

**RIFLESSIONI SULLA NATURA DELL’AFFIDAMENTO IN PROVA
AI SERVIZI SOCIALI A SEGUITO DI UNA RECENTE SENTENZA
DELLE SEZIONI UNITE**

RAFFAELLA TUCCI *

Cassazione Penale, Sez. Un., 13 marzo 2002 (c.c. 27 febbraio 2002), n. 5 - Pres. Vessia - Rel. Canzio - P.m. Iadecola (parz. diff.) - Martola, ricorrente.

Misure alternative alla detenzione - Affidamento in prova al servizio sociale - Esito della prova - Comportamenti del condannato successivi all’espletamento della misura - Variabilità - Condizioni.

In tema di affidamento in prova al servizio sociale, ai fini della valutazione dell’esito della prova, è possibile prendere in considerazione anche comportamenti posti in essere dal condannato dopo che sia cessata l’esecuzione della misura alternativa, ma prima che sia formulato il giudizio sul relativo esito, giacché essi, quantunque di per sé inadonei a giustificarne la revoca, possono, tuttavia, costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento di quell’obiettivo di recupero sociale del condannato, cui la misura stessa è preordinata.

* * *

I problemi posti dalla sentenza pronunciata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione il 13 marzo 2002⁽¹⁾, in materia di affidamento in prova ai servizi sociali, riguardano sia la possibilità di tener conto, ai fini della valutazione all’esito della prova, anche dei comportamenti del condannato successivi all’espletamento della misura stessa, sia la possibilità di tener conto, per la rideterminazione del *quantum* di pena ancora da espiare, del periodo di prova conclusosi negativamente⁽²⁾.

* Diplomata presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali di Firenze.

⁽¹⁾ Cass., sez. Un., 13 marzo 2002 ric. Martola, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1225-30.

⁽²⁾ Le sezioni unite sono intervenute a risolvere un contrasto giurisprudenziale e hanno deciso per l’ammissibilità sia di una valutazione finale dell’affidamento che tenga in considerazione anche dei comportamenti posti in essere dal condannato nel periodo compreso tra la cessazione dell’esecuzione della misura alternativa e la formulazione del giudizio sul relativo esito, sia per la possibilità del Tribunale di Sorveglianza di «rideterminare» la pena, nell’ipotesi in cui valuti negativamente il periodo trascorso in prova dall’affidato.

Per l'esame di entrambi i punti problematici è fondamentale capire la distinzione tra il giudizio di revoca (in senso proprio) e il giudizio di valutazione. Per quanto riguarda il primo punto il confronto tra i due istituti ci consente di mettere a fuoco l'incidenza di un singolo episodio sull'esito dell'affidamento. Riguardo al secondo punto, il raffronto è utile per capire le ragioni che hanno portato le sezioni unite a sostenere l'estensione della giurisprudenza costituzionale, in materia di giudizio di revoca, al giudizio di valutazione ai fini della rideterminazione della pena.

In questo contesto è quindi importante definire quali sono i presupposti di un'ordinanza di revoca della misura alternativa e quali, invece, quelli dell'ordinanza che dichiara positiva la prova espletata.

È giurisprudenza consolidata che «il mero decorso del periodo di prova senza che sia intervenuta una revoca non produce automaticamente un effetto estintivo, per il quale è, invece, necessario l'accertamento di elementi di comportamento positivi tali da far supporre essere avvenuta la rieducazione inequivocabile del reo»⁽³⁾.

La Corte di Cassazione⁽⁴⁾, in diverse pronunce, ha chiarito che affinché si verifichi l'effetto estintivo della pena è necessario che il Tribunale valuti la misura espletata in modo globale, per accertare che abbia svolto lo scopo cui è preordinata, cioè la risocializzazione del reo ed il suo reinserimento. Proprio nel diverso contenuto del giudizio affidato al Tribunale di sorveglianza deve ricercarsi la differenza tra la revoca e la valutazione: infatti, nell'ipotesi di revoca, si valuta la gravità di singoli episodi, per verificarne l'incompatibilità con la prosecuzione della prova.

Dal confronto tra i due tipi di giudizio emerge che la giurisprudenza è orientata nel senso di rigettare le teorie contrattualistiche, secondo cui l'affidamento è un contratto stipulato tra il condannato e lo Stato che, in cambio del trattamento extra-murario, deve rispettare delle regole la cui violazione conduce alla risoluzione del contratto. Resta il problema di capire che cosa si deve intendere per rieducazione. Infatti, in un'ottica retributiva dovremo affermare che esiste un automatismo: il Tribunale, a fronte di un affidamento scontato nel rispetto di tutte le prescrizioni imposte e nell'assenza di violazioni di legge, avrebbe il dovere di dichiarare l'estinzione della pena in sede di giudizio sulla valutazione all'esito dell'affidamento.

Per non cadere nell'equivoco di pensare che rieducato significhi pentito, vale a dire che la rieducazione comporti necessariamente un ravvedimento critico interiore, è utile riprendere il dibattito sul sen-

⁽³⁾ Cass., sez. I, 26 giugno 1981, Milito, sez. I, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1631.

⁽⁴⁾ Cass., sez. I, 17 febbraio 2000, ric. Cornero, in *Riv. pen.*, 2000, p. 842; *Id.* Sez. I, 25 ottobre 1984, ric. Fracassini, in *Cass. pen.*, 1986, pp. 1004-05; *Id.* sez. I, 21 febbraio 1983, ric. Didona, in *Cass. pen.*, 1984, pp. 2054-57.

⁽⁵⁾ Corte Costituzionale, 14 dicembre 1995, n. 504, in *Giur. cost.*, 1995, fasc. 6, p. 4272.

so della rieducazione, che ha coinvolto la dottrina e la giurisprudenza, con riferimento all'interpretazione dell'art. 27 Cost. che sancisce il principio del finalismo rieducativo della pena.

La questione è fondamentale perché il giudizio positivo di valutazione sull'esito dell'affidamento dipende proprio dal significato che si dà al concetto di rieducazione. Il campo è conteso da due teorie: una intende la rieducazione come un risultato, l'altra come un percorso. A me sembra che l'unica teoria che trovi legittimità costituzionale sia quella che ritiene la rieducazione un percorso: ciò si desume dalle sentenze che la consulta ha pronunciato con riferimento all'art. 4-*bis* ord. pen.

Con sentenza n. 504/1995⁽⁵⁾ la Corte Costituzionale dichiara illegittimo l'art. 4-*bis* comma 1 per violazione degli artt. 3 e 27 comma 3 Cost., nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti di condannanti per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1, dell'art. 4-*bis*, che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-*ter*, anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali della criminalità organizzata. Successivamente con sentenza n. 445/1997⁽⁶⁾ la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 4-*bis* comma 1 nella parte in cui non prevede che il beneficio della semilibertà possa essere concesso nei confronti di condannati che prima della data dell'entrata in vigore dell'art. 15 del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. Infine con la sentenza n. 137/1999⁽⁷⁾ la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 4-*bis*, comma 1, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, della legge 356/1992, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio chiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

In sintesi, sembra potersi affermare che, da queste sentenze emerge un concetto di rieducazione come percorso e non come risultato; ciò è avallato sia dalla lettera dell'art. 27 Cost., che usa il termine tendere e non ottenere, sia dalle pronunce della Corte Costituzionale che dichiarano la parziale illegittimità dell'art. 4-*bis* ord. pen.

Qualificare la rieducazione come un percorso rende problematica la valutazione di un comportamento successivo al termine della misura, quale indice rivelatore di una mancata rieducazione. Questo

⁽⁶⁾ Corte Costituzionale, 30 dicembre 1997, n. 445 in *Cass. pen.*, 1998, p. 1310.

⁽⁷⁾ Corte Costituzionale, 22 aprile 1999, n. 137, in *Foro. it.*, 1999, I, p. 1727.

⁽⁸⁾ *Cit. nota 1.*

problema si è posto all'attenzione delle sezioni unite nella sentenza Martola⁽⁸⁾ che hanno, infatti, subordinato la possibilità di valutare i comportamenti successivi al termine della misura ad alcune condizioni: il Tribunale deve evitare ogni automatismo e quindi procedere ad una valutazione caso per caso, con un apprezzamento globale, che tenga conto, da un lato, della condotta tenuta dal soggetto durante l'esecuzione della misura e, dall'altro, dell'effettiva entità del fatto successivo, della distanza cronologica dalla scadenza dell'affidamento e del collegamento di questo con le modalità di espletamento della prova. La Corte ha aggiunto, inoltre, che il Tribunale deve procedere alla rideterminazione della pena residua da scontare, usando i criteri forniti in materia di revoca dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 343/1987.

La Corte Costituzionale⁽⁹⁾ elaborando la teoria del *rebus sic stantibus* si è pronunciata nel senso della revocabilità di queste ordinanze che ritiene insuscettibili di giudicato.

1. Il giudizio di revoca dell'affidamento in prova ai servizi sociali

Una volta che il condannato ha concluso il periodo di affidamento in prova ai servizi sociali, il Tribunale di sorveglianza si riunisce in camera di consiglio per valutare l'esito della prova. Dalla lettera dei commi 11 e 12 dell'art. 47 ord. pen. sembra che il Tribunale di sorveglianza possa intervenire, eventualmente, durante l'espletamento della misura, revocandola nei casi di violazione di leggi o delle prescrizioni o di mutamento di situazioni di fatto, per comportamenti del condannato, incompatibili con la prosecuzione della misura e che, invece, debba intervenire al termine dell'esecuzione della stessa dichiarando o meno l'estinzione della pena.

Quando interviene con un provvedimento di revoca, il Tribunale deve rideterminare il *quantum* di pena che il condannato dovrà scontare in carcere. Sul punto sono opportune alcune precisazioni, stante il disposto di alcune sentenze della Corte Costituzionale e il recente intervento delle sezioni unite.

Come detto, è necessario distinguere il giudizio sulla revoca, che interviene, eventualmente, durante l'esecuzione della misura, dal giudizio di valutazione dell'affidamento, che, invece, interviene sempre una volta eseguita la misura.

Il giudizio di revoca dell'affidamento accerta che l'affidato ha violato una delle prescrizioni della misura previste nell'ordinanza di concessione della prova o che lo stesso ha violato una legge. È bene precisare che, in nessun caso, una violazione di prescrizione o di leg-

⁽⁹⁾ Corte Costituzionale, 31 maggio 1996, n. 181, in *Sent. Ord. C. Cost.*, 1996, p. 1685 ss.

ge porta con sé la conseguenza di una revoca automatica della misura. La giurisprudenza, nega l'automatismo sia nelle ipotesi di violazioni di prescrizioni che nei casi di violazioni di leggi, ritenendo necessario in entrambi i casi l'accertamento, da parte del Tribunale di sorveglianza, che il comportamento tenuto dall'affidato sia sintomatico del fatto che la misura alternativa non è più lo strumento migliore per la rieducazione del reo.

L'automatismo della revoca, di per sé, è previsto solo nell'ipotesi in cui sopravvenga un titolo di privazione della libertà che superi i limiti di pena.

Secondo la Corte di Cassazione⁽¹⁰⁾ la presentazione di denunce e querele nei confronti di soggetti sottoposti all'affidamento in prova al servizio sociale non legittima l'adozione del provvedimento di cessazione delle misure alternative alla detenzione. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, in riferimento alla discussione su quanto un carico pendente può incidere sull'emissione di un'ordinanza di revoca, ha a lungo oscillato tra i due estremi⁽¹¹⁾, per poi approdare ad una tesi intermedia⁽¹²⁾ in base alla quale la magistratura di sorveglianza ha il compito di esprimere una valutazione, non tanto sul fatto reato in sé, quanto sul fatto storico che è all'origine del fatto reato. Tale valutazione risponde all'esigenza di accertare la rilevanza che il fatto può assumere sul piano della rieducazione. La Corte di Cassazione ha detto chiaramente che il giudizio sulla revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale è rimesso alla discrezionalità dell'organo di sorveglianza. Il giudice può fondare il suo convincimento su qualsiasi elemento probatorio, purché fornisca una motivazione logica, adeguata e non viziata⁽¹³⁾.

Alcuni⁽¹⁴⁾ hanno sostenuto che in tal modo si chiede al Tribunale di sorveglianza di esprimere una prognosi riguardo alla colpevolezza, in perfetta violazione dell'art. 27 comma 2 Cost., perché in pratica il giudizio della magistratura di sorveglianza si baserebbe su accuse che sono ancora da provare. Per cercare di comporre il contrasto tra la dottrina e la giurisprudenza, altri⁽¹⁵⁾ hanno suggerito di fare una distinzione tra i casi in cui la magistratura di sorveglianza

⁽¹⁰⁾ Cass., sez. I, 8 febbraio 2002, n. 5283 ric. Di Massa, CED rv 221339.

⁽¹¹⁾ A favore della tesi secondo cui il giudice di sorveglianza non deve tener conto dei carichi pendenti: Cass., sez. I, 2 aprile 1986, ric. Luzzi, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1237 e *Id.*, 18 dicembre 1981, Ielusich, *ivi* 1983, p. 1434. *Contra* Cass., sez. I, 4 febbraio 1992, ric. Primerano, in *Cass. pen.*, 1993, p. 936.

⁽¹²⁾ Cass., sez. I, 8 maggio 1989, ric. Toniolo, in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 1382; *Id.*, 20 ottobre 1993, ric. Cianfrotta, *ivi* 1994, p. 3115; *Id.*, 30 novembre 1993, ric. Lo Cascio, *ivi* 1995, p. 174; *Id.*, 31 marzo 1995, ric. Satanassi, *ivi* 1996, p. 1287; *Id.*, 12 maggio 1995, ric. Tenca, in *Giust. Pen.*, 1996, III, p. 191.

⁽¹³⁾ Cass., sez. I, 3 aprile 1985, Gattuso, in *Cass. pen.* 1986, pp. 1177-78.

⁽¹⁴⁾ GIOSTRA G., *Prognosi rieducativa e pendenze penali nell'affidamento al servizio sociale*, in *Cass. pen.* 1983, p. 1437 ss.

⁽¹⁵⁾ DELLA CASA F., *L'incidenza della pronuncia assolutoria sulla progressiva revoca di una misura rieducativa*, in *Sent. ord. c. cost.*, 1996, pp. 1693-1701.

è in grado di ricostruire il fatto, e quelli in cui ciò non è possibile. Per fatto deve intendersi il dato storico, da cui derivare la prognosi, che l'istituto dell'affidamento non è più uno strumento adeguato per la rieducazione e il reinserimento del reo. Ciò, indipendentemente dal fatto che il comportamento tenuto sia o no un elemento della fattispecie incriminatrice.

Si potrà arrivare alla revoca del beneficio, solo ove si accerti che il comportamento dell'affidato contrario alla legge o alle prescrizioni dettate è incompatibile con le finalità del trattamento.

Questa linea interpretativa oramai consolidata, relega a mera speculazione dottrinale le teorie contrattualistiche secondo cui l'affidamento è un contratto stipulato tra il condannato e lo Stato. Il condannato in cambio del trattamento extra-murario, quindi meno afflittivo, deve rispettare delle regole, e ogni minima violazione è ritenuta un grave inadempimento degli obblighi contrattuali che conduce alla risoluzione del contratto.

Merita di essere sottolineato che secondo la giurisprudenza⁽¹⁶⁾ più convincente per conformità ai principi costituzionali, la condotta del soggetto affidato al servizio sociale contraria alle prescrizioni non configura reato; ciò appare confermato dalla lettera dell'art. 47 comma 11 ord. pen. che prescrive per tale ipotesi solo la sanzione della revoca del beneficio, mentre altri casi come quelli ex art. 47-ter commi 8, 9 e ex art. 51 commi 2, 3, 4, prevedono, oltre che la revoca del beneficio, la consumazione del delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p.. Il condannato che sta scontando la sua pena in affidamento non può commettere il delitto di evasione, stante il fatto che egli non è detenuto ed essendo l'evasione un reato proprio. Per la giurisprudenza in esame non è qui applicabile l'art. 650 c.p., perché tale norma in bianco si riferisce solo alle ipotesi per le quali non è prescritta un'apposita sanzione che può anche avere natura amministrativa o processuale. Per revocare la misura è necessario che il Tribunale di sorveglianza si convinca che la condotta tenuta dall'affidato non è compatibile con la *ratio* dell'istituto, che non risulta più essere uno strumento adeguato per la rieducazione e il reinserimento del reo, perché non è in grado di assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta nuovi reati. Sicché nella valutazione, da compiere caso per caso, non può prescindersi dall'apprezzamento complessivo del comportamento dell'affidato⁽¹⁷⁾.

Il Tribunale deve emettere l'ordinanza, in cui motiva la revoca dell'affidamento e ridetermina la pena, entro 30 giorni dal decreto di

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. VI, 10 marzo 1995, D'Amico, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1604.

⁽¹⁷⁾ Cass., sez. I, 7 ottobre 1997, ric. Marzano, CED rv 208511. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto illegittima una revoca dell'affidamento in prova motivata esclusivamente con riferimento ad una denuncia dell'affidato per guida senza patente. Nello stesso senso Cass., sez. I, 14 maggio 1990, Doro, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 1619-20.

sospensione adottato dal magistrato di sorveglianza⁽¹⁸⁾. Nel rideterminare la pena il Tribunale può stabilire che la revoca produca effetti *ex nunc* o *ex tunc*, a seconda che decida di non considerare come pena espiata tutto o parte del periodo trascorso in affidamento. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 343/1987⁽¹⁹⁾ in cui ha accolto la doglianza del giudice *a quo* sull'illegittimità Costituzionale dell'art. 47 comma 10, ord. pen., con riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., nella parte in cui non consentiva al Tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, nell'ipotesi di revoca della misura alternativa. La Consulta ha statuito che nella rideterminazione della pena, a seguito di una revoca per colpa del condannato, il Tribunale deve tenere conto di diversi fattori. Questi sono: il periodo di prova trascorso dall'affidato nell'osservanza delle prescrizioni imposte ed il concreto carico di queste, la gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha dato luogo alla revoca. Tali elementi sono tutti indispensabili per una corretta valutazione a proposito della rideterminazione della pena. Il riferimento alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto ha, secondo alcuni⁽²⁰⁾, tutto l'aspetto di un richiamo ai criteri dettati dall'art. 133 comma 1 c.p. per la commisurazione della pena alla gravità del reato. Dettando i criteri da seguire per rideterminare la pena, la Corte si è preoccupata di ricondurre nei limiti della c.d. discrezionalità vincolata i poteri del Tribunale di sorveglianza. Tuttavia alcuni autori⁽²¹⁾ hanno rilevato come sia inutile fornire dei criteri di valutazione quando non è chiara la finalità verso cui deve essere esercitato il potere discrezionale che si vuole guidare.

Il problema nasce dall'assenza tra i parametri indicati dalla Corte, nella sentenza di censura, di qualsiasi riferimento al grado di risocializzazione raggiunto o alle prospettive future di rieducazione. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., ma non all'art. 27 Cost.; questa pronuncia, se mette bene in chiaro che l'affidamento limita il bene giuridico della libertà

⁽¹⁸⁾ Se questo termine non viene rispettato, secondo parte della dottrina (GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA, a cura di, *Ordinamento penitenziario*, Cedam, Padova, 1997 p. 436), il soggetto è riammesso all'affidamento, perché l'art. 51 *bis* ord. pen. fissa appunto in 30 giorni il termine massimo di carcerazione che un affidato può soffrire nel tempo compreso tra il decreto di sospensione e l'ordinanza a seguito del giudizio di revoca. La riammissione all'affidamento non caduca la potestà del Tribunale che potrà, infatti, intervenire in ogni momento con un'ordinanza di revoca.

⁽¹⁹⁾ Il giudice remittente nella sua ordinanza richiama due pronunce della Consulta che hanno dichiarato l'illegittimità del medesimo articolo nella parte in cui non prevede che valga come pena espiata il periodo trascorso in affidamento nell'ipotesi di annullamento del provvedimento di ammissione alla misura per cause originarie o sopravvenute (n.185/1985) o nel caso di revoca per ragioni indipendenti dall'esito negativo della prova (n. 312/1985).

⁽²⁰⁾ VERRINA D., *Corte Costituzionale e revoca dell'affidamento in prova: la rieducazione dal mito al realismo*, Riv. it. dir. proc. pen., 1988, p. 1170.

⁽²¹⁾ Cfr., DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, Milano, 1985, in *Diritto penale in trasformazione* (a cura di), MARINUCCI-DOLCINI, cit. in VERRINA D., op. cit. p. 1173, nota 38.

individuale in maniera significativa, lascia nell'ombra la specifica finalità dell'istituto e quindi i criteri che devono guidare il giudice nella rideterminazione della pena.

La sentenza n. 343/1987 della Corte Costituzionale è l'ovvio corollario di un orientamento, oggi consolidato, che ritiene che l'affidamento abbia la natura giuridica di vera e propria pena alternativa alla detenzione e, come tale, sia caratterizzata da un'afflittività di cui non può non tenersi conto al momento della determinazione della pena in sede di revoca⁽²²⁾. La Corte, constatato il carattere affittivo delle prescrizioni concernenti l'affidamento dice che «qualunque sia la nozione di pena che si ritenga di accogliere, non è dubbio che le prescrizioni rientrino a pieno titolo tra quelle restrizioni della libertà personale la cui imposizione l'art. 13 Cost. circonda di particolari cautele, [...] il non tenere in alcun conto, in caso di revoca, il già patito assoggettamento a tali restrizioni nel pregresso periodo di affidamento costituisce un risultato contrastante con quel disposto costituzionale».

Nello stesso senso si è poi espressa la Corte di Cassazione²³ sostenendo che la natura dell'affidamento in prova al servizio sociale, implica l'osservanza di prescrizioni limitative della libertà, perciò nell'ipotesi di revoca del provvedimento ammissivo del beneficio, indipendentemente dalla causa che la ha determinata, il periodo positivamente trascorso non deve essere valutato come se si fosse inutilmente consumato, altrimenti la misura da alternativa alla detenzione si trasformerebbe in misura aggiuntiva alla stessa. Il *quantum* di pena da scontare in carcere dovrà quindi essere determinato tenendo conto delle prescrizioni imposte e della durata di queste⁽²⁴⁾.

Alla luce di queste argomentazioni appare costituzionalmente dubbia la proposta di chi, in dottrina⁽²⁵⁾, ha sostenuto, per meglio contemperare le esigenze preventive con quelle di legalità, la necessità che la misura dell'affidamento abbia una durata maggiore della pena. Secondo l'autore solo così possono soddisfarsi le esigenze di pre-

⁽²²⁾ La natura giuridica dell'affidamento è stata per molto tempo oggetto di discussione. In materia si opponevano due orientamenti: da un lato si sosteneva la sua natura di alternativa integrale alla pena, cioè di misura sospensiva di un'esecuzione; dall'altro si riteneva che fosse una vera e propria pena alternativa alla detenzione. Cfr. Cass. sez. I, 21 febbraio 1983 ric. Didona in *Cass. pen.*, 1984, p. 2054; Cass. sez. I, 25 ottobre 1984 ric. Fracassini in *Cass. pen.*, 1986, p. 1004. In quest'ultimo senso si è poi pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 185/1985.

⁽²³⁾ Cass., sez. I, 20 aprile 1994, Baracchetti, in *Cass. pen.*, 1995, II, pp. 1972-73.

⁽²⁴⁾ La stessa sezione della Cassazione, pochi mesi prima che la Corte Costituzionale decretasse con la sentenza n. 185/1985 l'illegittimità dell'art. 47 ord. pen. (nella parte in cui non consente che valga come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione), si era però espressa in senso contrario: «in caso di revoca, così come in caso di esito negativo della prova, il tempo trascorso in regime di affidamento non si considera come pena espia, e l'espiazione della pena residua deve riprendere a decorrere dal giorno dell'affidamento»; Cass., sez. I, 6 maggio 1985, Falcetelli, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1383.

⁽²⁵⁾ BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, in *Riv. It. dir. pen. proc.*, 2002, p. 1238.

venzione generale perché, considerato che il contenuto dell'affidamento è meno afflittivo della pena detentiva, la maggiore durata consentirebbe di recuperare la perdita dell'afflittività (soddisfacendo l'esigenza di prevenzione generale⁽²⁶⁾).

Nella prassi al momento del giudizio sulla revoca si dà grande rilievo all'entità del fatto: in questo senso si è espressa anche la Corte di Cassazione ritenendo che nel caso in cui il Tribunale decida di disporre una revoca con effetti *ex tunc* dell'affidamento, che ha come corollario la non computazione del periodo trascorso in affidamento come pena espiata, gravi sul Tribunale un particolare onere di fornire «una molto puntuale e approfondita motivazione⁽²⁷⁾».

1.1. Le ordinanze impropriamente definite di revoca

Dalla revoca dobbiamo distinguere altre ordinanze che solo impropriamente sono definite di revoca. Anche se dalla lettera dell'art. 47 ord. pen. sembra si possano adottare solo le pronunce di revoca o di declaratoria di estinzione, in realtà i tribunali adottano ordinanze sulla base di presupposti diversi e utilizzano, erroneamente secondo parte della dottrina⁽²⁸⁾, il termine revoca per indicare declaratorie di

⁽²⁶⁾ Il legislatore ha previsto un solo caso in cui la pena può essere maggiorata, in virtù della sua modalità di esecuzione: si tratta dell'ipotesi in cui la pena detentiva è sostituita dalla libertà controllata, dove un giorno di pena detentiva equivale a 2 giorni di libertà controllata. Esiste un accordo pressoché unanime in dottrina (E. DOLCINI, C.E. PALIERO, «Sanzioni sostitutive», *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 491-2; E. DOLCINI, «La sanzioni sostitutive applicate in sede di condanna. Profili interpretativi, sistematici e politico criminali, del capo III, sezione I della legge 689 del 1981», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1982, pp. 1400-1; TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, Cedam, 1985, p. 74; G. ZAPPA, «Le misure sostitutive», in Consiglio superiore della magistratura (a cura di), *La legge 24 novembre 1981, n. 689: «Modifiche al sistema penale: problemi interpretativi»*, Roma, 1984, p. 456) sul fatto che le sanzioni sostitutive sono misure non clemenziali, aventi precisi contenuti afflittivi, orientate verso la prevenzione generale, nel momento della minaccia, e la prevenzione speciale mediante l'intimidazione-ammonimento, la neutralizzazione e la non desocializzazione, nei momenti commisurativo ed esecutivo. Contrariamente alle misure alternative, le sanzioni sostitutive perseguono in misura marginale la finalità del recupero sociale del reo; esse sono, infatti, caratterizzate da prescrizioni limitative della libertà personale e dall'assoluta mancanza di prescrizioni positive, indirizzate al recupero del soggetto (Palazzo, Trapani). È difficile comprendere perché una misura che, seppure restrittiva della libertà personale, trova il proprio fulcro nelle prescrizioni abilitanti, dovrebbe essere più lunga della pena detentiva che sostituisce. La maggiore lunghezza può essere giustificata per una misura a carattere neutralizzante e general-preventivo, non in una a carattere risocializzante. Questa tesi sembra essere stata fatta propria dal legislatore che con la recente legge 19 dicembre 2002, n. 277, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di liberazione anticipata» ha ammesso la liberazione anticipata anche per l'affidato in prova ai servizi sociali.

⁽²⁷⁾ Cass., sez. I, 13 gennaio 1999, Rodi, CED rv 212712.

⁽²⁸⁾ PRESUTTI A., in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di) *Ordinamento Penitenziario*, 1997, Cedam, Padova.

annullamento di ordinanze concessive della misura o di cessazione della stessa, per fatti non imputabili al condannato, o declaratorie di inefficacia.

Distinguere tra revoca e declaratoria di annullamento è fondamentale, perché quest'ultima segue ad un comportamento incolpevole del condannato, per cui non porta con sé le conseguenze negative di una revoca come l'operatività dell'art. 58-*quater* ord. pen.⁽²⁹⁾.

Da una recente pronuncia della Cassazione⁽³⁰⁾ emerge che: può ritenersi corretta un'ordinanza di cessazione della misura solo nell'ipotesi in cui sopravvenga una nuova condanna che cumulata alla precedente ecceda il limite dei tre anni. Va da sé che, ovviamente la nuova condanna deve riferirsi a reati commessi in tempi precedenti alla concessione dell'affidamento in prova, infatti, solo in questi casi possiamo parlare di comportamento "incolpevole" del condannato. In realtà è bene specificare che la dottrina e la giurisprudenza di merito usano la locuzione ordinanza di cessazione, prendendo in prestito il termine dall'art. 51-*bis* ord. pen., mentre la giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 312/1985 la ha definita revoca incolpevole. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47 ord. pen. nella parte in cui non prevede che valga come espiazione di pena il periodo di affidamento al servizio sociale, nel caso di revoca del provvedimento di ammissione per motivi non dipendenti dall'esito negativo della prova. Anche in questo caso il Tribunale dovrà procedere alla rideterminazione del periodo di pena residuo da scontare in carcere.

Riguardo al limite di pena dei tre anni è opportuno dare alcuni chiarimenti, in quanto ai fini del computo della pena inflitta, quella irrogata con la sentenza di condanna va depurata sia della parte non espiable per l'intervento di cause estintive, sia di quella già sofferta a titolo di custodia cautelare o di parziale esecuzione della pena, anche se scontata nella forma di affidamento in prova. Ad una tale interpretazione, oramai pacifica, si è giunti a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 386/1989 ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 47 ord. pen. nella parte in cui

(29) L'art. 58-*quater* ord. pen. prescrive ai primi tre commi (che sono quelli che qui rilevano):

«L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'art. 47 ord. pen., la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato per uno dei delitti previsti nel comma 1 dell'art. 4-*bis* che ha posto in essere una condotta punibile a norma dell'art. 385 del codice penale.

La disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-*ter*, comma 6, o dell'art. 51 primo comma.

Il divieto di concessione dei benefici opera per un periodo di tre anni dal momento in cui è ripresa l'esecuzione della custodia o della pena o è stato emesso il provvedimento di revoca indicato nel comma 2».

(30) Cass., sez. I, 8 febbraio 2002, CED rv 221339 ric. Di Massa.

non prevede che nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite dei tre anni, non si debba tener conto anche delle pene espiate. A distanza di pochi mesi la Corte di Cassazione a sezioni unite⁽³¹⁾ si è adeguata alla pronuncia della Consulta, specificando che ai fini della determinazione del limite minimo di pena da scontare per ottenere l'affidamento in prova al servizio sociale si deve tenere conto sia delle pene espiate che di quelle altrimenti estinte. Con questa sentenza le sezioni unite rivedono e superano un loro precedente orientamento secondo cui per pena inflitta deve ritenersi solo la pena irrogata dal giudice con la sentenza di condanna, per cui è irrilevante ai fini della concessione delle misure alternative, fare calcoli per decurtare eventuali periodi estinti⁽³²⁾.

Infine la Corte di Cassazione⁽³³⁾ ha affermato che la locuzione contenuta nell'art. 47 e 47-bis ord. pen. e nell'art. 94 D.P.R. 309/1990 equivale a pena che residua da espiaire in concreto, perciò quando la pena residua, relativa al titolo da cui è scaturita l'applicazione della misura alternativa dell'affidamento in prova, sommata all'ammontare della pena concernente il titolo sopravvenuto, non supera il limite dei tre anni stabilito dalla legge, il magistrato di sorveglianza deve disporre, *de plano*, con decreto non motivato ed inoppugnabile, la prosecuzione della misura ex art. 51-bis ord. pen. in corso; sarà poi il Tribunale di sorveglianza a decidere definitivamente sulle sorti del beneficiario. Questo meccanismo risponde alla *ratio* di non interrompere bruscamente il percorso di reinserimento che il condannato segue durante l'espletamento della misura alternativa. Il rientro in carcere comporta, infatti, la perdita del lavoro, lo sradicamento da un ambiente positivo nonché l'interruzione dei rapporti con il centro dei servizi sociali.

Nell'ipotesi in cui il nuovo titolo esecutivo sommato al residuo pena relativo al titolo da cui è derivata la concessione della misura superi il limite dei tre anni il magistrato dispone con le stesse modalità la sospensione della misura. Tale decreto significa per l'affidato l'ingresso in carcere. Tale provvedimento è adottato in assenza di qualunque garanzia giurisdizionale, vale a dire nella totale mancanza di contraddittorio, pur incidendo sulla libertà personale. Ciò è comprensibile, laddove si consideri che, in concreto, il giudice si limita a fare un mero calcolo. Tuttavia, non è mancato, in dottrina⁽³⁴⁾, chi ha espresso perplessità per questo meccanismo. Alcuni autori

⁽³¹⁾ Cass., sez. un., 16 novembre 1989, ric. Turelli, in *Cass. pen.*, 1990, p. 591.

⁽³²⁾ Cass., sez. un., 26 aprile 1989, ric. Russo, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1443; Cfr VITELLO F. S., *L'affidamento in prova al servizio sociale ed il limite della pena detentiva inflitta*, in *Cass. pen.* 1990, pp. 193-98.

⁽³³⁾ Cass., sez. I, 10 dicembre 1996, ric. Galante, CED rv 206244.

⁽³⁴⁾ Cfr PRESUTTI A., *Commento all'articolo 47 ord. pen.* in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario*, 1997 p. 340; *Id.* p. 380-81; *Ibid.* BERNASCONI, A., *commento all'art. 51-bis ord. pen.*, pp. 429-30; CORBI F., *L'esecuzione nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 1992 p. 396.

hanno, infatti, ritenuto illogica la previsione di un meccanismo privo di garanzie destinato a produrre un provvedimento inoppugnabile che incide sulla libertà della persona. Secondo la dottrina citata le perplessità aumentano laddove si consideri che l'art. 51-ter ord. pen. prescrive l'obbligo di motivare il decreto che dispone la sospensione cautelativa della misura⁽³⁵⁾. Anche se i dubbi di questa dottrina sono poco comprensibili, laddove si noti che l'art. 51-ter ord. pen. prevede la sospensione cautelativa della misura, adottabile in base ad un ampio spettro di ragioni, mentre la revoca consegue ad un mero calcolo, nella prassi potrebbero verificarsi situazioni che sono solo apparentemente di mero calcolo e che quindi richiederebbero la garanzia del contraddittorio. Si pensi al caso in cui ad un soggetto sia notificato un titolo di esecuzione definitivo che cumulato con la precedente condanna supera il tetto limite dei 3 anni solo in apparenza, perché il reo ha già scontato una parte della pena a titolo di custodia cautelare.

La declaratoria di inefficacia concerne, invece, un'ipotesi specifica che la dottrina ritrova nella mancata sottoscrizione del verbale di prescrizioni e l'assunzione di impegno a rispettarle, come disposto dall'art. 97 co., 3, 4 del regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario⁽³⁶⁾, da parte del condannato a cui è concessa la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali. In questo caso, secondo parte della dottrina, non si può parlare di revoca, perché la misura non è mai iniziata ed è quindi più corretto sostenere che il Tribunale pronunci una declaratoria di inefficacia della misura. Alla luce di queste considerazioni «appare dissonante la dizione del comma 2 dell'art. 97 D.P.R. 230/2000, nella parte in cui definisce invece revoca il provvedimento da adottare nel caso di mancata presentazione dell'affidato al CSSA per la sottoscrizione»⁽³⁷⁾.

Nella categoria delle pronunce di annullamento rientrano tutte quelle adottate nel corso della misura e relative a situazioni incompatibili con la misura verificatesi senza l'ausilio di una condotta dolosa da parte del condannato, ad esempio: richiesta di cessazione della misura da parte dell'interessato, intervenuta infermità mentale o tutti i casi in cui il Tribunale, valutando che l'ambiente che circonda l'affidato non sia più adeguato ad una prognosi di reinserimento sociale, in mancanza di alternative, provvede a disporre la carcerazione. La giurisprudenza di legittimità⁽³⁸⁾, in una delle ipotesi appena descritte, ha censurato l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza che disponeva la cessazione della misura a seguito di un mutamento delle

(35) Si ricorda, inoltre, che l'art. 125 c.p.p. prevede l'obbligo di motivare i decreti a pena di nullità solo ove la motivazione sia espressamente richiesta dalla legge.

(36) D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

(37) MARCHESELLI A., *La declaratoria di inefficacia in Diritto & Diritti*, www.diritto.it

(38) Cass., sez. I, 8 febbraio 2002, CED rv 221339 ric. Di Massa.

condizioni ambientali, in assenza di specifiche condotte trasgressive ascrivibili all'affidato. Secondo la dottrina⁽³⁹⁾, la pronuncia della Corte di cassazione è stata una decisione corretta, perché consente un'altra distinzione tra annullamento e cessazione della misura alternativa, nel senso che l'annullamento segue a tutte quelle situazioni in cui al condannato «non può rimproverarsi nulla»⁽⁴⁰⁾. Anche in caso di annullamento si deve naturalmente procedere alla rideterminazione della pena residua tenendo conto della parte di pena espiata e della riduzione spettante, eventualmente, al condannato a titolo di liberazione anticipata.

2. Il giudizio di valutazione all'esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali

La valutazione è un giudizio che interviene quando la misura alternativa è stata interamente eseguita. Il Tribunale di sorveglianza finito il periodo di affidamento si riunisce in camera di consiglio e valuta se è il periodo trascorso in affidamento ha avuto o meno esito positivo. La valutazione positiva produce, ex art. 47 comma 12, ord. pen. l'effetto di estinguere la pena e ogni altro effetto penale. L'estinzione deve essere dichiarata dal Tribunale di sorveglianza competente per territorio, così come accade per la revoca. In base all'art. 236 norme Att. Coord. C.p.p., il Tribunale competente è quello del luogo in cui è eseguita la misura, quindi è possibile che a decidere dell'esito dell'affidamento sia un Tribunale diverso rispetto a quello che ha concesso la misura. La procedura che il Tribunale deve seguire per la valutazione all'esito dell'affidamento non è oggetto di una disciplina specifica, per cui poiché la previsione dell'art. 678 comma 1, c.p.p. collega l'operatività del procedimento di sorveglianza genericamente alle materie di competenza del Tribunale di sorveglianza, si ritiene che anche per la declaratoria di estinzione della pena si debbano seguire le forme tipiche di questo rito⁽⁴¹⁾.

Prima di affrontare il problema di capire: cosa debba prendere in considerazione il Tribunale nel giudizio di valutazione e se esso debba determinare la pena anche nell'ipotesi di valutazione negativa dell'affidamento con gli stessi parametri che utilizza in caso di revoca, cerchiamo di comprendere cosa debba intendersi per effetto estintivo.

⁽³⁹⁾ MARCHESELLI A., *Mutamento delle condizioni personali e sociali e revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale*, in *www.Diritto & Diritti.it*, rivista giuridica on line.

⁽⁴⁰⁾ Nel senso che la sua condotta è stata corretta durante l'esecuzione della misura alternativa.

⁽⁴¹⁾ PRESUTTI A., *Commento all'articolo 47 ord. pen.*, in GREVI V., GIOSTRA G., DELLA CASA F., (a cura di), *Ordinamento Penitenziario*, Cedam, Padova, 2000, p. 411.

Per chiarire cosa debba intendersi per esito positivo è utile far riferimento ad alcune sentenze della Corte di Cassazione che negli anni sono intervenute sul punto.

Affinché si verifichi l'effetto estintivo della pena è necessario che il Tribunale valuti la misura espletata in modo globale, per accertare che abbia svolto lo scopo cui è preordinata, cioè la risocializzazione del reo ed il suo reinserimento. Proprio nel diverso contenuto del giudizio affidato al Tribunale di sorveglianza va ricercata la differenza tra la revoca e la valutazione: infatti, nell'ipotesi di revoca, si valuta la gravità di singoli episodi, per verificarne l'incompatibilità con la prosecuzione della prova. In questo senso si è pronunciata in modo molto chiaro la Corte di Cassazione⁽⁴²⁾.

Ciò non esclude, come la giurisprudenza ha affermato, che l'esito negativo dell'affidamento possa essere dichiarato finanche per comportamenti del condannato, tenuti nel corso della misura, che avrebbero potuto dar luogo alla revoca, indipendentemente dal fatto che questa sia stata disposta⁽⁴³⁾.

Il Tribunale di sorveglianza di Brescia nel 1993⁽⁴⁴⁾ con ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale ha sollevato questione di legittimità dell'art. 47 ultimo comma dell'ord. pen., affrontando il problema della natura dell'esito positivo della prova, ravvisando due tesi sul punto. Secondo una prima tesi valutare positivamente una prova significa accertare l'avvenuta risocializzazione del condannato; secondo altra interpretazione, che si ricollega alla già ricordata teoria contrattualista, esito positivo significa aver trascorso il periodo di prova rispettando tutte le prescrizioni imposte dall'ordinanza che ha disposto la misura. In ogni caso ogni volta che il Tribunale giudica positiva una prova accerta in modo definitivo l'avvenuto recupero del condannato.

2.1. *Gli effetti dell'estinzione della pena*

Riguardo al problema degli effetti della declaratoria di estinzione i dati da cui partire sono due: il primo è che la giurisprudenza è oramai consolidata nel ritenere l'affidamento una misura alternativa alla pena; l'altro che la lettera della norma (art. 47 ord. pen., co. 12) recita «l'esito positivo del periodo di prova estingue la pena e ogni altro effetto penale», senza specificare altro. All'individuazione delle conseguenze estintive, stante l'incertezza della formulazione normativa, si è provveduto in sede interpretativa. Oggi si ritie-

⁽⁴²⁾ Cass., sez. I, 17 febbraio 2000 ric. Cornero, in *Riv. pen.*, 2000, p. 842; *Id.* sez. I, 25 ottobre 1984, ric. Fracassini, in *Cass. pen.*, 1986, pp. 1004-05; *Id.* sez. I, 21 febbraio 1983 ric. Didona, in *Cass. pen.*, 1984, pp. 2054-57.

⁽⁴³⁾ Cass., sez. I, 13 novembre 1997, ric. Renda, in *Riv. pen.*, 1998, p. 198.

⁽⁴⁴⁾ Trib. Sorv. di Brescia 2 dicembre 1993, ric. Cervati, *Riv. pen.* 1994, p. 772;

ne pacificamente che l'esito positivo estingua anche le pene accessorie, poiché rientrano, ex art. 20 c.p., nell'ambito degli effetti penali⁽⁴⁵⁾, mentre è discusso se sia compresa nell'estinzione anche la pena pecuniaria⁽⁴⁶⁾.

La dottrina⁽⁴⁷⁾ e la giurisprudenza maggioritaria⁽⁴⁸⁾ ritengono sulla base del raffronto tra l'art. 20 c.p. e l'art. 178 c.p. che l'estinzione riguardi la sola pena detentiva. In senso contrario si è espresso il Tribunale di sorveglianza di Brescia nel 1993 nella già ricordata ordinanza di rinvio⁽⁴⁹⁾ alla Corte Costituzionale in cui ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 47 ultimo comma dell'ord. pen., per contrasto con l'art. 27 comma 3 Cost. e con il principio di ragionevolezza, nella parte in cui la norma è interpretata nel senso che l'esito positivo della prova nell'affidamento estingue solo la pena detentiva e non anche quella pecuniaria. Guardando al significato che assume la valutazione positiva del Tribunale di sorveglianza al giudice *a quo* sembra irragionevole la sopravvivenza di una pena pecuniaria, che può non essere pagata a causa dell'insolvibilità incolpevole del reo. Inoltre la pena pecuniaria, se non pagata rischia di trasformarsi in una misura aggiuntiva alla misura alternativa, stante il meccanismo di conversione in libertà controllata nell'ipotesi di insol-

⁽⁴⁵⁾ In dottrina (CANEPÀ M., MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario: le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Milano 2002), alcuni hanno sostenuto che la declaratoria positiva dell'esito dell'affidamento estingue anche le misure di sicurezza, in quanto non può definirsi positivo un percorso rieducativo che si conclude con la persistenza della pericolosità del condannato. Secondo queste argomentazioni la valutazione positiva dell'esito della prova estinguerrebbe anche le misure di sicurezza, fatta eccezione per la confisca, dato il combinato disposto degli artt. 210 co. 2, e 236 c.p. Cfr. Cass., sez. I, 18 luglio 1987, ric. P.G. Potenza; Cass., sez. un., 23 aprile 1993, n. 5, ric. Carlea, entrambe in *I codici commentati 2002, Il codice penale* (a cura di L. ALIBRANDI), La Tribuna, Piacenza, 2002, pp. 741-42.

⁽⁴⁶⁾ PRESUTTI A., *Commento all'articolo 47 ord. pen.* in GREVI, GIOSTRA, DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento Penitenziario*, cit.

Si ricorda che l'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale non è compresa nell'effetto estintivo, perché la sua eliminazione è prevista solo per le ipotesi tassative elencate dall'art. 687 c.p.p., per questo ai fini della recidiva e dell'applicazione di provvedimenti di clemenza la sentenza di condanna produrrà tutti i suoi effetti. Quest'interpretazione è rafforzata dalla lettera dell'art. 58-bis ord. pen. «Nel casellario giudiziale sono iscritti i provvedimenti del Tribunale di sorveglianza concernente l'irrogazione e alla revoca delle misure alternative alla pena detentiva». Queste annotazioni hanno la funzione di documentare i precedenti penali del condannato e quindi risultano utili per l'applicazione di istituti come il 58-quater. Proprio per questa ragione parte della dottrina ritiene che sia uno specifico onere quello di annotare accanto all'indicazione revoca, le ragioni per cui la stessa è intervenuta. Come già detto nelle ipotesi di c.d. revoca incolpevole non opera l'istituto sanzionatorio ex 58-quater.

⁽⁴⁷⁾ GRASSO G., *Misure alternative alla detenzione*, in Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 679.

⁽⁴⁸⁾ Cass., sez. I, 20 aprile 1995, Marchi, CED rv 201478; 11 gennaio 1995, Bellucci, Cass. pen., 1995, pp. 3528; 24 settembre 1993, Lodigiani, CED rv 198973.

⁽⁴⁹⁾ Trib. Sorv. di Brescia 2 dicembre 1993, ric. Cervati, *Riv. pen.* 1994, p. 772; Cfr. paragrafo 2, nota 44.

vibilità⁽⁵⁰⁾. La Corte di Cassazione nel 1994⁽⁵¹⁾ si è espressa inizialmente sostenendo che l'esito positivo della prova estingue ogni genere di pena, e quindi anche quella pecuniaria, per poi smentirsi a distanza di poche settimane, argomentando che la natura della pena è diversa e che l'affidamento in prova è una misura alternativa alla sola detenzione, avendo come scopo la rieducazione del condannato. Secondo la Corte, l'affidamento non colpisce altro che la persona e non il suo patrimonio che è invece l'oggetto della pena pecuniaria. Questa sentenza è stata criticata da parte della dottrina⁽⁵²⁾ che rileva come la pena pecuniaria sia comminata dal giudice alla luce degli stessi criteri di quella detentiva (art. 133 c.p.) oltre ad averne la stessa funzione. Lasciando sopravvivere la pena pecuniaria si fa sì che la stessa possa essere sempre e solo afflittiva, in contrasto, dunque con la natura polifunzionale della pena. In sostanza la sopravvivenza della pena pecuniaria a fronte di una valutazione positiva dell'affidamento, si risolverebbe in un contrasto con il principio di proporzionalità e di individualizzazione della pena quale si desume dall'art. 27 commi 1 e 3 della Cost., il cui criterio garantistico vale non solo ai fini dell'irrogazione, ma anche dell'esecuzione della pena.

La Corte Costituzionale ha affermato che la pena ha una tripla finalità, nella sentenza 313/1990, [...] la finalità rieducativa è prioritaria sulle altre, nonostante che afflittività e retributività siano contenuti ineliminabili di ogni pena, finalità che però, sottolinea la Corte, non hanno rango costituzionale. Queste caratteristiche implicano che la pena debba avere una certa flessibilità, proprio in funzione degli scopi cui è preordinata, primo tra tutti la risocializzazione del reo. Escludendo la possibilità dell'estinzione della pena pecuniaria di fronte ad una valutazione positiva dell'esito dell'affidamento in prova, si finisce con il privilegiare l'aspetto afflittivo della pena, creando una gerarchia, non prevista dalla Costituzione, delle funzioni cui la pena deve tendere.

A solo un anno di distanza dalla, già citata, pronuncia del 30 novembre del 1994⁽⁵³⁾, la sez. I della Corte di Cassazione⁽⁵⁴⁾ conferma il suo orientamento restrittivo, affermando che l'affidamento in prova al servizio sociale sostituisce la sola pena detentiva; a sostegno della tesi la Corte fa un confronto con gli effetti della riabilitazione (art. 178 c.p.) e fa notare che l'ultimo comma dell'art. 47 ord. pen. recita genericamente che l'esito positivo della prova estingue la

⁽⁵⁰⁾ La Corte Costituzionale non è mai entrata nel merito della questione giudicando manifestamente infondata la questione di legittimità con ordinanza del 28 novembre 1994 n. 410.

⁽⁵¹⁾ A favore dell'estinzione vedi Cass., sez. I, 9 novembre 1994, Maraio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3528; *contra* Cass., sez. I, 30 novembre 1994, ric. Cardosi, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 586.

⁽⁵²⁾ VITELLO, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 586.

⁽⁵³⁾ Cass., sez. I, 9 novembre 1994, Maraio, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3528.

⁽⁵⁴⁾ Cass., sez. I, 11 gennaio 1995, Bellucci, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3528.

pena e «ogni altro effetto penale» senza specificare della condanna. Un ulteriore argomento è tratto dall'art. 76, comma 3, c.p. secondo il quale se una pena pecuniaria concorre con un'altra pena di specie diversa, le pene si considerano distinte per qualsiasi effetto giuridico. A distanza di pochi mesi le sezioni unite confermano questo orientamento⁽⁵⁵⁾. Le sezioni unite approfittano di questa sentenza per ribadire che la disciplina dell'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale è totalmente estranea alla pena pecuniaria, tanto che ai fini della concessione della misura appare del tutto irrilevante che ad un condannato sia stata o meno comminata una pena pecuniaria. Nella stessa sentenza la Corte specifica che la misura dell'affidamento non deve inquadrarsi tra i benefici penitenziari, bensì tra i trattamenti penitenziari, essendo dette misure modi meno afflittivi di espiare le pene detentive che, in caso di esito positivo, determinano solo l'estinzione di queste pene. Per tali ragioni non può ritenersi irragionevole la sopravvivenza della pena pecuniaria, in quanto la stessa tende alla rieducazione del condannato, è idonea a dissuaderlo dal commettere in avvenire nuovi reati e contribuisce, pertanto, al recupero sociale del condannato⁽⁵⁶⁾.

Nonostante questa pronuncia il Tribunale di sorveglianza di Roma⁽⁵⁷⁾ nel 2001 e nel 2002, si è pronunciato a favore dell'estinzione, con l'esito positivo dell'affidamento, anche della pena pecuniaria. Al momento queste pronunce restano isolate. Questa giurisprudenza muove dalla constatazione che le pene pecuniarie colpiscono solitamente soggetti privi di risorse economiche e quindi impossibilitati al pagamento. Il sistema messo in moto dal mancato pagamento è particolarmente dannoso. In primo luogo, perché spesso sfocia nell'esecuzione forzata (preetto e pignoramento di quanto sia pignorabile) in danno generalmente della famiglia del condannato. In secondo luogo, perché, quando il condannato non possiede beni sottoponibili ad esecuzione, opera la conversione della pena pecuniaria in libertà controllata, sanzione sostitutiva particolarmente pesante e di durata notevole, data l'entità delle pene. Dal punto di vista del reinserimento sociale il dato paradossale è che la libertà controllata deve essere eseguita dopo che l'affidamento si è concluso ed è stato valutato positivamente. Ancora più paradossale è che, in caso di violazione delle prescrizioni della libertà vigilata, il condannato torna a scontare una pena deten-

⁽⁵⁵⁾ Cass., sez. un., 16 ottobre 1995, n. 27, in *Riv. pen.* 1995, p. 733.

⁽⁵⁶⁾ La pronuncia delle sezioni unite si presta ad un'obiezione, anche se parte della dottrina la ha salutata con favore, laddove considera l'affidamento un trattamento penitenziario, quasi a dimenticare che l'affidato non è un soggetto detenuto, tanto che se si allontana dal luogo presso cui sconta l'affidamento non commette il delitto di evasione e, che la misura in discorso si esegue fuori dal penitenziario. In dottrina Cfr. LI VECCHI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale con esito positivo estingue o meno la sola pena detentiva?* In *Riv. pen.*, 1995, p. 1047 ss.

⁽⁵⁷⁾ Trib. Sorv. di Roma 5 luglio 2001, Gualà e Mozzi e 14 marzo 2002, ric. Silvestri in www.villamaraini.it

tiva che, per esplicita previsione normativa, può essere trasformata nuovamente in affidamento.

2.2. *Il concetto di rieducazione*

A questo punto, capire quali siano i criteri per arrivare a decidere che un affidamento ha raggiunto lo scopo e che un altro no, è fondamentale, ma niente affatto semplice, soprattutto se si pensa che il fine della misura in discorso è di risocializzare una persona.

Per giungere ad una valutazione positiva del periodo trascorso in affidamento è necessario che il Tribunale ritenga che il percorso seguito dal condannato durante l'espletamento della misura è servito alla sua rieducazione. È quindi una scelta obbligata capire che cosa significa rieducazione e quali sono i parametri di riferimento che consentono al giudice di affermare che un soggetto è stato rieducato ed un altro no.

Il principio del finalismo rieducativo della pena è sancito nella Costituzione all'art. 27 comma 3 «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Come possiamo agevolmente notare, la Costituzione si limita a descrivere le finalità della pena, ma non fornisce al giudice alcun criterio di valutazione per determinare se tale scopo è stato o no soddisfatto.

Il fine cui la pena deve tendere, per soddisfare il dettato costituzionale, implica necessariamente una forte individualizzazione della stessa ed è proprio a questa *ratio* che rispondono le misure alternative. Infatti, queste sono concesse perché si pensa che il trattamento extra-murario meglio si adatti, in alcuni casi, a soddisfare le finalità della pena. Le misure alternative sono dunque accompagnate da prescrizioni, cioè da regole che il condannato deve rispettare durante l'esecuzione delle stesse. L'idea alla base di tali meccanismi è che imponendo al reo regole precise si riesce ad influenzarne il comportamento, cioè a rieducarlo. Da ciò dovremo desumere che se il condannato segue le prescrizioni e non viola le leggi durante l'esecuzione della misura egli è rieducato. Tuttavia la giurisprudenza afferma, come abbiamo già ricordato, che «il mero decorso del periodo di prova senza che sia intervenuta una revoca non produce automaticamente un effetto estintivo, per il quale è, invece, necessario l'accertamento di elementi di comportamento positivi tali da far supporre essere avvenuta la rieducazione inequivocabile del reo»⁽⁵⁸⁾.

È bene non cadere nell'equivoco di pensare che rieducato significhi pentito, vale a dire che la rieducazione comporti necessariamente un ravvedimento critico interiore. L'esigenza di una completa

⁽⁵⁸⁾ Cass., sez. I, 26 giugno 1981, Milito, in *Cass. pen.* 1982, p. 1631.

revisione critica del passato non risponde alla logica delle misure alternative. La mancanza di senso critico, secondo parte della giurisprudenza,⁽⁵⁹⁾ può valutarsi negativamente, quale indice sintomatico di una mancata risposta positiva al trattamento, solo qualora sia espressione dell'atteggiamento mentale del condannato giustificativo del proprio comportamento antidoveroso, ma certamente non quando è frutto di una protesta di innocenza che è diritto incontestabile di ciascuno, non solo in pendenza di un processo, ma anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Pur condividendo l'ultima affermazione citata della Corte di Cassazione, si rimane un po' interdetti leggendo che la suprema Corte ritiene legittima una valutazione sull'atteggiamento mentale di un soggetto⁽⁶⁰⁾. L'affermazione stuzzica la curiosità, e ci fa chiedere quale strumento ha avuto in mente la Corte per accertare l'avvenuto ravvedimento del condannato o al contrario l'atteggiamento mentale antidoveroso⁽⁶¹⁾. La decisione della Cassazione porta nuovamente alla ribalta un dibattito, mai sopito, sul senso della rieducazione: cosa significa essere rieducato, quali sono gli strumenti per accertare se il trattamento è riuscito a trasformare l'animo di una persona e soprattutto cosa uno stato liberal-democratico può esigere dai condannati?

A queste domande ha cercato di rispondere nella prima metà dell'ottocento Alexis De Tocqueville. Nei suoi scritti penitenziari possiamo leggere a proposito di quella che chiama «la riforma radicale dell'uomo» delle riflessioni ancora oggi attuali:

[...] non vi è alcun sistema umano per provare questa riforma: come dimostrare con delle cifre la purezza dell'anima, la delicatezza dei sentimenti e l'innocenza delle intenzioni? La società, inca-

⁽⁵⁹⁾ Cass., sez. I, n. 766, 25 febbraio 2003, rel Gianfranco, in www.gulottavaislex.it

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁶¹⁾ È vero che in diritto penale l'accertamento dell'intenzione del soggetto non è sicuramente una novità, e che anzi tale accertamento è il presupposto di ogni condanna penale, ma i modi di accertamento del dolo si basano su un procedimento che prende le mosse dalla realtà fattuale. Infatti, il procedimento del conoscere e del ricostruire storico, sostiene Mantovani, nelle seguenti operazioni: nel considerare tutte le circostanze esteriori, che in qualche modo possono essere espressione degli atteggiamenti psichici o comunque accompagnarli o essere ad essi collegate; nell'inferire dall'esistenza di tali circostanze, certe e precise, l'esistenza di una rappresentazione, sulla base delle comuni regole di esperienza: procedendo cioè ad un'estensione analogica al caso individuale dell'*id quod plerumque accidit*, secondo lo schema logico della *praesumptio hominis*. Pertanto il fatto che il soggetto abbia agito in conformità a tali regole di esperienza basta, normalmente, per ritenersi dimostrato il dolo; nel valutare le eventuali circostanze che lascino ragionevolmente supporre una deviazione dal modo in cui vanno normalmente le cose. Quando si deve accertare, se un soggetto che ha rispettato tutte le prescrizioni è rieducato qual è il procedimento che il giudice deve seguire? Presumibilmente egli adotterà lo schema previsto per l'accertamento del dolo, ma sarà una grave forzatura, mancando il presupposto iniziale, cioè il fatto. Cfr. MANTOVANI, F., *Diritto Penale*, parte generale, Cedam, Padova, 1992 pp. 328-29; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, parte generale, Zanichelli, Bologna, 2001 pp. 334-35.

pace di operare questa rigenerazione radicale, è altrettanto sprovvista del potere di constatarla quando essa esista. È in entrambi i casi una faccenda fortemente interiore: nel primo caso, solo Dio può agire, nel secondo, solo Dio può giudicare;

[...] Se il sistema penitenziario non potesse proporsi altro scopo che la riforma radicale di cui abbiamo appena parlato, il legislatore forse dovrebbe abbandonare questo sistema [...] la riforma radicale dell'uomo depravato non è che un risultato accidentale del sistema penitenziario, invece di esserne una conseguenza logica.

[...] Le abitudini d'ordine alle quali è sottomesso il detenuto per molti anni influiscono sulla sua condotta morale al momento del rientro nella società: la necessità del lavoro, che doma la sua inclinazione all'ozio, l'obbligo del silenzio, che fa riflettere, l'isolamento che lo mette solo in presenza del suo crimine e della sua pena, l'istruzione religiosa, che lo illumina e lo consola, l'obbedienza di ogni istante a delle regole inflessibili, la regolarità di una vita uniforme sono tali da produrre sul suo spirito un'impressione profonda, [...] forse uscendo dalla prigione egli non è un uomo onesto, ma ha contratto delle abitudini oneste⁽⁶²⁾.

In sostanza dalle parole di Tocqueville emerge che il sistema penitenziario assolve il compito di assicurare la difesa della società. Esso deve trasmettere ai detenuti delle «abitudini d'ordine», affinché questi, una volta usciti dal carcere, tengano un comportamento onesto. La società ha il diritto di esigere dai suoi membri il rispetto delle sue leggi, ma non può domandare loro di divenire uomini onesti. Il sistema penitenziario non può e non *deve* cambiare gli uomini, ma i loro atti⁽⁶³⁾. Tocqueville ci pone il problema se sia davvero ammissibile e/o possibile che uno stato liberal-democratico imponga ad un soggetto di ritenere giusta una regola o se, invece, esso debba limitarsi a chiedere ad un condannato solo il rispetto di questa. Una persona deve senz'altro rispettare le regole della comunità in cui vive, ma non deve necessariamente pensare che esse siano giuste, per essere ritenuta una persona ben inserita nella società: non si capisce per quale ragione i condannati dovrebbero avere un obbligo diverso e più gravoso di aderire alle leggi.

A duecento anni di distanza credo che si dovrebbe essere giunti alla conclusione che in materia di rieducazione, gli unici elementi oggettivi che possono assurgere a punti di riferimento sono proprio i comportamenti del condannato durante l'esecuzione della prova. Pertanto la stretta osservanza delle prescrizioni e delle leggi vigenti dovrebbe bastare a ritenere rieducato un soggetto, non potendosi

⁽⁶²⁾ TOCQUEVILLE A. DE, *Scritti penitenziari*, (a cura di) L., Re, Edizioni di storia e letteratura, Roma 2002, pp. 59-62.

⁽⁶³⁾ *Ivi* p. XLVII.

pretendere da lui altro che il rispetto delle regole imposte e non certo che egli le condivida e le ritenga giuste⁽⁶⁴⁾.

La Corte Costituzionale, per molto tempo, ha interpretato in modo restrittivo la funzione rieducativa, sostenendo una concezione polifunzionale della pena: così accanto alla rieducazione del condannato, la pena avrebbe anche altre finalità, quali la dissuasione, la prevenzione e la difesa sociale. Con la sentenza 12 febbraio 1966⁽⁶⁵⁾, la Consulta ha ritenuto il fine rieducativo come «marginale o addirittura eventuale» e comunque sempre ridotto «entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario». Negli anni '80 la Corte⁽⁶⁶⁾ rivede e ammorbidisce le sue posizioni, affermando che «non può essere forzata fino a condurre alle estreme conseguenze la tesi che il fine rieducativo inerisce ad ogni pena, dovendo esso necessariamente contemperarsi con altre funzioni di retribuzione e di difesa sociale». Successivamente, nel 1988, la Corte Costituzionale afferma che [...] «i principi di cui al comma 3 dell'art. 27 cost. non riguardano il processo di cognizione e l'applicazione della pena da parte del giudice del dibattimento; [...] questi principi si riferiscono all'esecuzione della pena, come sarebbe dimostrato dalla menzione del trattamento, che è espressione tecnica della materia penitenziaria». Da questo ragionamento può dedursi che le pene configurate dal legislatore, nel momento edittale, in modo da escludere a priori qualunque idoneità rieducativa, sarebbero perfettamente legittime rimanendo la sola fase edittale estranea ad ogni preoccupazione rieducativa⁽⁶⁷⁾.

Con la sentenza n. 313 del 1990⁽⁶⁸⁾ la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha un'inversione di tendenza rispetto al passato: la funzione rieducativa non è più qualcosa da riferire al solo ambito dell'esecuzione. La Corte ha affermato che «in uno stato evoluto, la finalità rieducativa non può ritenersi estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena; [...] la necessità che la pena deve tendere a rieducare è una qualità essenziale della stessa che l'accompagna da quando nasce fino a quando, in concreto, si estingue». La sentenza in discorso afferma che la finalità rieducativa è prioritaria sulle altre, nonostante che afflittività e retributività siano contenuti ineliminabili di ogni pena, finalità che però, sottolinea la Corte, non hanno rango costituzionale.

⁽⁶⁴⁾ Se questo è vero non si capisce bene cosa intenda chi (BARTOLI R., *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*, cit.) sostiene che una durata dell'affidamento maggiore della pena detentiva che sostituisce aumenterebbe la possibilità di «smascherare» eventuali comportamenti che aderiscono alle prescrizioni solo in apparenza (soddisfacendo le esigenze di prevenzione speciale). Chi osserva le prescrizioni è rieducato, non *maschera* la sua devianza, così come chi osserva le leggi è onesto e non *maschera* la sua disonestà.

⁽⁶⁵⁾ Corte Costituzionale, 12 febbraio 1966, n. 12, in *Giur. cost.*, 1966, vol. I, p. 143.

⁽⁶⁶⁾ Corte Costituzionale, n. 107/1980, in www.giurcost.it

⁽⁶⁷⁾ PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 88.

⁽⁶⁸⁾ Corte Costituzionale, n. 313/1990, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1981 ss.

La Corte, successivamente, nel corso degli anni '90, è tornata a confinare la finalità della rieducazione della pena alla fase esecutiva, nondimeno la sentenza n. 313/1990 ha segnato un punto importante nel dibattito sulla rieducazione. La Corte di Cassazione sembra, infatti, oggi dare per assodato il principio della finalità rieducativa della pena come condizionante tutto il sistema penale e non solo la fase dell'esecuzione, sostenendo che esso si riflette sul meccanismo delineato dall'art. 133 c.p.. Ciò ha come corollario che «la commisurazione della pena non può prescindere dalle necessità rieducative da determinare in base alla gravità del reato e alla personalità dell'imputato⁽⁶⁹⁾». La Corte di Cassazione aveva del resto già ritenuto che in materia di valutazione della gravità del reato agli effetti della pena, l'individuazione della pena stessa non ha senso senza la considerazione della finalità rieducativa⁽⁷⁰⁾. Sulla base di queste considerazioni aveva affermato che tra i criteri per la determinazione della pena, il giudice deve tener conto della necessità della rieducazione. Conformemente a queste tesi ha poi sostenuto che è indispensabile valutare la personalità dell'imputato e le sue inclinazioni con riferimento alla capacità a delinquere intesa come attitudine a commettere nuovi reati⁽⁷¹⁾.

2.3. *La rilevanza dei comportamenti successivi al termine della misura, in sede di giudizio di valutazione*

Con la sentenza Martola le sezioni unite intervengono a risolvere un contrasto giurisprudenziale che vedeva schierati due opposti orientamenti.

Da un lato⁽⁷²⁾ c'è chi sostiene che il Tribunale deve valutare esclusivamente il periodo trascorso in prova, non potendo i comportamenti successivi alla scadenza della misura esplicare alcuna influenza sul giudizio da esprimere in ordine all'esito di essa. Secondo questa giurisprudenza i comportamenti successivi al termine della misura non possono influenzare l'esito, anche quando avvengono nelle more dell'invio, da parte del servizio sociale, della relazione conclusiva sui risultati dell'affidamento. Da queste pronunce sembra emergere che il fine della misura è di dare al condannato un'opportunità di reinserimento, quindi, può inquadrarsi all'interno di quel filone che ritiene la rieducazione un percorso che la pena deve favorire e che non si conclude necessariamente con essa.

⁽⁶⁹⁾ Cass., sez. II, 18 febbraio 1991, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1604.

⁽⁷⁰⁾ Cass., sez. I, 3 ottobre 1985, in *Giust. Pen.*, 1986, III, p. 724.

⁽⁷¹⁾ Cass., sez. III, 28 gennaio 1993, *Mass. Pen. Cass.*, 1993, fasc. 6, p. 63.

⁽⁷²⁾ Cass., sez. I, 22 maggio 2000 ric. Bertini, in *Cass. pen.* 2001, p. 1605; *Id.*, sez. I, 15 maggio 1998 ric. Milan, *ivi*, p. 2676; *Id.*, sez. I, 15 maggio 1998 ric. Allegrucci, *Ibid.*, sez. I, 17 gennaio 1997, ric. Motta, CED rv 206514.

Dall'altro lato⁽⁷³⁾, invece, c'è chi sostiene che per esito positivo della prova, ai fini dell'estinzione della pena, deve intendersi l'integrale emenda del reo. È quindi il totale recupero del condannato che viene a costituire il parametro di valutazione e, al tempo stesso, la causa giustificatrice del rapporto punitivo, essendo questo giunto al completo soddisfacimento dell'ineludibile funzione rieducativa assegnata alla pena dall'art. 27 comma 3 Cost.. In tale contesto, ammettere la valutazione di comportamenti successivi al periodo di prova è una conseguenza naturale: esito positivo significa che il Tribunale ha valutato, in concreto, non i comportamenti tenuti dall'affidato durante l'esecuzione della misura, ma i risultati che lo stesso ha raggiunto nel processo di ravvedimento.

In quest'ultimo caso il Tribunale deve evitare ogni automatismo e quindi procedere ad una valutazione caso per caso, con un apprezzamento globale, all'interno del quale deve tenersi conto, da un lato della condotta tenuta dal soggetto durante l'esecuzione della misura e, dall'altro, dell'effettiva entità del fatto successivo, della distanza cronologica dalla scadenza dell'affidamento e dell'eventuale collegamento di questo con le modalità di espletamento della prova. Qualora tale fatto integri reato per il quale non sia ancora intervenuta una condanna irrevocabile, deve delibarlo autonomamente per accertare sia la sua reale ascrivibilità al condannato, sia la consistenza di elementi idonei a ricondurne la matrice al pregresso espletamento della prova e, conseguentemente, la sua concreta incidenza sul giudizio di recupero sociale.

Le più volte citate sezioni unite del marzo 2002, hanno ritenuto di accogliere quest'ultimo orientamento⁽⁷⁴⁾, facendo proprie le medesime precisazioni in ordine alla necessità di escludere gli automatismi e di procedere ad una valutazione casistica. Rispetto alla giurisprudenza precedente, però, le sezioni unite sono più precise ed innovano su un aspetto non marginale. Nella motivazione si specifica a chiare lettere che i comportamenti successivi alla scadenza della misura che il Tribunale può valutare sono quelli posti in essere dal condannato, nel periodo tra il termine della prova e la formulazione del giudizio sull'esito della stessa. Questi comportamenti, ancorché idonei a giustificare una revoca possono costituire indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento dell'obiettivo di recupero sociale cui l'affidamento in prova ai servizi sociali è preordinato.

Le sezioni unite ritengono possibile valutare comportamenti successivi alla scadenza della prova, purché tra la prova ed il nuovo fatto vi sia uno stretto collegamento. In pratica si richiede che il

⁽⁷³⁾ Cass., sez. I, 19 giugno 1998 ric. Quaranta, in *cass. pen.*, 1999, p. 2676; *Id.*, sez. I, 22 giugno 1999 ric. Berlingeri CED rv 213924; *Id.*, sez. I, 31 ottobre 2000 ric. Li Mandri, in *Giust. pen.*, 2002, II, pp. 108-110; *Id.*, sez. I, 3 ottobre 2000 ric. La Perna, CED rv 217606.

⁽⁷⁴⁾ In pratica le sezioni unite riportano, in modo quasi integrale, una parte della motivazione della sentenza del 31 ottobre 2002 (Li Mandri) cit.

proposito di agire in modo antidoveroso sia maturato nel corso dell'esecuzione della misura. In tal modo si può sostenere che il trattamento rieducativo ha fallito.

Il caso di specie riguarda un affidato che a pochi giorni di distanza dal termine della misura dell'affidamento in prova ha commesso una rapina ai danni del datore di lavoro presso cui aveva scontato il periodo di prova. Date le modalità del fatto la Corte ha ritenuto che il condannato avesse premeditato e organizzato il crimine durante l'espletamento della prova e che dunque questa non sia stata idonea a svolgere quella funzione rieducativa cui deve tendere. Per tutte queste ragioni ha ritenuto legittima la decisione del Tribunale di sorveglianza che aveva deciso, con un'adeguata motivazione, a favore di una revoca *ex tunc*.

La Corte ha ritenuto che il Tribunale deve procedere, anche nell'ipotesi di esito negativo, alla rideterminazione della pena residua da scontare, usando i criteri forniti in materia di revoca dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 343/1987.

Può, quindi, ben affermarsi che la violazione di una prescrizione può indubbiamente essere motivo della revoca durante l'espletamento della misura, ma di per sé non è un elemento da cui far derivare automaticamente una valutazione negativa della prova.

Il problema della legittimità o meno della valutazione di comportamenti successivi al termine della misura deve essere inquadrato all'interno della discussione sulle finalità della pena. Se si intende la rieducazione come un percorso, sorgono dubbi sull'ammissibilità di considerare negativamente, in sede di giudizio di valutazione all'esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali, i comportamenti tenuti dall'affidato al termine del periodo di prova. Proprio su questo punto la sentenza Martola appare contraddittoria sotto due aspetti: da un lato, richiama, a sostegno della sua soluzione, una giurisprudenza⁽⁷⁵⁾ che intende la rieducazione come un risultato in contrasto con l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale dell'art. 27 comma 3, Cost.; dall'altro, facendo riferimento al disegno di legge 568/S che al momento della pronuncia era stato approvato al senato (oggi invece è divenuto la legge n. 277/2002), afferma che devono ritenersi superate le teorie contrattualistiche elaborate in materia di affidamento, dal momento che anche gli affidati che abbiano, durante l'espletamento dell'esperimento dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione, hanno diritto alla riduzione di pena prevista dall'art. 54 ord. pen.. Da quest'affermazione sembra, invece, che le sezioni unite avallino l'interpretazione della Corte Costituzionale che considera la rieducazione un percorso.

Le sezioni unite collegano l'effetto estintivo della prova ai risultati che, sul piano dell'emenda, il percorso trattamentale e l'espe-

⁽⁷⁵⁾ Cass., sez. I, Berlingeri cit.

rienza della misura hanno consentito al condannato di conseguire: in questa prospettiva anche i comportamenti successivi possono essere valutati, sempre che «tali comportamenti presentino caratteristiche tali da saldarsi alla condotta serbata ed all'esperienza maturata nel corso della prova, in un unico alveo finalisticamente orientato all'integrale recupero del condannato, reale obiettivo della misura e, più in generale, dell'intero percorso esecutivo». Le sezioni unite riprendono in motivazione un passo della pronuncia Berlingeri (citata in nota n. 73) e dichiarano quindi di aderire ad un orientamento che vede la rieducazione non come un percorso, ma come un risultato. Il correttivo fornito dalle sezioni unite, vale a dire che possono essere valutati solo i comportamenti successivi al termine della misura che «pur se non riconducibili storicamente nel perimetro temporale della prova, si palesino tuttavia, avuto riguardo alla loro qualità e gravità, significativi e in grado di illuminare retrospettivamente il processo rieducativo del condannato ai fini del reinserimento sociale e dell'auspicata prognosi di non recidivanza», non appare un'idonea garanzia, stante l'approssimazione con cui si può giudicare degli atteggiamenti interiori. Nella pratica sarà infatti molto difficile ricostruire con chiarezza quando è sorto nel condannato il proposito di delinquere o comunque di tenere un atteggiamento che il Tribunale reputa sintomatico di mancata rieducazione⁽⁷⁶⁾.

I problemi aumentano laddove si consideri che la recente legge 19 dicembre 2002, n. 277, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di liberazione anticipata» ha ammesso la liberazione anticipata anche per l'affidato in prova ai servizi sociali, superando così un orientamento oscillante sulla possibilità di concedere la liberazione anticipata a chi non si trovasse in stato di detenzione. Va detto che anche nella nuova legge si usa una terminologia imprecisa, ammettendo la detrazione di pena per la liberazione anticipata all'affidato che nel periodo di espletamento della misura abbia dato prova di un suo concreto recupero sociale, desumibile da «comportamenti rivelatori del positivo evolversi della sua personalità». A questo punto, è spontaneo chiedersi il senso di un giudizio di valutazione finale della misura, laddove ad un soggetto sia stata già concessa la detrazione dei giorni di pena per la liberazione anticipata. Infatti, l'avvenuta concessione dei giorni presuppone un corretto comportamento del condannato ed una sua partecipazione attiva al trattamento. Ciò è vero, tanto che, spesso, nelle motivazioni delle ordinanze del Tribunale di Firenze, che rigettano la liberazione anticipata, possiamo leggere «ai fini della concessione del beneficio

⁽⁷⁶⁾ Nel dubbio, quando non vi sono elementi di fatto che consentono di collocare in modo certo nel tempo l'ideazione del fatto, se dovesse divenire prassi l'applicazione del principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, dovrebbe operare, secondo me, il principio del *favor rei* e quindi ritenere positivo l'esito dell'affidamento, anche alla presenza di un reato commesso successivamente.

non è sufficiente un corretto comportamento, ma si richiede un'effettiva partecipazione al programma rieducativo». Naturalmente, resta il problema di stabilire che cosa debba intendersi per partecipazione effettiva al trattamento.

Infine, vale la pena sottolineare che, ammettere la valutazione di comportamenti successivi al termine della misura può comportare delle disparità di trattamento, stante il carico di lavoro dei Tribunali di sorveglianza. Ritenere legittimo valutare, come sintomatico del fallimento della prova, un fatto commesso in tempi successivi al termine della misura, crea una disparità di trattamento tra condannati. Infatti, secondo il carico di lavoro di un Tribunale al condannato sarà fissata una camera di consiglio in tempi più o meno distanti dal termine della prova. In tal modo varia, per ragioni casuali, il periodo che il Tribunale può valutare e aumentano i rischi per l'affidato.

Si è detto che in dottrina e in giurisprudenza si discute se il giudizio di valutazione positivo sull'esito dell'affidamento estingua anche la pena pecuniaria e che la giurisprudenza di legittimità si è orientata, dopo una breve oscillazione, nel senso di escludere l'estinzione della pena pecuniaria, mentre, di recente la giurisprudenza di merito si è pronunciata in senso opposto. Le ragioni alla base di questa seconda tendenza si ritrovano nella *ratio* della misura alternativa dell'affidamento in prova: se l'affidamento è una misura abilitante, dato che deve tendere alla rieducazione e al reinserimento, deve dirsi che l'esito positivo estingue tutte le pene, a maggior ragione quelle che possono ostacolare il reinserimento cui la misura stessa tende. Adesso, prescindendo da questa disputa si può osservare che la presenza di una pena pecuniaria da estinguere potrebbe conferire un orizzonte temporale non casuale ai comportamenti successivi all'affidamento rilevanti per la sua valutazione: il Tribunale di sorveglianza potrebbe tener conto solo di quei comportamenti tenuti in fase di esecuzione pena e quindi mai di quelli successivi all'estinzione anche della pena pecuniaria.

Una delle prime applicazioni, da parte dei Tribunali ordinari, del principio di diritto enunciato nella sentenza Martola si deve al Tribunale di sorveglianza di Torino che afferma la necessità del rigore nella valutazione dei comportamenti successivi all'espletamento della misura alternativa in una ordinanza⁽⁷⁷⁾ in cui dichiara l'estinzione della pena in relazione all'affidamento in prova al servizio sociale. Tale decisione segue ad una sentenza di annullamento con rinvio resa dalla Corte di Cassazione a seguito del ricorso proposto da una condannata cui era stato revocato *ex tunc* l'affidamento all'esito della prova, in quanto non aveva, secondo il Tribunale, adempiuto la prescrizione risarcitoria imposta con una successiva ordinanza emessa dallo stesso Tribunale che aveva concesso l'affidamento.

⁽⁷⁷⁾ Trib. Sorv., Torino ord., n. 4912/2002.

La condannata sosteneva di aver saputo di una tale prescrizione solo quando era al termine della prova, perché solo allora le era stata notificata l'ordinanza in discorso. Il Tribunale aveva invece sostenuto, e per questo revocato l'affidamento e valutato negativamente tutto il periodo trascorso dalla condannata in esecuzione della misura e, che la stessa era a conoscenza della prescrizione anche prima che le fosse notificata l'ordinanza e che, in ogni modo, anche dopo la cessazione della misura non si era minimamente adoperata a favore delle vittime del suo reato.

Il giudice del rinvio dichiara l'estinzione della pena, sostenendo che il mancato adempimento della prescrizione risarcitoria non costituisce una ragione valida per valutare negativamente l'espletamento della prova. Questa decisione è resa nel pieno rispetto del principio di diritto, enunciato dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza di rinvio, secondo cui la valutazione da compiere nel caso concreto non concerneva una revoca della misura alternativa dell'affidamento, perché questo è possibile solo durante l'esecuzione della misura, bensì riguarda la valutazione dell'eventuale esito negativo dell'affidamento.

Prescindendo dalla discussione se sia legittima una prescrizione che impone di adoperarsi per riparare il danno causato dal reato durante l'espletamento dell'affidamento in prova, va rilevato che l'ordinanza del Tribunale di Torino è ragionevole e risponde pienamente ai principi enunciati dalle sezioni unite, che, come abbiamo già detto, ritengono valutabile ai fini della dichiarazione di estinzione della pena determinati comportamenti commessi successivamente all'esito della prova. È bene chiarire che le condotte successive al termine della misura devono consistere in delitti gravi. Tale affermazione è ricavabile dalle parole della Corte che, in più passi della motivazione alla sentenza Martola, afferma che il comportamento successivo al termine dell'affidamento deve essere sintomatico del fatto che il condannato «non ha in alcun modo partecipato all'opera di rieducazione, avendo posto in essere un comportamento delittuoso di estrema gravità, del tutto incompatibile con l'accertamento del buon esito dell'esperimento».

3. La rideterminazione della pena

L'assenza del recupero sociale ha, fino a poco tempo fa, comportato la risoluzione *ex tunc* del beneficio. Una soluzione così drastica è stata criticata da parte della dottrina⁽⁷⁸⁾ che la ritiene una soluzione contrastante con quanto sancito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 343/1987. Con la sentenza⁽⁷⁹⁾ in esame la Corte

⁽⁷⁸⁾ GRASSO G., *Misure alternative alla detenzione* in VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, p. 679.

⁽⁷⁹⁾ Cass., sez. Un., 13 marzo 2002 ric. Martola, in *Dir. pen. proc.*, 2002, pp. 1225-30.

di Cassazione ha accolto le doglianze della dottrina sostenendo che anche nell'ipotesi di esito negativo dell'affidamento, il giudice, debba rideterminare la pena utilizzando gli stessi criteri previsti per il giudizio di revoca. Tuttavia alcuni,⁽⁸⁰⁾ pur condividendo *la ratio* della pronuncia, ritengono che non sia possibile arrivare in via interpretativa a sostenere quanto appena detto e che sarebbe necessaria una pronuncia esplicita della Corte Costituzionale sul punto.

Questa posizione appare eccessiva, perché in più occasioni la Corte Costituzionale ha affermato⁽⁸¹⁾ che è compito dell'interprete, «ricostruire il sistema normativo e di prescegliere, nella misura del possibile e con gli strumenti interpretativi di cui dispone, la lettura che eviti la contraddizione tra la norma interpretata e la Costituzione».

Nella recente sentenza Martola, la Cassazione afferma che ritenere, nell'ipotesi di esito negativo della prova, che il Tribunale non debba procedere alla rideterminazione della pena, tenendo conto delle restrizioni subite dal condannato, durante l'espletamento della misura e che quindi l'ordinanza produca un automatico effetto *ex tunc* dell'efficacia della prova con la conseguenza che il tempo trascorso in affidamento non si considera come pena espiata, non appare coerente con le soluzioni dettate dalla Corte Costituzionale sulla parziale illegittimità dell'art. 47 ord. pen. (312/1985; 185/1985; 343/1987). Le sezioni unite ricordano come la Consulta ha, in passato, chiarito che spesso la "colpa" dell'esito negativo dell'affidamento non è imputabile esclusivamente al condannato, in considerazione del fatto che molte volte i servizi sociali che dovrebbero seguirlo non possono, per carenze strutturali, sufficientemente supportarlo nel suo percorso e che le prescrizioni cui è assoggettato il condannato durante l'espiazione della misura alternativa hanno natura afflittiva. Alla luce di queste osservazioni la Cassazione sostiene che, così come avviene per la revoca, nell'ipotesi di esito negativo dell'affidamento il Tribunale di sorveglianza debba procedere alla rideterminazione della pena residua da scontare in carcere, analizzando in modo globale il periodo trascorso in esecuzione della misura, e tenendo conto delle limitazioni della libertà sofferte dal reo durante la prova. Con queste argomentazioni le sezioni unite accolgono un orientamento finora minoritario⁽⁸²⁾ in giurisprudenza, contraddicendo quello maggioritario e tra-

⁽⁸⁰⁾ MARCHESSELLI A., *Diritto&Diritti.it*

⁽⁸¹⁾ Corte Costituzionale, n. 174/1999, in *Sent. ord. c. cost.*, 1999, pp. 1737-38.

⁽⁸²⁾ Cass., sez. I, 5 marzo 2001, ric. Bavagnoli, CED rv 218223 «in tema di affidamento in prova ai servizi sociali, non solo in caso di revoca della misura, ma anche in caso di valutazione negativa della prova, il Tribunale di sorveglianza deve determinare la durata della residua pena da scontare, prendendo in considerazione in maniera puntuale, l'entità dell'incidenza temporale delle specifiche circostanze poste a fondamento del giudizio sfavorevole, in quanto l'irrogazione di sanzioni che si aggiungono a quelle ritenute originariamente proporzionate al grado di responsabilità del soggetto non può avvenire senza una valutazione dell'ulteriore condotta deviante posta a giustificazione dell'accertato esito negativo della prova».

dizionale⁽⁸³⁾ che, invece, riteneva automatico l'effetto *ex tunc* dell'efficacia della prova di fronte ad un esito negativo dell'affidamento, sostenendo l'impossibilità, trattandosi di due giudizi con oggetto differente, di estendere le pronunce della Corte Costituzionale in materia di revoca al giudizio di valutazione.

La giurisprudenza che ho appena definito tradizionale è influenzata da una dottrina risalente⁽⁸⁴⁾ contraria alla possibilità di rideterminare la pena tenendo conto delle restrizioni subite nel corso della misura sia nell'ipotesi revoca-sanzione che di esito negativo. Tale dottrina è precedente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 343/1987. In questa sentenza la Consulta ha affermato che il Tribunale deve valutare, se il periodo trascorso in affidamento, prima che sia intervenuta una revoca-sanzione, possa essere ritenuto, in tutto o in parte, come pena espiata. Tuttavia, le argomentazioni a sostegno dell'impossibilità dello scomputo sono quelle che la giurisprudenza ha usato per negare che quanto detto valga per il caso in cui la valutazione dell'esito della prova sia negativa. In pratica si sostiene che la tesi favorevole allo scomputo sia contro la lettera della legge, perché fa derivare effetti parzialmente estintivi da una prova interrotta o mal eseguita. Ciò è ritenuto contrario alla *ratio* dell'affidamento che ha senso se è, in quanto ritenuto un istituto sostitutivo al trattamento intra-murario, caratterizzato da prescrizioni sufficienti per tendere alla rieducazione del reo. Consentire lo scomputo significherebbe attribuire valore educativo ad una prova fallita, svuotando di qualunque significato la funzione general preventiva della pena valorizzando, fuori misura, il principio del *favor rei*. A tutto ciò — si sottolinea — deve poi aggiungersi che la magistratura ha un potere discrezionale vincolato dai parametri normativi e dalla finalità che, secondo il legislatore, deve avere un istituto. Nell'ipotesi in discorso, vi è la totale assenza di parametri e rimettendo la valutazione al giudice si corre il rischio di trasformare una discrezionalità vincolata in un arbitrio.

In dottrina non sono mancate voci contrarie che hanno posto l'accento sul fatto che nella realtà non si verificano solo situazioni estreme, in cui facilmente può dirsi che il periodo trascorso in affidamento è valutabile positivamente o negativamente senza ombra di dubbio. Infatti, nella realtà «esiste tra i due estremi una vasta zona

⁽⁸³⁾ Cass., sez. un., 7 febbraio, 1981, ric. Talluto, in *Cass. pen.*, 1981, p. 1760, in cui la Corte solleva questione di legittimità costituzionale circa la possibilità di far valere come pena espiata il periodo trascorso in affidamento, a seguito di annullamento dell'ordinanza che ha concesso la misura. La Consulta risponde con la sentenza 185/1985; Cass., sez. I, 21 febbraio 1984, Didona, cit.; 18 settembre 1997, Renda, cit.; 18 novembre 1996, Galante, cit.; 17 febbraio 2000, Cornero, cit.; Falcetelli 6 maggio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1383; 31 ottobre 2000, Li Mandri, cit.; 16 gennaio 2001, Ruggero, CED rv 218457.

⁽⁸⁴⁾ BALZAROTTI M.L., *Orientamenti e sbandamenti intorno alla revoca dell'affidamento in prova*, in *Cass. pen.*, 1986, p. 1008-10.

grigia di comportamenti non soddisfacenti, sebbene non totalmente censurabili»⁽⁸⁵⁾. Proprio per questa ragione è necessario sganciare le decisioni da ogni automatismo e rimettere la valutazione al giudice che esercita la «giurisdizione rieducativa»⁽⁸⁶⁾; è stato infatti il legislatore a volere che la magistratura di sorveglianza fosse dotata di forti poteri discrezionali. Non si capisce quindi come mai il potere discrezionale sia configurabile in sede di concessione della misura e rischi invece di divenire mero arbitrio in sede di valutazione. Tra l'altro gli stessi autori sostengono che il rischio di valutazioni arbitrarie potrebbe scongiurarsi dotando i provvedimenti in cui si decide dell'esito dell'affidamento di puntigliose motivazioni. Essi concludono che permettere al giudice di valutare caso per caso non farebbe altro che fornire all'istituto «un'armonica coerenza».

4. La natura delle ordinanze

L'ordinanza di revoca è un provvedimento reso *rebus sic stantibus*, ciò significa che è sempre revocabile nell'ipotesi in cui vengano meno i presupposti su cui esso è fondato. Quindi, ad un soggetto, cui sia stato revocato l'affidamento per la sopravvenienza di una grave imputazione, potrà essere revocata l'ordinanza che ha disposto la revoca, nell'ipotesi in cui sia assolto. A favore dell'ammissibilità di un'ordinanza che ha disposto della revoca si è implicitamente espressa anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 181 del 1996⁽⁸⁷⁾ con cui travalica il *petitum* del giudice remittente, rigettandolo e, chiarisce quale sia il regime delle ordinanze emesse dal magi-

⁽⁸⁵⁾ FASSONE E., *Affidamento in prova al servizio sociale e riforma penitenziaria: un bilancio tra luci e ombre*, in AA.VV., *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria* (a cura di) GREVI, Bologna, 1982, p. 59.

⁽⁸⁶⁾ GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano 1983.

⁽⁸⁷⁾ Corte Costituzionale, sentenza del 31 maggio 1996 n. 181, in *Sent. ord. c. cost.*, 1996, p. 1685 ss. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto non fondata una questione di legittimità dell'art. 58-*quater* commi 1 e 2 della legge 354/1975, con riferimento agli articoli 3 e 27 comma 3 Cost.; la norma appena citata prevede una preclusione triennale alla possibilità di fruire delle misure quali: il lavoro all'esterno, permessi premio, affidamento in prova al servizio sociale, detenzione e semilibertà per il condannato che nel corso dell'esecuzione di una delle suddette misure abbia violato una prescrizione o una legge e per tale ragione abbia subito la revoca della misura stessa. La questione che è apparsa illegittima al giudice remittente concerne l'ipotesi in cui ad un soggetto, cui è revocata una misura, a seguito di gravi indizi di colpevolezza, sia in seguito assolto. L'ordinanza di revoca se non è impugnata in Cassazione, diviene irrevocabile e di conseguenza osta alla concessione dei benefici, aprendo la strada, appunto all'operatività dell'articolo 58-*quater* ord. pen. Questa situazione contrasta sia con la finalità rieducativa della pena sia con il principio di uguaglianza. Il giudice *a quo*, nella sua ordinanza di remissione, fa riferimento ad una pronuncia della Cass., sez., I, 9 marzo 1994, ric. Curti, in *Rep. giurispr.it.*, 1995, Carceri, n. 166, in cui si sostiene che il passaggio in giudicato dell'ordinanza di revoca impedisce che la stessa possa essere rimessa in discussione; da qui l'operatività obbligata dell'art. 58-*quater* ord. pen.

strato e dal Tribunale di sorveglianza, elaborando la teoria del giudicato *rebus sic stantibus*.

La Corte ritiene erroneo proprio il presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo* e sostiene che l'ordinanza con cui si dispone la revoca di una misura alternativa ha una minore stabilità rispetto alle altre ordinanze che sono rese a seguito del procedimento di sorveglianza ex artt. 666 ss. c.p.p.. La differenza sarebbe da ravvisare nell'assenza di una cognizione piena all'interno del giudizio di sorveglianza che è, in realtà, una cognizione incidentale resa allo stato degli atti. Proprio per questa ragione, non è possibile escludere che le vicende processuali di una cognizione piena possano incidere sull'ordinanza di revoca. Infatti, se intervenisse un proscioglimento, il condannato potrebbe chiedere al Tribunale di sorveglianza la rimozione dell'ordinanza che ha disposto la revoca. In questo modo la Corte suggerisce un rimedio per una situazione che, altrimenti, costituirebbe una palese iniquità. Infatti, nell'ambito della giurisdizione esecutiva è esclusa, secondo la giurisprudenza, l'operatività dell'istituto della revisione⁽⁸⁸⁾.

La dottrina⁽⁸⁹⁾, pur apprezzando lo sforzo interpretativo della Consulta che elabora la teoria del giudicato *rebus sic stantibus* per riparare ad una palese ingiustizia, ha aspramente criticato la pronuncia della Consulta per due ragioni. La prima critica concerne l'atteggiamento, a maglie molto larghe, assunto riguardo all'utilizzabilità in chiave probatoria delle pendenze giudiziarie nell'ambito del procedimento di sorveglianza. Infatti, essi⁽⁹⁰⁾ sostengono che il procedimento in discorso è solo parzialmente, riequilibrato, ricorrendo all'attenuazione dell'effetto preclusivo del giudicato inerente all'ordinanza di revoca. La seconda critica, invece, riguarda gli argomenti a sostegno della teoria che «sono apparsi un po' deboli»⁽⁹¹⁾.

La Consulta accoglie, in sostanza, un orientamento della Corte di Cassazione sulla rilevanza dei carichi pendenti nell'ambito della giurisdizione esecutiva e poi elabora, come si è detto, la teoria del giudicato *rebus sic stantibus*. Questo giudizio può erroneamente essere confuso con il giudizio allo stato degli atti che si ritiene proprio delle ordinanze emesse dal Tribunale di sorveglianza allorché statuisca sui benefici penitenziari come ad esempio il permesso premio. In quest'ultimo tipo di decisioni il magistrato, dopo aver ritenuto ammissibile l'istanza del condannato perché sussistono i requisiti di legge, opera una valutazione della personalità dell'istante. Tale apprezz-

⁽⁸⁸⁾ Tale esclusione è dovuta al fatto che la giurisprudenza ritiene passibili di revisione solo le sentenze ed i decreti di condanna e non le ordinanze, indipendentemente dal giudice che le ha emesse, sia esso quindi di merito che di legittimità. Sul punto vedi Cass., sez. V, 8 novembre 1991, ric. De Fabritius, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1794.

⁽⁸⁹⁾ DELLA CASA F., *L'incidenza della pronuncia assolutoria sulla pregressa revoca di una misura rieducativa*, in *Sent. ord. c. cost.*, 1996, pp. 1693-1701.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*

zamento verte su una realtà dinamica ed è proprio per questa ragione che, nonostante l'emissione di un'ordinanza di rigetto, il condannato può in tempi successivi proporre la medesima richiesta. In questi casi la particolarità dell'oggetto del giudizio impedisce che si formi il giudicato e che quindi costituisca un'ipotesi di *ne bis in idem* la successiva statuizione del magistrato sul medesimo fatto.

Nel momento in cui il Tribunale di sorveglianza è chiamato a decidere sulla revoca di una misura, anziché sulla sua concessione, la situazione, sostiene la Corte, cambia, perché muta l'oggetto del giudizio. In questo caso la questione da valutare sarebbe un fatto storico e non un profilo caratteriale. Avremo quindi un giudizio non molto diverso da quello che compie il Tribunale a cognizione piena, pertanto suscettibile di divenire irrevocabile e di coprire il dedotto ed il deducibile. La Corte avendo ben chiara tale distinzione sostiene però che il giudizio sul fatto che darà origine all'ordinanza di revoca sia espressione di una cognizione *incidenter tantum* sul fatto stesso e che ciò inciderebbe sulla stabilità del provvedimento. La natura di questa ordinanza consente al condannato, prosciolto dalle accuse che gli erano costate la revoca della misura, di adire il Tribunale di sorveglianza che ha emesso il provvedimento di revoca, chiedendone la rimozione⁽⁹²⁾.

A questa ricostruzione ha obiettato parte della dottrina⁽⁹³⁾, riferendo che la risoluzione delle questioni pregiudiziali e incidentali non condiziona la stabilità del provvedimento, basti pensare al fatto che nei procedimenti a cognizione piena, le eventuali decisioni incidentali passano in giudicato assieme alla sentenza e sono poi suscettibili di revisione (sempre che si tratti di sentenze di condanna). A questo punto, alcuni autori⁽⁹⁴⁾ hanno sostenuto che la Consulta avrebbe commesso un errore non accogliendo la doglianza di parziale inconstituzionalità dell'art. 58-*quater* come prospettata dal giudice *a quo*.

Da queste considerazioni, sembra potersi affermare che le ordinanze emesse dal Tribunale di sorveglianza sono sempre revocabili finché non sia intervenuta una sentenza della Corte di Cassazione o che non sia decorso il termine per impugnarle, in sede di legittimità. Infatti, in concreto, il Tribunale di sorveglianza esprime sempre valutazioni e mai accertamenti del fatto a cognizione piena. Da tale punto di vista è quindi apprezzabile il rimedio suggerito dalla Consulta, per "sanare" quelle ipotesi in cui l'irrevocabilità dell'ordinanza di revoca della misura, stante l'operatività dell'art. 58-*quater*, si concreti in una palese iniquità, perché ostativa alla concessione di una nuova misura.

⁽⁹²⁾ La procedura secondo la dottrina sarà quella ex artt. 665 e 666 c.p.p., pertanto anche l'ordinanza che dispone la revoca della revoca sarà ricorribile in Cassazione.

⁽⁹³⁾ DELLA CASA F., *L'incidenza della pronuncia assolutoria sulla pregressa revoca di una misura rieducativa*, cit.; GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, cit.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*

La sentenza della Corte Costituzionale, appena commentata, impone alcune riflessioni: innanzi tutto ci si può chiedere che cosa accada nell'ipotesi in cui ad un soggetto sia revocata l'ordinanza che ha disposto la revoca perché assolto dal reato che gli era costato appunto la revoca della misura. Avrà egli titolo per chiedere un risarcimento del danno per ingiusta detenzione? La domanda acquista senso, se si pensa da un lato che il condannato in affidamento non è considerato detenuto e dall'altro che tanto la concessione quanto la revoca dell'affidamento comportano un mutamento del titolo esecutivo. Quindi, laddove si accerti che il mutamento del secondo titolo sia dovuto ad un fatto che il condannato non ha commesso si potrebbe pensare che abbia diritto alla riparazione per il danno subito. L'obiezione che comunque il soggetto sconta la pena che gli stata comminata in sentenza non è accettabile, se si tiene conto che la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 204 del 1974, ha affermato come ha osservato Alessandro Margara, che «sulla base dell'art. 27 della Costituzione sorge il diritto per il condannato a che, verificatesi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se, in effetti, la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». In anni successivi la Corte è tornata sull'argomento (sentenze nn. 343/1987; 282/1989; 125/1992) e in tutte le sua pronunce «ha sviluppato e fatto proprio il sistema della flessibilità della pena che deve pertanto ritenersi costituzionalmente adottato e garantito»⁽⁹⁵⁾. Si può quindi affermare che esiste un diritto costituzionale del condannato a vedere riesaminata la sua posizione: se il soggetto ha i requisiti previsti dalle norme di diritto penale sostanziale ha diritto ad usufruire di tutte le misure alternative alla detenzione.

Fatte queste considerazioni emerge che, qualora intervenga una revoca della revoca, è chiaro che si ammette che un soggetto aveva prima ed ha ancora, non essendo questi mai venuti meno, i requisiti necessari per scontare la sua pena in affidamento e che il rientro in carcere ha costituito un danno, perché è venuta meno per lui la possibilità di usufruire del miglior trattamento rieducativo possibile per il suo caso.

Lo stesso ragionamento può traslarsi sull'ordinanza che ha valutato negativamente l'esito dell'affidamento, in quanto alla luce della teoria della Corte Costituzionale che ritiene questo tipo di ordinanze *rebus sic stantibus*, anche per questa ordinanza dovrebbe ammettersi la revoca, nel caso in cui l'affidato sia assolto dal delitto prodromico al giudizio di valutazione. In quest'ipotesi non si dovrebbero porre dubbi sull'ingiustizia della detenzione sofferta, perché verrebbe meno

⁽⁹⁵⁾ MARGARA A., *L'evoluzione della normativa e la situazione penitenziaria dopo la riforma del 1986*, *Incontro del CSM*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1995, n. 80, p. 94.

proprio il titolo esecutivo su cui fondarla. Infatti avremo un *ne bis in idem* in fase esecutiva, perché, a quel punto, un soggetto avrà scontato per la seconda volta in tutto o in parte la stessa pena.

Un'ulteriore considerazione cui si presta la sentenza della Corte Costituzionale concerne i reati commessi dopo il periodo di affidamento. Qualora per il delitto, consumato tra la fine della misura e la camera di consiglio per il giudizio di valutazione, non sia ancora intervenuta una condanna irrevocabile, il Tribunale deve delibare autonomamente, per accertare la reale ascrivibilità del fatto al condannato, oltre la consistenza di elementi idonei a ricondurne la matrice al pregresso espletamento della prova e, conseguentemente, la sua concreta incidenza sul percorso di recupero sociale. Ci si chiede a questo punto che cosa accade se il condannato che, in sede di giudizio di valutazione dell'esito dell'affidamento, ha subito la revoca del periodo trascorso in affidamento, sulla base di una condotta tenuta nel periodo cronologicamente posteriore rispetto alla prova e solo "presuntivamente illecita", essendo ancora in corso la fase delle relative indagini, sia in seguito assolto dalle accuse.

In questo quadro sembra si possano verificare forti incongruenze e disparità di trattamento. Potremo avere che le ordinanze di revoca dell'ordinanza che ha disposto la revoca della misura o che ha dichiarato negativo non passano in giudicato trascorsi 15 giorni dalla loro emissione, qualora siano basate sulla commissione di un nuovo reato per il quale non vi sia ancora una sentenza di condanna irrevocabile, perché sono espressione di un giudizio *rebus sic stantibus*, mentre la revoca dell'ordinanza che ha dichiarato positivo l'esito dell'affidamento può essere revocata solo nel limite dei 15 giorni che servono per il passaggio in giudicato, in quanto è un giudizio allo stato degli atti. Ammettendo la valutazione dei comportamenti successivi al termine della misura, possono verificarsi, in pratica, esempi paradossali. Potrebbe, per esempio accadere che un soggetto che premedita e organizza il suo delitto durante l'espletamento della misura e conscio delle possibili conseguenze aspetti, per commetterlo, che l'ordinanza che dichiara l'esito positivo della sua prova passi in giudicato, vada esente da qualunque sanzione, mentre un altro, meno informato, che in presenza degli stessi presupposti, lo commette 14 giorni dopo l'emissione dell'ordinanza subisca la revoca della declaratoria di esito positivo.

È bene precisare che la formula assolutoria che deve intervenire per creare i problemi in discorso è che l'imputato non ha commesso il fatto, perché la valutazione del Tribunale di sorveglianza in sede di revoca dell'affidamento o di declaratoria del suo esito, nell'ipotesi in cui siano in corso indagini a carico dell'affidato, per una nuova ipotesi di reato, riguarda l'esistenza del fatto storico e la sua attribuibilità all'affidato e non la sua qualificazione giuridica. Le sezioni unite, Martola, alla doglianza presentata dalla difesa, che riteneva la condotta tenuta dal ricorrente solo presuntivamente illecita,

essendo ancora in corso la fase delle indagini, risponde: «il Tribunale di sorveglianza deve delibare autonomamente il fatto per accerzarne sia la reale attribuibilità al condannato che la consistenza degli elementi idonei a ricondurne la matrice al precedente espletamento della prova, e perciò la concreta incidenza sul giudizio di recupero sociale⁽⁹⁶⁾».

RIASSUNTO

Le Sezioni Unite in commento affrontano due nodi problematici che si pongono in sede di valutazione all'esito dell'affidamento in prova ai servizi sociali: il primo concerne la possibilità di tener conto del comportamento del condannato successivo all'espletamento della misura; il secondo riguarda la possibilità di tener conto del periodo di prova conclusosi negativamente ai fini della rideterminazione del *quantum* di pena ancora da espiare. Entrambi i punti presuppongono una chiara distinzione tra il giudizio di revoca (in senso proprio) e il giudizio di valutazione. Tali problematiche si intrecciano, inevitabilmente, con il dibattito sul significato che si dà al concetto di rieducazione oltre ad essere uno spunto di riflessione sugli effetti della declaratoria di estinzione della pena. L'applicazione del principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite comporta per l'affidato l'esposizione al rischio di revoca nell'intervallo temporale tra la fine della misura e la camera di consiglio in cui se ne valuterà l'esito; intervallo che sarà diverso a seconda del carico di lavoro del Tribunale di sorveglianza competente. Questi problemi sono discussi alla luce della teoria, elaborata dalla Corte Costituzionale, secondo cui le ordinanze sono provvedimenti *rebus sic stantibus*.

SUMMARY

The judgement of the Italian Corte di Cassazione being commented deals with two problems about assessing of the outcome of probation with the social service. The first is whether it is possible to take the convict's behaviour after probation into account; the second is whether probation with a negative outcome can be considered in order to determine the term still to be served. Both questions call for a sharp distinction between the judgment (strictly understood) revoking probation and the assessment. These problems are necessarily connected with the debate about the meaning of social rehabilitation, and suggest reflection about the consequences of the judgment cancelling the sentence. The legal principle established by the Corte di Cassazione entails that probation might be revoked after its duration has expired but before the judicial assessment of its outcome; the interval may vary depending on the workload of the Court for the Enforcement of Sentences. These problems are treated on the basis of the theory, worked out by the Italian Constitutional Court, that injunctions are *rebus sic stantibus* measures.

⁽⁹⁶⁾ Cass., sez. un., 13 marzo, 2002, ric. Martola, cit.

RÉSUMÉ

Les Sections Unies dans le commentaire abordent deux noeuds problématiques qui se posent à l'occasion de l'évaluation du résultat de la probation avec obligation de travail auprès des services sociaux. Le premier concerne la possibilité de tenir compte du comportement du condamné après le déroulement de la mesure; le second concerne la possibilité de tenir compte de la probation qui s'est conclue négativement pour redéfinir le *quantum* de peine qui doit encore être purgé. Les deux points supposent une distinction nette entre le jugement de révocation de la mesure (au sens propre), et le jugement concernant le déroulement de la mesure. Ces problématiques sont, inévitablement, liées au débat autour de la notion de rééducation; mais elles offrent également l'occasion de s'interroger sur les effets de la déclaratoire d'extinction de la peine. L'application du principe de droit, formulé par les Sections Unies, entraîne, pour le condamné mis à l'épreuve, le risque de se voir la mesure révoquée dans l'intervalle de temps qu'il y a entre la fin de la mesure et la réunion du Comité de probation qui doit en évaluer le résultat. Cet intervalle de temps sera plus ou moins long selon la charge de travail du Comité compétent. Ces problèmes sont discutés suivant la théorie qui a été élaborée par la Cour Constitutionnelle, selon laquelle les ordonnances sont des dispositions *rebus sic stantibus*.