

OSSERVATORIO SULLA CORTE COSTITUZIONALE

Sospensione del procedimento con messa alla prova

La decisione

Sospensione del procedimento con messa alla prova - Accesso del giudice agli atti del fascicolo del pubblico ministero - Programma di prova - Presunzione di non colpevolezza - Indeterminatezza della sanzione - Consenso dell'imputato (Cost., artt. 3, 25, co. 2, 27, co. 2, 97, 101, 111, co. 2; C.p., art. 168-bis, co. 2 e 3; C.p.p., artt. 464-*quater*, co. 1 e 4, 464-*quinqies*).

Con la sentenza n. 91, depositata il 27 aprile 2018, la Corte costituzionale ha dichiarato infondate le questioni di legittimità, sollevate dal Tribunale di Grosseto, in tema di sospensione del processo con messa alla prova, con riferimento all'art. 27, comma 2, della Costituzione, ritenendo che la volontaria sottomissione dell'imputato al programma di prova escluda qualsiasi contrasto dell'istituto con la presunzione di innocenza intesa quale regola di trattamento.

CORTE COSTITUZIONALE, 27 aprile 2018 (c.c. 21 febbraio 2018), n. 91-Lattanzi, *Presidente* - Lattanzi, *Redattore*.

Il *probation* processuale supera il vaglio della Corte costituzionale. Un modello alternativo a cui guardare per il futuro?

L'autore analizza la sentenza n. 91, depositata il 27 aprile 2018, con la quale la Corte costituzionale opera la prima vera e propria disamina riguardante l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti di cui agli artt. 168-bis ss. c.p. Il *decisum* della Consulta rappresenta l'occasione per svolgere alcune considerazioni sul *probation* in generale, nonché sulla c.d. *restorative justice*.

The author analyzes the judgment n. 91, filed April 27, 2018, where the Constitutional Court operates the first real examination concerning the institution of the probation for adults referred to in articles 168-bis and following c.p. The decision of the Council is an opportunity to make some considerations on the probation in general, as well as on the c.d. restorative justice.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'ordinanza di rimessione. - 3. Il fulcro della sentenza: il parallelismo con l'applicazione della pena su richiesta delle parti. - 4. Qualità e quantità delle sanzioni previste dall'art. 168-bis, commi 2 e 3 c.p. - 5. Poteri dell'imputato di modificazione e integrazione del trattamento. - 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti¹ ha passato indenne il vaglio di legittimità costituzionale. Lo scorso 27 aprile 2018 sono state depositate le motivazioni della sentenza con la quale la Consulta ha respinto le diverse questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Grosseto, inerenti gli artt. 464-*quater*, 464-*quater*, co. 1 e 4, e 464-*quinquies* c.p.p., 168-*bis*, co. 1 e 3 c.p. Trattasi, ad oggi, della più profonda disamina da parte del Giudice delle leggi riguardo un istituto che, seppur di recente introduzione², è stato sottoposto già svariate volte all'esame della stessa Corte, sia in riferimento all'ambito processuale, sia sul versante sostanziale³. Nondimeno, a differenza di quanto avvenuto in precedenza, il *decisum* in analisi si mostra di particolare rilevanza, giacché risolve le evidenti criticità interpretative evidenziate dal Giudice rimettente, in un certo senso “certificando” l'ingresso del paradigma della c.d. *restorative justice*⁴ nel

¹ Per maggiori approfondimenti sull'istituto, cfr., *ex multis*: BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 1755 ss.; BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, in www.penalecontemporaneo.it; CESARI, voce *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016, 1005 ss.; DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Questione Giustizia*, 2013, n. 6; FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 427 ss.; GALATI, RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015; GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in questa *Rivista*; LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale dell'attivo*, Milano, 2017; MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017; PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015; TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in questa *Rivista*, 2015, on-line; TRIGGIANI, *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014; TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma, 2017.

² La sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti è stata introdotta a seguito della L. 28 aprile 2014, n. 67, recante “Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili”.

³ Cfr.: Corte cost., ord. n. 54 del 2017; Id., ord. n. 19 del 2017; Id., n. 201 del 2016; Corte cost., n. 240 del 2015.

⁴ Sulla giustizia riparativa la bibliografia internazionale è ormai vastissima. Senza pretesa di esaustività, si rinvia a: *Restorative Justice and Criminal Justice: competing or reconcilable paradigms?*, a cura di Von Hirsch, Roberts, Bottoms, Roach, Schiff, Oxford, 2003; JOHNSTONE, *A Restorative Justice Reader*, Cullompton, 2003; REDONDO ILLICAS, *El origen de los delicto*, Valencia, 2015; TOEWS, *Critical Issues in Restorative Justice*, Cullompton, 2003; ZEHR, *Changing Lenses, A new focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990. Per un ampio inquadramento della giustizia riparativa in ambito nazionale, cfr., *ex multis*: CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010; COLAMUSSI, MESTITZ, voce *Giustizia riparativa (Restorative justice)*, in *Dig. Pen.*, V agg., Torino, 2010, 423 ss.; D'AMATO, *La giustizia riparativa tra istanze di legittimazione ed esigenze di politica criminale*, in questa *Rivista*, 2018, n. 1, on-line; MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; MANNOZZI, LODI-

dettato costituzionale. Nello specifico, il Tribunale di Grosseto aveva portato all'attenzione della Corte questioni inerenti la definizione della natura giuridica dell'ordinanza sospensiva che ammette la misura, e il conseguente rapporto tra quest'ultima e il principio della presunzione di innocenza, oggetto di dibattito dottrinale sin dall'entrata in vigore del *probation*⁵. Invero, con riferimento a quanto affermato dalla Corte costituzionale nel 1995⁶, in relazione all'omologo istituto minorile, si attendeva una lettura costituzionalmente orientata anche riguardo la misura per gli adulti, su cui a causa del silenzio del legislatore sul punto, si registrano orientamenti giurisprudenziali e dottrinali contrastanti⁷.

Ciò premesso, il fulcro della pronuncia è certamente rappresentato dal nesso che lega l'istituto in esame a quello dell'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 e ss. c.p.p.; un'assimilazione che, tuttavia, come si avrà modo di precisare nel prosieguo, non risulta piena, atteso che la messa alla

GIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; MANNOZZI, LODI-GIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; TIGANO, *Giustizia riparativa e mediazione penale*, in *Rass. pen. e crim.*, 2006, 25 ss.

⁵ L'istituto di nuovo conio rappresenta una forma di *probation* processuale, pienamente diffuso nei Paesi di stampo anglosassone, distinguendosi dal *probation* penitenziario (caratteristica dell'ordinamento penale del Belgio), in quanto consente la sospensione del processo nella fase anteriore a quella dell'esecuzione della pena, mentre il secondo viene attuato in seguito all'infrazione di una sentenza di condanna definitiva. Per ulteriori approfondimenti sul punto, cfr.: FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, 67 ss., a parere del quale la messa alla prova dell'imputato adulto opera nella fase giudiziale e, pertanto, rimane estranea alle dinamiche della esecuzione penale e penitenziaria. Ne consegue che l'istituto non potrà giovare della liberazione anticipata, disciplinata dalla legge di ordinamento penitenziario e dall'art. 4 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modifiche in l. 21 febbraio 2014, n. 10, giacché tale beneficio trova applicazione, per espresso disposto di legge, esclusivamente al soggetto "condannato" in esecuzione di pena; PICCIRILLO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Relazione del 5 maggio 2014, a cura dell'Ufficio del Massimario, in *www.cortedicassazione.it*, secondo cui più precisamente, quella introdotta dalla legge n. 67 è una *probation* giudiziale nella fase istruttoria, assimilabile al modello adottato nel procedimento minorile (art. 28 d.P.R. 448 del 1988 e art. 27 delle relative norme di attuazione, approvate con il d. lgs. n. 272 del 1989) nel quale la messa alla prova precede la pronuncia di una sentenza di condanna. Essa si differenzia dalla *probation* di polizia presente in altri ordinamenti, ma anche da quella che opera nella fase del giudizio ed è gestita dalla magistratura di sorveglianza in termini di sospensione dell'esecuzione della condanna (artt. 656 c.p.p. e legge n. 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario) con riguardo alle pene detentive irrogate nel limite di tre anni nei confronti dei soggetti a piede libero; nonché dalla *probation* penitenziaria, introdotta in Italia dagli artt. 47 ss. della legge n. 354 e dall'art. 94 d.P.R. n. 309 del 1990.

⁶ Cfr. Corte cost., n. 125 del 1995, nella quale la Consulta evidenzia la sussistenza di un presupposto concettuale essenziale del provvedimento di messa alla prova, connesso ad esigenze di garanzia dell'imputato, costituito da un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel Giudice, in quanto altrimenti si imporrebbe il proscioglimento.

⁷ Per una completa disamina degli orientamenti in parola, cfr. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. Pen. proc.*, 2016, n. 5, p. 666 s.

prova presenta aspetti che non sono riconducibili alle ordinarie categorie costituzionali penali e processuali, proprio perché, come afferma più volte la Consulta, riprendendo anche il pensiero delle Sezioni unite della Suprema Corte, il suo carattere innovativo “segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio”⁸. Per vero, l'istituto – di evidente matrice anglosassone –⁹ inverte la sequenza ordinaria tra cognizione ed esecuzione, caratterizzandosi per l'assenza di una condanna, e conseguentemente, di un'attribuzione di colpevolezza dell'imputato, il quale viene sottoposto, su sua richiesta, ad un trattamento alternativo al procedimento penale, con la possibilità di farlo cessare in qualsiasi momento, facendo così riprendere il procedimento medesimo nella fase in cui era stato temporaneamente sospeso.

2. L'ordinanza di rimessione

Un cenno all'ordinanza di rimessione¹⁰ appare indispensabile, al fine di chiarire a livello schematico le questioni sollevate dal Tribunale di Grosseto e, conseguentemente, i risvolti pratici della vicenda *de qua*.

Il Giudice rimettente aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 111, co. 6, 25, co. 2, 27, co. 2 Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il Giudice del dibattimento, ai fini della cognizione occorrente ad ogni decisione di merito da assumere nel procedimento speciale di messa alla prova, proceda alla acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari restituendoli per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova. In buona sostanza, la suddetta norma – che riguarda i casi in cui si procede per citazione diretta – prevede che l'autorità giudiziaria debba assumere la propria decisione sulla base dei pochi atti contenuti nel fascicolo del dibattimento, i quali risultano largamente insufficienti a fornire la plausibile rappresentazione del fatto occorrente ai fini della formulazione di

⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, Rigacci, in *Mass. Uff.*, n. 267238, con nota di SAPORITO, *Messa alla prova e impugnazione: le linee guida delle Sezioni unite*, in questa *Rivista*, 2017, *on-line*.

⁹ Cfr. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, *cit.*, che definisce la sospensione del processo con messa alla prova istituito con l. 28 aprile 2014, n. 67 una versione *italian style* del *probation* statunitense, il quale affonda le radici nelle concezioni utilitaristiche della pena ispirate da Geronimo Bentham.

¹⁰ Nella stessa ordinanza il giudice *a quo* premetteva di aver sollevato le medesime questioni di legittimità costituzionale con tre ordinanze del 10 marzo 2015 di identico contenuto. Tali questioni sono state però dichiarate manifestamente inammissibili con l'ordinanza n. 237 del 2016 da parte della Corte Costituzionale, per insufficiente descrizione della fattispecie e, conseguentemente, per difetto di motivazione sulla loro rilevanza nei giudizi *a quibus*.

un giudizio positivo di responsabilità. In particolare, a parere del Giudice *a quo*, l'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., alla stregua del quale deve ritenersi che le enunciazioni risapute logicamente incongrue o simulatorie non possono costituire presupposto o strumento di trattamenti giuridici. Sarebbero violati, inoltre: l'art. 111, co. 6, Cost., non essendo assolto l'obbligo di motivazione; l'art. 25, co. 2, Cost., secondo cui deve ritenersi che la punizione criminale può essere irrogata in ragione di un fatto previsto dalla legge come reato e non della finzione radicata sul mero fatto giuridico processuale concernente l'avvenuta contestazione del medesimo; e l'art. 27, co. 2, Cost., giacché un giudizio di responsabilità dell'imputato che possa giustificare l'irrogazione di una pena minore impone una cognizione e valutazione del fatto criminoso storicamente avvenuto. *A fortiori*, ad avviso del Tribunale rimettente, il Giudice del dibattimento non potrebbe emettere nessun giudizio in ordine all'idoneità o meno del programma di trattamento – che, ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p., deve essere effettuato in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p. – in quanto ignora in tutto o in parte se, come e da chi sia stato commesso il reato oggetto di imputazione. Ancora una volta, dunque, il giudizio formulato sarebbe illogico o fittizio, essendo relativo ad un fatto storico ignoto.

La seconda questione richiamata dal Tribunale di Grosseto aveva ad oggetto gli artt. 464-*quater*, c.p.p. e 464-*quinqüies*, c.p.p.; a parere del rimettente tali norme, prevedendo la irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva, si pongono in contrasto con l'art. 27, co. 2, Cost. che sancisce la non colpevolezza dell'imputato sino alla condanna definitiva. L'ordinanza di rimessione sottolinea, altresì, come in caso di esito positivo la conseguente declaratoria di estinzione del reato elida in radice la stessa possibilità che alcuna condanna possa intervenire, finanche dopo cotale espiazione della pena.

Con la medesima ordinanza, il Giudice *a quo* aveva sollevato anche una terza questione, in riferimento al principio di determinatezza delle pene sancito all'art. 25, co. 2, Cost., riguardante la legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis*, co. 2 e 3, c.p., che prevede l'applicazione di sanzioni penali non legalmente determinabili. Nella specie, ad avviso del Giudice rimettente, le norme censurate prescriverebbero sanzioni indeterminate sul piano sia qualitativo – atteso che il trattamento a cui l'imputato viene sottoposto potrebbe risolversi in vincoli conformativi e ablatori della libertà personale di diversa intensità, implicanti per le loro concrete determinazioni oggettuali e/o modali e/o temporali risultati afflittivi e restrittivi della sfera giuridica

dell'imputato di intensità paragonabile o magari anche superiore a quella delle stesse pene edittali previste dalla legge in relazione al reato per cui si procede –, sia dal punto di vista quantitativo, ossia con riferimento alla sua misura temporale.

Da ultimo, l'ordinanza di remissione aveva censurato anche l'art. 464-*quater*, co. 4, c.p.p., nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione meramente potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale recante modificazione o integrazione del programma di trattamento. Pertanto, secondo il Tribunale di Grosseto, la norma *de qua* contrasterebbe in primo luogo con il principio di soggezione del Giudice soltanto alla legge, di cui all'art. 101 Cost.; in seconda istanza, con i principi costituzionali di buon andamento ed efficienza delle attività dei pubblici poteri (art. 97 Cost.), ed infine, con i principi di economicità e ragionevole durata del processo penale (art. 111, co. 2, Cost.).

3. Il fulcro della sentenza: il parallelismo con l'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Come già anticipato, con la pronuncia in commento, la Corte costituzionale opera la prima vera e propria completa disamina dell'istituto della messa alla prova per gli adulti di cui agli artt. 168-*bis* e ss. c.p., argomentando il proprio ragionamento principalmente attraverso l'applicazione analogica delle norme in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti. Va tuttavia premesso che, con riferimento alla prima questione sottoposta al vaglio di costituzionalità – relativa alla censura dell'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p. per violazione degli artt. 3, 111, co. 6, 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost. – la Consulta ne ha dichiarato l'inammissibilità, per omessa valutazione di un'interpretazione costituzionalmente orientata. Ebbene, l'interrogativo posto dal Tribunale rimettente risulta di particolare rilevanza, posto che la fase di ammissione della sospensione del procedimento con messa alla prova non risulta disciplinata dal legislatore in modo organico¹¹; inoltre, non è prevista alcuna deroga che consenta al Giudice del dibattimento di visionare gli atti di indagine presenti all'interno del fascicolo del Pubblico Ministero¹², al fine di

¹¹ Cfr. BOVE, *L'istituto della messa alla prova per gli adulti: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹² Il riferimento è alla fase processuale degli atti introduttivi del dibattimento, ove il Giudice è chiamato a decidere sulla richiesta di messa alla prova, prendendo a riferimento soltanto gli atti presenti nel fascicolo del dibattimento, ossia il decreto di citazione diretta a giudizio, gli eventuali atti irripetibili e il certificato del casellario giudiziale.

decidere sull'ammissione della prova¹³. Ne consegue la sussistenza di importanti spazi interpretativi del Giudice nel concreto dipanarsi del meccanismo processuale¹⁴, che necessitano di una lettura costituzionalmente orientata.

Ciò posto, sebbene potrebbe convenirsi con quanto evidenziato nell'ordinanza di rimessione – secondo la quale i pochi atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento non sarebbero sufficienti a fornire la plausibile rappresentazione del fatto occorrente ai fini della formulazione di un giudizio positivo di responsabilità –, appare del tutto evidente come il Giudice *a quo* non abbia verificato compiutamente se, pur in assenza di una specifica disposizione in tal senso, sia ugualmente consentito in capo all'autorità giudiziaria, ai soli fini della decisione sulla richiesta di messa alla prova, prendere visione degli atti del fascicolo del Pubblico ministero. In effetti, per come è delineata la norma, sembrerebbe che in capo al Giudice spetti un accertamento di tipo sommario, assunto in via incidentale e allo stato degli atti, subordinato esclusivamente alla verifica della sussistenza delle condizioni indicate all'art. 129 c.p.p., e quindi alla pronuncia di una sentenza di proscioglimento¹⁵.

La lettura offerta dalla Consulta¹⁶, invece, risulta correlata con quanto la stessa Corte ha già pienamente affermato riguardo la mancanza di una condanna e di conseguenza, di un sostanziale accertamento di responsabilità che connotato l'istituto della messa alla prova. La soluzione del Giudice delle leggi, invero, si basa sull'estensione analogica dell'art. 135 disp. att. (D. lgs. 28 luglio 1989, n. 271), che con riferimento al patteggiamento stabilisce che il Giudice, al fine di decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico ministero. La Corte,

¹³ Cfr. BOVE, *La Corte costituzionale salva la messa alla prova con un'ingegnosa quadratura del cerchio*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1576, a parere della quale la questione della (mancata) visione degli atti di indagine è una problematica che non riguarda più la sola fase processuale del dibattimento ma investe la decisione sull'ammissione della prova in qualunque momento essa intervenga, e dunque anche quando venga proposta nella fase delle indagini preliminari ed il Giudice per le indagini preliminari abbia a disposizione il fascicolo del Pubblico ministero, del quale può prendere dunque piena contezza.

¹⁴ Cfr. MUZZICA, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵ L'art. 464-*quater* c.p.p., stabilisce al primo comma, che "Il giudice, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129, decide con ordinanza nel corso della stessa udienza, sentite le parti nonché la persona offesa, oppure in apposita udienza in camera di consiglio, della cui fissazione è dato contestuale avviso alle parti e alla persona offesa. Si applica l'art. 127".

¹⁶ In dottrina, prospetta tale soluzione MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit.

peraltro, osserva come tale operazione non rappresenti un *novum*, giacché la giurisprudenza di legittimità ha considerato questo articolo applicabile in via analogica anche nell'ambito del giudizio abbreviato, allorquando l'imputato rinnovi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, una richiesta condizionata del giudizio stesso, già respinta dal Giudice per le indagini preliminari¹⁷; vieppiù, la dottrina ne ha ritenuto l'applicabilità anche nei casi di richiesta di un rito speciale – come quello della messa alla prova –, presentata nell'udienza di comparizione, a seguito di citazione diretta *ex art. 555 c.p.p.* Non v'è dubbio, allora, che se ciò sia necessario ai soli fini della decisione sulla richiesta¹⁸, non esiste ragione di impedire la conoscenza al Giudice degli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero – atteso che nel *probation* non si deve procedere al dibattimento – al fine di una valutazione solo incidentale delle risultanze raccolte, incentrata alla verifica della prospettata necessità della prova integrativa richiesta, senza che ciò si traduca in un giudizio sul merito dell'azione e dunque in causa di incompatibilità con il giudice stesso. Resta, però, un'ultima questione sullo sfondo. Potrebbe accadere, infatti, che il percorso di messa alla prova sortisca esito negativo, con la conseguenza della ripresa del processo innanzi al medesimo Giudice; in tal caso, si prospetterebbero problemi di incompatibilità, nonché di imparzialità dell'autorità giudiziaria, la quale necessariamente dovrà pronunciarsi una seconda volta sullo stesso oggetto, con evidenti risvolti sul principio di netta ripartizione della fasi processuali¹⁹.

Orbene, la soluzione della prima questione introduce l'esegesi della seconda, nella quale il parallelismo tra l'applicazione della pena su richiesta delle parti e la messa alla prova prende ancor più rilievo, risultando il fulcro del ragionamento della Corte, in merito alle censure di legittimità costituzionale degli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* c.p.p., rispetto all'art. 27, comma 2, Cost. A tal proposito, giova rammentare come a seguito dell'introduzione della l. 28 aprile 2014, n. 67, la dottrina si sia sin da subito interrogata in merito alla natura dell'ordinanza sospensiva e al conseguente programma di trattamento, constatando quantomeno dubbi di legittimità costituzionale rispetto all'accertamento della responsabilità penale in capo all'imputato. In

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, Wajib, in *Mass. Uff.*, n. 229173.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. III, 20 giugno 2016, n. 14750, Genocchi, in *Mass. Uff.*, n. 266387.

¹⁹ *Contra* MUZZICA, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, *cit.*, il quale osserva come il grado cognizione sommaria sembra porre a riparo da eventuali problemi di incompatibilità del Giudice di merito, qualora la messa alla prova venga rigettata, revocata, o abbia esito negativo, così come nei casi di messa alla prova oggettivamente o soggettivamente parziale.

effetti, per come configurata, la sospensione con messa alla prova del maggiorenne ha poco a che fare con l'archetipo²⁰, se non con riferimento alla sequenza sospensione, messa alla prova, estinzione del reato e, conseguentemente, proscioglimento nell'ipotesi di positivo esito della prova²¹. Sicché, taluni ritengono l'ordinanza sospensiva un provvedimento avente natura sanzionatoria, una sorta di «criptocondanna»²², più che una messa alla prova cui segue un proscioglimento. Tale affermazione si fonda sulla circostanza che presupposto (implicito) dell'ordinanza di messa alla prova sembra essere l'accertamento della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato²³, sia perché questo risulterebbe pacifico anche

²⁰ Per un'analisi approfondita del *probation* minorile, cfr., *ex plurimis*, La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo, a cura di Pennisi, Milano, 2012, 391 ss.; BASCO-DE GENNARO, La messa alla prova nel processo penale minorile, Torino, 1997; CESARI, Sub Artt. 28-29, in Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1988, III, a cura di Giostra, Milano, 2009, 341 ss.; COLAMUSSI, La messa alla prova, Padova, 2010; COPPETTA, La sospensione del processo con messa alla prova, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da Zatti, Vol. V, Diritto e procedura penale minorile, a cura di Palermo Fabris-Presutti, Milano, 2002; LANZA, La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni, Milano, 2003; LOSANA, Sub art. 28, in Commento al codice di procedura penale, coordinato da Chiavario, vol. I, Leggi collegate. Il processo penale minorile, Torino, 1994; MARTUCCI, Sub Artt. 28-29 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, in Codice di procedura penale commentato, III, a cura di Giarda, Spangher, Milano, 2010, 9023; PALOMBA, Il sistema del processo penale minorile, Milano, 2009, 395 ss.

²¹ Cfr. PULITO, Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale, in Proc. pen. giust., 2015, n. 1, 100.

²² Cfr. CAPRIOLI, Audizione del 03.07.2012 in Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati, Raccolta di documentazione per l'esame parlamentare dell'Atto Senato n. 925, recante delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili n. 37 della XVIII Legislatura, in Servizio Studi del Senato (a cura di), Roma, 2013, 47. Dello stesso avviso risultano: MAFFEO, I profili processuali della sospensione con messa alla prova, cit.; MARANDOLA, La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale, in Dir. pen. proc., 2014, 681; ORLANDI, Procedimenti speciali, in Compendio di procedura penale, VIII, a cura di Bargis, Milano, 2016, 645, il quale osserva come con il *probation* processuale l'imputato si assoggetta a una applicazione anticipata della pena, sia pur nella modalità alternativa prevista dall'art. 47 ord. penit.; PULITO, Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale, cit. Contra: SCALFATI, La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014, in La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto, cit., il quale osserva come l'esito positivo della prova generi una sentenza estintiva, mentre il trattamento non possieda un carattere tradizionalmente sanzionatorio e, soprattutto, è chiesto all'imputato che condivide il programma nel dettaglio; UBERTIS, Sospensione del procedimento con messa alla prova e costituzione, in questa Rivista, 2015, n. 2, online, a parere del quale pur almeno in parte afflittivo, il programma trattamentale non va assimilato a un provvedimento sanzionatorio, pure per il rilievo accordato al ruolo della vittima e alle attività specificamente risocializzanti, nonché per il dover essere anticipatamente e dettagliatamente condiviso dal richiedente.

²³ Dello stesso avviso risultano: AMATO, L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità, in Guida dir., 2014, 21, 88, secondo cui, la conclusione si desume a chiare lettere dall'art. 464-quater, comma 1, c.p.p., laddove è previsto che la sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta a meno

con riferimento all'istituto minorile²⁴, sia perché la legge in esame evocando la commissione di ulteriori reati sottintende all'evidenza che un reato sia già stato commesso, sia perché, ancora, l'emanazione dell'ordinanza di sospensione con messa alla prova si struttura seguendo le medesime cadenze della sentenza di applicazione della pena concordata, richiedendosi – quanto meno in fase di indagine – il consenso del Pubblico ministero e la verifica da parte del Giudice circa la non ricorrenza nella fattispecie dei presupposti per l'emanazione di una sentenza *ex art. 129 c.p.p.*²⁵. In tal modo, l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato diviene presupposto inderogabile per l'operatività dell'istituto, che, quindi, sembra risolversi nell'applicazione di una sanzione penale ad un soggetto già riconosciuto colpevole²⁶, assumendo le

che il Giudice non ritenga di dover pronunciare una sentenza di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* Inoltre, la conclusione si impone altresì per l'ulteriore rilievo che la messa alla prova implica attività volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Ulteriore conferma è data dalla disciplina della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari laddove è previsto che nel caso in cui il Pubblico ministero ritenga di prestare il consenso debba rimettere gli atti al Giudice formulando l'imputazione. Ne consegue che il ricorso all'istituto è escluso allorché deve essere emesso il provvedimento di archiviazione; BARTOLI, *La sospensione del processo con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 670; TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, *cit.*, a parere del quale l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato diviene presupposto inderogabile per l'operatività dell'istituto, che, quindi, sembra risolversi nell'applicazione di una sanzione penale ad un soggetto già riconosciuto colpevole, assumendo le fattezze della condanna ad una misura alternativa alla detenzione.

²⁴ In proposito, cfr.: BASCO, DE GENNARO, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, *cit.*; BOUCHARD, Voce *Processo penale minorile*, in *Dig. Pen.*, X, Torino, 1995, 152; CESARI, voce *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, *cit.*; COLAMUSSI, *La messa alla prova*, *cit.*

²⁵ Cfr. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, *cit.*

²⁶ Cfr. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 9 s., secondo il quale l'accertamento della responsabilità dell'imputato dovrebbe figurare tra i presupposti della messa alla prova sia perché varrebbero *a fortiori* le ragioni che inducono a ritenere indispensabile la prova della colpevolezza nell'ambito delle (meno afflittive) dinamiche di *probation* proprie del rito minorile, sia perché la responsabilità del soggetto messo alla prova sembra sia data scontata in vari passaggi del testo in commento allorché si parla di nuovi o ulteriori reati commessi da quest'ultimo, sia per il richiamo allo schema decisionale previsto per il rito speciale dell'applicazione della pena su richiesta di parte, che denota, quantomeno, la volontà legislativa di ancorare la messa alla prova agli stessi parametri accertativi del rito speciale in parola. Da ultimo, l'asservimento dell'istituto a logiche squisitamente sanzionatorie risulta ancora più evidente ove si considerino i contenuti della prova alla quale verrebbe sottoposto l'imputato costituiti non solo dalla prestazione del lavoro di pubblica utilità, ma anche dall'obbligo di osservare le prescrizioni contenute nell'ordinanza sospensiva e di adoperarsi in quanto possibile in favore della vittima del reato (o di eliminare le conseguenze dannose derivanti dall'illecito). Sul punto, cfr. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1302, che osserva come uno dei profili critici dell'istituto della messa alla prova dell'imputato maggiorenne si muove sul piano dei principi, giacché non risulta giustificabile a carico di un imputato presunto innocente *ex art. 27, co. 2, Cost.* l'obbligo di prestare lavoro in favore della collettività, nonché risarcire il danno causato con la propria con-

fattezze della condanna ad una misura alternativa alla detenzione²⁷. Ebbene, tale interpretazione risulta coincidente con quella operata dal Tribunale rimettente, il quale ritenendo che con il provvedimento che dispone la messa alla prova l'imputato sia assoggettato ad una pena, sottolinea come ciò avvenga sempre e soltanto sulla base del "mero titolo esecutivo provvisorio", senza che sia intervenuta alcuna pronuncia di condanna, ovvero sia in violazione del principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost. In realtà, la Consulta evidenzia come la situazione risultante dall'applicazione delle norme in questione sia differente, in quanto è proprio la mancanza di una condanna a legittimare l'applicazione della messa alla prova, pur nell'assenza di un'attribuzione di colpevolezza dell'imputato. In buona sostanza, nei confronti di quest'ultimo e su sua richiesta (e non perché sia 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, all'esito del procedimento penale. Le caratteristiche appena rimarcate inducono quindi la Corte ad assimilare il *probation* all'applicazione della pena su richiesta delle parti, giacché entrambi i riti si basano sulla volontà dell'imputato che, non contestando l'accusa, in un caso si sottopone al trattamento e nell'altro accetta la pena²⁸. In tale contesto, il Giudice delle leggi osserva come in precedenza anche il c.d. patteggiamento sia stato già sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale, rispetto alla presunzione di non colpevolezza contenuta all'art. 27, co. 2, Cost. Ciò nonostante, nella questione ritenuta priva di fondamento dalla Consulta, è stato evidenziato che in capo all'imputato non vi sia un obbligo di richiedere l'applicazione di una pena, avendo egli a disposizione le garanzie del rito ordinario, allorché ritenga di possedere elementi per l'affermazione della propria innocenza²⁹. Di conseguenza, come riconosciuto dalla Corte, la richiesta di applicazione di una pena equivale ad una rinuncia di contestare l'accusa, senza che ciò vada a violare il principio di presunzione d'innocenza, che continua a svolgere il suo ruolo fino a quando non sia irrevocabile la

dotta, o ancora di riparare alle conseguenze dannose o pericolose del reato.

²⁷ Cfr. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit.

²⁸ Secondo CESARI, *Trasferire la messa alla prova nel processo penale per adulti: condizioni e limiti di una riforma possibile*, in *Esperienze di probation in Italia ed in Europa*, a cura di Mastropasqua, Morderglia, Padova, 2015, 155, l'assoggettamento volontario conferisce alla messa alla prova l'essenza di modulo "patteggiato, dove il richiedente, da un lato, accetta un "training rieducativo anticipato", fondato su un accertamento sommario della responsabilità, dall'altro, ottiene la declaratoria di estinzione del reato.

²⁹ Cfr. Corte cost., n. 313 del 1990.

sentenza³⁰. Per tali motivi, la possibilità di chiedere tali riti speciali costituisce, come generalmente si conviene, una delle facoltà difensive utilizzabili dall'imputato e appare illogico considerare costituzionalmente illegittimi per la violazione delle garanzie riconosciute all'imputato questi procedimenti, i quali sono diretti ad assicurargli un trattamento più vantaggioso di quello del rito ordinario.

Il richiamo alla propria precedente giurisprudenza in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti sarebbe di per sé sufficiente a ritenere costituzionalmente legittimo l'istituto di nuova introduzione; nondimeno, la Corte, prosegue la propria esegesi arricchendo ulteriormente l'infondatezza delle questioni sopra evidenziate, facendo riferimento alla natura sostanziale della messa alla prova, già pienamente riconosciuta dalla consolidata giurisprudenza di legittimità sussistente sul punto. Difatti, le Sezioni Unite hanno affermato che tale rito, pur se da un lato presenta un'evidente natura processuale di procedimento speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento alternativo, dall'altro, si mostra come istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto³¹. Pertanto, se è vero che la messa alla prova può ben essere assimilata all'applicazione della pena su richiesta delle parti, proprio le caratteristiche predette fanno sì che tale assimilazione non possa ritenersi completa, atteso che l'istituto di nuovo conio si differenzia da quello previsto all'art. 444 c.p.p., giacché caratterizzato da una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, condizione che segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio³².

A parere della Corte, dunque, le similitudini con il patteggiamento ineriscono alla fase decisionale del rito, non estendendosi tuttavia all'esecuzione. Ne derivano le evidenti differenze sostanziali sussistenti tra le due discipline, poiché la sentenza che dispone l'applicazione su richiesta delle parti, pur non potendo essere pienamente identificata con una vera e propria sentenza di condanna, è tuttavia a questa "equiparata" ex art. 445 c.p.p. e conduce all'irrogazione della pena prevista per il reato contestato, diminuita fino ad un terzo³³; *ex adverso*, l'esito positivo della prova comporta l'emissione di una

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cfr. Cass., Sez. un., 1 settembre 2016, n. 36272, Sorcinelli, in *Mass. Uff.*, n. 267238.

³² Cfr. Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, Rigacci, *cit.*

³³ Cfr. Corte cost., ord. n. 73 del 1993; Id., n. 251 del 1991.

sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato. *A fortiori*, la sentenza di patteggiamento costituisce titolo esecutivo per l'applicazione di una sanzione tipicamente penale, a differenza dell'ordinanza che dispone la sospensione del processo, la quale non costituisce affatto un titolo per dare esecuzione alle relative prescrizioni; il trattamento programmato, infatti, non è qualificabile come sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma essendo disposto con ordinanza (e non con sentenza) dà luogo ad un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare in ogni momento, con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprenderà da dove era stato interrotto. Per tali motivi, la Corte ha cura di osservare come sia il ruolo ricoperto dalla volontà dell'imputato a rappresentare il fondamento costituzionale del *probation*, così come del resto anche del patteggiamento³⁴; senonché, proprio il consenso diviene elemento condizionante dell'*iter* giudiziario, dall'accesso al rito (art. 168-*bis* c.p. e 464-*bis* c.p.p.), sino alla chiusura della procedura speciale³⁵, portando ad escludere che l'ammissione alla messa alla prova si risolva in un provvedimento con cui sono disposte sanzioni penali³⁶.

In ogni caso, la Consulta evidenzia come il consenso dell'imputato non sia il solo requisito che contraddistingue la messa alla prova; invero, sebbene in via incidentale e allo stato degli atti, è pur sempre previsto che il Giudice debba anzitutto verificare che non ricorrano le condizioni per pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p., potendo in seguito esaminare, anche a tale scopo, gli atti del fascicolo del Pubblico ministero, al fine di valutare la richiesta dell'imputato, ed eventualmente disponendone la comparizione, con la possibilità inoltre di acquisire ulteriori informazioni³⁷, in applicazione dell'art. 464-*bis*, co. 5, c.p.p. Sicché, laddove emergano elementi

³⁴ Cfr.: Corte Cost., ord. n. 339 del 1997; Id., ord. n. 313 del 1990.

³⁵ Cfr.: MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit.; TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La deflazione giudiziaria*, cit., 61.

³⁶ Cfr. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, cit.

³⁷ In questo senso, del tutto condivisibili appaiono le considerazioni di MUZZICA, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, cit., a parere del quale al fine di decidere sulla concessione della messa alla prova, il Giudice dovrebbe valorizzare il contributo conoscitivo della persona offesa. Tale approccio interpretativo, oltre a potenziare il grado conoscitivo dello stesso Giudice di merito in un'ottica maggiormente rispettosa dello *standard* europeo, risulterebbe altresì funzionale alla *ratio* della sospensione del processo con messa alla prova quale primordiale istituto di giustizia riparativa all'interno del sistema penale. Tale velleità implica, imprescindibilmente un maggiore protagonismo della vittima, altrimenti relegata ad un ruolo del tutto evanescente, sia nel contraddittorio circa l'ammissibilità dell'istanza, sia nei contenuti del programma.

per i quali vada pronunciata sentenza *ex art.* 129 c.p.p., il Giudice dovrà farlo; diversamente, nel caso di verifica negativa, il vaglio dell'autorità giudiziaria sul fatto deve necessariamente fermarsi, perché a quel punto assume preponderanza la volontà dell'imputato e dunque, nell'ottica premiale che parimenti connota l'istituto, il potere dispositivo che è riconosciuto alla parte, la quale, nel chiedere il rito alternativo, rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa³⁸.

4. Qualità e quantità delle sanzioni previste dall'art. 168-*bis*, commi 2 e 3, c.p.

La terza questione di legittimità costituzionale investe i co. 2 e 3 dell'art. 168-*bis* c.p., che secondo il Giudice rimettente violerebbero l'art. 25, co. 2, Cost., nella parte in cui sancisce il principio di tassatività e determinatezza legale delle pene, in quanto prescriverebbero sanzioni indeterminate sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, rimesse, dunque, alla libera scelta delle autorità procedenti (prima l'ufficio locale di esecuzione penale che predispone il programma di trattamento³⁹, e poi il Giudice che tale programma convalida o modifica).

A parere del Tribunale di Grosseto, poiché l'art. 168-*bis*, co. 3, c.p. prevede che il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita di durata non inferiore a dieci giorni, il trattamento risulta determinato soltanto in relazione alla suddetta sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, nonché, per quest'ultima, esclusivamente nella parametrizzazione legale minima (dieci giorni); mentre, in relazione alla misura alternativa dell'affidamento al servizio sociale, risulta totalmente carente di qualsiasi determinazione legale. Ebbene, ad avviso del Giudice *a quo*, tale *vulnus* non potrebbe essere colmato nemmeno mediante il ricorso all'applicazione analogica di quanto previsto dall'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p., che stabilisce soltanto la durata massima della sospensione del procedimento conseguente alla messa alla prova (la quale non può superare i due anni, ad onta di ogni possibile profilo di gravità del reato e di intensità delle correlate esigenze di trattamento), ovvero dall'art. 657-*bis*, c.p.p., che delinea solamente i criteri di ragguaglio applicabili in sede di determinazione della pena da espiare nel caso di esito negativo della prova.

Ora, nel ritenere infondata anche la suddetta questione, la Consulta ha

³⁸ Cfr. BOVE, *La Corte costituzionale salva la messa alla prova con un'ingegnosa quadratura del cerchio*, cit.

³⁹ Com'è noto, il quarto comma dell'art. 464-*bis* c.p.p. prevede che all'istanza di messa alla prova sia allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, ovvero, nel caso in cui non sia stato possibile, la richiesta di elaborazione del predetto programma.

effettuato un richiamo alla propria giurisprudenza⁴⁰ e, in aggiunta, ai principi espressi in passato anche dalla Cassazione⁴¹; invero, nella messa alla prova, come nel caso di affidamento in prova al servizio sociale, il lavoro di pubblica utilità risulta determinabile secondo i criteri previsti dall'art. 133 c.p. -, non potendo risultare superiore a due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, ovvero superiore a un anno nel caso in cui si proceda per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria. I suddetti richiami rappresentano il fulcro del ragionamento operato dalla Corte anche riguardo il punto di vista qualitativo della sanzione; considerato che un programma di trattamento per sua natura può essere determinato a livello legislativo soltanto attraverso l'indicazione dei tipi di condotta che ne possono formare oggetto, rimettendone la specificazione all'ufficio di esecuzione penale esterna e al Giudice, con il consenso dell'imputato - circostanza, peraltro, in tal caso pienamente avvenuta -, lo stesso trattamento si contraddistingue per essere per sua natura, appunto, caratterizzato dalla finalità specialpreventiva e risocializzante che deve perseguire, risultando così modulabile con il pieno consenso dell'imputato, prendendo in considerazione la personalità di quest'ultimo e i reati a lui contestati. Ne deriva come sia proprio la funzione risocializzante dell'istituto ad imporre una previsione solo generale della relativa tipologia, consentendo in fase di applicazione il massimo grado di adattamento alle caratteristiche ed alle necessità del caso concreto⁴². In altre parole, la normativa sulla sospensione del procedimento con messa alla prova comporta una diversificazione di contenuti, prescrittivi e di sostegno, del programma di trattamento, con l'affidamento al giudice di un giudizio sull'idoneità del programma, quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte "afflittiva" sia di quella "rieducativa"⁴³, in una valutazione

⁴⁰ Cfr. Corte cost., ord. n. 54 del 2017.

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, Rigacci, cit.

⁴² Cfr. LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce e 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴³ Secondo quanto osservato da D'AIUTA, *Messa alla prova da giudizio sul fatto a giudizio sull'imputato*, in *Proc. pen. giust.*, vol. 6, 2015, 105, il progetto di prova da sottoporre al Giudice, e che questi può integrare, deve consistere in ben quattro attività, di cui due riguardano la dimensione riparativa e due integrano la componente retributiva e rieducativa dell'istituto. Le prime sono rappresentate da condotte volte ad eliminare le conseguenze dannose e pericolose del reato, a risarcire il danno procurato ed a promuovere la mediazione con la vittima; le seconde, invece, comprendono l'affidamento dell'imputato al servizio sociale ed il lavoro di pubblica utilità. Dello stesso avviso risulta TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit., che riprende FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, 71, s., a parere del quale il secondo comma dell'art. 168-bis c.p. delinea il contenuto della messa alla prova, imponendo una duplice

complessiva circa la rispondenza del trattamento alle esigenze del caso concreto, che presuppone anche una prognosi di non recidiva⁴⁴, circostanza che, come conclude la Consulta, qualifica l'inconferenza del riferimento all'art. 25, co. 2, Cost.

5. Poteri dell'imputato di modificazione e integrazione del trattamento.

Resta, infine, da chiarire la posizione della Consulta in relazione alla censura dell'art. 464-*quater*, co. 4, c.p.p. – strettamente connessa alla seconda delle questioni sopra esaminate, inerente gli art. 464-*quater* e 464-*quinquies* c.p.p. – nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione meramente potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale recante modificazione o integrazione del programma di trattamento. Nella specie, secondo il Tribunale di Grosseto, la norma delinea una fattispecie processuale che contempla, in funzione di atto definitorio di una subprocedura penale, la decisione legalmente inoppugnabile emessa da una delle parti in ordine alla determinazione del giudice; ciò contrasterebbe con quanto sancito all'art. 101 Cost., il quale rimette alla volontà dell'imputato la capacità sovrana di integrare la condizione meramente potestativa cui resta indiscutibilmente subordinato ogni profilo di efficacia formale ed utilità sostanziale del provvedimento giurisdizionale di messa alla prova, nonché dell'intera procedura già celebrata strumentalmente alla pronuncia del medesimo. Ancora, l'art. 464-*quater*, co. 4, c.p.p. violerebbe i principi costituzionali di buon andamento ed efficienza delle attività dei pubblici poteri (art. 97 Cost.) e i principi di economicità e ragionevole durata del processo penale (art. 111, co. 2, Cost.), nella misura in cui stabilisce lo svolgimento di incombenzi paragiudiziari e giudiziari che, senza riguardo al dispendio di tempi e risorse processuali all'uopo occorrenti, devono essere immediatamente disimpegnati dai competenti pubblici uffici (prima l'ufficio esecuzione penale esterna e poi il giudice procedente) per il solo fatto che ne faccia richiesta la medesima parte processuale al cui mero insindacabile beneplacito, contestualmente, si attribuisce anche la prerogativa di deciderne a posteriori la sorte.

La Corte evidenzia come ancora una volta si tratti di questioni ritenute non fondate. Con la disposizione censurata il legislatore non ha violato la sfera riservata al potere giudiziario, giacché ha legittimamente ricollegato l'accesso

serie di obblighi, «volti, i primi al profilo riparativo e risarcitorio del danno *ex delicto*, a favorire il recupero sociale dell'imputato, i secondi».

⁴⁴ Cfr. Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 33216, Rigacci, *cit.*

al procedimento alla misura della messa alla prova al consenso dell'imputato, il quale una volta allegato il programma di trattamento fatto elaborare dall'ufficio di esecuzione penale esterna, deve poter scegliere se accettare o meno le integrazioni o le modificazioni indicate dal giudice, ovvero proseguire nelle forme ordinarie⁴⁵. Ad avviso del Giudice delle leggi, dunque, appare del tutto evidente come la suddetta disciplina non vada a menomare le prerogative dell'autorità giudiziaria, non integrando alcuna violazione dell'art. 101 Cost., atteso che l'intera disciplina dei negozi processuali penali si fonda sull'interazione tra provvedimento giudiziale assunto in base alla legge e volontà di adesione dell'interessato. Quanto appena esposto, peraltro, trova valido addentellato nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui l'integrità delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria non è violata allorché il legislatore ordinario non tocca la potestà di giudicare, ma opera sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo cui la decisione del giudice deve riferirsi⁴⁶.

Da ultimo, anche con riferimento agli artt. 97 Cost. e 111, co. 2, Cost., le questioni risultano infondate. Riguardo la prima censura di cui sopra, la Corte rammenta l'inconferenza del parametro evocato, richiamando – ancora una volta – la precedente e costante giurisprudenza costituzionale presente sul punto, la quale certifica come il principio del buon andamento non si riferisca all'attività giudiziaria in senso stretto, ma in via generale all'organizzazione ed al funzionamento degli uffici giudiziari⁴⁷.

Rispetto alla censura di violazione dell'art. 111, co. 2, Cost., relativa alla violazione della ragionevole durata del processo, anch'essa risulta infondata, in quanto a parere della Consulta, è chiaro come il consenso sia richiesto per le integrazioni e le modificazioni che il giudice ritenga di apportare prima della sospensione del procedimento e dell'ammissione alla prova dell'imputato, in altre parole prima che sia svolta qualsivoglia attività processuale. Il ragionamento appena richiamato, consente di stabilire come tutto ciò non comporti alcuna dilatazione dei tempi del processo, dato che la norma censurata è necessitata dalla struttura del rito speciale, che come più volte ribadito, si basa sulla volontà dell'imputato, ed è diretto, tra l'altro, a semplificare il procedimento, riducendone anche i tempi.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 4, c.p.p., il Giudice, anche sulla base delle informazioni acquisite ai sensi del comma 5 dell'art. 464-*bis* c.p.p., e ai fini di cui al comma 3 dell'art. 464-*quater*, può integrare o modificare il programma di trattamento, con il consenso dell'imputato.

⁴⁶ Cfr.: Corte cost., n. 170 del 2008; Id., n. 303 del 2011; Id., n. 432 del 1997; Id., ord. n. 263 del 2002.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., n. 65 del 2014; Id., n. 272 del 2008; Id., ord. n. 408 del 2008.

6. Riflessioni conclusive.

A più di quattro anni dalla sua entrata in vigore, non può revocarsi in dubbio che la messa alla prova *ex art. 168-bis* c.p. abbia posto le basi per un cambiamento radicale della risposta sanzionatoria penale, immettendo per la prima volta all'interno del procedimento ordinario un istituto che ricomprende, anche se non pienamente e senza alcune criticità, le peculiarità che contraddistinguono il paradigma della giustizia riparativa (c.d. *restorative justice*). L'istituto, dunque, merita un riconoscimento positivo, soprattutto alla luce dei dati statistici⁴⁸ che ne certificano la crescente diffusione nelle aule di giustizia. In una prospettiva *de iure condendo*, si auspica, oltre ad un adeguamento numerico e professionale dell'organico degli uffici dell'esecuzione penale esterna, una maggiore estensione dell'ambito di applicazione della misura, finanche all'ente, il quale per sua natura si presterebbe in maniera significativa all'adempimento di programmi di trattamento ripristinativi, funzionali al suo "reinserimento" nel mercato in una rinnovata veste di legalità⁴⁹. Di talché, spetta al legislatore l'arduo compito di optare se continuare a percorrere questa strada, sviluppando interventi di politica criminale mirati alla riduzione della pena detentiva breve, in ossequio al principio dell'intervento penale quale *extrema ratio*, nonché del *minima non curat praetor*⁵⁰, al fine di consentire di giungere ad una più marcata valorizzazione del principio di proporzione tra sanzione ed illecito. Il commiato dall'idea retributiva, implica certamente un processo graduale di rinnovamento; in questo quadro risulta evidente come l'obiettivo del futuro legislatore debba essere quello di ricercare concretamente alternative al punire, attraverso l'avvio di percorsi di *diversion* dai chiari connotati mediativo-riconciliativi⁵¹, i quali possano evitare l'esercizio di azioni penali sostanzialmente inutili, senza tralasciare, peraltro, due aspetti fondamentali, quali il pieno consenso dell'imputato alla risocializzazione e la partecipazione

⁴⁸ I dati sono consultabili su www.giustizia.it e dimostrano che dal 2014 i provvedimenti di messa alla prova sono in costante aumento. Al 31 ottobre 2018 i soggetti che hanno usufruito di tale misura risultano 14376.

⁴⁹ Sulla proposta di applicazione della messa alla prova alle persone giuridiche, cfr. RICCARDI, CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁰ Cfr. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

⁵¹ Dopo il picco massimo di 68.258 detenuti, toccato nel giugno 2010, e quello minimo di 52.164 detenuti del dicembre 2015, le statistiche pubblicate sul sito del Ministero della giustizia dimostrano un nuovo e costante aumento del sovraffollamento carcerario: secondo l'ultima rilevazione del 30 novembre 2018, i detenuti presenti negli istituti penitenziari italiani sono 60.002, a fronte di una capienza regolamentare di 50.583 posti.

attiva della vittima del reato. Non si tratta di abolire la responsabilità individuale, quanto, piuttosto, di desistere dagli *slogan* improntati al c.d. populismo penale⁵², al fine di prendere atto di come sia ormai empiricamente accertato che l'infrazione di un male in sé risulti inefficace⁵³, posto che reclusione e risocializzazione appaiono inconciliabili⁵⁴. In quest'ottica, non può che dispiacere la mancata attuazione della delega al Governo per la riforma penitenziaria, conferita dalla l. 23 giugno 2017 (c.d. riforma Orlando) – che originariamente prevedeva l'introduzione di attività di giustizia riparativa, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario, sia nell'esecuzione delle misure alternative –, sostituita da alcuni recenti decreti legislativi, di segno antitetico a quello della delega⁵⁵. In buona sostanza, vi è un estremo bisogno di concedere una *chance* concreta alla *ratio* riparativa e di risocializzazione che connota la pena, mettendo in primo piano le esigenze della vittima, vero “convitato di pietra” dell'attuale

⁵² Sul tema, cfr.: MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, *on-line*, a parere del quale «costituisce caratteristica precipua dell'attuale Governo, c.d. gialloverde, quella di poggiare le fondamenta dell'azione governativa, da un lato su di una reazione di stampo poliziesco nei confronti dei migranti e, dall'altro, in una risposta questa volta affidata al Ministero della Giustizia, relativamente a progetti di legge come quello sulla legittima difesa presunta, il c.d. spazzacorrotti, nonché alcune paventate limitazioni al giudizio abbreviato. Limitando, ovviamente, lo spettro di indagine al sistema penale, non v'è dubbio che il c.d. populismo politico si converte in una sorta di populismo penale, giacché la matrice è assolutamente la medesima, nel senso che l'azione di Governo, per la prima volta dopo tanti lustri, non si affida più ad un'analisi *razionale* dell'esistente, bensì utilizza un'azione politica che, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, in particolare di carattere cibernetico, e quindi, di enorme diffusività, non si riferisce alla ragione del popolo ma ha l'obiettivo di colpire gli “stati emotivi” della popolazione stessa»; GAITO, MANNA, *L'estate sta finendo...*, in questa *Rivista*.

⁵³ Secondo l'ultima rilevazione riportata dal quotidiano “Il sole 24 ore”, il tasso di recidiva dei detenuti affidati al circuito carcerario si attesta al 68%, a fronte del 19% di chi al contrario sconta la pena con le misure alternative.

⁵⁴ In tema, cfr. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio. Un proposta concreta*, in www.penalecontemporaneo.it, il quale osserva che da un lato, il carcere non costituisce soltanto una pena dal contenuto particolarmente afflittivo, ma si è rivelato per quello che è, vale a dire uno strumento espulsivo, che risulta essere perfetta espressione di un diritto penale escludente, in contrapposizione ai principi sanciti dalla Costituzione, e più in generale del costituzionalismo moderno, i quali impongono un diritto penale che invece deve caratterizzarsi per la sua inclusività. Dello stesso avviso, ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in MANCONI, ANASTASIA, CALDERONE, RESTA, *Abolire il carcere*, Milano, 2015, secondo cui le pene alternative e sostitutive sono previste precisamente per il “recupero” del condannato alla società, impossibile nel regime carcerario, per quanto “umanizzato” esso possa diventare.

⁵⁵ Per maggiori approfondimenti riguardo i decreti legislativi 2 ottobre 2018, n. 121, 123 e 124 cfr.: CARACENI, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in www.penalecontemporaneo.it; RUARO, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e delle polizia penitenziaria*, in www.penalecontemporaneo.it; DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it.

ARCHIVIO PENALE 2019, n. 1

giustizia criminale, alla definitiva ricerca di un diritto penale più evoluto che miri ad una pace sociale tra quest'ultima e il reo.

EMANUELE SYLOS LABINI

ARCHIVIO PENALE 2019, n. 1