

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore
LX - Febbraio 2020, n° 02

Domenico Carcano
Mario D'Andria

02

20
20

| **estratto**

IL FATICOSO CAMMINO DELLA FUNZIONE
RIEDUCATIVA DELLA PENA. LA CORTE
COSTITUZIONALE MARCHIA A FUOCO IL
PROBATION PROCESSUALE

di Pasquale Troncone



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

118 IL FATICOSO CAMMINO DELLA FUNZIONE RIEDUCATIVA DELLA PENA. LA CORTE COSTITUZIONALE MARCHIA A FUOCO IL *PROBATION* PROCESSUALE

The Fatigue walk of the Rewarding function of Penalty the Constitutional Court Puts the Processual probation to Focus

La Corte costituzionale ha avviato un vero e proprio percorso di calibratura concettuale della misura della sospensione del procedimento con messa alla prova. Nel suo ultimo approdo emergono i nodi problematici di una misura che si sostanzia in un percorso sanzionatorio senza condanna, giustificato soltanto dalla necessità di imporre una svolta deflattiva al tema del sovraffollamento carcerario. L'indagine condotta sulle fonti del sistema dei principi costituzionali appare la più opportuna per accertare limiti e contenuti della funzione rieducativa della pena rimasta irrisolta anche nella fase di progettazione costituente.

The Constitutional Court has initiated a real process of conceptual calibration of the extent of the suspension of the procedure with the putting to the test. In its last landing, the problematic issues of a measure emerge that takes the form of a sanctioning process without condemnation, justified only by the need to impose a deflationary turn on the issue of prison overcrowding. The survey conducted on the sources of the system of constitutional principles appears to be the most appropriate to ascertain limits and contents of the rehabilitative function of the sentence remained unresolved even in the constituent design phase.

(Traduzione in inglese a cura dell'Autore)

di **Pasquale Troncone**

Prof. aggreg. di Diritto penale dell'economia nell'Università Federico II di Napoli

Sommario 1. L'inedito volto della prospettiva rieducativa del condannato dai tempi della Costituente alla legislazione repubblicana. — 2. I numerosi interventi della Corte costituzionale di formalizzazione del sistema rieducativo come istanza irriducibile del panorama sanzionatorio. — 3. L'ascesa del principio di dignità personale e il rifiuto delle pene eseguite in maniera inumana. Il tema deflattivo come necessità ordinamentale. — 4. Il fermo ritorno all'impianto rieducativo della pena anche attraverso l'espansione del sistema di *probation* penitenziario. — 5. Il ricorso al criterio del "parallelismo" normativo per risolvere il conflitto con il principio di uguaglianza. — 6. Il disvelamento della natura sanzionatoria del *probation* processuale. Negato però il parallelismo di sistema tra adulti e minori.

1. L'INEDITO VOLTO DELLA PROSPETTIVA RIEDUCATIVA DEL CONDANNATO DAI TEMPI DELLA COSTITUENTE ALLA LEGISLAZIONE REPUBBLICANA

Con le sentenze n. 41, n. 91 del 2018 e poi n. 68 del 2019 la Corte costituzionale ha validato la compatibilità del percorso legislativo dell'istituto di *probation* intrapreso negli ultimi anni dall'ordinamento penale italiano ai principi della nostra Carta fondamentale.

Una misura, quella del *probation*, che per le molteplici prospettive di lettura che offre la sua previsione si presenta come un prisma la cui disciplina è foriera di sempre nuovi e suggestivi spunti di indagine.

Con la sentenza n. 41 del 6 febbraio 2018 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del comma 5 dell'art. 656 c.p.p., nella parte in cui non consentiva la sospensione automatica dell'esecuzione anche ai condannati con pena residua o da scontare entro il limite massimo dei quattro anni ⁽¹⁾. Mentre, infatti, per l'ipotesi di affidamento in prova al servizio sociale per i condannati con pena entro i tre anni si prevedeva la sospensione dell'esecuzione, per dare modo di inoltrare entro 30 giorni istanza di concessione della misura alternativa, seppure configurata la nuova ipotesi del c.d. affidamento in prova "allargato" per una pena contenuta nei quattro anni, la norma processuale dell'art. 656 c.p.p. non prescriveva la medesima sospensione automatica dell'esecuzione della pena.

Con la sentenza n. 91 resa dalla Corte costituzionale il 21 febbraio 2018 ha, invece, dichiarato inammissibili le diverse questioni di legittimità costituzionali sollevate in ordine a taluni aspetti costitutivi dell'istituto della "*Sospensione del procedimento con messa alla prova*", introdotto nel nostro sistema penale come ipotesi di estinzione del reato dalla legge n. 67 del 28 aprile 2014 ⁽²⁾.

Si tratta di due distinte vicende legislative che tuttavia convergono, seppure dai due versanti opposti *pre* e *post* sentenza di condanna, sull'assetto che il legislatore italiano ha riconosciuto all'istituto della prova nel nostro ordinamento penale, la messa alla prova e l'affidamento in prova al servizio sociale.

L'intervento correttivo sull'affidamento allargato si era reso necessario perché non sempre seguono con puntualità i decreti attuativi (*rectius* legislativi) alle leggi deleghe approvate dal Parlamento e regolarmente promulgate dal Capo dello Stato. In questo caso la correzione normativa era prevista in uno dei decreti legislativi di riforma dell'ordinamento penitenziario, solo poi parzialmente entrato in vigore, per cui la Corte costituzionale ha anticipato, come talvolta è accaduto per il passato, adempimenti legislativi nell'ottica di offrire tempestiva attuazione allo schema programmatico delle norme costituzionali e nel rispetto dei diritti fondamentali della persona ⁽³⁾.

In ultimo, la decisione della Corte n. 68/2019 ha definitivamente disvelato la vera natura giuridica della sospensione del procedimento con messa alla prova, marcando quelle perples-

⁽¹⁾ C. cost., 6 febbraio 2018, n. 41, in www.cortecostituzionale.it.

⁽²⁾ C. cost., 21 febbraio 2018, n. 91, in www.cortecostituzionale.it. MUZZICA, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione "convenzionalmente" orientata per il giudice nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it, nota a C. cost., 21 febbraio 2018, n. 91.

⁽³⁾ Il fenomeno del mancato adempimento di un impegno normativo si è verificato più volte negli ultimi anni. Tra questi la legge delega di depenalizzazione n. 67 del 28 aprile 2014 che non ha trovato piena attuazione nei d.lg. n. 7 e n. 8 del 15 gennaio 2016 – pubblicati sulla *G.U.* n. 17 del 22 gennaio 2016 –; e ancora la l. 23 giugno 2017, n. 103 che non ha trovato ancora adempimento con i decreti legislativi. È appena il caso di ricordare che quest'ultimo intervento legislativo nasceva dai lavori degli STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE, indetti dal Ministero della giustizia con d.m. 8 maggio 2015, dove con il Documento finale 18 aprile 2016, p. 11-12 si sottolineava che: «Un sistema con tali caratteristiche tende a scaricare sull'ultimo suo tratto, quello della esecuzione delle pene, le inefficienze e le incongruenze sia di una legislazione ipertrofica in materia penale, sia di un armamentario sanzionatorio incentrato sulla pena detentiva, sia di un processo di cognizione i cui tempi di svolgimento inducono ad un eccessivo ricorso alla custodia cautelare». Comunque, sugli orizzonti operativi in grado di decongestionare la materia, si rinvia a PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1694.

sità circa il profilo sanzionatorio di una misura afflittiva che non trova piena sintonia nella cornice dei valori e dei principi della nostra Carta ⁽⁴⁾. Pur mostrando serie perplessità sul piano dei principi di orientamento della materia penale alla luce della legalità costituzionale, la messa alla prova per gli adulti rappresenta tuttavia la punta più avanzata di un sistema penale e penitenziario sbilanciato sul versante funzionalistico di tipo deflattivo piuttosto che su quello della salvaguardia dei diritti di libertà del cittadino ⁽⁵⁾.

Il tema disatteso per anni dal legislatore repubblicano è quello della concretizzazione paradigmatica del principio di rieducazione del condannato sancito come vincolo normativo dall'art. 27 della nostra Carta fondamentale ⁽⁶⁾. Questa norma, fin dal suo momento generativo all'interno della sottocommissione della Costituente, non ha mai avuto una progressione attuativa convinta e coerente. Nel corso della vita repubblicana del nostro Paese l'insorgere di fenomeni criminali sempre più acuti e l'introduzione di leggi di emergenza connotati da pesanti carichi di penalità, hanno spesso segnato negativamente il percorso virtuoso di un progetto rieducativo del condannato che voleva intendere la pena come strumento di reinserimento sociale, come *chance* di risocializzazione ⁽⁷⁾.

L'abbandono degli approdi tradizionali della pena imposto dai Costituenti, infatti, attraverso l'approvazione di una formula prescrittiva del tutto inedita nel quadro dei principi regolativi della materia penale nazionale fino a quel momento storico, oltre a tracciare il solco di una nuova esperienza politico istituzionale, intendeva virare verso intenzioni punitive con finalità riabilitative e non segregative e vendicative ⁽⁸⁾. Non a caso nella fase di elaborazione della formula normativa la sottocommissione registrò una decisa spaccatura, forse più di carattere politico che per le intenzioni culturali che si intendevano affermare ⁽⁹⁾. Alla fine, si scelse la formula attuale con la fondata speranza di poterne in futuro, attraverso il "potente strumento della legislazione ordinaria" di stampo parlamentare, elaborare uno statuto normativo che riconoscesse piena attuazione a un sistema di penalità orientato alla rieducazione del condan-

⁽⁴⁾ C. cost., 20 febbraio 2019, n. 68, in www.cortecostituzionale.it.

⁽⁵⁾ TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli adulti*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *Deflazione giudiziaria*, Giappichelli, 2014, p. 13.

⁽⁶⁾ Sugli aspetti di carattere generale della finalità costituzionale, si rinvia a FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3° Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca e Alessandro Pizzorusso, Zanichelli, 1991. Per l'incerto cammino attuativo, si veda PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁽⁷⁾ SCORDAMAGLIA, *La tensione rieducativa della pena*, in *Giust. pen.*, 2016. Opportuna riflessione sulla pena che assume contrastanti indirizzi in LOSAPPIO, *Libera nos a malo. Sulle tracce della pena rimoszionale*, in www.annalidipartimentojonico.org, 31 dicembre 2013.

⁽⁸⁾ B. PETROCELLI, *La pena come emenda del reo*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Giuffrè, 1952.

⁽⁹⁾ I termini accesi del dibattito nella sottocommissione chiamata ad elaborare il contenuto dell'attuale art. 27 Cost., sono riferiti da RONCO, *L'attualità di Giuseppe Bettiol nel 100° anniversario della nascita e nel 25° anniversario della morte*, in *Criminalia*, 2007, p. 161. Suscita significativo interesse quanto osservava Aldo Moro, *Atti della Costituente*, Ass., vol. I, 10 dicembre 1946, p. 908, ora in A. MORO, *Scritti e discorsi*, vol. I, 1940-1947, p. 472: «Dichiaro che voterò a favore del secondo emendamento degli onorevoli Leone e Bettiol. Mi rendo conto delle ragioni che sono state esposte dal Presidente della Sottocommissione e sono certo che nelle intenzioni dei proponenti non vi è il desiderio di risolvere con la formulazione presentata l'annoso problema degli orientamenti penalistici della scienza e della legislazione italiana. Sono certo che, in questa sede costituzionale, si vuole anche con la formulazione proposta lasciare libera la strada, perché domani sia il legislatore, sotto la pressione della coscienza sociale, a decidere in merito agli orientamenti in materia di pene». DE SIERVO, *Il contributo alla Costituente*, in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, a cura di Pasquale Scaramozzino, Giuffrè, 1982.

nato come unica forma di riabilitazione umana e di reinserimento sociale nella futura vita dell'Italia repubblicana ⁽¹⁰⁾.

Con una prima decisiva pronuncia, la n. 22 del 1962 la Corte costituzionale stabiliva i principi guida su cui far ruotare il nuovo sistema penale che trova nella pena il movente essenziale per orientare le future scelte legislative dell'ordinamento democratico nella materia dei delitti e delle pene, in una "visione integrale" del sistema punitivo ⁽¹¹⁾.

Il primo momento di stasi normativa si registrò con la ritardata attuazione della norma costituzionale ossia l'assenza di una tempestiva introduzione di un nuovo assetto legislativo di norme ordinarie che desse vita agli strumenti attuativi della rieducazione. Dal 1948 al 1975, nonostante numerose sollecitazioni a riformare il sistema penitenziario e dare concretizzazione al principio rieducativo della pena e i tentativi andati a vuoto di riformare il codice penale, l'unica seria voce a levarsi per tentare di dare veste normativa alla funzione rieducativa della sanzione penale è stata quella della Corte costituzionale ⁽¹²⁾.

Ormai i giudici, soprattutto con l'avanzare delle competenze del tribunale di sorveglianza, registravano ogni giorno di più il procedere diacronico tra l'attuazione dei principi ispiratori della Carta e una legislazione obsoleta che non trovava nessun raccordo armonico con il rispetto dei principi fondamentali della persona umana. Lo spartiacque ormai era segnato, anche se mancava una legge di sistema che prefigurasse gli strumenti del percorso rieducativo ⁽¹³⁾ (o come si usa definire di trattamento penitenziario), e il primo segnale di novità veniva proprio dalla Corte costituzionale che, chiamata in realtà a vigilare sulla corretta applicazione della legge e dei principi, avviava una vera e propria *giurisprudenza costitutiva* nell'assenza di un legislatore parlamentare che non riusciva più a tenere il passo con i tempi ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ MOCCIA, *Il diritto penale tra "essere" e "valore". Funzione della pena e sistematica teleologica*, Esi, 1992. PATALANO, *Il diritto penale tra "essere" e "valore". A proposito di un recente contributo alla teoria della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 777.

⁽¹¹⁾ C. cost., 22 marzo 1962, n. 29, in *www.cortecostituzionale.it*: «Risulta da esse ben chiaro il proposito di fissare i cardini costituzionali del sistema punitivo. Principio di legalità, irretroattività della norma penale, personalità della pena, divieto della pena di morte, divieto di trattamenti penali contrari al senso di umanità, necessità di indirizzare la pena verso la rieducazione del condannato: sono altrettanti punti fondamentali, che esprimono una visione integrale del sistema punitivo».

⁽¹²⁾ NEPPI MODONA, *Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, 2006.

⁽¹³⁾ DAGA, *Trattamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1992.

⁽¹⁴⁾ La ricaduta di questa incerta epoca penale che si apriva con le direttive della Carta fondamentale la si ritrova nelle prime perplesse pronunce della Consulta, dove il problematico dibattito in sede di Costituente costituì il riflesso di importanti prese di posizioni in materia, come evidenziato dal Relatore Biagio Petrocelli, Maestro di Aldo Moro membro della sottocommissione, di una delle prime decisioni della C. cost., 12 febbraio 1966, n. 12, in *www.cortecostituzionale.it*: «Ché anzi da tali lavori, considerati nel loro insieme e nelle dichiarazioni – non contrastate – di singoli commissari, risulta chiaramente che il legislatore costituente, pur segnando i limiti e le finalità di cui all'art. 27, terzo comma, non intese prendere posizione sul problema generale della funzione della pena, né, tanto meno, pronunciarsi per l'uno o per l'altro dei vari orientamenti della dottrina; ma volle anzi proprio evitare che ciò avvenisse, sino al punto che ebbe perfino a manifestarsi la preoccupazione che formule imprecise potessero dare l'apparenza del contrario. In conclusione, con la invocata norma della Costituzione si volle che il principio della rieducazione del condannato, per il suo alto significato sociale e morale, fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della

2. I NUMEROSI INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE DI FORMALIZZAZIONE DEL SISTEMA RIEDUCATIVO COME ISTANZA IRRIDUCIBILE DEL PANORAMA SANZIONATORIO

Se la Corte costituzionale dai primi anni del suo operare, a partire dal 1956, acquisisce nel corso del tempo un ruolo di sempre maggiore promozione del principio rieducativo contaminando tutto il tessuto giurisprudenziale del giudice di merito, l'entrata in vigore della legge n. 354 del 1975 fu salutata con estremo favore, perché per la prima volta venivano offerti specifici strumenti operativi ai giudici ordinari che finalmente avrebbero potuto fare ricorso alle diverse misure alternative alla detenzione carceraria e, assoluta novità, alternative alla detenzione intra-muraria ⁽¹⁵⁾.

Del resto, il principio di rieducazione come cardine del sistema non può investire soltanto la fase della concreta espiazione della pena, ma deve informare tutto il percorso della vicenda punitiva, a partire dalla fase della comminatoria ⁽¹⁶⁾.

Sebbene la legislazione ordinaria dalla fine degli anni '70 in poi del Novecento registrerà dei capovolgimenti di fronte a causa dei fenomeni di violenta criminalità politica e organizzata, la Corte costituzionale, d'altro verso, manterrà saldo il timone di un indirizzo che non ha mai piegato la rieducazione a contingenti necessità di politica giudiziaria, *come autentica istanza irriducibile di legittimazione del patto costituzionale*. Anche le iniziative normative tipiche della periodica legislazione di emergenza, attraverso l'introduzione di numerose figure di reato e sensibili incrementi di pena, non hanno mai prevalso sull'itinerario di fondo delineato dal costituente e rinvigorito proprio dall'opera della Corte costituzionale ⁽¹⁷⁾.

La premessa di valore metodologico, sancita con la sentenza n. 12 del 1966 della Consulta, si presenta ancora oggi infatti come un documento programmatico importante, teso ad adeguare la funzione della pena ai diversi fenomeni di allarme istituzionale, anche se, di contro, la progressiva metamorfosi dello strumento sanzionatorio avrebbe potuto negare il passo alle istanze riabilitative della persona ⁽¹⁸⁾. Si pensi, tra le introduzioni in contrasto, le nuove ipotesi di pena introdotte nel sistema penale oltre il catalogo del codice del 1930 (tra le tante quelle del

prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale».

⁽¹⁵⁾ BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977.

⁽¹⁶⁾ La fase della comminatoria ha dato luogo in passato a intenso dibattito sul ruolo di orientamento dell'art. 133 c.p. verso la finalità sanzionatoria, come puntualizza STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in Studi Vassalli, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 287. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Dir. pen. e giur. cost.*, a cura di G. Vassalli, Esi, 2006. Anche sul tema della finalità costituzionalità della pena coltivata sin dalla fase della comminatoria è intervenuta ancora una volta C. cost., 26 giugno 1990, n. 313, in *www.cortecostituzionale.it*: «Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Altro profilo di sicuro interesse è quello che nella disciplina normativa della messa alla prova viene decisamente valorizzato il ruolo dell'art. 133 c.p. anche nella fase della esecuzione della misura, come già si auspicava da tempo, sul punto si veda SATURNINO, *Discrezionalità (dir. penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989.

⁽¹⁷⁾ ALEO, *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla materia della criminalità organizzata*, in *Rass. penit. e criminol.*, 2004.

⁽¹⁸⁾ MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Esi, 1995. Il principio rieducativo acquista ulteriore espansione, coinvolgendo anche l'aspirazione punitiva delle misure di sicurezza, come stabilito da C. cost., 1° giugno 1967, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*: «Quest'ultima considerazione fa ravvisare senza base pure il richiamo fatto dai giudici di merito all'art. 27, comma 3, della Costituzione; a parte il fatto che questo articolo si

Giudice di pace in materia penale del d.lg. n. 274/2000) e le innumerevoli ipotesi di confisca che, oltre l'ambito delle misure di sicurezza, si palesano ormai come pene patrimoniali.

Tuttavia, le varianti introdotte, ma anche i sensibili incrementi di pena che avrebbero potuto fortemente limitare il ricorso all'applicazione di misure alternative alla detenzione, non sono riusciti a frenare lo sforzo di delineare nel tempo uno stabile *modello rieducativo* conforme al patto costituzionale.

La Corte costituzionale contribuisce a strutturare un vero e proprio sistema fatto di coerenza, puntualizzando e calibrando in maniera sempre più precisa in quali modi e con quali indici sintomatici si deve avviare un percorso rieducativo, proporzionato e tendenzialmente orientato a favorire un criterio di progressione nell'applicazione delle misure, in diretta conseguenza del progredire del livello di rieducazione raggiunto dal condannato ⁽¹⁹⁾.

Dunque, l'elaborazione di un moderno modello di afflittività finalizzato alla rieducazione del condannato prende anche slancio dalle questioni di costituzionalità sollevate dal giudice ordinario, cui la Corte costituzionale, in assenza di poteri autonomi di promozione della legge, risponde conferendo razionalità all'intero assetto legislativo.

In questa straordinaria opera di edificazione di un sistema ordinato, facendo ricorso a interventi di tipo sottrattivo o di rielaborazione interpretativa additiva, se non di timida integrazione normativa, la Corte non risparmia di lanciare precisi messaggi al legislatore ordinario ⁽²⁰⁾.

Tra i casi più significativi si annovera quella sottolineatura della omessa previsione di uno specifico assetto di misure alternative destinato ai minori di diciotto anni, in cui la Consulta chiamava pesantemente in campo la responsabilità del legislatore che aveva trascurato di legiferare, compromettendo non solo un percorso rieducativo dei soggetti minorenni condannati, ma vanificando anche occasioni pedagogiche di tipo educativo. Infatti, era rimasta senza alcun seguito per alcuni decenni fino alla recente adozione del d.lg. n. 121/2018 ⁽²¹⁾ l'impegno assunto dal legislatore con l'art. 79 dalla legge sull'ordinamento penitenziario *Minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali. Magistratura di sorveglianza* dove era previsto che: "Le norme della presente legge si applicano anche nei confronti dei minori degli anni diciotto sottoposti a misure penali, fino a quando non sarà provveduto con apposita legge" ⁽²²⁾.

— — —
riferisce soltanto alla pena, e non considera le misure di sicurezza, proprio perché *ex se* esse tendono ad un risultato che eguaglia quella rieducazione cui deve mirare la pena».

⁽¹⁹⁾ Il tema è colto con puntualità da PALAZZO, *Esecuzione progressiva e "benefici" penitenziari: che cosa conservare*, in *Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, 2002. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero della lungimiranza del costituente*, originariamente in *Rass. penit. e criminol.*, 1999, ora aggiornato in CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Bur, 2007.

⁽²⁰⁾ Si veda l'ipotesi in materia del delitto di bancarotta della pena accessoria fissa che seguiva «alla condanna per uno dei fatti previsti in detti articoli conseguono obbligatoriamente, per la durata di dieci anni, le pene accessorie della inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale» dichiarata incostituzionale solo dopo moltissimi anni con la decisione della C. cost., 25 settembre 2018, n. 222, in www.cortecostituzionale.it.

⁽²¹⁾ Nell'ampia riforma della legislazione in materia penitenziaria uno dei pochi decreti legislativi attuativi della legge delega parlamentare è stato quello n. 121 del 2 ottobre 2018 "Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni".

⁽²²⁾ C. cost., 25 marzo 1992, n. 125, in www.cortecostituzionale.it: «L'assoluta parificazione tra adulti e minori che – secondo l'univoco indirizzo interpretativo della Corte di cassazione – consegue alla mancata introduzione, nella legislazione successiva, degli adattamenti e correttivi richiesti dalla specificità della condizione minorile non è, indubbiamente, in armonia con i suesposti principi. In particolare, per quanto attiene alle misure alternative alla detenzione,

Questo persistente e ordinato ruolo di supplenza viene svolto dalla Corte costituzionale anche per adeguare l'ordinamento repubblicano al diverso clima della convivenza sociale che ha registrato nel tempo l'ingresso nella legislazione di norme giuridiche in controtendenza con i principi ispiratori della legge di sistema n. 354 del 1975⁽²³⁾. Sul punto la stessa Corte, cogliendo i segnali di allarme della criminalità, non cessa di ribadire che la rieducazione non può costituire unica finalità della pena nel nostro impianto costituzionale, anche recuperando aspetti che caratterizzano altre funzioni della pena sostenute dalle diverse scuole penalistiche nelle diverse stagioni dell'ordinamento italiano⁽²⁴⁾.

Non è un caso che lo scenario legislativo muti rapidamente sul versante estremo della repressione penale, quello affidato alle misure di rigore nei confronti di soggetti condannati, anche in custodia cautelare, che non intendono inserirsi nei percorsi rieducativi penitenziari. La blanda misura, già di per sé allarmante contenuta nell'art. 90 della legge n. 354/1975, cede il passo a una prima versione dell'art. 41-*bis* introdotto nell'ordinamento penitenziario con l'art. 10 della legge Gozzini n. 663/1986, proprio quella paradossalmente destinata ad enfatizzare la funzione rieducativa nell'esecuzione della pena⁽²⁵⁾.

Resta il fatto che il punto debole dello spirito rieducativo della pena in Italia trova il suo fulcro nella estensione dell'art. 41-*bis* ord. penit., spinto ben oltre gli estremi limiti del sistema dalle continue integrazioni di una disciplina che in origine consentiva un intervento repressivo di modesta entità all'interno del circuito carcerario, ma che muta fisionomia in un particolare momento storico. L'insorgere della criminalità organizzata di stampo mafioso supera il livello di guardia del contenimento preventivo, seppure nel persistente rispetto delle radici culturali dell'art. 27 Cost., e via via prende vita un nuovo e inaspettato itinerario di *differenziazione penale e penitenziaria* nello specifico, allorché viene introdotto dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356, un secondo comma all'articolo, che consente al Ministro della giustizia di sospendere per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica le regole e gli

la rigida applicazione anche ai minori dei limiti di pena inflitta e, rispettivamente, scontata, previsti per l'affidamento in prova al servizio sociale e per la semilibertà, comporta che il regime di detenzione in carcere non è differenziato rispetto a quello stabilito per gli adulti e che resta perciò compresa quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono».

⁽²³⁾ In ordine alle misure di rigore – artt. 14-*bis* e 41-*bis* ord. penit. – ci sia permesso rinviare a TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, 2006.

⁽²⁴⁾ C. cost., 22 novembre 1973, n. 167, in *www.cortecostituzionale.it*: «Nella sentenza n. 12 del 1966, confermata dalla n. 113 del 1968, fu rammentato, infatti, che il principio di rieducazione è pienamente compatibile con le altre finalità proprie della pena, e che va visto nel complesso unitario del precetto in cui è inserito, volto a garantire essenzialmente che l'esecuzione della pena si risolva in un trattamento umano e civile, che deve tendere alla rieducazione del condannato, senza tuttavia che l'espressione accolta designi l'adesione ad una delle tesi sostenute dalle varie scuole penalistiche in ordine alla funzione della pena». Con la successiva introduzione del canone di "flessibilità" della pena si instaura una nuova prospettiva con C. cost., 21 giugno 2006, n. 257, in *www.cortecostituzionale.it*: «Le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente "flessibile", proprio perché potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze che quelle scelte per loro natura coinvolgono».

⁽²⁵⁾ Dopo l'art. 41 della l. 26 luglio 1975, n. 354, è inserito il seguente: «Art. 41-*bis* *Situazioni di emergenza* 1. In casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza, il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di sospendere nell'istituto interessato o in parte di esso l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati. La sospensione deve essere motivata dalla necessità di ripristinare l'ordine e la sicurezza e ha la durata strettamente necessaria al conseguimento del fine suddetto. – 2. L'art. 90 della legge 26 luglio 1975, n. 354, è conseguentemente abrogato».

istituti del trattamento rieducativo previsti dall'ordinamento penitenziario nei confronti dei detenuti facenti parte di un'organizzazione criminale di tipo mafioso. Si giunge così alla definitiva stabilizzazione di un impianto afflittivo di estremo rigore fondato sull'automatismo che lega la sospensione delle regole ordinarie di trattamento dell'art. 41-bis ord. penit. con la previsione dei delitti stabiliti dall'art. 4-bis ord. penit., il cui catalogo si è arricchito di sempre nuove figure di reato fino ad arrivare alla corruzione.

Pur prendendo atto della necessità di intervenire con tali pesanti misure la Corte costituzionale non cessa di governare il sistema mantenendo in vita lo spirito riabilitativo contro tendenze di carattere preventivo-intimidativo e di stampo eminentemente repressivo⁽²⁶⁾, con pronunce che si pongono come significativi paradigmi in quest'area normativa, anche sfidando il livello di gravità delle aspettative emotive di tutela imposte dai fenomeni di enfatizzato allarme sociale⁽²⁷⁾.

In realtà si avverte in alcune decisioni la preoccupante crepa che le misure di rigore aprono nello schema rieducativo e, seppure con qualche timido tentativo, si tende di mitigarne le asperità, come accade nel far leva sulla collaborazione giudiziaria l'unico rimedio in grado di riequilibrare la gravità del conculcamento del diritto alla rieducazione stabilito con l'art. 41-bis O.P.⁽²⁸⁾.

3. L'ASCESA DEL PRINCIPIO DI DIGNITÀ PERSONALE DEL DETENUTO E IL RIFIUTO DELLE PENE ESEGUITE IN MANIERA INUMANA. IL TEMA DEFLATTIVO COME NECESSITÀ ORDINAMENTALE

La modifica dell'art. 117 della nostra Costituzione e l'ingresso di nuove fonti del diritto nel nostro ordinamento costituiscono un'occasione da cogliere per ripensare alla concezione punitiva del sistema penale italiano e trovare nuovi itinerari attuativi alle aspirazioni dell'art. 27 Cost.⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ C. cost., 14 aprile 1999, n. 137, in *www.cortecostituzionale.it*: «Il percorso compiuto dalla giurisprudenza di questa Corte, a partire dalla sentenza n. 306 del 1993, per mantenere il rispetto del principio rieducativo nella fase dell'esecuzione penale anche in presenza di leggi con cui è stato ritenuto – per far fronte ai pericoli creati dalla criminalità organizzata – di restringere gli accessi alle misure alternative alla detenzione o a determinati benefici penitenziari ...».

⁽²⁷⁾ C. cost., 21 giugno 2006, n. 257, in *www.cortecostituzionale.it*: «Le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dar vita ad un sistema normativamente "flessibile", proprio perché potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze che quelle scelte per loro natura coinvolgono».

⁽²⁸⁾ C. cost., 11 giugno 1993, n. 306, in *www.cortecostituzionale.it*: «In questo quadro appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia. Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena».

⁽²⁹⁾ Il principio di dignità è posto a fondamento della legge sull'ordinamento penitenziario n. 354/1975, art. 1, comma I: «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto delle dignità della persona». VINCIGUERRA, *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei, in Il sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, 2002. Del resto, la Consulta aveva premesso che la persona detenuta esercita nella stessa misura di un soggetto libero i suoi diritti fondamentali, in C. cost., 8 febbraio 1999, n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*: «L'idea che la

Una nuova linea interpretativa si consolida sulla scorta delle sollecitazioni delle Corti europee ⁽³⁰⁾ che tracciano la matrice della punizione e dei suoi limiti sul versante dei diritti fondamentali della persona umana e in particolare centrandone il fulcro nel principio di dignità personale ⁽³¹⁾.

Le numerose condanne inflitte all'Italia per la violazione delle norme della Convenzione EDU culminate con la sentenza Torreggiani ⁽³²⁾ che segna un punto di non ritorno del sistema penitenziario nazionale, ha aperto la strada a una rivisitazione integrale dell'intero ordinamento penitenziario, ma in realtà del sistema penale nel suo complesso ⁽³³⁾.

Il tema del sovraffollamento carcerario ha fatto da detonatore a una vicenda che nell'ordinamento italiano aveva raggiunto livelli allarmanti e non più tollerabili di violazione del dettato costituzionale ⁽³⁴⁾. Anche in questo caso la Corte riprende il suo ruolo di guida e di promozione della legislazione nel senso del consolidamento dei principi fondamentali di rife-

restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti».

⁽³⁰⁾ RANALLI, *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. penit. e criminol.*, 2014, n. 3, p. 169. In ultimo la sentenza in materia di ergastolo ostativo in CEDU - Viola c/ Italia (Ricorso n. 77633/16), Sentenza del 13 giugno 2019: «136. La Corte vuole rimarcare che la dignità umana, situata al centro del sistema creato dalla Convenzione, impedisce di privare una persona della sua libertà, senza operare al tempo stesso per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di riguadagnare un giorno questa libertà».

⁽³¹⁾ C. cost., 8 febbraio 1999, n. 26, cit.: «I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione»; e ancora «Cosicché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è finalità – nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina – non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà. La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso – anzi: soprattutto in questo caso, il cui dato distintivo è la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile – è dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale, conformemente, del resto, all'impronta generale che l'art. 1, primo comma, della legge n. 354 del 1975 ha inteso dare all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario». DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti*, nota a C. cost., 11 febbraio 1999, n. 26, in *Dir. pen. proc.*, 1999. EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, 2007. Per finire al principio costituzionale di dignità definito "nocciolo duro della dignità", in *STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE* cit., p. 16.

⁽³²⁾ Sentenza Torreggiani e altri c. Italia, C. edu, 8 Gennaio 2013. Una ricognizione interessante è condotta da DELLA BELLA, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 febbraio 2018.

⁽³³⁾ C. cost., 9 ottobre 2013, n. 279, in *www.cortecostituzionale.it*: «Oltre al mero rinvio dell'esecuzione della pena, sono, infatti, ipotizzabili altri tipi di rimedi "preventivi", come, ad esempio, quelli modellati sulle misure previste dagli artt. 47 e seguenti dell'ordinamento penitenziario, ad alcune delle quali si è fatto riferimento nel dibattito seguito alla sentenza Torreggiani; misure che per ovviare alla situazione di invivibilità derivante dal sovraffollamento carcerario potrebbero essere adottate dal giudice anche in mancanza delle condizioni oggi tipicamente previste. In particolare, potrebbe ipotizzarsi un ampio ricorso alla detenzione domiciliare, sempre che le condizioni personali lo consentano, o anche ad altre misure di carattere sanzionatorio e di controllo diverse da quelle attualmente previste, da considerare forme alternative di esecuzione della pena. È da ritenere infatti che lo stesso condannato potrebbe preferire misure del genere e non avere interesse a un rinvio come quello prospettato dai rimettenti, che potrebbe lasciare a lungo aperta la sua vicenda esecutiva».

⁽³⁴⁾ Il tema è trattato ampiamente da DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I d. l. del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, 2014. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, p. 1204. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e*

rimento, per spingere verso soluzioni legislative tese a ripristinare il corretto orientamento costituzionale e soprattutto per tornare a ragionare in termini di rieducazione ⁽³⁵⁾.

Ormai l'assetto penale dell'ordinamento italiano recepisce gli orientamenti di conformazione all'ordinamento europeo e anche il complesso dei principi introdotti dalla Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 trovano ampio respiro nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale ⁽³⁶⁾.

In questo nuovo percorso si inseriscono iniziative legislative sollecitate da una nuova e moderna prospettiva che matura nell'ambito dei principi espressi dall'art. 27 Cost. Se finora la preoccupazione di dottrina e giurisprudenza era rivolta a ricercare nello spazio programmatico del principio di rieducazione del condannato quali strumenti operativi e quali misure esecutive potevano essere adottate per conseguire il suo pieno recupero personale e sociale, l'esperienza del sovraffollamento carcerario ha delimitato la sponda oltre la quale il carcere non è soltanto la limitazione della libertà personale intra-muraria derivante dall'affermazione della responsabilità penale, ma un'esperienza di ingiustificata sofferenza che può sconfinare in trattamenti inumani e degradanti che, in buona sostanza, violano lo stesso canone costituzionale ⁽³⁷⁾.

L'effetto paradossale che consegue ai rilievi della giurisprudenza sovranazionale apre alla necessità di adottare iniziative legislative di stampo deflattivo, dove una prima decisa svolta deve riguardare misure immediate e temporanee per ridimensionare il fenomeno del sovraffollamento nei penitenziari, mentre una seconda fase dovrebbe investire l'adozione di procedure stabili di alleggerimento del sistema nel suo complesso, facendo in primo luogo ricorso agli strumenti di *probation*.

Continuare a procedere in questo solco vuol dire però negare tutto il percorso culturale avviato dalla Corte, in quanto soluzioni deflattive contingenti nulla condividono con la edificazione di un sistema stabile, coerente e costituzionalmente orientato di esecuzione riabilitativa della pena.

Per cui occorre proprio ragionare sui nuovi approdi legislativi costituiti dal sistema di *probation* (processuale e penitenziario) per recepirli sì, ma soprattutto orientarli nell'ambito di un complessivo modello rieducativo, seppure riconoscendone con fatica compatibilità e stabilità permanente.

4. IL FERMO RITORNO DELL'IMPIANTO RIEDUCATIVO DELLA PENA ANCHE ATTRAVERSO L'ESPANSIONE DEL SISTEMA DI PROBATION PENITENZIARIO

La sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2018, pur apparendo a una prima lettura

violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale, in Studi in onore di Franco Coppi, vol. II, Giappichelli, 2011.

⁽³⁵⁾ Un puntuale quadro è fornito da MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009.

⁽³⁶⁾ Esempi ne sono le decisioni: C. cost., 21 settembre 2016, n. 236, e C. cost., 7 giugno 2017, n. 179, entrambe in www.cortecostituzionale.it. Sulla nuova fonte di orientamento sovranazionale è interessante la riflessione svolta dal Presidente Giorgio Lattanzi nella relazione resa in occasione della "Riunione straordinaria del 21 marzo 2019", in www.cortecostituzionale.it.

⁽³⁷⁾ Una vera e propria forma di risarcimento è stata introdotta all'art. 35-ter ord. penit. dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92 destinato a risarcire i detenuti che abbiano subito una permanenza in un penitenziario italiano non conforme agli standard di umanità e rispetto della dignità personale.

trattare una questione di diritto processuale penale, si segnala per la novità che fa registrare nell'ambito delle istanze sostanziali di natura rieducativa del nostro ordinamento.

Ancora una volta le norme del codice di rito fanno da battistrada alle iniziative di promozione del diritto penale sostanziale, in una coerente e opportuna combinazione che lega le aspirazioni della finalità della pena con gli strumenti di attuazione procedimentale che ne qualificano gli spazi applicativi.

Questa decisione segna anche un punto di non ritorno per il tipo di intervento che ormai la Corte ha stabilizzato in materia di delitti e pene e che sempre più acquista una dimensione spiccatamente propositiva laddove il legislatore non riesce a stare al passo con i tempi.

Usciti dalla logica labirintica della generalizzata deflazione penitenziaria, nata sulle cifre esponenziali del sovraffollamento carcerario (si pensi ai 75 giorni di liberazione anticipata concessi per i due anni successivi al 2014), la Corte si pone alla testa di un percorso nuovo con una cifra additiva rispetto alla legislazione parlamentare e governativa.

La sterilizzazione della legge delega in materia di ordinamento penitenziario, nata sulle ampie sollecitazioni provenienti dai lavori degli *Stati Generali dell'Esecuzione Penale*, da attribuire ai pareri parlamentari che con le richieste di integrazioni e chiarimenti hanno alla fine negato il varo di tutti i previsti decreti legislativi, segnala uno stallo legislativo preoccupante⁽³⁸⁾.

Il problema non riguarda soltanto l'organizzazione del settore penitenziario, ma investe tutta la filiera della penalità, governata, seppure con segni alterni, dal principio vincolante di rieducazione del condannato.

La strada intrapresa con l'introduzione del *probation* processuale – ossia la sospensione del procedimento con messa alla prova, di cui si dirà anche più innanzi –, ad esempio, segnalava all'attenzione dell'ordinamento, ma anche della dottrina, che il legislatore, sulla scorta delle sollecitazioni sovranazionali, si apriva ad accogliere l'intero impianto del *probation*, quello processuale prima della condanna e quello penitenziario successivo alla condanna, senza nascondere anzi esaltandone le diverse connotazioni afflittive⁽³⁹⁾.

Resta al centro delle preoccupazioni della Corte costituzionale il principio di dignità personale, ulteriormente enfatizzato dalla sentenza Torreggiani, e il principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost. che non possono subire in alcun caso limitazioni o lesioni.

Con la decisione in commento la Corte costituzionale interviene per rimediare a una incomprensibile disparità normativa, non soltanto una vera e propria sfasatura operativa, che sarebbe stata sanata se i decreti legislativi di attuazione della riforma penitenziaria avessero preso vita nei tempi stabiliti. La Consulta, non a caso, sottolinea la ritardata adozione della norma correttiva: «Infatti non è stata ancora esercitata la delega legislativa conferita con l'art. 1, comma 85, lettera c), della legge 23 giugno 2017, n. 103»; e poi ancora in maniera ferma: «Sotto questo aspetto non può non osservarsi che nel caso di specie la rottura del parallelismo,

⁽³⁸⁾ Entrambi i Pareri, rispettivamente della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica sono stati resi, con significative modifiche, in data 7 febbraio 2018 e sono reperibili in www.penalecontemporaneo.it, 9 febbraio 2018.

⁽³⁹⁾ Si legge nella Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri europei agli Stati membri sulle "Regole del Consiglio d'Europa in materia di probation" e ancor prima dalla Raccomandazione R(1992)16: «Considerato che lo scopo della *probation* è quello di contribuire ad un giusto processo penale, ed anche alla sicurezza pubblica, prevenendo e riducendo il verificarsi di reati».

imputabile al mancato adeguamento della disposizione censurata, appare di particolare gravità ...»⁽⁴⁰⁾.

Il tema affrontato dalla Consulta è quello della misura alternativa al carcere dell'affidamento in prova al servizio sociale definito dal legislatore "allargato" per un limite di pena maggiore di quattro anni e introdotto con il comma 3-*bis* nell'art. 47 della l. 26 luglio 1975, n. 354 ord. penit.: «L'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve espriare 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 comma 2»⁽⁴¹⁾.

Si tratta di una nuova ipotesi di affidamento in prova per la persona condannata che deve espriare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, qualora il soggetto abbia tenuto un comportamento, nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, tale da consentire un giudizio prognostico favorevole quanto alla sua rieducazione e alla prevenzione del pericolo di commissione di ulteriori reati.

In questo modo, accanto alla forma ordinaria di affidamento in prova, il cui limite per la concessione della misura è della pena massima di tre anni, si pone questa forma che ne amplia il limite con la pena massima di quattro anni. Mentre per il primo caso il condannato aveva facoltà di inoltrare direttamente l'istanza di sospensione dell'esecuzione e non passare per il carcere; nel secondo caso il condannato in stato di libertà, per potere accedere al *probation* penitenziario, doveva necessariamente passare per la struttura penitenziaria e da lì richiedere al Tribunale di Sorveglianza la misura alternativa.

Peraltro, con l'immenso carico di lavoro irrisolto che grava sulla magistratura di sorveglianza nella fase di scrutinio delle richieste di ammissione alle misure alternative, la lesione dei diritti del condannato sarebbe stata ancora più significativa e profonda.

5. IL RICORSO AL CRITERIO DEL "PARALLELISMO" NORMATIVO PER RISOLVERE IL CONFLITTO CON IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA

Va precisato che la questione di legittimità costituzionale, si è già detto, viene sollevata dal g.u.p. nella veste di giudice dell'esecuzione presso il Tribunale di Lecce in riferimento alla norma processuale ausiliaria prevista dal quinto comma dell'art. 656 c.p.p. *Esecuzione delle pene detentive*, che consente di attivare il procedimento di sorveglianza per la concessione della misura alternativa, e non direttamente sulla disposizione del comma 3-*bis* dell'art. 47 ord. penit. che ospita la norma sostanziale dell'affidamento in prova.

La disposizione del codice di rito invocata, infatti, è quella che stabilisce le diverse ipotesi di accesso alle misure alternative, dell'affidamento in prova di tre anni con l'"ordinario", di quattro anni con la detenzione domiciliare e di sei anni in materia di stupefacenti, prevedendo la sospensione automatica dell'ordine di esecuzione, dando in questo modo, avvio al circuito

⁽⁴⁰⁾ C. cost., 6 febbraio 2018, n. 41, cit., sotto il n. 4 e il n. 6 della sentenza.

⁽⁴¹⁾ L'art. 3, comma 1, lettera c), del d. l. 23 dicembre 2013, n. 146 *Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*, convertito, con modificazioni, in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

virtuoso del trattamento rieducativo del condannato, sempre che questi si determini ad esercitare tale facoltà ⁽⁴²⁾.

La Corte prima di procedere alla valutazione della fondatezza della questione precisa di fare ricorso al criterio metodologico del c.d. *parallelismo normativo*, in ragione del quale, come in passato con ipotesi analoghe, all'elevazione del limite di pena per ottenere una misura è sempre corrisposto l'elevazione della soglia di pena per ottenere la sospensione automatica dell'esecuzione della condanna.

In questo modo, sebbene la questione sia posta in relazione alla duplice violazione dei principi degli artt. 3 e 27 Cost., la Consulta passa in rassegna preliminarmente il vaglio di costituzionalità in riferimento al principio di uguaglianza ⁽⁴³⁾.

All'esito di un'attenta indagine di ordine sistematico, la Corte accerta poi la violazione del c.d. "criterio del *parallelismo*", in quanto, nel caso dell'affidamento in prova "allargato" per una pena compresa tra i tre e i quattro anni, non è stata prevista come tassativa la sospensione dell'esecuzione che avrebbe dato modo al condannato di avanzare istanza di ammissione prima di passare in restrizione per la struttura carceraria. Afferma a tale proposito la Corte: «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».

Questa omissione, pertanto, determina come conseguenza una disparità di trattamento tra posizioni soggettive uguali, appartenenti entrambi alla medesima categoria dei cc.dd. "soggetti liberi". Infatti, i "soggetti liberi" condannati a una pena entro la misura dei quattro anni verrebbero trattati in *maniera diversa e con un trattamento sfavorevole* dai "soggetti liberi" condannati con pena contenuta nei tre anni di detenzione.

Infatti, pur essendo entrambi condannati a una pena che consentirebbe la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale, i secondi potrebbero godere immediatamente e automaticamente della sospensione dell'esecuzione, mentre per i primi il ricorso *ex lege* a tale provvedimento sarebbe impedito.

La sentenza respinge anche l'obiezione mossa dall'Avvocatura dello Stato, secondo cui la sospensione dell'esecuzione fondata sulla diversa misura della pena sarebbe stata giustificata dall'esigenza di deflazionare le strutture penitenziarie dai soggetti condannati che hanno un residuo di pena da scontare di quattro anni e che, quindi, era rivolta esclusivamente alle persone detenute. Il rilievo non assume alcun pregio sul piano logico, poiché la deflazione riguarda anche i condannati che ancora non hanno fatto accesso al carcere e che, senza

⁽⁴²⁾ Il comma 5 dell'art. 656 c.p.p. *Esecuzione delle pene detentive*, infatti, prevede: «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. L'ordine di esecuzione e il decreto di sospensione sono notificati al condannato e al difensore nominato per la fase dell'esecuzione o, in difetto, al difensore che lo ha assistito nella fase del giudizio, con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza, corredata dalle indicazioni e dalla documentazione necessarie, volta ad ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione di cui agli articoli 47, 47-ter e 50, comma 1, della l. 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e di cui all'articolo 94 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, ovvero la sospensione dell'esecuzione della pena di cui all'articolo 90 dello stesso testo unico».

⁽⁴³⁾ Sul tema, proprio nelle relazioni tra principio di uguaglianza e sistema dell'esecuzione penale, si rinvia a DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, p. 259 ss.

sospensione dell'esecuzione – dice la Corte «evitando che vi faccia ingresso chi è libero» – andrebbero a far lievitare proprio quelle statistiche dei detenuti che si intendono contenere.

Il tema trattato dalla Corte costituzionale come si è detto non è nuovo alla sua giurisprudenza. La sentenza n. 569 del 1989 ritenne incostituzionale una parte dell'art. 47 ord. penit., laddove era imposto un preventivo periodo di osservazione, anche eventualmente nella fase della custodia cautelare, per colui che chiedeva di accedere alla misura dell'affidamento in prova, al fine di verificare la collaborazione all'opera di rieducazione e che non vi fosse più alcun pericolo per la commissione di ulteriori reati⁽⁴⁴⁾. Anche in quel caso la Consulta riallineò, attraverso il criterio del *parallelismo normativo* come espressione operativa del principio di uguaglianza, posizioni giuridiche soggettive identiche che la legge aveva trattato in maniera diversa, vale a dire ritenne di allineare la sospensione per i condannati detenuti che ne avevano fatta richiesta ai condannati liberi per i quali la possibilità di accesso era impedita se non dopo un periodo di osservazione.

La risocializzazione, in questo modo, veniva ritenuta favorita proprio dal fatto che il soggetto era in libertà, evitando la carcerazione che avrebbe potuto compromettere l'itinerario di recupero sociale pattuito con l'allora Ufficio locale di Esecuzione Penale Esterna.

Sebbene l'odierna pronuncia ritenga assorbita la questione posta anche in riferimento all'art. 27 Cost. e al principio di rieducazione, va detto che la Corte, seppure in via implicita, ancora una volta ha segnato il solco nell'opera di elaborazione di un sistema penale con finalità rieducativa, rafforzando un percorso di coerenza al sistema dell'esecuzione. In questo caso viene ribadita la funzione costituzionalmente orientata della pena intervenendo sulla taratura e l'affinamento applicativo degli strumenti rieducativi.

La Corte ritorna, non a caso e ancora una volta, sull'utilità della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale⁽⁴⁵⁾ che, anche sulla base delle pluriennali statistiche giudiziarie, si è rivelato lo strumento trattamentale più efficace per reinserire in società il condannato che ha dato buona prova di abbattere decisamente il pericolo di recidiva⁽⁴⁶⁾.

L'intervento di riallineamento dei termini di pena sarà certamente stata la via più rapida per ripristinare l'accessibilità a una disciplina giuridica che non si può definire soltanto deflativa ma che apre la prospettiva di una sana iniziativa di recupero sociale della persona.

La Corte, come insegna costantemente nelle sue pronunce, non ritiene la misura alternativa un semplice beneficio penitenziario ma, nell'ottica di una pena scontata in forma diversa, si sforza di disegnare un quadro di attuazione del principio rieducativo contro tutti i tentativi legislativi di introdurre effetti distonici nel sistema⁽⁴⁷⁾.

È vero invece che una misura come l'affidamento in prova, seguito professionalmente dagli organi dell'UIEPE, con la previsione di rigide prescrizioni, si presenta come una vera e propria

⁽⁴⁴⁾ C. cost., 13 dicembre 1989, n. 569, in www.cortecostituzionale.it.

⁽⁴⁵⁾ BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997.

⁽⁴⁶⁾ PAVARINI, *Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo*, in *Rass. penit. e criminol.*, Roma, n. 1-2, 2003. Efficacia che emerge anche da studi comparati, come riportato in BERNARDI, *Il progetto di ricerca "prison overcrowding and alternatives to detention": contesto e linee programmatiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 1741. FORTI (intervista a), *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 settembre 2012.

⁽⁴⁷⁾ Giurisprudenza ormai consolidata è nel senso di ritenere Sez. I, 5 febbraio 1998, n. 210389, in www.cassazione.it, che: «Le misure alternative alla detenzione [...] hanno la natura di vere e proprie sanzioni penali».

pena ⁽⁴⁸⁾, molto più afflittiva ed efficace di una permanenza in carcere senza alcun controllo sulla evoluzione della personalità del condannato ⁽⁴⁹⁾.

Va peraltro osservato, sempre in materia di *parallelismo* delle scelte di sistema, che la misura minima della pena che delineava il profilo di illegittimità della norma abrogata in realtà costituisce il comune presupposto normativo che regola il *probation* nel suo complesso nell'ambito del nostro ordinamento penale ⁽⁵⁰⁾.

Ed infatti, l'art. 168-*bis* c.p., inserito con la legge n. 67 del 2014 introduce una nuova ipotesi di estinzione del reato attraverso l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, prevedendo che la pena in astratto per la concessione della misura sia proprio quella di quattro anni di detenzione, a prescindere dalla natura del reato e dalle possibili aggravanti che possano fare lievitare la pena finale da applicare ⁽⁵¹⁾.

Questo istituto definito *probation processuale* si affianca, appunto, all'affidamento in prova al servizio sociale previsto all'art. 47 ord. penit. definito *probation penitenziario* ⁽⁵²⁾.

Pertanto, la decisione della Corte allinea, secondo il criterio del parallelismo, non solo i termini temporali all'interno del medesimo istituto, "allargando" definitivamente la forbice dell'originario termine dei tre anni di pena da scontare ⁽⁵³⁾, ma finisce per allineare l'affidamento *post*-condanna agli estremi temporali dell'affidamento *ante*-condanna cioè alla sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (o indagato).

6. IL DISVELAMENTO DELLA NATURA SANZIONATORIA DEL PROBATION PROCESSUALE. NEGATO PERÒ IL PARALLELISMO DI SISTEMA TRA ADULTI E MINORI

L'opera di adattamento dommatico di tutta la materia di diritto sostanziale che fa capo al sistema anglosassone del *probation* introdotto nell'ordinamento italiano trova, dunque, la Corte costituzionale pronta a mettere a fuoco progressivamente il profilo della sua natura giuridica, armonizzandolo alla finalità costituzionale della pena ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁴⁸⁾ Concetto recepito ormai in maniera definitiva dal giudice, come afferma Sez. I, 5 febbraio 1998, n. 210389, cit.: «Innanzitutto va ricordato che, "le misure alternative alla detenzione ... hanno natura di vere e proprie sanzioni penali"».

⁽⁴⁹⁾ TONINI, *I rapporti fra i centri di servizio sociale e l'autorità giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 994

⁽⁵⁰⁾ NUVOLONE, "Probation" e istituti analoghi nel diritto penale comparato, in *Trent'anni di studio e procedura penale*, Cedam, 1969.

⁽⁵¹⁾ VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013.

⁽⁵²⁾ La misura è stata introdotta nell'ordinamento italiano su sollecitazione del Consiglio d'Europa del 1973 che invitava ad osservare le "Regole minime per il trattamento dei detenuti" varate dalle Nazioni Unite nel 1955. FASSONE, "Probation" e affidamento in prova, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1986. Va ricordato che questa misura alternativa acquisiva il rango di vera e propria pena con la bozza di riforma della parte generale del codice penale elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuliano Pisapia riportata in *www.associazioneantigone.it*. Sul tema CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello schema di legge delega 2007*, in *AA.VV., Quale riforma del Codice Penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Esi, 2009.

⁽⁵³⁾ PULVIRENTI e ROMANO, *La "riforma Simeone" tra questioni interpretative e intenti di razionalizzazione*, in *Giust. pen.*, 1999.

⁽⁵⁴⁾ Sul versante processuale la sospensione del procedimento con messa alla prova è un nuovo rito alternativo, come evidenziato A. NAPPI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in *www.laegislazionepenale.eu*. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *www.archiviopenale.it*. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Esi, 2017.

Non è, dunque, un caso che proprio con la sentenza n. 68/2019 giunga a un approdo credibile soprattutto sul contenuto di valore penale della messa alla prova per gli adulti.

La questione nasce dall'aver posto il dilemma alla Corte di chiarire taluni profili discordanti che si registrano tra la disciplina che regola la messa alla prova dei minorenni con quella della messa alla prova degli adulti, ove si coglie una evidente disparità di trattamento che andrebbe corretta ⁽⁵⁵⁾.

Secondo il giudice rimettente, infatti, nelle due forme processuali non esisterebbe parallelismo di sistema sulla riduzione della pena da scontare dopo la condanna in affidamento in prova al servizio sociale derivante dalla sottrazione dei giorni scontati a titolo di messa alla prova prima della celebrazione del processo. In effetti, manca nel codice di procedura penale a carico dei minorenni quella prescrizione che risulta invece inserita per gli adulti all'art. 657-*bis* c.p.p. «Computo del periodo di messa alla prova dell'imputato in caso di revoca»: «1. In caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda».

In quest'ultima norma è previsto che al soggetto che originariamente era stato ammesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova al quale fosse stata poi revocata per la violazione delle prescrizioni, siano riconosciuti, una volta condannato e ammesso all'affidamento in prova al servizio sociale, quei giorni scontati in messa alla prova nella misura di tre giorni di prova equivalenti a uno di affidamento.

Questa stessa previsione non risulta invece inserita per i condannati minorenni che non potranno usufruire della sottrazione dei giorni in fase di esecuzione della condanna e da qui il sospetto di illegittimità costituzionale per la mancata previsione parallela alla luce della violazione del principio di uguaglianza.

Prima di ogni altra cosa la Corte svolge una opportuna premessa sistematica, precisando quale diversa finalità caratterizzi le due misure denominate messa alla prova: finalità *educativa* per i minori; finalità *rieducativa* per gli adulti ⁽⁵⁶⁾. Avendo, comunque, sempre presente che il minore è tenuto a seguire un itinerario processuale che lo porti ad uscire quanto più rapidamente possibile dal frustrante circuito processuale e solo in casi estremi a scontare una condanna che conserverà sempre il timbro del solo obiettivo educativo ⁽⁵⁷⁾.

Nell'ampio compendio motivazionale la sentenza n. 68/2019 si distingue per ben altri profili che contribuiscono a chiarire struttura e funzione della messa alla prova degli adulti nel contesto del sistema *penal-penitenziario* italiano ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ AA.VV., *La messa alla prova per i minori: la rassegnazione "entusiasta" di una normativa incompleta. Una ricerca nel distretto giudiziario di Napoli*, a cura di G. Di Gennaro, Franco Angeli, 2018.

⁽⁵⁶⁾ SPIRITO, *Principi e istituti del diritto penale nel nuovo processo a carico di minorenni*, in *Giust. pen.*, 1990. A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2008, p. 467.

⁽⁵⁷⁾ CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 2014, 4, p. 510. *Sul punto ancora una volta la Consulta ha avuto modo di indirizzare la nuova misura proprio cogliendo la singolarità educativa dell'imputato minorenne*, in C. cost., 24 settembre 1990, n. 412, in www.cortecostituzionale.it.

⁽⁵⁸⁾ BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015. DE FRANCESCO, *La premialità e la non punibilità tra dogmi e pragmatismo*, in www.lalegislazonepenale.eu.

Le diverse sponde che generano perplessità sulla perfetta aderenza ai principi della Costituzione italiana sono rappresentate dalla natura sanzionatoria della misura da un lato e dal tema della responsabilità penale dall'altro, come precisa la stessa sentenza, sottolineando le anomalie dommatiche della nuova causa estintiva del reato ⁽⁵⁹⁾.

Afferma la sentenza: «Tanto la messa alla prova per gli adulti quanto la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale sono caratterizzate da prescrizioni che sono sì funzionali alla risocializzazione del soggetto, ma che al tempo stesso assumono una innegabile connotazione sanzionatoria rispetto al fatto di reato»; e poi ancora: «La Corte di cassazione, e questa stessa Corte, hanno in tal modo riconosciuto che la messa alla prova per gli adulti costituisce un vero e proprio «trattamento sanzionatorio», ancorché anticipato rispetto all'ordinario accertamento della responsabilità dell'imputato e rimesso comunque – a differenza delle pene – alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte del soggetto» ⁽⁶⁰⁾.

Questo enunciato, prima di ogni altra cosa, libera la misura in esame dal limbo in cui una sommaria e ingannevole linea interpretativa l'aveva posta, qualificandola come *cripto-pena*, ma rinunciando a chiarirne gli esatti confini concettuali e afflittivi nell'ambito del perimetro di valore dell'art. 27 Cost. ⁽⁶¹⁾.

La seconda proposizione espressa dalla Corte che deve costituire la base per un corretto sviluppo esegetico della misura è quella secondo cui: «Un trattamento, ancora, che si radica comunque su di una sia pur incidentale e sommaria «considerazione della responsabilità dell'imputato» ⁽⁶²⁾.

Appare evidente che la corretta lettura del testo della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova rovescia principi di garanzia che sono stati da sempre coltivati e coonestati dalla stessa Corte costituzionale e che rappresentano i capisaldi della salvaguardia dei diritti dell'uomo nel sistema penale italiano. È pur vero che il principio di dignità della persona non viene leso per effetto della sottoposizione volontaria dell'«indagato-imputato» alla misura sanzionatoria limitativa della libertà personale. E si badi che l'art. 168-bis c.p., oltre ad abilitare alla forma prova per eccellenza, vale a dire i lavori di pubblica utilità, attinge all'ampilissimo catalogo delle prescrizioni penalizzanti della libertà, quale la frequentazione di luoghi, di persone, il divieto di allontanamento dalla zona di residenza, il risarcimento della vittima, la distruzione di un bene illecito prodotto dal reato, che sono fortemente limitative della volontà e della mobilità fisica del soggetto sottoposto a prova.

A ben vedere, si tratta dello stesso apparato prescrizionale che il sistema e la prassi hanno messo a disposizione del Tribunale di sorveglianza, su indicazioni dell'inchiesta sociale svolta

⁽⁵⁹⁾ Ci sia consentito anche rinviare, per quanto già sostenuto esattamente negli stessi termini, a TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Ed. Dike, 2016.

⁽⁶⁰⁾ Occorre aggiungere che anche precedentemente la C. cost., 7 novembre 2018, n. 231, in www.cortecostituzionale.it aveva convintamente affermato che: «L'istituto non può pertanto, che essere attratto dal finalismo rieducativo, che l'art. 27, terzo comma, Cost. ascrive all'intero sistema sanzionatorio penale».

⁽⁶¹⁾ Condivide la scelta legislativa BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 giugno 2014.

⁽⁶²⁾ In fondo è la stessa C. cost., 21 febbraio 2018, n. 91, cit., a dovere ammettere in maniera controversa che: «Infatti, se è vero che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna».

dall'UIEPE, allorché sia chiamato a pronunciarsi sulla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale a seguito di una condanna definitiva.

In questo modo, la messa alla prova ricalca esattamente lo schema operativo e applicativo dell'affidamento in prova al servizio sociale, con la differenza di trovare tra le due misure di *probation* l'elemento separatore costituito dall'affermazione della responsabilità penale sancita da una sentenza irrevocabile di condanna.

Appare, a nostro avviso, quantomeno problematico il fatto che questo complessivo assetto della causa estintiva del reato collida, prima ancora che con la legge, con la stessa giurisprudenza dalla Corte costituzionale, in particolare con la sentenza n. 364/1988, che, nel ricercare il fondamento al principio di colpevolezza normativa, radica il rimprovero dell'infrazione (combinando l'enunciato del comma 1 con quello del comma 3 dell'art. 27 Cost.), e dunque la sanzione, sulla responsabilità penale accertata nel corso del processo penale.

Risulta indefettibile, stante lo schema costituzionale consolidato del rimprovero attraverso la pena, che vi debba essere preliminarmente l'accertamento colpevole del fatto e poi la risposta sanzionatoria, sequenza ineludibile anche per evitare che il principio di *presunzione di innocenza* venga capovolto in *presunzione di colpevolezza* ⁽⁶³⁾.

Ciò che rende stridente la messa alla prova con il principio di stretta legalità costituzionale in materia di pena è giustificato soltanto dalla necessità e dall'urgenza di mettere a regime una misura squisitamente deflattiva, alleggerendo il carico degli affari penali dei Tribunali e sfoltendo il numero dei detenuti nei penitenziari italiani.

In definitiva, se il fine giustifica i mezzi, resta comunque il fatto che il mezzo è concettualmente inadeguato sul piano dei valori fondamentali della Costituzione repubblicana per conseguire un obiettivo che poteva essere raggiunto in maniera diversa e con maggiore sintonia ai principi consolidati nel nostro ordinamento penale.

⁽⁶³⁾ Per gli aspetti problematici di carattere costituzionale, si rinvia a UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in www.archiviopenale.it, 2015.

