

Estratto

LO STATO

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO diretta da ALIS VIGNUDELLI

Mucchi Editore



RIVISTA SEMESTRALE DI
SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

ANNO VII - NUMERO 12 (GENNAIO 2019 - LUGLIO 2019)



Mucchi Editore

COMITATO DI REDAZIONE

LUCA VESPIGNANI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

FEDERICO PEDRINI

(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

TOMMASO BARBIERI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

VALERIA BORTOLOTTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

MATTEO CALDIRONI

(*Alma Mater* - Università di Bologna)

ELENA CAPPELLINI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

ILARIA DRAGHETTI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SIMONE FRANZONI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

GIULIA MINA

(Università di Modena e Reggio Emilia)

LUCA PELLACANI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

FEDERICA VERSARI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

SILVIO ROBERTO VINCEFI

(Università di Modena e Reggio Emilia)

COMITATO SCIENTIFICO

ROBERT ALEXY (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)

GUIDO ALPA (Sapienza Università di Roma, Pres. Ass. Civilisti Italiani - Italia)

ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. em. Corte Cost. - Italia)

MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)

SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Pres. em. AIC - Italia)

CESARE MASSIMO BIANCA (Sapienza Università di Roma - Italia)

SCOTT BREWER (Harvard University, Cambridge, MA - USA)

JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)

PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)

AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)

ANTONIO D'ATENA (Università di Roma Tor Vergata, Pres. em. AIC - Italia)

BIAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia)

MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)

HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Pres. em. VDStRL - Germania)

GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)

TIMOTHY ENDICOTT (Dean of the Faculty of Law, University of Oxford - Regno Unito)

LAWRENCE M. FRIEDMAN (Stanford Law School - USA)
ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale - Polonia)
RICCARDO GUASTINI (Università di Genova - Italia)
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. em. Corte Cost. - Colombia)
CARLOS-MIGUEL HERRERA (Université de Cergy-Pontoise - Francia)
HASSO HOFMANN (Humboldt-Universität zu Berlin - Germania)
NATALINO IRTI (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
MARIO JORI (Università degli Studi di Milano)
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)
CHARLES LEBEN (Université Panthéon-Assas - Francia)
MASSIMO LUCIANI (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. em. Corte Cost. - Ungheria)
ENRICO PATTARO (*Alma Mater*-Università di Bologna - Italia)
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)
PIETRO PERLINGIERI (Università del Sannio, Pres. S.i.s.d.i.c. - Italia)
GIORGIO PINO (Università degli Studi Roma Tre)
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
GEORG RESS (Universität des Saarlandes, già giudice Cedu - Germania)
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)
BERND RÜTHERS (Rettore em. Universität Konstanz - Germania)
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Dir. Dep. de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)
GINO SCACCIA (Università di Teramo - Italia)
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)
PIERANGELO SCHIERA (Università di Trento - Italia)
FRANCO GAETANO SCOCA (Sapienza Università di Roma - Italia)
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. CUN - Italia)
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)
EMANUELE SEVERINO (Università Ca' Foscari di Venezia - Accademia Naz. dei Lincei - Italia)
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università di Roma, Pres. em. AIC - Italia)
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)
GIUSEPPE TESAURO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. Corte Cost. - Italia)
KENDALL THOMAS (Columbia Law School New York - USA)
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, Pres. em. VDStRL - Austria)

Con il patrocinio di



Accademia di Scienze Lettere e Arti
di Modena

ABI



Accademia degli Incamminati
Modigliana

Con il contributo di



BPER:
Banca



MF
holding

GENERAL FITTINGS



SR
STUDIO RIGAMONTI

Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto

Direttore responsabile: Aljs Vignudelli

Direzione scientifica: Prof. Aljs Vignudelli, via Aurelio Saffi, 14 - 40131 - Bologna - presidente@seminarimutinesi.it

issn 2283-6527 - autorizzazione del Tribunale di Modena 2184 del 13.10.2013

© STEM Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese

via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - info@mucchieditore.it www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore twitter.com/mucchieditore www.instagram.com/mucchi_editore

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Condizioni di abbonamento

Abbonamento annuo (2 numeri, iva inclusa):

Formato cartaceo Italia € 60,00; formato cartaceo Estero € 85,00; numero singolo € 35,00 (più spese di spedizione)

Formato digitale (con login) € 47,00; formato digitale (con ip) € 56,00; numero singolo digitale € 28,00

Cartaceo e digitale Italia (con login) € 71,00; cartaceo e digitale (con ip) € 80,00

Cartaceo e digitale estero (con login) € 96,00; cartaceo e digitale (con ip) € 105,00

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per variazione di indirizzo ed eventuali reclami per il mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione della Rivista, presso la Casa editrice: L'abbonamento decorre dal 1 gennaio e dà diritto a tutti i numeri dell'annata. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento *on line* all'indirizzo www.mucchieditore.it. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite raccomandata a/r alla sede della Casa editrice entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa Rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della Rivista consultare il catalogo *on line*. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, fax o e-mail (seguiti da una raccomandata a/r) entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre 10 giorni successivamente alla data di sottoscrizione.

Tipografia STEM Mucchi (MO), stampa GECA (MI). Finito di stampare nel mese di luglio 2019.

INDICE

Saggi

| | |
|---|-----|
| MAURO BARBERIS, <i>Brexit, Trump e governo giallo-verde. Tre esempi di populismo digitale</i> ... | 11 |
| MARIO FIORILLO, <i>Grande guerra ed eclissi dello Stato liberale</i> | 33 |
| SILVIO GAMBINO, <i>Statuto costituzionale e statuto eurounitario dei diritti fondamentali sociali</i> | 65 |
| GIUSEPPE VERDE, <i>Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia</i> | 103 |

Materiali

| | |
|--|-----|
| SERGIO BARTOLE, <i>Note propedeutiche alla lettura del saggio di Vezio Crisafulli sul concetto dei principi generali del diritto</i> | 133 |
| VEZIO CRISAFULLI, <i>Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto. Parte prima</i> | 139 |
| FEDERICO PEDRINI, <i>Colloquio sulla Sovranità. Intervista al Prof. Biagio de Giovanni (Napoli, 4 luglio 2019)</i> | 155 |

Interventi, Note e Discussioni

| | |
|---|-----|
| GIORGIA BERRINO, <i>La questione dei risarcimenti alle vittime dei crimini commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale: uno sguardo alla Grecia passando dall'Italia (e non solo)</i> | 207 |
| ► MATTEO CALDIRONI, <i>L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza? Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41</i> | 229 |
| GIOVANNI COGO, <i>La discrezionalità del legislatore nelle prestazioni patrimoniali imposte nel campo pensionistico-previdenziale: il recente taglio delle c.d. "pensioni d'oro" tra principio di ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo</i> | 245 |
| GLADIO GEMMA, <i>La liberaldemocrazia non esige la democraticità dei sistemi elettorali</i> | 265 |
| PAOLA MARSOCCHI, <i>Che cosa è la Costituzione per la scuola italiana: contributo al dibattito sul suo insegnamento nel sistema dell'istruzione</i> | 281 |
| FABIO MERUSI, <i>Società a partecipazione pubblica e ricomposizione del potere esecutivo</i> | 303 |
| ANTONIO RIVIEZZO, <i>Il posto della democrazia partecipativa</i> | 319 |

Interpretazione e Giurisprudizione

Relazioni al Convegno dell'Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi
"Diritto giurisprudenziale e certezza giuridica" – Roma, 8 febbraio 2019

| | |
|---|-----|
| GUIDO ALPA, <i>La giurisprudenza e le fonti del diritto</i> | 335 |
| MASSIMO LUCIANI, <i>Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto</i> | 345 |
| FILIPPO PATRONI GRIFFI, <i>Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica</i> | 369 |

Maestri del Novecento

| | |
|--|-----|
| AGOSTINO CARRINO, <i>Norberto Bobbio, testimone del secolo</i> | 381 |
| STEFANO MERLINI, <i>Piero Calamandrei</i> | 411 |

Nel cortile del banano

Recensioni

| | |
|--|-----|
| TECLA MAZZARESE, <i>Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine</i> | 461 |
| FRANCESCO RIMOLI, <i>Religione secolare? Qualche riflessione su un'opera "minore" di Hans Kelsen</i> | 477 |
| LUCA VESPIGNANI, <i>La parabola interrotta dello Stato moderno: dalla supremazia della legge al populismo (bis ans Ende der Welt?)</i> | 493 |
| Schede bibliografiche | 509 |

L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza?

Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41

di Matteo Caldironi*



Sommario: § 1. – Cenni introduttivi. § 2. – L'oggetto della pronuncia. § 3. – Gli istituti. § 3.1. – L'affidamento in prova e l'affidamento in prova c.d. allargato. § 3.2. – (*segue*) La sospensione dell'ordine di esecuzione. § 4. – L'oggetto della pronuncia. § 5. – Prime considerazioni critiche. § 6. – (*segue*) Questione di equilibri. § 7. Alcune considerazioni conclusive.

§ 1. – *Cenni introduttivi*

Con la sentenza 2 marzo 2018, n. 41 la Corte è intervenuta con l'ennesima¹ decisione inserita nel (più ampio) percorso di adeguamento del sistema carcerario italiano ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, successivo alla ben nota "sentenza Torreggiani"². Numerosi sono stati gli interventi normativi adottati al fine di risolvere (o quantomeno limitare) il problema del sovraffollamento carcerario. Si sono infatti susseguiti diversi decreti "svuotacarceri"³ che hanno tentato di facilitare un più ampio ricorso ai benefici penitenziari, ed in particolare alle misure alternative alla detenzione inframuraria.

* *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna.

¹ Sul tema si richiamano, a titolo meramente esemplificativo, Corte cost., sent. 22 novembre 2013, n. 279; Corte cost., sent. 23 ottobre 2009, n. 266; Corte cost., sent. 7 giugno 2013, n. 135.

² Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

³ La locuzione 'legge (o decreto) svuotacarceri' è oramai entrata nel lessico dei penalisti dal 2010 (più precisamente dalla promulgazione della legge 23 novembre 2010) per identificare diversi (e, lo si sottolinea, *diversi*) interventi normativi accomunati dalla *ratio* di fondo di evitare la detenzione inframuraria per detenuti ritenuti meritevoli di usufruire di misure alternative (così E. DOLCINI, *A proposito di "leggi svuotacarceri"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3/2018, 225 ss.).

Proprio in tale contesto s'inserisce la suddetta pronuncia, che si è espressa al fine di ovviare a quello che ha ritenuto essere un *deficit* di coerenza nella struttura normativa creatasi, con particolare riferimento al rapporto tra la sospensione automatica dell'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova c.d. allargato⁴.

Non si può certamente parlare di decisione inaspettata: la questione aveva già occupato non solo molteplici Tribunali di merito, ma anche – più volte⁵ – la Cassazione. Ciò che suggerisce, anzitutto, di ripercorrere – sia pure necessariamente in sintesi – le vicende che hanno portato alla decisione dei giudici di Palazzo della Consulta.

§ 2. – Breve itinerario ricostruttivo

Con richiesta depositata in data 10 febbraio 2017, S.A. chiedeva la sospensione dell'ordine di carcerazione in relazione alla pena di quattro anni di reclusione inflittagli con sentenza divenuta irrevocabile. Tuttavia «l'ordine di esecuzione di cui si invoca[va] la sospensione afferi[va] a pena detentiva infraquadriennale» (fuori dal novero di cui all'art. 4 *bis* legge n. 354/75), mentre la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dal comma 5 dell'art. 656 c.p.p. era applicabile soltanto ai condannati a pene inferiori ai tre anni, al fine di permetter loro la fruizione dell'affidamento in prova⁶. La richiesta del provvedimento sospensivo si giustificava, secondo la difesa, in forza di una lettura costituzionalmente orientata⁷ del comma 5 dell'art. 656 c.p.p., lettura in grado di adeguare detta norma al “nuovo” affidamento in prova c.d. allargato⁸, (teoricamente) possibile per condannati a pene detentive

⁴ Soltanto per dare le coordinate di massima: l'affidamento in prova è una misura alternativa alla detenzione che si attua con l'affidamento del condannato ad un servizio sociale fuori dall'istituto, per un periodo corrispondente alla pena da scontare previo un periodo di osservazione. Questa prima definizione può valere anche per individuare i primi contorni della figura dell'affidamento in prova c.d. allargato che, sostanzialmente, ne rappresenta una particolare *species* (per un'analisi più precisa nella quale rilevare affinità e differenze v. par. § 3.1).

⁵ Cass. Pen. Sez. I, sent. 4 marzo 2016, n. 37848, Cass. Pen. Sez. I, sent. 31 maggio 2016, n. 51864, Cass. Pen. Sez. I, sent. 10 ottobre 2017, n. 46562 e Cass. Pen. Sez. I, sent. 16 gennaio 2018, n. 1784.

⁶ Automatismo che veniva invece ammesso, nel caso di pena inferiore ai quattro anni, *soltanto* in presenza di *specifiche condizioni* al fine di fruire della detenzione domiciliare c.d. “umanitaria”, ed a pena inferiore a sei anni al fine di fruire dell'affidamento in prova speciale c.d. “terapeutico”.

⁷ Costituzionalmente orientata rispetto all'art. 3 Cost. che, in virtù del “principio di uguaglianza” ivi sancito, imporrebbe una *interpretazione sistematico-evolutiva* – a discapito di quella *letterale* – dei termini di cui al comma 5 dell'art. 656 c.p.p. adeguandoli a quelli espressi nel (nuovo) comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. pen., stante la (presupposta) identità di situazioni dei condannati a pena infratriennale e dei condannati a pena infraquadriennale (in quanto, come si vedrà, entrambi teoricamente “ammissibili” a misure alternative al carcere).

⁸ In questo senso cfr. anche Cass. Pen., sent. 37848/2016: «Per il primo profilo, riguardante l'individuazione del limite previsto in astratto per la sospensione della esecuzione ai

anche fino ai quattro anni. In subordine si denunciava la incostituzionalità della disposizione in esame in relazione agli artt. 3, 13 e 27 Cost.

Con l'ordinanza 13 marzo 2017, n. 109 il Giudice per le indagini preliminari di Lecce, in funzione di Giudice dell'esecuzione, pur non ritenendo condivisibile la ricostruzione ermeneutica⁹ del ricorrente, reputava non manifestamente infondata la questione costituzionale sollevata. Difatti, secondo il tribunale il «differente regime tra chi risulti condannato a pena infratriennale, e dunque ammesso all'affidamento in prova, e chi risulti condannato a pena infraquadriennale, ammesso all'affidamento in prova c.d. allargato», determinerebbe una «ingiustificata disparità di trattamento tra la prima categoria di soggetti, beneficiari della citata sospensione automatica, e la seconda categoria di soggetti, i quali, benché parimenti ammessi alla fruizione di misure alternative alla detenzione, risult[erebbero] esclusi dal regime più favorevole dettato dall'art. 656 comma 5».

La Corte ha accolto le censure di incostituzionalità evidenziate dal Tribunale sostanzialmente così come prospettate nell'ordinanza di rimessione. Ha quindi dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 5 dell'art. 656 c.p.p., nella parte in cui prevede che il pubblico mini-

sensi dell'art. 656 c.p.p., comma 5, deve ritenersi che esso sia quello della pena, anche residua, non superiore ad anni 4, quando la sospensione sia richiesta ai sensi dell'art. 47 ord. pen., comma 3-bis, cioè in correlazione con una istanza di affidamento in prova. Il richiamo dell'art. 656 c.p.p., comma 5, secondo periodo, all'art. 47 ord. pen. nella sua interezza, consente, infatti, di interpretare la prima norma avvalendosi del criterio *sistematico* e di quello *evolutivo*, pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica che, tenendo conto del recente inserimento dell'art. 47 ord. pen., comma 3-bis introduce il richiamo specifico dell'ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito» (corsivi miei).

⁹ Volta a cogliere elementi distintivi tra l'ipotesi base di affidamento in prova e quella di nuovo conio, in quanto in quest'ultimo caso, sarebbe di ostacolo alla sospensione il carattere discrezionale del giudizio - rimesso al Tribunale di sorveglianza - sulla concedibilità della misura, sostanzialmente nei medesimi termini in cui era stata ricostruita da Cass. Pen., sent. 36562/2017 (punto 4, Considerato in diritto, spec.: «È, in effetti, richiesto che il Tribunale di sorveglianza compia, sulla base dei dati dell'osservazione anche extra muraria, una valutazione del comportamento tenuto dal condannato nell'anno precedente, non potendo attribuirsi al Pubblico ministero un potere sostitutivo, neppure in via preliminare, di tale potestà giurisdizionale, del tutto estraneo al suo ruolo istituzionale. La discrezionalità del provvedimento giurisdizionale, agganciata a elementi valutativi compendati in relazioni di osservazione o informazioni di polizia, è di ostacolo a una, anche solo sommaria, delibazione da parte dell'organo dell'esecuzione all'atto dell'emissione dell'ordine di carcerazione poiché il potere di sospendere l'emissione, in vista della decisione del giudice competente, è di stretta interpretazione») e da Cass. Pen., sent. 1784/2018 (punto 3, Considerato in diritto, spec.: «La previsione dell'art. 47, comma 3-bis, Ord. Pen., infatti, prevede che il tribunale di sorveglianza compia, sulla base dei dati dell'osservazione penitenziaria ed extramuraria, una verifica del comportamento tenuto dal condannato nell'anno precedente, non potendo attribuirsi al pubblico ministero un potere sostitutivo di tali prerogative giurisdizionali, estraneo al suo ruolo di organo dell'esecuzione penale. Ne discende che il provvedimento adottato dal tribunale di sorveglianza, ai sensi dell'art. 47, comma 3-bis, Ord. Pen., possiede un'ineliminabile connotazione discrezionale, agganciata a elementi valutativi compendati in relazioni di osservazione e informazioni di polizia, tale da costituire ostacolo a una delibazione, anche solo sommaria, da parte del pubblico ministero all'atto dell'emissione dell'ordine di esecuzione, atteso che il potere di sospendere l'emissione, in vista della decisione del giudice competente, è di stretta interpretazione»).

stero debba sospendere l'esecuzione della pena detentiva non superiore a tre anni *anziché* a quattro anni, in quanto "romperebbe" quel «*tendenziale parallelismo*» tra la sospensione della pena e la possibilità di fruire dell'affidamento in prova c.d. allargato, (teoricamente) possibile per pene detentive fino ai quattro anni. I giudici costituzionali non hanno pertanto condiviso la tesi dell'Avvocatura dello Stato secondo cui detto affidamento sarebbe stato introdotto soltanto per i detenuti, allo scopo di svuotare le carceri (da chi in carcere già c'è). Secondo la Corte, non si tratterebbe di «un mero difetto di coordinamento» ma di una lesione dell'art. 3 Cost. perché si sarebbe «derogato al principio del parallelismo senza adeguata ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi eguali quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato»¹⁰.

Già da questa sommaria esposizione si possono intravedere nella decisione in commento elementi non del tutto intuitivi quanto all'interna consequenzialità logica dei relativi argomenti, e che dunque parrebbero facilmente "prestare il fianco" a critiche. Tuttavia, per procedere con ordine, pare necessario iniziare da una breve ricostruzione degli istituti oggetto della pronuncia – primi fra tutti l'affidamento in prova e l'affidamento in prova cd. allargato –, perché proprio dalla ricostruzione della *ratio* di queste norme prendono le mosse gli stessi ragionamenti della Corte.

§ 3. – *Gli istituti*

§ 3.1. – *L'affidamento in prova e l'affidamento in prova c.d. allargato*

L'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge 26 luglio 1975, n. 354 come beneficio penitenziario per i condannati con pene non superiori ad un determinato limite¹¹, oggi individuato in anni tre di reclusione (fatte salve alcune *eccezioni*). Questo beneficio si sostanzia «in una rinuncia, condizionata (*all'esito positivo del periodo di prova*), dello Stato ad esigere l'esecuzione della pena detentiva, imperniata sulla considerazione, che

¹⁰ *Ex plurimis* in tema di principio di uguaglianza v. almeno L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, 132-148, 222-235; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 38-88; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 37-138; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2018, 160-185 laddove parla di 'arbitrarietà' (e spec. 163-168).

¹¹ Diversi sono stati i limiti di pena che si sono susseguiti.

ispira [alcune] moderne dottrine criminologiche, che, in taluni casi, la risocializzazione del condannato possa essere meglio realizzata *senza l'espiazione* – in tutto o in *parte* – della pena detentiva»¹².

Con l'art. 3, comma 1, c), del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 (convertito in legge 21 febbraio 2014, n. 10) è stata introdotta una nuova ipotesi di affidamento in prova al servizio sociale. «Il nuovo comma 3 bis dell'art. 47 ord. pen. prevede, infatti, che “L'affidamento in prova [possa], altresì, essere concesso al condannato che deve scontare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al secondo comma”»¹³, ossia possa far ritenere che la concessione del beneficio «contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati»¹⁴.

Quali i punti di contatto, quali le differenze tra questi istituti?¹⁵ Dal punto di vista “quantitativo” prevalgono certamente le affinità: in entrambi i casi parliamo di misure alternative al carcere dedicate *soltanto* a certi soggetti che siano stati condannati in via definitiva (a una pena non superiore a un *determinato* limite); in entrambi i casi detto beneficio è subordinato al positivo risultato dell'osservazione del reo. Tuttavia, non di poco conto sono le diversità: più alto il limite della pena residua per poter accedere al beneficio per l'affidamento c.d. allargato (quattro anni rispetto ai tre di quello “ordinario”), e simmetricamente (molto) più lungo il periodo di osservazione per poter accedere allo stesso (un anno contro un mese per l'affidamento *ex art. 47* comma 1 ord. pen.).

Opportunamente si è sottolineato come «il fatto che il legislatore non si sia limitato ad innalzare il limite da tre anni a quattro anni, ma abbia predisposto un'apposita norma, depone per una sorta di sistema “a doppio binario” nel quale sono presenti due ipotesi di affidamento in prova: la prima, quella tradizionale, della quale si può beneficiare con un residuo pena non superiore a tre anni; la nuova, alla quale si può accedere con un residuo pena fra i tre e i quattro anni»¹⁶, ma dopo

¹² T. MADIA, *Nota a sentenza Cass. pen. sez. I, CC. 24 maggio 1978 – Pres. Scardia*, in *Cass. pen.*, 1978, 1527 (corsivi miei).

¹³ L. BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale “allargato” e mancato “allargamento” del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione. L'anomalia di un decreto “svuotacarceri” che impone la carcerazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 2.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Sulla natura discrezionale della selezione degli elementi rilevanti per istituire il confronto tra le situazioni (*rectius*: norme) poste a raffronto cfr. *ex pluribus* G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 50-59.

¹⁶ L. BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale “allargato” e mancato “allargamento” del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione*, cit., laddove richiama S. PAREZZAN, *La nuova ipotesi di affidamento in prova al servizio sociale* in R. DEL COCO, L. MARAFIOTI, N. PISA-

un *adeguato* (leggasi: *più lungo*) periodo di osservazione (ritenuto *dal Legislatore*) congruo alla implicita maggior pericolosità sociale “attestata” da una più severa condanna.

“Fino a qui tutto bene...”, ma le cose si complicano non poco se si allarga il proprio sguardo alla sospensione dell’ordine di esecuzione prevista dal comma 5 dell’art. 656 c.p.p.

§ 3.2. – (segue) *La sospensione dell’ordine di esecuzione*

Secondo la norma appena citata¹⁷, infatti, «*se la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non è superiore a tre anni, quattro anni nei casi previsti dall’articolo 47 ter, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, il pubblico ministero, salvo quanto previsto dai commi 7 e 9, ne sospende l’esecuzione*»¹⁸.

Chiare quindi le finalità della disposizione in esame: introdurre un meccanismo *automatico*, sospensivo dell’ordine di esecuzione per le pene fino ai *tre anni* – valutate implicitamente “lievi” –, fatte salve particolari *eccezioni*. Non applicabile (la sospensione), pertanto, per le pene dai tre ai quattro anni: in tali casi la richiesta di accedere al beneficio risulterebbe possibile soltanto dal carcere.

Sulla corrispondenza tra *voluto* e *disposto* (dal Legislatore)¹⁹ non ci si soffermerà ovviamente in questa sede, tuttavia con specifico riferimento al caso particolare qui in commento parrebbe invece possibile

NI (a cura di), *Emergenza carceri – Radici remote e recenti soluzioni normative*, Torino, Giappichelli, 2014, 85.

¹⁷ L. BARONTINI, *op. ult. cit.*, 3 s.: «Fino al 1998 (con l. 27 maggio, n. 165, c.d. “legge Simeone”), l’art. 47 ord. pen. prevedeva un meccanismo sospensivo dell’ordine di esecuzione (Art. 47, co. IV, O.P. nella versione vigente dall’8 agosto 1992 al 13 giugno 1998. “Se l’istanza di cui al precedente comma 3 è proposta prima dell’emissione o dell’esecuzione dell’ordine di carcerazione, è presentata al pubblico ministero o al pretore, il quale, se non osta il limite di pena di cui al comma 1, sospende l’emissione o l’esecuzione fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, al quale trasmette immediatamente gli atti. Il tribunale di sorveglianza decide entro quarantacinque giorni dalla presentazione dell’istanza”) che, per essere attivato, necessitava dell’impulso dell’interessato: il condannato doveva presentare l’istanza di affidamento in prova al pubblico ministero o al pretore, il quale sospendeva l’emissione o l’esecuzione fino alla decisione del Tribunale di sorveglianza che doveva decidere entro 45 giorni. La legge Simeone capovolgeva le logiche della disciplina [...] trasfor[mando] una procedura attivabile solo su impulso del condannato in meccanismo automatico che il pubblico ministero doveva (e deve) attivare ex officio».

¹⁸ Corsivi miei.

¹⁹ Per chi volesse approfondire lo (spinoso) tema dell’“intenzione del legislatore”, fra i tanti, qui ci si limita ad indicare (specialmente per la ricchezza di riferimenti bibliografici) A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011 e ancora – per gli scritti precedenti e successivi – v. A. VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora. Scritti sull’interpretazione*, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, Mucchi, 2018.

individuare elementi a suffragio dell'idea che questo meccanismo "a doppio binario" sia frutto di una scelta ponderata, e non di una semplice "svista"²⁰.

Decisiva in questo senso la relazione conclusiva della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza²¹, nella quale si è infatti ribadito come l'art. 656 comma 5 c.p.p. «trova applicazione *soltanto* per i condannati che abbiano fatto ingresso in carcere e che dunque si trovino già in espiazione della pena. Si rileva che nessuna novità normativa è stata introdotta con riferimento alla sospensione da parte del P.M. degli ordini di carcerazione ai sensi dell'art. 656 c. 5 c.p.p. che rimane dunque limitata alle sole pene inferiori ai 3 anni (4 nei casi di cui all'art. 47 ter c. 1 e 6 anni nei casi di cui agli artt. 90 e 94 dpr 309/90). Questo significa che con l'introduzione del nuovo comma 3 bis si è inteso realizzare un percorso *deflativo* della popolazione carceraria "in uscita" e non già "in entrata" avendo il legislatore rinunciato ad ampliare fino a 4 anni i casi di sospensione della pena da parte del P.M. ex art. 656 c. 5 c.p.p.»²².

§ 4. – L'oggetto della pronuncia

Leggermente diverse, invece, le premesse logiche da cui prende le mosse il ragionamento della Corte, ossia che esista un *principio* di tendenziale *parallelismo* tra i limiti di pena previsti dall'art. 656 c.p.p. e quelli per accedere alle misure alternative al carcere, la cui "rottura" debba essere debitamente giustificata. Secondo i giudici di Palazzo della Consulta «la genesi dell'istituto definito dall'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. e lo sviluppo che esso ha trovato nella legislazione confermano che immanente al sistema, e tratto di imprescindibile coe-

²⁰ Contr. L. BARONTINI, *op. ult. cit.*, 5 ss.

²¹ I lavori preparatori, infatti, «non paiono avere altra funzione se non quella d'attestare e di chiarire cosa gli autori intendessero (o quantomeno di quali informazioni disponessero)» (A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., 224). Inoltre, come afferma Ross, «i deputati [...] hanno un buon motivo per documentarsi sui lavori preparatori, se essi non vogliono dissociarsi da quanto sarà interpretato come approvazione. Si può dire che sottoposto a voto non è soltanto il testo, ma il *testo* alla luce delle *relazioni* che l'accompagnano e degli altri *lavori preparatori*» (A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 2001, 135, corsivi miei). A questo proposito, nel caso di specie, possiamo aggiungere che era stato suggerito di allineare le previsioni del riformato art. 47 ord. pen. e quelle dell'art. 656, comma 5, c.p.p. (Parere reso dal C.S.M. ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, sul testo del decreto legge riguardante le misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), e che quindi fosse (presumibilmente) stato un argomento "in discussione". Tuttavia si è poi concluso in maniera difforme da quanto suggerito, come attestato della relazione conclusiva della Commissione. Proprio questo il motivo per cui la suddetta relazione sembra essere un indice attendibile di una scelta ponderata del Legislatore.

²² Relazione conclusiva dell'attività svolta dalla Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza, Delibera consiliare del 16 luglio 2014 (corsivi miei).

renza intrinseca di esso, è un tendenziale parallelismo tra i due termini posti a raffronto». «[I]l principio del tendenziale parallelismo ha trovato conferma nella trama legislativa²³, posto che all'incremento della soglia di accesso alla misura alternativa ha corrisposto una pari elevazione del limite stabilito ai fini della sospensione».

Più in particolare la Corte sostiene che «si è trattato di interventi correttivi conseguenti al carattere complementare che l'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. riveste rispetto alla scelta legislativa di aprire la via alla misura alternativa. [Per questo, l]a natura servente dell'istituto oggetto del dubbio di legittimità costituzionale lo espone a profili di incoerenza normativa ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine di esecuzione alla possibilità riconosciuta al condannato di sottoporsi ad un percorso risocializzante che non include il trattamento carcerario». «Nel caso di specie la rottura del parallelismo, imputabile al mancato adeguamento della disposizione censurata, appare di particolare gravità, perché è proprio il modo con cui la legge ha configurato l'affidamento in prova allargato che reclama, quale corollario, la corrispondente sospensione dell'ordine di esecuzione»: «l'art. 47, comma 3 bis, della legge n. 354 del 1975 si rivolge espressamente anche ai condannati che si trovano in stato di libertà, senza alcuna distinzione di rilevanza rispetto ai detenuti, [...] e si desume dalla destinazione dell'affidamento in prova allargato "al condannato che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione". L'inciso "anche residua" dimostra che la misura è destinata pure a chi non deve espriare una pena residua e cioè a chi non è detenuto. È per questa ragione che la disposizione in questione, ai fini dell'applicazione della misura, richiede una valutazione del comportamento del condannato "quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà"»²⁴.

²³ Così, l'art. 4-*undecies* del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), convertito, con modificazioni, in legge 21 febbraio 2006, n. 49, ha alzato a sei anni questo limite, in collegamento con l'art. 4-*undecies* del medesimo testo normativo, che aveva aumentato in uguale misura l'entità della pena detentiva da espriare in affidamento in prova per l'alcooldipendente o il tossicodipendente sottoposti a un programma di recupero. Allo stesso modo, il decreto-legge 1° luglio 2013, n. 78 (Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena), convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2013, n. 94, ha portato a quattro anni il termine valido per la sospensione dell'ordine di esecuzione, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, allo scopo di renderlo equivalente al nuovo termine previsto per godere della misura dell'art. 47-*ter* della legge n. 354 del 1975.

²⁴ Su questo argomento della Corte si ritiene di dover spendere qualche parola, anche alla luce delle considerazioni delle pagine appena precedenti laddove si ricordava la "Rela-

Il trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato, darebbe quindi luogo ad una violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si può sintetizzare che sia principalmente una la motivazione a sostegno della decisione dei giudici di Palazzo della Consulta, ossia che il suddetto principio di (tendenziale) parallelismo, tra gli istituti in esame, immanente al sistema, sia condizione imprescindibile di coerenza dello stesso²⁵. Da questo assunto discende conseguentemente(?) che ogni «cesura» con quell'«equilibrio ottimale» necessita di giustificazione, pena l'illegittimità.

zione conclusiva dell'attività svolta dalla Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza". Si è detto come questo documento si sia ritenuto un "valido" elemento per andare ad indagare l'intenzione del legislatore, tuttavia, da un certo punto di vista, sembra affermare un qualche cosa di apparentemente contrario a quanto espresso poi dalla normativa *letteralmente*: l'inciso "anche residua" permette infatti di ritenere applicabile l'istituto dell'affidamento in prova c.d. allargato anche a soggetti non detenuti (a contrario, invece, la Relazione conclude «che con l'introduzione del nuovo comma 3 bis si è inteso realizzare un percorso *deflativo* della popolazione carceraria "in uscita" e non già "in entrata"»). L'argomento *letterale* e quello dell'*intenzione del legislatore* sono quindi in contraddizione? A parere di chi scrive pare (comunque) di no. Si pensi, infatti, alla formulazione dell'art. 12 delle Preleggi al Codice Civile («Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore»), laddove la *ratio* dell'intenzione del legislatore sembrerebbe costituire una specificazione (in senso maggiormente storicizzato) del criterio del «significato delle parole secondo la loro connessione». «L'intenzione del legislatore, in altri termini, consentirebbe (non certo di contrapporsi, quanto piuttosto soltanto) di precisare il significato espresso dalle parole del documento normativo "secondo la loro connessione" circoscrivendo al minimo i casi di (obiettiva) polisemia linguistica delle disposizioni ed insieme lo spettro di vaghezza rilevante della norma» (A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., 187-188; cfr. anche N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, Cedam, 1996, 150 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, Cedam, 1936, 109 ss.). Il significato delle parole (secondo la loro connessione) è quindi criterio di significazione da leggere *insieme* alla intenzione del legislatore; possiamo dire di più, il significato del testo (e quindi delle parole secondo la loro connessione) va individuato *alla luce* della intenzione del legislatore. Le conseguenze che si vogliono trarre dalla breve digressione svolta sono le seguenti: senz'altro la norma di cui all'art. 47 ord. pen., comma 3 bis è applicabile anche a chi si trovi "in libertà", tuttavia creando una norma *ad hoc* (e non semplicemente innalzando i termini per l'affidamento in prova "ordinario") oltre che mancando la volontà di adeguare la sospensione dell'ordine di esecuzione ai quattro anni, si deve concludere che vi sia stata una scelta di operare un percorso deflativo *principalmente* (o *sostanzialmente*) in uscita, e soltanto in ipotesi marginali in entrata. Anche il periodo di osservazione di un anno ci porta alle medesime conclusioni: è difficile immaginare che possa valutarsi la condotta del condannato per un periodo così lungo (tutto) trascorso in libertà (ma, più semplicemente, ci si limita a non escluderlo a priori).

²⁵ Detto altrimenti, il "parallelismo" invocato dalla Corte si può così sintetizzare: la coincidenza tra i termini che permettono di accedere a misure alternative e quelli che implicano la sospensione automatica dell'esecuzione della pena nasce dalla finalità di evitare la carcerazione temporanea di chi può poi godere di una misura specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere, perseguendo l'obiettivo di risparmiare del tutto la privazione della libertà personale al condannato. Ad avviso del Giudice della costituzionalità, infatti, il legislatore ha sempre perseguito questo fine tramite propri interventi normativi volti a far corrispondere all'incremento della soglia di accesso alla misura alternativa una pari elevazione del limite stabilito ai fini della sospensione.

§ 5. – *Prime considerazioni critiche*

Tuttavia, pare quantomeno legittimo dubitare sia dell'assunto di partenza (il "tendenziale" parallelismo, perlomeno nei termini appena prospettati), che delle *necessarie* conseguenze (ossia, la necessità di giustificazione²⁶). Anche la Corte ammette che rientra nell'ambito della discrezionalità legislativa la valutazione delle ipotesi che possano ritenersi ostative all'applicabilità del meccanismo sospensivo, e che quindi esistano peculiari situazioni che «suggeriscano al legislatore di imporre un periodo di carcerazione in attesa che l'organo competente decida sull'istanza di affidamento in prova».

Ciò potrebbe dipendere dalla particolare pericolosità di cui sarebbero indice i reati in questione, o dalla gravità degli stessi (cfr. ad esempio l'art. 656, comma 9, lettera a), c.p.p., l'art. 4 *bis* della legge n. 354 del 1975, o l'art. 656, comma 9, lettera a), c.p.p.). E nel caso in esame pare che il Legislatore abbia deciso in maniera chiara: sono sufficientemente pericolosi i soggetti che siano stati condannati con una pena superiore ai tre anni (ma inferiore ai quattro), tanto da non poter beneficiare di meccanismi automaticamente sospensivi della pena (sancendo implicitamente come necessario l'ingresso in carcere, in attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza sulle misure alternative alla detenzione inframuraria).

Il ragionamento del Legislatore non sembra né incomprensibile né tantomeno irragionevole: più grave è la pena, più si ritengono opportuni limiti (che, lo si precisa, non sono preclusioni) all'accesso ad alcuni benefici relativi all'espiazione della stessa. Infatti, che condanne più severe possano considerarsi legittime presunzioni di maggiore gravità del reato non sembrerebbe poi essere un assunto così eretico (e di "rottura", in relazione al "dogma" del parallelismo).

Tuttavia di ben altro parere la Corte, che ravvisa in quella concessione dell'affidamento in prova anche al condannato in libertà subordinata all'ingresso in carcere (stante l'impossibilità di "paralizzare" l'ordine di esecuzione) «una incongruità sistematica capace di ridurre gran parte dello spazio applicativo riservato alla normativa principale», in altri termini: un "legislatore che smentisce sé stesso". Ed

²⁶ Soprattutto considerando la struttura di un ordinamento, come quello italiano, a lungo fondato sull'idea dell'atto legislativo come "libero nei fini" (riguardo al merito, dal punto di vista della legittimità, com'è ovvio, deve tener conto dei limiti imposti dalla Carta costituzionale; cfr. a questo proposito, *ex multis*, A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2018, 215 laddove si dice che «la legge ordinaria (dello Stato) è fonte-atto libera nel fine e che quindi, con le precisazioni anzidette, è fonte-atto a competenza tendenzialmente generale e limitata solo in negativo (profili di preclusione ma non vincoli positivi di direzione) dai contenuti delle fonti *superprimarie*» (corsivi dell'Autore); cfr. anche L. VESPIGNANI, *Corte costituzionale: politique ou politicienne? Osservazioni sulla posizione della Corte delle leggi nel sistema costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 6/2016, 115 ss.).

invero, lo si ripete, sembrerebbe piuttosto «ricavarne una precisa scelta legislativa: la preclusione mira a compensare l'ampliamento di operatività della misura non diversamente dalla previsione di un presupposto comportamentale preteso di maggiore consistenza. La relativa valutazione esula, infatti, dalla competenza del p.m. circoscritta alla verifica del limite della pena; anche a prescindere dalla inopportunità di imporre un accertamento – difficilmente praticabile – circa la sussistenza della condizione temporale prescritta (un anno antecedente alla richiesta), è indubbio che in relazione a pena che, pure a seguito delle decurtazioni ammesse, resta di elevata entità ed è, perciò, sintomatica della gravità del reato la sua sospensione, per di più automatica, risulti soluzione inadeguata e si richieda un vaglio di affidabilità del condannato»²⁷. E se «il generale principio di uguaglianza non è una clausola *sovralegale* di battaglia utilizzabile genericamente»²⁸, da una parte impone di trattare l'uguale in maniera uguale, e dall'altra esige che il disuguale sia trattato in maniera disuguale. Sembrerebbe quindi, all'opposto, che proprio l'art. 3 Cost. imponga una diversificazione nei trattamenti (o almeno che possa ritenersi proprio la sua più salda giustificazione). Nel caso di specie, pertanto, parrebbe quantomeno giustificato – anche (se non *proprio*) costituzionalmente – trattare diversamente soggetti che hanno commesso reati ben diversi²⁹ (o meglio: di diversa *gravità*), dato che, appunto, la maggiore pena irrogata sembrerebbe precludere una presunzione di identità di “condizioni” dei rei. Come può infatti supporre “uguale” il soggetto condannato a pena infratriennale al soggetto condannato a pena infraquadriennale soltanto perché entrambi potrebbero godere astrattamente di “benefici penitenziari”, per di più previsti da norme *diverse*, e operanti in modo *diversa* (vedasi, a tale proposito, il periodo di osservazione)? Questo il motivo per cui un'argomentazione come questa, basata sul concetto di

²⁷ A. PRESUTTI, Art. 47. *Affidamento in prova al servizio sociale*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., Padova, Cedam, 2015, 527.

²⁸ B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modena, Mucchi, 2018, 117.

²⁹ Sulla differenza qualitativa dei reati è più corretto, infatti, fare riferimento al comma 9 dell'art. 656 c.p.p., lettera a), nel quale si prevede che la sospensione dell'esecuzione non può essere disposta «nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché di cui agli articoli 423-bis, 572, secondo comma, 612-bis, terzo comma, 624-bis del codice penale, fatta eccezione per coloro che si trovano agli arresti domiciliari disposti ai sensi dell'articolo 89 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni». A questo punto, se si condividesse la *ratio* dell'argomentazione della Corte, si dovrebbe dubitare anche della legittimità costituzionale di una siffatta disposizione, che precluderebbe sostanzialmente l'accesso al meccanismo sospensivo per una sorta di “presunzione di pericolosità” derivabile direttamente dal titolo del reato.

‘uguaglianza’, parrebbe intaccata da una importante componente arbitraria (della Corte)³⁰, detto altrimenti: uno *slippery slope argument*³¹.

§ 6. – (segue) *Questione di equilibri*

Se si riprende poi il discorso dei Giudici costituzionali sulla questione dei “parallelismi” nel sistema, sorgono spontanee alcune riflessioni ulteriori. Viene necessariamente in mente il caso dell’art. 275 comma 2 bis c.p.p.³² nella parte in cui prevede il divieto per il giudice di disporre la misura della custodia cautelare in carcere se ritiene che, all’esito del giudizio, la pena detentiva irrogata³³ non sarà superiore a tre anni³⁴.

È infatti nello stesso decreto che troviamo, nel preambolo, un esplicito riferimento alla norma espressa dall’art. 656 in materia di sospensione dell’esecuzione della pena detentiva. La modifica del comma 2 bis dell’art. 275 c.p.p., si dice, è mossa dalla necessità di rendere tale norma *coerente* col meccanismo sospensivo per i condannati in via definitiva a pena non superiore ai tre anni³⁵. Non sfugge, tuttavia, che «l’art. 656 comma 5 c.p.p. con riguardo ai limiti di pena considera tre diversi livelli “edittali”, mentre l’art. 275 comma 2 bis c.p.p.

³⁰ Cfr. *supra* nota 23.

³¹ Che si risolverebbe sostanzialmente in questo (semplice, ma si spera non eccessivamente semplicistico) schema logico: il “condannato a tre anni” può accedere ad un “beneficio”, il “condannato a quattro anni” può accedere ad un *altro* “beneficio”, il “condannato a tre anni” gode di una “facilitazione” per accedere al “beneficio”, *anche* il “condannato a quattro anni” *deve* godere della stessa “facilitazione” per accedere al (suo) “beneficio”.

³² Cfr. D. VICOLI, *Sospensione dell’ordine di esecuzione e affidamento in prova: la corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4/2018, 92, nt. 11.

³³ Nella formulazione originaria al posto di ‘irrogata’ si leggeva ‘da eseguire’, viene quindi così diminuita l’aleatorietà della norma causata dalla molteplicità di calcoli che si sarebbero dovuti fare.

³⁴ Introdotto dal decreto legge 26 giugno 2014 n. 92, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 117, l’art. 275 comma 2 bis c.p.p. recita: Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l’applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all’esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del codice penale, nonché all’articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l’inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell’articolo 284, comma 1, del presente codice. (Comma inserito dall’art. 4, comma 2, della l. 8 agosto 1995, n. 332 e, successivamente, così sostituito dall’art. 8, comma 1, d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 117).

³⁵ M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell’art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014, n. 92*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2015, 38 ss.

richiama solo il primo – quello di *tre* anni – ovvero quello più basso e che può definirsi di carattere *generale*»³⁶.

«Con il sostanziale allineamento dell'articolo 275, comma 2 bis c.p.p. alle ipotesi di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, si è tradotto normativamente, pertanto, quell'imprescindibile parallelismo tra il piano cautelare e quello dell'esecuzione della pena che governa l'intero sistema processual-penalistico»³⁷. Più correttamente: «triplice parallelismo tra accesso alle misure alternative alla detenzione, sospensione dell'ordine di esecuzione e divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere», per pene (o prognosi di pena) fino ai tre anni di reclusione.

Ecco allora che pare che un equilibrio “immanente” al sistema si possa ricostruire, facendo però perno sul limite dei tre anni, e che quindi il limite dei quattro anni per poter (eventualmente) accedere alla misura dell'affidamento in prova c.d. allargato debba considerarsi come del tutto eccezionale e regolato in maniera differenziata – quanto al periodo/natura dell'osservazione e all'applicabilità dei meccanismi sospensivi – stante la maggior pericolosità (*ragionevolmente* ipotizzabile) del reo.

Proprio la sentenza della Corte sembrerebbe, invece, creare un vero e proprio disallineamento sistematico, in direzione del tutto contraria rispetto alla volontà del Legislatore. L'argomentazione del “parallelismo” e della “coerenza” sembra quindi “ritorcersi contro” gli stessi giudici di Palazzo della Consulta, che con una pronuncia “paralegislativa” sostituisce la propria volontà – o meglio: la propria valutazione di *equilibrio* – a quella del Legislatore³⁸.

A questo ultimo assunto si potrebbe obiettare che in realtà la pronuncia della Corte sarebbe stata “a rime obbligate”, in quanto con l'art. 1, comma 85, lettera c), della legge 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario) è stata introdotta una delega legislativa al Governo – *non esercitata* – al fine di innalzare in ogni caso a quattro anni il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione.

Tuttavia, questo rilievo va adeguatamente esaminato in quanto, da un certo punto di vista, si potrebbe quasi ipotizzare che il mancato esercizio della delega possa “interpretarsi” come una testimonianza di una (vera e propria) volontà contraria del Legislatore (delegato)

³⁶ *Ivi*.

³⁷ M. CHERUBINI, A. MINGIONE, *Incostituzionalità dell'art. 656, c. 5 c.p.p. e ricadute in materia cautelare: liberi (quasi) tutti dopo la sentenza n. 41/2018 della Corte Costituzionale?*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 3/2018, 6.

³⁸ La coerenza la troviamo se parametrriamo il tutto a tre anni e consideriamo i quattro come eccezionali, invece, se rompiamo questo equilibrio per allinearci al limite dei quattro anni ci parametrriamo ad una eccezione.

di operare in tale direzione (ossia verso l'innalzamento del suddetto limite), affermata proprio attraverso la *decisione di non agire*³⁹ (e quindi, sostanzialmente, spiegabile come un "cambio di idea" rispetto a quanto disposto con la l. 103/2017). Da un altro, invece, in una prospettiva meno "estrema"⁴⁰, la delega potrebbe vedersi come la scelta di agire tramite il Governo, ed in questa ipotesi si metterebbe in luce un ulteriore problema, ossia un'indebita compressione dei poteri normativi delegati all'Esecutivo, che si sarebbe trovato spogliato (anticipatamente) delle proprie prerogative così come delineate nella delega legislativa. Diverso sarebbe stato se fossero scaduti i termini per esercitare la suddetta delega. In tal caso, infatti, ben più solide sarebbero potute essere le argomentazioni della Corte che, in ipotesi, avrebbe potuto sostenere la *diretta applicabilità*⁴¹ del comma 5 art. 1 della l. 103/2017 (con il conseguente innalzamento a quattro anni il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione), qualora avesse ritenuto la citata disposizione sufficientemente dettagliata⁴².

³⁹ Scelta più che legittima, del resto, e, soprattutto, senza alcuna ripercussione (se non politica) quanto agli effetti della delega nell'ordinamento (la quale, sostanzialmente, rimarrebbe "lettera morta"). Cfr. sul tema sempre A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, cit., 215: «la c.d. discrezionalità legislativa appare con tutt'evidenza libera anche in relazione all'an, come si desume dall'impossibilità di sanzionare giuridicamente l'inerzia» (corsivi dell'Autore), ma sulla figura del 'decreto legislativo delegato' cfr. anche 242 ss. e spec. 245.

⁴⁰ È evidente infatti che dare per presupposta l'equivalenza tra il "non normare" e il "voler normare il contrario" – seppur tramite un'astensione – non possa considerarsi un passaggio logicamente dovuto (soprattutto considerando, ancora una volta, che i termini per l'esercizio della delega non erano ancora spirati).

⁴¹ Cfr. ad esempio D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuatae*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017; C. SOTIS, *Punire per un fatto che la legge ha stabilito non essere più reato? L'efficacia abrogatrice della legge delega inattuata nelle ipotesi dell'art. 2, terzo comma, lettere a) e b) della legge n. 67 del 2014*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015.

⁴² L'art. 1, comma 85, lettera c) – nella parte in cui delega la «revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni» –, infatti, pur ricadendo tra i principi generali cui dovrebbe ispirarsi il governo nella sua normazione, gode manifestamente di quella precisione e puntualità che (anche) la Corte ha ritenuto sufficienti per la *diretta applicabilità* del "principio" o "criterio direttivo" (cfr. Corte cost., sent. 4 maggio 1990, n. 224: «Sotto il profilo formale, infatti, la legge delega è il prodotto di un procedimento di legiferazione ordinaria a sé stante e in sé compiuto e, pertanto, non è legata ai decreti legislativi da un vincolo strutturale che possa indurre a collocarla, rispetto a questi ultimi, entro una medesima e unitaria fattispecie procedimentale. Sotto il profilo del contenuto, essa è un vero e proprio atto normativo, nel senso che è un atto diretto a porre, con efficacia *erga omnes*, norme (legislative) costitutive dell'ordinamento giuridico: norme che hanno la particolare struttura e l'efficacia proprie dei "principi" e dei "criteri direttivi", ma che, per ciò stesso, non cessano di *possedere tutte le valenze tipiche delle norme legislative* (come, ad esempio, quella di poter essere utilizzate, a fini interpretativi, da qualsiasi organo o soggetto chiamato a dare applicazione alle leggi). [...] Più in particolare, occorre precisare che i "principi e criteri direttivi" presentano nella prassi una fenomenologia estremamente variegata, che oscilla da ipotesi in cui la legge delega pone finalità dai confini molto ampi e sostanzialmente lasciate alla determinazione del legislatore delegato a ipotesi in cui la stessa legge fissa "principi" a basso livello di astrattezza, finalità specifiche, indirizzi determinati e misure di coordinamento definite o, addirittura, pone principi inestricabilmente frammisti a *norme di dettaglio* disciplinatrici della materia o a norme concretamente attributive di precise competenze. Nelle ipotesi da ultimo menzionate non si può negare che la legge di delegazione possa contenere un principio di *disciplina sostanziale* della materia o una

§ 7. – *Considerazioni conclusive*

Tuttavia in un altro passaggio della sentenza parrebbe disvelarsi la “vera” (leggasi: sottostante) motivazione della sentenza⁴³: laddove si addebita alla disposizione censurata l'introduzione di «una incongruità sistematica capace di ridurre gran parte dello *spazio applicativo* riservato alla normativa principale»⁴⁴. Proprio dal sintagma ‘spazio applicativo’ traspare l'esigenza pragmatica alla quale risponde (“sinceramente”) la decisione: ottimizzare al massimo grado l'operatività della norma in direzione deflativa (non soltanto in uscita, ma anche) in entrata. Da qui, l'implicita conclusione: ogni mezzo è lecito pur di evitare il c.d. effetto porte girevoli, ossia di evitare che entri in carcere chi – *astrattamente* (e *dopo* una precisa *verifica* del comportamento su un periodo sino ad un anno, nel caso dell'affidamento c.d. allargato) – possa accedere a misure alternative alla detenzione⁴⁵.

Sia chiaro, di per sé questo fine non è necessariamente assurdo, ma certamente non costituisce una automatica giustificazione per incidere in maniera così significativa sulla discrezionalità del Legislatore (specie se inerente a profili penalistici, seppur di carattere procedurale). Come già detto (*supra* par. § 3.1.), infatti, l'istituto dell'affidamento in prova al servizio sociale si sostanzia in una rinuncia dello Stato alla (legittima) erogazione della pena, e quindi già l'istituto può ritenersi un'eccezione alla naturale erogazione della sanzione nelle “canoniche” (e forse datate?) modalità retributive⁴⁶.

Più correttamente, le alternative alla detenzione inframuraria (non) possono (che) vedersi come strumenti tesi alla rieducazione del condannato⁴⁷. Proprio per questo motivo, forse, sarebbe stato più corretto valutare la legittimità costituzionale del comma 5 art. 656 c.p.p. in una prospettiva del tutto diversa, ossia attraverso la lente dell'art. 27 Cost.

regolamentazione parziale della stessa ovvero possa stabilire norme attributive di competenza, da cui potrebbe derivare una diretta e immediata incidenza sulle attribuzioni costituzionalmente garantite alle regioni o alle province autonome», corsivi miei).

⁴³ V. *supra*, § 5.

⁴⁴ Corsivi miei.

⁴⁵ Ulteriore tema che in questa sede non si può naturalmente trattare è quello relativo ai problemi relativi all'applicazione di questa sentenza. Per i dovuti approfondimenti si rimanda a D. VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*, cit., 94 ss. e soprattutto a C. BOLOGNA, *La «retroattività» incerta di una sentenza della Corte costituzionale: brevi note sull'applicazione della decisione n. 41 del 2018*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 5/2018, (consultabile al link: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/05/nota_41_2018_bologna.pdf), 2 ss.

⁴⁶ È, infatti, la rieducazione la finalità – costituzionalmente imposta – ideologicamente più avanzata cui tende la pena, e da qui (forse) il “la” per l'ipotesi di rilettura della questione (semplicemente) abbozzata nelle righe seguenti.

⁴⁷ Non che le pene detentive non abbiano lo stesso fine (altrimenti dovrebbero necessariamente ritenersi costituzionalmente illegittime), ma senza dubbio le misure alternative potenziano ancora di più questo aspetto.

È infatti “l’assaggio di pena” che potrebbe concretizzare un profilo di illegittimità rispetto al dato costituzionale svilendo, all’evidenza, il proposito rieducativo della stessa (pena) da una parte, e della misura alternativa dall’altra. «L’“assaggio” di pena contraddice, all’evidenza, il proposito rieducativo della misura alternativa. Il legislatore scommette solo a metà sulle possibilità di recupero degli individui chiamati ad espiare una pena, anche residua, compresa tra i tre ed i quattro anni. Difetta, invece, un atto di piena fiducia verso questi ultimi e verso le potenzialità rieducative dell’affidamento in prova, risolvendosi l’intervento legislativo in una mera fuga indulgenziale dalla pena detentiva, mossa da esigenze deflattive, che fa da alibi ad una mancata, seria riforma»⁴⁸. Quale rieducazione per tutti quei condannati costretti a transitare (anche per brevissimi periodi) in carcere per poi vedersi assegnare la misura alternativa? In che modo la breve detenzione seguita dal periodo di affidamento garantiscono la rieducazione del reo? Il reinserimento sociale non è forse maggiormente possibile accedendo direttamente al beneficio, o quel transito ne è una condizione necessaria?

Non si vuole – o, forse, non si sa – rispondere a questi interrogativi, che tuttavia possono prestarsi ad essere letti come semplici suggestioni, che ovviamente meriterebbero ben altro sviluppo di quello consentito nella presente sede. Non è escluso, del resto, che proprio tale punto di partenza alternativo consentirebbe forse di raggiungere un risultato analogo, ma apparentemente più rispettoso della *ratio* degli istituti in esame, dell’equilibrio fra gli stessi e (soprattutto) delle prerogative dei diversi attori istituzionali.

Abstract

The essay reconstructs the essential elements of the sentence March 2, 2018, n. 41 with which the Constitutional Court attempted to remedy what it considered to be a deficit of coherence in the regulatory structure, with particular reference to the relationship between the ‘automatic suspension of execution’ and the assignment in the so-called ‘extended probation’.

⁴⁸ S. PAREZZAN, *L’affidamento in prova al servizio sociale*, cit., 88.

Saggi

MAURO BARBERIS, *Brexit, Trump e governo giallo-verde. Tre esempi di populismo digitale*

MARIO FIORILLO, *Grande guerra ed eclissi dello Stato liberale*

SILVIO GAMBINO, *Statuto costituzionale e statuto eurounitario dei diritti fondamentali sociali*

GIUSEPPE VERDE, *Il conferimento degli incarichi direttivi ai magistrati ordinari fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro della giustizia*

Materiali

SERGIO BARTOLE, *Note propedeutiche alla lettura del saggio di Vezio Crisafulli sul concetto dei principi generali del diritto*

VEZIO CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto. Parte prima*

FEDERICO PEDRINI, *Colloquio sulla Sovranità.*

Intervista al Prof. Biagio de Giovanni (Napoli, 4 luglio 2019)

Interventi, Note e Discussioni

GIORGIA BERRINO, *La questione dei risarcimenti alle vittime dei crimini commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale: uno sguardo alla Grecia passando dall'Italia (e non solo)*

MATTEO CALDIRONI, *L'incostituzionalità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., un problema di coerenza? Brevi cenni su Corte cost., sent. 2 marzo 2018, n. 41*

GIOVANNI COGO, *La discrezionalità del legislatore nelle prestazioni patrimoniali imposte nel campo pensionistico-previdenziale: il recente taglio delle c.d.*

"pensioni d'oro" tra principio di ragionevolezza ed eccesso di potere legislativo

GLADIO GEMMA, *La liberaldemocrazia non esige la democraticità dei sistemi elettorali*

PAOLA MARSOCCI, *Che cosa è la Costituzione per la scuola italiana:*

contributo al dibattito sul suo insegnamento nel sistema dell'istruzione

FABIO MERUSI, *Società a partecipazione pubblica e ricomposizione del potere esecutivo*

ANTONIO RIVIEZZO, *Il posto della democrazia partecipativa*

Interpretazione e Giurisdizione

GUIDO ALPA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto*

MASSIMO LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*

FILIPPO PATRONI GRIFFI, *Interpretazione giurisprudenziale e sicurezza giuridica*

Maestri del Novecento

AGOSTINO CARRINO, *Norberto Bobbio, testimone del secolo*

STEFANO MERLINI, *Piero Calamandrei*

Nel cortile del banano

Recensioni

TECLA MAZZARESE, *Le fonti del diritto e il loro (dis)ordine*

FRANCESCO RIMOLI, *Religione secolare?*

Qualche riflessione su un'opera "minore" di Hans Kelsen

LUCA VESPIGNANI, *La parabola interrotta dello Stato moderno: dalla supremazia della legge al populismo (bis ans Ende der Welt?)*

Schede bibliografiche