigenza di facilitare il ritorno in società di chi non avesse commesso gravi delitti, di sfollare le carceri, di consentire alle autorità penitenziarie di concentrare ogni sforzo nei confronti dei delinquenti più pericolosi¹⁵.

A prescindere dalla crisi del sistema penitenziario e dalle difficoltà di gestione della popolazione carceraria, che hanno indotto la scelta di «proiettare l'esecuzione della pena verso l'esterno del carcere»¹⁶, il ricorso a questa misura alternativa ha trovato fondamento sulla considerazione degli effetti controproducenti delle pene detentive di breve durata, che determinano una rottura con l'ambiente di provenienza, con conseguente pregiudizio per le relazioni familiari e sociali e per l'attività lavorativa¹⁷.

A fronte di reati non particolarmente gravi, l'ingresso e la permanenza *intra moenia*, a causa della faticanza delle strutture, dell'insufficienza quantitativa e qualitativa del personale e dell'endemico sovraffollamento carcerario, determinano effetti desocializzanti o, peggio ancora, criminogeni¹⁸.

¹⁴ La critica delle istituzioni totali sorta nel Settanta ha dato origine alla consapevolezza che il carcere è una struttura poco idonea a rieducare, essendo governata da regole e consuetudini diverse e spesso antitetiche a quelle della società civile. A tal proposito, v. BASAGLIA, *L'istituzione negata*, Torino, 1968, *passim*; GOFFMAN, *Asylums*, New York, 1961, *passim*.

¹⁵ Per una breve ma attenta ricostruzione dell'*iter* di trasformazione del regime penitenziario, condizionato anche dalle «pressioni» internazionali, si rinvia a CATELANI, *Manuale dell'esecuzione penale*, 4^a ed., Milano, 1998, p. 321 ss.

¹⁶ L'osservazione è di NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 55.

¹⁷ La dottrina si è mostrata molto attenta all'introduzione dell'affidamento in prova al servizio sociale e alle sue modalità di esecuzione: cfr. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in Aa. Vv., *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, a cura di Presutti, Padova, 1998, p. 127 ss., e, con riferimento specifico ai destinatari della misura, PRESUTTI, in GREVI-GIOSTRA-DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 378.

¹⁸ Cfr., per un'analisi circa l'evoluzione del sistema penitenziario nella prospettiva della decarcerizzazione, l'inchiesta del Ministero della Giustizia, *Le misure alternative alla detenzione nel contesto dei sistemi giuridici europei*, in *Quaderni della giustizia*, 1984, n. 37 p. 44 ss. e n. 38, p. 64 ss.; nonché GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in Aa. Vv., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di Grevi, Padova, 1994, p. 3 ss.

Per una lucida riflessione sulla l. n. 165 del 1998 (c.d. «legge Simeone») si vedano: CANEVELLI, *Prime riflessioni sulla legge Simeone*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1870; DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857; PRESUTTI, *Una alternativa in crisi di identità ovvero l'affidamento in prova dopo la legge 27 maggio 1998, n. 165*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 178.

L'affidamento in prova al servizio sociale - che, a seguito della l. n. 165 del 1998¹⁹, può essere concesso anche senza procedere all'osservazione in istituto²⁰ -, costituisce la misura alternativa che più di ogni altra riduce gli effetti pregiudizievoli conseguenti al contatto tra condannato e carcere.

In sostanza, si persegue la finalità di recupero e risocializzazione del condannato tramite un trattamento assistito in ambiente libero, con l'imposizione di prescrizioni di contenuto positivo (miranti all'incentivazione rieducativa) e di contenuto negativo (volte a neutralizzare i potenziali fattori criminogeni)²¹.

Di questa linea di tendenza normativa sono fedeli interpreti le Sezioni unite, pronte a rilevare, già nel 1981, che il principio di cui all'art. 27 Cost. «ha trovato significativa anche se non compiuta realizzazione nella riforma penitenziaria del 1975, con la quale sono state apprestate misure alternative che, privilegiando il fattore risocializzante rispetto a quello retributivo (senza tuttavia sopprimere del tutto l'afflittività della sanzione) si inseriscono nel vasto disegno di una progressione nel trattamento penitenziario»²².

Successivamente, la Suprema Corte ha ribadito tale assunto, chiarendo che le misure alternative alla detenzione «esprimono l'intento del legislatore di offrire al condannato una vasta gamma di mezzi di rieducazione e redenzione con connotazioni di progressivo, crescente allentamento del controllo statale onde consentire al medesimo di compiere la sua scelta di vita con la massima possibile autonomia e libertà (in rapporto alla pericolosità dimostrata e con la connessa maggiore garanzia di autentico e convinto consoli-

¹⁹ Osserva criticamente MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 168, che la riforma dell'affidamento in prova proposta nel '96 dal deputato Simeone si è trasformata nel '98 «in una legge votata e peggiorata da tutti i gruppi politici».

²⁰ «Quando il condannato, dopo la commissione del reato, ha serbato un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2» (art. 47 comma 3 ord. penit.).

²¹ Il trattamento individualizzato del condannato comprende l'esame della personalità del soggetto, la sua classificazione e, quindi, la scelta delle possibili opportunità da offrire al condannato medesimo in modo da consentirgli l'accettazione spontanea e consapevole delle regole della società in cui intende vivere.

²² Cfr., in motivazione, Cass., Sez. un., 7 febbraio 1981, Talluto, in *C.E.D. Cass.*, n. 149573, che ha sollevato d'ufficio la citata questione di legittimità costituzionale dell'art. 47 ord. penit. in riferimento agli artt. 3, 13 e 27 Cost.: *v. retro*, nt. 12.

La finalità non retributiva, ma risocializzante dell'affidamento in prova al servizio sociale, emerge anche dall'art. 1 comma 6 ord. penit., secondo cui «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

damento del distacco dalla pregressa condotta deviante)»²³.

Non coglie nel segno, pertanto, l'ordinanza in commento nella parte in cui giustifica il diniego dell'affidamento *ex art 47 ord. penit.* sul rilievo che quest'ultimo non possa rispondere, nel caso concreto, all'esigenza retributiva: la «scelta di campo» in ordine alle finalità delle misure alternative è stata già compiuta dal legislatore ed al giudice non è dato discostarsene.

La preoccupazione che l'unica risposta al crimine commesso sia la concessione dell'affidamento in prova spiega la resistenza a rinunciare al comodo ancoraggio dell'idea retributiva.

Tant'è che il Tribunale ligure nega il beneficio richiesto perché, nel caso concreto, le prescrizioni di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 47 ord. penit., dirette a soddisfare le esigenze di prevenzione e di rieducazione, non permetterebbero al reo di «pagare alla società il suo debito».

Impegnata a dare conto delle ragioni della inadeguatezza, nel caso in esame, dell'affidamento in prova all'esigenza retributiva, l'ordinanza *de qua* ben poco spazio riserva alla verifica della idoneità della misura invocata al perseguimento delle finalità proprie ed esclusive dell'istituto: quella rieducativa e quella preventiva.

Ne risulta pretermessa l'indagine sul comportamento extramurario tenuto dal reo dopo la commissione del reato, benché l'art. 47 comma 3 ord. penit. ad essa agganci il giudizio circa la meritevolezza del beneficio e la giurisprudenza di legittimità esiga che la motivazione dell'ordinanza palesi l'avvenuta rigorosa valutazione della personalità del condannato e di ogni altra circostanza rilevante ai fini della decisione da adottare²⁴.

Ai fini della concessione della misura, poi, non si richiede che essa assicuri la rieducazione del reo, ma più semplicemente che, «anche attraverso le prescrizioni» previste dal comma 5 dell'art.

²³ Cass., Sez. I, 28 aprile 2000, Sereni, *cit.*

²⁴ In particolare, è stato chiarito che una compiuta ed esauriente valutazione della personalità del condannato non può mai prescindere dalla sua condotta *post delictum* e dai suoi comportamenti attuali, risultando questi essenziali ai fini della ponderazione dell'esistenza di un effettivo processo di recupero sociale e del pericolo di recidiva (Cass., Sez. I, 13 dicembre 1996, Occhipinti, in *C.E.D. Cass.*, n. 206776; conf. Id., Sez. I, 5 febbraio 1998, Cusani, *ivi*, n. 210389). Sicché, nell'ipotesi in cui - come nel caso di specie - l'affidamento in prova sia richiesto prima dell'inizio dell'esecuzione della pena il tribunale di sorveglianza è tenuto a valutare, oltre agli elementi sintomatici desumibili dalla natura e dalla gravità dei reati, la condotta mantenuta in stato di libertà, dopo la condanna, al fine di stabilire se il soggetto possa compiere in futuro nuove azioni delittuose (Id., Sez. I, 11 marzo 1997, Caputi, *ivi*, n. 207998; Id., Sez. I, 14 febbraio 1997, Cordelli, *ivi*, 207214). Negli stessi termini, Id., Sez. I, 21 settembre 1999, Jankovic, in *C.E.D. Cass.*, n. 214424. In dottrina, sul punto, cfr. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, 5^a ed., Padova, 2003, p. 267 ss.

47 ord. penit., contribuisca - ossia, concorra - alla rieducazione del condannato e sia idonea a garantire la prevenzione del pericolo di recidiva²⁵.

È necessaria, pertanto, non tanto una diagnosi di non pericolosità, quanto una prognosi di pericolosità fronteggiabile adeguatamente con gli strumenti coesenziali all'affidamento²⁶.

Senonché, il Tribunale di Genova si limita, *sic et simpliciter*, a considerare che nella fattispecie non sono individuabili prescrizioni riparatorie e che quanto proposto dal condannato - ossia donare giocattoli ad enti di beneficenza - non possa avere un concreto valore rieducativo.

A tal proposito è doveroso osservare che, secondo la Corte di cassazione²⁷, la concessione della misura non postula la prova che il soggetto abbia compiuto una completa revisione critica del passato, essendo sufficiente che il processo critico sia stato almeno avviato. Nel caso di specie, la volontà dell'istante di offrire un contributo economico ad enti *non profit* rappresenta indubbiamente il primo passo lungo un complesso *iter* rieducativo, in cui è fondamentale, tra l'altro, il sostegno degli operatori del servizio sociale²⁸.

Eppure, l'ordinanza in commento, sulla scorta di una interpretazione dell'art. 47 ord. penit. distonica con la formulazione letterale e la *ratio* della disposizione, assume che il giudizio avrebbe potuto divergere se l'interessato «avesse presentato direttamente al tribunale un proprio progetto riabilitativo, contenente, ad esempio, un impegno continuativo, per il periodo di durata della pena, di lavori socialmente utili a titolo gratuito (...), potendo in esso ravvisarsi un effettivo contributo alla sua rieducazione e potendo esso anche rispondere, indirettamente, all'esigenza retributiva».

²⁵ Secondo FASSONE-BASILE-TUCCILLO, *La riforma penitenziaria*, Napoli, 1987, p. 60, « il legislatore (...) non pretende più un'improbabile rieducazione totale dell'affidato, ma esige in compenso almeno un sicuro contenimento del pericolo di recidiva ».

²⁶ In questo senso, CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, cit., p. 27. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. I, 5 febbraio 1998, Cusani, cit.

²⁷ Sul punto, per tutte, Cass., Sez. I, 19 novembre 1995, Fiorentino, in *C.E.D. Cass.*, n. 203154.

²⁸ In argomento è utile evidenziare che, secondo Cass., Sez. I, 9 dicembre 1997, Armanini, in *Riv. pen.*, 1998, p. 367, anche la decisione dell'affidato di dedicarsi «ad un'occupazione squisitamente privata e rivolta alla cura dei propri interessi patrimoniali, e non piuttosto ad un lavoro socialmente utile, non può essere considerata indicativa della mancanza di un serio processo rieducativo. Non è necessario, infatti, che l'affidato dimostri di volersi dedicare ad attività filantropiche o umanitarie, in quanto la pena si prefigge soltanto lo scopo della rieducazione del condannato, che consiste nell'acquisizione della consapevolezza del dovere di rispettare la legge ai fini di assicurare un'ordinata e civile convivenza nel rispetto dei diritti e doveri di ogni consociato e non anche quello di migliorare e di esaltare le caratteristiche altruistiche della natura umana ».

In realtà, stando al tenore letterale della suddetta norma, il richiedente non è tenuto ad indicare puntualmente un programma rieducativo, risocializzante, o special-preventivo, essendo compito del tribunale adito – del quale fanno parte gli esperti di cui all'art. 70 comma 3 ord. penit.²⁹ – individuare le prescrizioni più idonee a tali scopi.

Dunque, bene avrebbe potuto il Tribunale di Genova imporre regole comportamentali *ad hoc*, di portata concretamente rieducativa, destinate a scandire la vita dell'affidato durante tutto il periodo di esperimento della prova³⁰.

L'opzione compiuta per l'applicazione della detenzione domiciliare, ai sensi dell'art 47-ter comma 1-bis ord. penit., pare solo sottendere una preferenza per la soluzione più «comoda» che, pur senza «concedere troppo» al condannato, gli permette, allo stesso tempo, di evitare il carcere.

La decisione in commento si inserisce in un *trend* giurisprudenziale caratterizzato da una diffusa sfiducia nei confronti dell'affidamento in prova al servizio sociale, considerato, talvolta, «una scatola vuota, priva di qualsiasi contenuto risocializzante»³¹.

La diffidenza verso tale istituto trae origine dalla constatazione della carenza di risorse destinate alla c.d. «area penale esterna» cui si aggiunge la concessione (più o meno obbligata) della misura ai c.d. «colletti bianchi», cioè a soggetti integrati o addirittura iperintegrati nel contesto sociale³².

Riguardo a tali soggetti, che non necessitano di una rieducazione nel senso comune del termine, la giurisprudenza ha individuato una serie di coefficienti di valutazione della meritevolezza del beneficio, quali la non reiterazione di fatti illeciti³³, l'interruzione

²⁹ L'art. 70 comma 3 ord. penit. stabilisce che il tribunale di sorveglianza è composto, oltre che da magistrati di sorveglianza, anche da esperti scelti tra le categorie indicate nell'art. 80 comma 4 della stessa legge – ossia «esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica» – nonché tra «docenti di scienze criminalistiche». Ai sensi del comma 5 dello stesso art. 70, i provvedimenti del tribunale sono adottati da un collegio composto dal presidente del tribunale (o, in sua assenza o impedimento, dal magistrato di sorveglianza che lo segue nell'ordine delle funzioni giudiziarie e, a parità di funzioni, nell'anzianità), da un magistrato di sorveglianza e da due tra i suddetti esperti.

³⁰ Circa l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al tribunale di sorveglianza in tema di prescrizioni all'affidato, v. ZAPPA, *Prescrizioni nel corso dell'affidamento in prova al servizio sociale, modifica alle stesse e trasferimento dell'esperimento in località situata fuori dalla giurisdizione dell'ufficio*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, p. 276.

³¹ La suggestiva espressione è di MONTEVERDE, *Mediazione e riparazione dopo il giudizio. L'esperienza della magistratura di sorveglianza*, in *Min. giust.*, 2000, n. 2, p. 227.

³² Si rimanda, in proposito, a LA GRECA, «Colletti bianchi» e benefici penitenziari, in *Foro it.*, 1998, II, c. 34 ss.

³³ Trib. Sorv. Milano, 11 febbraio 1998, Schemmari, in *Quest. giust.*, 1998, p. 478.

dell'attività professionale in occasione della quale venne commesso il reato³⁴, la rivisitazione critica del proprio passato³⁵ e la presa di coscienza della «necessità di rispettare le leggi penali» ed agire conformemente «ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, sanciti dall'ordinamento medesimo»³⁶.

È così radicalmente cambiata la fascia dei destinatari dell'affidamento in prova al servizio sociale: ai microcriminali, agli emarginati sociali, si sono aggiunti autori di reati di rilevantissima gravità, spesso perfettamente integrati (economicamente e sul piano dei rapporti interpersonali) nel contesto sociale di provenienza.

Tale fenomeno, secondo autorevole dottrina³⁷, ha determinato l'affievolimento della funzione di moderno strumento di lotta alle pene detentive brevi e di aiuto «umano» ai disadattati della misura alternativa *de qua*, trasformata, oramai, in «incontrollata forma di grazia giudiziale», volta a «tamponare», in qualche modo, il sovrappollamento delle carceri italiane.

Sicuramente, rispetto a questa categoria di condannati, sarebbe stata auspicabile, come osservato³⁸, la previsione di misure più idonee - come il *community service order* o il *travail d'interêt general* -, in cui fosse prevalente il momento retributivo-riparativo più che quello riabilitativo.

Gran parte della magistratura di sorveglianza, pertanto, convinta di non poter incidere sulla portata rieducativa dell'affidamento in prova, al fine di arginare la generalizzata concessione del beneficio nei confronti di autori di reati di particolare rilievo economico e sociale³⁹, ha deciso di riempire la «scatola vuota» cui prima si è alluso incrementando il tasso di afflittività della misura.

Non a torto, questa risposta dei tribunali di sorveglianza alla strumentalizzazione della misure alternative da parte del legislatore - e dell'intero sistema che, pur richiamandosi alla categoria della «rieducazione», non si è preoccupato di predisporre le risorse necessarie per un adeguato funzionamento dell'area penale esterna - è stata definita «giurisprudenza reattiva»⁴⁰, tesa, cioè, a ridelineare - o plasmare *ex novo* - la sagoma delle misure alternative.

³⁴ Trib. Sorv. Milano, 11 febbraio 1998, Ligresti, in *Quest. giust.*, 1998, p. 476.

³⁵ Trib. Sorv. Milano, 23 luglio 1997, Cusani, in *Foro. it.*, 1998, c. 31.

³⁶ In questo senso si è espressa Cass., Sez. I, 5 febbraio 1998, Cusani, *cit.*

³⁷ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, *cit.*, 2000, 165, secondo cui è un incredibile nonsenso vedere i c.d. «colletti bianchi» ricompresi tra quanti il servizio sociale dovrebbe aiutare a «superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale».

³⁸ DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative*, *cit.*, p. 3282.

³⁹ Si pensi, ad esempio, all'esperienza di «Tangentopoli».

⁴⁰ Cfr., al riguardo, DELLA CASA, *La crisi d'identità delle misure alternative*, *cit.*, p. 3283.

L'effetto che decisioni come quella in epigrafe inevitabilmente producono è di rendere più difficile l'accesso ai benefici, subordinandolo a giudizi di valore – come quello sotteso alla necessità di applicare una «giusta pena», che soddisfi innanzitutto l'esigenza retributiva – estranei alla previsione legislativa e incoerenti con la *ratio* originaria dell'istituto.

La magistratura di sorveglianza – pur a fronte delle gravi carenze ed incongruenze dell'attuale sistema penitenziario – è chiamata ad operare una «serena», rigorosa e particolareggiata valutazione (di cui deve dare conto con esauriente motivazione) circa la sussistenza delle condizioni normativamente prescritte per la concessione della misura alternativa, non cedendo a dannose tentazioni demiurgiche, che esulano dalla propria competenza istituzionale.