

MARIA CHIARA SAPORITO

*Cultrice di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Firenze*

## La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale

### *Probation in the jurisprudential experience: a tiring journey towards the constitutional alignment*

---

Il contributo, ripercorrendo i principali arresti giurisprudenziali in tema, illustra la singolare parabola interpretativa che ha coinvolto l'istituto della messa alla prova. Per diversi anni l'interprete si è prudentemente mosso all'interno delle categorie dogmatiche tradizionali, non riuscendo, pur tuttavia, ad esorcizzare il rischio di un rigetto costituzionale per incompatibilità con la presunzione di innocenza. Nel 2018, finalmente, la Consulta ha riconosciuto l'atipicità del *probation* e la sua estraneità al classico vocabolario della pena, non fornendo però valide definizioni alternative. Il testimone, dunque, passa oggi nuovamente agli operatori, i quali, se vorranno, potranno trovare nel paradigma della giustizia riparativa le coordinate per leggere le peculiarità del rito come risorse, e non già minacce, per il sistema penale.

*The essay, tracing the main jurisprudential arrests on the subject, illustrates the singular interpretative parable of probation. For several years the interpreter has prudently moved within the traditional dogmatic categories, failing, however, to exorcise the risk of a constitutional rejection for incompatibility with the presumption of innocence. In 2018, finally, the Constitutional Court recognized the atypical nature of probation and its extraneousness to the classic vocabulary of punishment, without providing valid alternative definitions. Today the baton is passed again to the operators, who will be able to find in the paradigm of restorative justice the code to translate the peculiarities of probation into resources, not threats, for the penal system.*

---

#### IL VIZIO D'ORIGINE DELL'ISTITUTO

Nonostante gli ottimi risultati pratici raggiunti in questo primo quinquennio, l'istituto della messa alla prova continua a scontare una singolare vulnerabilità sul piano teorico. All'origine delle perplessità sin da subito manifestate dalla dottrina e non ancora fuggite dalla giurisprudenza, la particolare natura del nuovo rito speciale, che sospende il procedimento ordinario per innestarvi un programma di rieducazione<sup>1</sup> in grado di condurre, eventualmente, all'estinzione del reato.

Un tale meccanismo ha immediatamente prestato il fianco a prevedibili obiezioni sul piano dei principi. Gli obblighi imposti al probando (osservanza delle prescrizioni, lavoro di pubblica utilità e, ove possibile, eliminazione delle conseguenze dannose dell'illecito), per quanto consensualmente assunti, presentano, infatti, una carica afflittiva tale da renderne istintiva l'assimilazione al trattamento sanzionatorio di regola disposto con il provvedimento di condanna<sup>2</sup>. Di qui il pericolo, da molti denunciato,

---

<sup>1</sup>La lettura congiunta degli artt. 168-bis e 464-quater consente di individuare tali contenuti nella prestazione di lavoro di pubblica utilità, di attività di volontariato, nel risarcimento del danno e nella mediazione penale con la persona offesa (ove possibili), nell'eliminazione delle conseguenze dannose del fatto criminoso e nell'obbligo di osservanza di prescrizioni limitative delle libertà personali eventualmente impartite dal giudice.

<sup>2</sup>F. 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, 1, p. 10; P. Ferrua, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *AA.VV.*, *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 183;

che la messa alla prova si risolva in un espediente processuale funzionale all'irrogazione di una vera e propria pena *ante iudicatum*, con grave attentato alla presunzione di innocenza.

Le insidie che sembrano annidarsi in questo apparente stravolgimento tra cognizione ed esecuzione nascono, in realtà, dalla frettolosa equiparazione tra trattamento di prova e sanzione. Un'equiparazione che, come si vedrà, perde di pregio nel momento in cui il focus viene portato su un elemento portante della disciplina: la volontarietà che non solo investe la scelta del rito ma la stessa esecuzione delle prescrizioni. Tale volontarietà, in uno con il carattere riparativo degli impegni assunti, costituisce la cifra davvero originale dell'istituto e, allo stesso tempo, la chiave per un'interpretazione conforme ai canoni del sistema penale.

## UN BENEFICIO POLIVALENTE

Come noto, la sospensione del procedimento con messa alla prova, dopo una travagliata gestazione, viene finalmente alla luce con la legge n. 67 del 28 aprile 2014<sup>3</sup>. La disciplina si articola tra codice sostanziale e di rito, e più precisamente tra cause di estinzione del reato (artt. 168-*bis* c.p. e ss.) e procedimenti speciali (artt. 464-*bis* c.p.p. e ss.)<sup>4</sup>. Con questa scelta normativa il legislatore cala nel concreto lo schema del *probation*<sup>5</sup> giudiziale: la prova è disposta nel corso del procedimento<sup>6</sup> e determina, in caso di esito positivo, la rinuncia dello Stato alla propria pretesa punitiva.

Dopo aver dato buona prova di sé nella giustizia minorile<sup>7</sup>, il *probation* giudiziale approda nel procedimento a carico di adulti con alcuni correttivi assai "eloquenti" sul piano valoriale. Anzitutto, la fruibilità della messa alla prova per adulti è condizionata da alcuni sbarramenti all'accesso (soggettivi e oggettivi)<sup>8</sup>, che risultano assenti, invece, nell'archetipo minorile, rivolto in potenza ad ogni tipologia di imputato, per qualsiasi fattispecie di reato contestata. La scelta di restringere il bacino dei destinatari appare dettata da esigenze di sicurezza sociale e prevenzione generale che si pongono invece come secondarie rispetto alla riabilitazione del giovane. Ulteriormente discostandosi dal modello minorile, la messa alla prova per adulti è sempre subordinata non solo al consenso dell'imputato ma anche a una precisa iniziativa procedimentale assunta mediante formulazione di un'espressa istanza.

Entrambi gli scostamenti rispetto alla traccia ispiratrice – la volontarietà e i rigorosi limiti di applicabilità – segnalano un deciso superamento di quell'ottica puramente specialpreventiva che patrocina l'operatività incondizionata, finanche *malgré lui*, della misura per il minore. Agli obiettivi di reinserimento sociale, si accompagnano qui chiari obiettivi di deflazione giudiziaria e carceraria. Il dirottamento in prova di taluni procedimenti costituisce infatti una delle iniziative messe in atto dal legislatore nella

N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti* in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 26.

<sup>3</sup> Legge 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"

<sup>4</sup> Cui si ricordano, in relazione ai profili esecutivi, gli articoli 141-*bis* e 141-*ter* disp. att. c.p.p. e, nell'ambito del d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313 (Testo unico in materia di casellario giudiziale), l'articolo 3 comma 1 lett. *i-bis*.

<sup>5</sup> Per un inquadramento della *probation* come misura alternativa alla detenzione: E. Fassone, *Probation*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 784. Sulla specifica nozione di *probation* processuale, in tema di messa alla prova minorile: L. Fadiga, *Le regole di Pechino e la giustizia minorile*, in *Giustizia e Costituzione*, 1989, 2, p. 16; C. Losana, *Sub art. 28*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale. Leggi collegate. Il processo penale minorile*, I, Torino, Utet, 1994, p. 291.

<sup>6</sup> Di immediata comprensione il *discrimen* rispetto al più diffuso *probation* penitenziario, che segue necessariamente alla definizione completa del giudizio e opera come modalità esecutiva della pena, alternativa al carcere.

<sup>7</sup> Il modello di riferimento è definito dall'art. 28 del d.p.r. n. 488/88. Ai sensi del suddetto articolo, il giudice, «quando ritiene di dover valutare la personalità del minore» e «sentite le parti», dispone con ordinanza la sospensione del procedimento e la messa alla prova con «affidamento» dell'imputato ai servizi minorili della giustizia» «per lo svolgimento delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno». A seguito dell'esito positivo della prova pronuncia l'estinzione del reato, tenuto conto del «comportamento del minore e dell'evoluzione della personalità».

<sup>8</sup> Il rito può essere attivato unicamente nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale (sola, congiunta o alternativa a quella primaria) nonché per delitti di cui all'art. 550, comma 2, c.p.p., per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice monocratico. La larga diffusione dell'istituto apprezzata in questi primi anni sembra smentire i dubbi manifestati, originariamente, da taluna dottrina sulla scarsa appetibilità della misura e, quindi, sul suo ridotto potenziale deflattivo. Quanto poi alle preclusioni soggettive, è l'art. 168-*bis*, ultimo comma, c.p. a escludere l'applicabilità della misura ai delinquenti abituali, professionali o per tendenza *ex artt.* 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.

strategia di contrasto al sovraffollamento delle carceri<sup>9</sup>, attivata in risposta alle pesanti pressioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.<sup>10</sup>

### I PRIMI ARRESTI DELLA CONSULTA: IL DIRITTO ALLA MESSA ALLA PROVA COME “DIRITTO AL RITO PREMIALE”

Le intenzioni deflattive, mai dissimulate nel corso dei lavori parlamentari, riflettono indubbiamente quella logica di scambio, tra richiedente e Stato, che è motore dei procedimenti speciali<sup>11</sup>. Mediante il consenso al rito l'imputato rinuncia alla garanzia della cognizione dibattimentale in vista di un trattamento sanzionatorio che, per quanto anticipato e ineludibile, si prospetta più mite rispetto a quello che, altrimenti, seguirebbe a una pronuncia di condanna. Dall'altra parte, lo Stato abdica alla propria funzione di accertamento, così risparmiando sui relativi costi: sovraccarico giudiziario ed esubero delle carceri. Trovano così ragion d'essere i già ricordati filtri di ammissibilità, che, riservando il beneficio a ipotesi di scarso allarme sociale, sembrano proprio certificare l'intenzione di conciliare negozialità e prevenzione generale.

Sul richiamo al *genus* dei procedimenti speciali si è appiattita per molto tempo la giurisprudenza costituzionale, chiamata a completare una disciplina per molti versi lacunosa sul piano applicativo. In questo senso, spicca, per particolare rilevanza pratica, la pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha affrontato la questione intertemporale, concernente la possibilità di ricorrere al rito nell'ambito di procedimenti per i quali, al momento dell'entrata in vigore della novella, fossero scaduti i termini per la richiesta. In assenza di una specifica norma transitoria, la soluzione positiva dipendeva dall'attuazione del principio sostanziale della retroattività della *lex mitior* (art. 2, comma 4, c.p.) in luogo di quello processuale del *tempus regit actum* (art. 11 delle preleggi)<sup>12</sup>. In dottrina, erano state espresse opinioni contrastanti: per taluni<sup>13</sup>, trattandosi di causa di estinzione del reato e, dunque, di istituto di favore, ci si sarebbe dovuti affidare alla regola di cui all'art. 2, comma 4, c.p.<sup>14</sup> Per l'indirizzo opposto, anche volendo sostenere la natura prevalentemente sostanziale della messa alla prova, la circostanza che la legge consenta, in ipotesi, l'estinzione del reato non sarebbe sufficiente per poter parlare di *lex mitior*, giacché il beneficio non è effetto certo, ma solo possibile dell'esecuzione del programma<sup>15</sup>. Venuta a pronun-

<sup>9</sup> In questo senso hanno operato non solo la già citata legge n. 67 del 28 aprile 2014, ma anche il d.l. 1 luglio 2013, n. 78, intitolato “Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena” e convertito in l. 9 agosto 2013, n. 94, e il d.l. del 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n.10, intitolato “Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria”.

<sup>10</sup> Già con la sentenza Sulejmanovic la Corte si era espressa nel merito della situazione italiana affermando che il sovraffollamento, oltre un certo limite, costituisce di per sé trattamento inumano e degradante ed è quindi contrario all'art. 3 CEDU (Corte e.d.u., sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Rass. pen. e crim.*, 2009, p. 175). Tuttavia, è la nota pronuncia Torreggiani (Corte e.d.u., 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*.) che ha offerto la spinta necessaria all'intervento di riforma, trattandosi di sentenza pilota, per effetto della quale tutti i ricorsi degli attori aventi il medesimo oggetto sono stati “congelati” per concedere allo Stato autore della violazione la possibilità di adottare le misure necessarie per rimediare alla propria condizione entro il termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza.

<sup>11</sup> R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?* in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, p. 666; G. Zaccaro, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni* in *www.questionegiustizia.it*, 29 aprile 2014, per il quale «sono evidenti le similitudini con l'applicazione della pena su richiesta delle parti ed appare chiaro che lo scopo perseguito è quello puramente deflattivo».

<sup>12</sup> Come noto, nel diritto processuale l'assenza di una espressa disciplina transitoria impone il ricorso al principio del *tempus regit actum* di cui all'art. 11 delle preleggi, il quale sancisce la non retroattività della nuova legge procedurale rispetto agli atti antecedenti all'emanazione e al tempo stesso la sua immediata applicabilità agli atti successivi alla stessa. Dall'altra parte, invece, nel diritto sostanziale trova applicazione il principio di retroattività della *lex mitior* di cui all'articolo 2, comma 4, del codice penale, per cui: «Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile».

<sup>13</sup> Tra i tanti, F. Filice, *Messa alla prova: un vademecum da Vercelli* in *www.questionegiustizia.it*, 2 luglio 2014; O. Murro, *Messa alla prova per l'imputato adulto: prime riflessioni sulla legge n. 67/2014*, in *Stud. iuris*, 2014, p. 1274.

<sup>14</sup> Accogliendosi, in questo senso, la linea interpretativa giurisprudenziale che non circoscrive il principio della *lex mitior* alle sole disposizioni concernenti la pena ma lo reputa estensibile a tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo. Si veda in questo senso, C. cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236, in *Cass. pen.*, 2006, p. 419 ss.; C. cost., sent. 28 marzo 2008, n. 72, in *www.cortecostituzionale.it*

<sup>15</sup> G.L. Fanuli, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative* in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 441.

ciarsi con sentenza n. 240/2015<sup>16</sup>, la Consulta ha rigettato la questione, abbracciando una lettura premiale dell'istituto. Pur avendo effetti sostanziali, quali l'estinzione del reato, la messa alla prova si caratterizzerebbe infatti per «un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio». Ebbene, in materia processuale, il legislatore può legittimamente astenersi dal regolare, con apposito diritto transitorio, i profili temporali di successione tra norme, lasciando così che eventuali problematiche interpretative siano risolte alla luce del principio generale del *tempus regit actum*. Né la scelta di non derogare a tale regime potrebbe essere giudicata irragionevole e censurabile ex art. 3 Cost., posta l'esigenza di preservare le potenzialità deflattive del rito.

La lettura premiale è servita, successivamente, alla Corte per stabilire, in via interpretativa, l'obbligo – in particolari ipotesi processuali – di informare l'imputato della facoltà di accedere al nuovo rito. La necessità di integrare nel massimo grado lo statuto degli avvisi nasce dalla consapevolezza che la domanda di riti alternativi rappresenti «una modalità, tra le più qualificanti di esercizio del diritto di difesa»<sup>17</sup>; giacché quest'ultimo non si esaurisce nell'onere di contraddire l'ipotesi accusatoria ma coincide, più in generale, con la facoltà di scegliere la strategia difensiva più opportuna. Su tale idea riposa un nutrito filone di pronunce costituzionali inerenti gli avvisi che devono necessariamente comparire nel decreto penale di condanna<sup>18</sup>. A tal proposito, da ultimo, la Consulta ha censurato proprio la mancata previsione, da parte dell'art. 460, comma 1, lett. e, c.p.p., di un obbligo di informazione circa la possibilità di richiedere la sospensione del procedimento per messa alla prova unitamente all'atto di opposizione<sup>19</sup>. Anche qui, il giudizio di contrarietà rispetto agli artt. 3 e 24 Cost. è il risultato dell'assimilazione dell'istituto alla categoria dei procedimenti semplificati, poiché anche nella messa alla prova la domanda è soggetta a un termine di decadenza anticipato rispetto al dibattimento e l'avviso costituisce, dunque, un adempimento imprescindibile ai fini della scelta del rito alternativo.

La pronuncia in discorso ha aperto la strada ad altri dubbi di illegittimità costituzionale, che hanno interessato prima il contenuto del decreto di citazione a giudizio (art. 552 c.p.p.) e poi del provvedimento che dispone il giudizio immediato (art. 456, comma 2, c.p.p.). In entrambi i casi la censura riguardava l'assenza di una previsione che obbligasse a informare l'imputato della facoltà di richiedere la messa alla prova. Solo la seconda questione tuttavia ha superato il filtro di ammissibilità e attende, a tutt'oggi, il vaglio della Consulta<sup>20</sup>.

Nel medesimo solco giurisprudenziale si inserisce infine la declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>21</sup> che ha colpito l'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non consente all'imputato di chiedere la sospensione con messa alla prova nel caso in cui l'imputazione venga modificata a seguito della contestazione, in dibattimento, di una circostanza aggravante fondata su elementi probatori già agli atti. Ribadendo gli orientamenti espressi in passato per altri procedimenti speciali<sup>22</sup>, il giudice delle leggi ha ammesso la

<sup>16</sup> C. cost., sent. 26 novembre 2015, n. 240 con commento di O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giur. Cost.* 2015, p. 2196 ss. A sollevare questione illegittimità costituzionale dell'art. 464-bis c.p.p. per ritenuta violazione degli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost. (parametro interposto per l'articolo 7 della CEDU), il Tribunale di Torino con ordinanza n. 260 del 28 aprile 2014. La mancanza di una norma transitoria per i procedimenti pendenti, secondo il giudice rimettente, avrebbe violato non solo il principio di uguaglianza, il diritto alla difesa e ad un equo processo ma anche il principio di retroattività della *lex mitior* che, a partire dalla sentenza della Corte e.d.u., sent. 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, resa dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo trova consacrazione nell'art. 7 CEDU e, pertanto, copertura costituzionale nell'art. 117 Cost.

<sup>17</sup> C. cost., sent. 13 maggio 2004, n. 148 con nota di M. Esposito in *Giur. cost.*, 2009, pp. 1557-1558; C. cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265 con nota di V. Retico, *ivi*, 1994, p. 2162.

<sup>18</sup> Si veda C. cost., sent. 15 marzo 1996, n. 70, con nota di F. Amato, in *Giur. cost.*, 2009, p. 659 ss.; C. cost., sent. 11 dicembre 1995, n. 497, con nota di A. Scalfati, *ivi*, 1995, p. 4236, C. cost., sent. 11 marzo 1993, n. 76 con nota di M. Margaritelli, *ivi*, 1993, p. 687 ss. In dottrina V. Garofoli, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, Giuffrè, 1983; E. Kostoris, *In tema di diritto all'«intervento» dell'imputato (a proposito del mancato avviso nel decreto di citazione a giudizio pretoriale della possibilità di chiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento)*, in *Cass. pen.* 1996, p. 1073; G. Garuti, *Il procedimento per citazione diretta davanti al tribunale*, in G. Ubertaine, G. P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 131.

<sup>19</sup> C. cost., 21 luglio 2016, n. 201, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1422.

<sup>20</sup> La questione attinente il presunto contrasto tra l'art. 456, comma 2, c.p.p. e gli artt. 3 e 24 è ritenuta ammissibile è stata sollevata dal Tribunale di Pisa con ordinanza del 3 marzo 2017, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 21 agosto 2017. La questione che, invece, con ordinanza n. 7 del 18 gennaio 2018, n. 7 è stata dichiarata dalla Corte manifestatamente inammissibile, per omessa descrizione della fattispecie, era stata promossa da Tribunale di Spoleto, con ordinanza del 23 febbraio 2016.

<sup>21</sup> C. cost., sent. 21 marzo 2018, n. 141, commentata da A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, *Rivista trimestrale*, 2018, 10, p. 241 ss.

<sup>22</sup> Tra i molteplici arresti: C. cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, con nota di V. Retico, *Giur. cost.*, 1994, p. 2162; C. cost., sent. 18

facoltà per l'imputato di richiedere il rito speciale a seguito di contestazione tardiva, sostenendo che, altrimenti, si lederebbe non solo il diritto di cui all'art. 24 Cost. ma anche il principio di uguaglianza, giacché la strategia difensiva dell'imputato dipenderebbe, in modo del tutto variabile, dalla maggiore o minore esattezza dell'apprezzamento svolto in precedenza dalla pubblica accusa.

Può dirsi che, nei primi anni, l'affermazione del diritto al rito premiale abbia costituito il vero *leit motiv* delle statuizioni. Di contro, nel risolvere i singoli nodi applicativi, la Corte si è dimostrata scarsamente interessata alle questioni legate ai profili sostanziali. Nonostante tutte le pronunce sottintendano la natura sanzionatoria del trattamento concordato, manca, infatti, qualsivoglia riflessione circa la frattura tra *poena* e *iudicio* che in tal modo si viene a determinare.

Lo stesso *deficit* argomentativo si riscontra, peraltro, anche nell'unica pronuncia del biennio 2015 – 2017 con cui la Corte Costituzionale afferma apertamente l'identità tra programma di prova e sanzione penale. Si tratta dell'ordinanza n. 54 del 2017<sup>23</sup>, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis* c.p. per presunto contrasto con l'art. 3 Cost. Nel sollevare la questione, il Tribunale di Prato aveva lamentato la circostanza che la messa alla prova si risolvesse nell'applicazione di un trattamento uniforme a fattispecie criminose assai eterogenee «per tipo e per trattamento sanzionatorio». La censura non veniva ritenuta condivisibile dalla Corte in ragione del consueto richiamo ai procedimenti speciali, i quali, per loro natura, sono destinati a governare diversissime situazioni concrete, per quanto nel perimetro, stabilito per legge, di alcune categorie di reati o limiti edittali. La motivazione è però anche percorsa da numerosi passaggi in cui si accredita espressamente l'idea che il trattamento della messa alla prova in nulla differisca dalla pena comminata all'esito di un rito semplificato. Tant'è che, citando una nota sentenza della giurisprudenza di legittimità<sup>24</sup>, la Corte si spinge ad affermare che «la normativa sulla sospensione del procedimento con messa alla prova comporta una diversificazione dei 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 "afflattiva" sia di quella "rieducativa"».

#### LA CONCEZIONE SANZIONATORIA DELLA MISURA NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Con un approccio completamente diverso, la Cassazione ha sin da subito preso atto dei potenziali attriti con il canone *nulla poena sine iudicio*, esprimendosi con enunciati anche forti. Icastica la definizione di "criptoprocesso" che, coniata dai primissimi commentatori dell'istituto, è stata appunto presa in prestito, con convinzione, dalle Sezioni Unite nella sentenza che ha affrontato il tema dell'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto all'istanza di messa alla prova<sup>25</sup>. A sollecitare l'intervento del Collegio, il contrasto giurisprudenziale formatosi sulla portata dell'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., il quale stabilisce la facoltà per l'imputato e il pubblico ministero di ricorrere in cassazione contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova. Il dato normativo, nella sua asciuttezza, si era prestato a due letture diametralmente opposte. Senza addentrarsi nelle relative argomentazioni<sup>26</sup>, si può in breve ricordare come una prima corrente giurisprudenziale avesse ritenuto che la norma consentisse l'immediata e autonoma ricorribilità in cassazione di qualsiasi provvedimento decisorio, sia esso ammissivo che reiettivo<sup>27</sup>. Per

dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4955 e, in particolare, in tema di patteggiamento: C. cost., 23 giugno 2014, n. 184 e C. cost., 17 luglio 2017, n. 206, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). In dottrina cfr.: G. Di Chiara, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale*, Roma, Il Foro Italiano, 1996, p. 99 ss.; F. Cassiba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 314 ss.; G. Leo, *Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p.*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 13 luglio 2015; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 125.

<sup>23</sup> C. cost., ord. 10 marzo 2017, n. 54, con nota di G. Marino, *La disciplina della messa alla prova è incostituzionale?* in *Dir. e giustizia*, 2017, 47, p. 9.

<sup>24</sup> Si fa riferimento a Cass., sez. un., 29 luglio 2016, in *CED Cass.* n. 267237, conosciuta anche come sentenza Rigacci e meglio esaminata nel prosieguo.

<sup>25</sup> Cass., sez. un., 29 luglio 2016, in *CED Cass.* n. 267237.

<sup>26</sup> Per un più approfondito esame delle quali, volendo, M. C. Saporito, *Messa alla prova e impugnazione: le linee guida delle Sezioni unite*, in *Arch. pen.*, 2017, 2.

<sup>27</sup> Cass., sez. V, 20 ottobre 2015, in *CED Cass.* n. 265627; Cass., sez. V, 23 febbraio 2015, in *CED Cass.* n. 263777; Cass., sez. III, 24 aprile 2015, in *CED Cass.* n. 263814; Cass., sez. II, 2 luglio 2015, in *CED Cass.* n. 264888; Cass., sez. VI, 30 giugno 2015, in *CED Cass.* n. 264046; Cass., sez. II, 6 maggio 2015, in *CED Cass.* n. 263787.

altro indirizzo, avrebbe invece trovato applicazione il regime generale stabilito dall'art. 586 c.p.p. per le ordinanze dibattimentali, ricorribili solo congiuntamente all'impugnazione (in appello) della sentenza di primo grado<sup>28</sup>. In quest'ultimo senso si esprimeva anche la Suprema Corte, spiegando come «nella fase del vaglio dell'ammissibilità il giudice, seppure in base ad un accertamento sommario, anticipa un "criptoprocesso" sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova». Di qui la necessaria valutazione degli aspetti relativi al profilo trattamentale ed esecutivo, e dunque, l'urgenza di garantire le esigenze difensive dell'imputato attraverso il diritto all'appello. Solo tale rimedio consentirebbe, infatti, nei limiti dei motivi dedotti, una verifica integrale delle valutazioni discrezionali poste a fondamento del diniego<sup>29</sup>. Perno argomentativo della pronuncia è la concezione sanzionatoria/rieducativa del trattamento e, dunque, l'idea che, al pari della pena, l'ammissione al programma richieda un convincimento del giudice nel merito dell'imputazione come anche una valutazione circa le particolari esigenze di risocializzazione del soggetto<sup>30</sup>.

La descritta chiave di lettura è stata successivamente riproposta dalle Sezioni Unite<sup>31</sup> all'atto di chiarire il dettato dell'art. 168-bis c.p., nella parte in cui, ai fini dell'individuazione dei reati per i quali è astrattamente applicabile l'istituto, impone di guardare alla "pena edittale". Le incertezze riguardavano la necessità di considerare nel calcolo le circostanze aggravanti, sia esse comuni, sia ad effetto o ad efficacia speciale. La Corte si pronunciava in senso negativo, ritenendo che il richiamo alla "pena edittale" dovesse intendersi come riferito alla sola pena massima prevista per la fattispecie-base. Ebbene, anche a tale soluzione si perveniva muovendo dall'assunto che la messa alla prova anticipi il trattamento sanzionatorio e persegua pertanto obiettivi di prevenzione speciale e generale. Di qui la necessaria estensione dell'istituto, a fini di prevenzione speciale e generale, anche a quei reati la cui sanzione si attesti, in forza delle circostanze aggravanti, oltre il tetto dei quattro anni.

#### PROFILI D'INCOSTITUZIONALITÀ DELL'EQUIPARAZIONE ALLA PENA

Nell'analisi della produzione giurisprudenziale è possibile individuare due orientamenti tra loro distinti per un'opposta concezione del giudizio fattuale posto a fondamento del provvedimento di ammissione al rito<sup>32</sup>. Secondo un primo modello, qualificato come "cognitivo", l'aspirazione rieducativa del programma presupporrebbe il convincimento del giudice nel senso della responsabilità penale del richiedente<sup>33</sup>. Tale convincimento maturerebbe proprio all'esito di un "criptoprocesso", ossia di un giudizio "silente" sulla fondatezza dell'addebito, condotto sulla scorta di un assetto probatorio precario e minato dall'assenza di contraddittorio<sup>34</sup>.

D'altra parte, invece, si afferma che la verifica in fatto si limiterebbe alla sussistenza delle condizioni per l'immediato proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*<sup>35</sup>, sicché la concessione della misura dipenderebbe da

<sup>28</sup> Cass., sez. V, 14 novembre 2014, in *CED Cass.* n. 264270; Cass., sez. V, 3 giugno 2015, in *CED Cass.* n. 264061; Cass., sez. II, 12 giugno 2015, in *CED Cass.* n. 264574; Cass., sez. V, 15 dicembre 2014, in *CED Cass.* n. 262106.

<sup>29</sup> La Corte si spingeva inoltre ad ammettere la concessione della messa alla prova da parte del giudice di seconde cure, all'esito di un *novum iudicium* sulla meritevolezza della richiesta. Seppur contraria alle esigenze di economia processuale, questa soluzione veniva motivata sulla base della preferenza ritenuta da accordarsi al *favor rei* connesso all'estinzione del reato.

<sup>30</sup> Al punto che la Corte, dopo aver molto battuto sulla finalità rieducativa della misura, adduceva, tra le ragioni per ammettere la misura in sede di appello, anche quella per cui, in una fase tanto avanzata del procedimento, maggiore potrebbe essere la conoscenza dell'imputato e, dunque, il materiale su cui elaborare un programma efficace.

<sup>31</sup> Cass., sez. un., 1 settembre 2016, n. 32672 in *CED Cass.* n. 267238. Per un'analisi dei passaggi motivazionali della sentenza, L. Pellegrini, *Sospensione del procedimento con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 835 ss.; A. Cisterna, *Un istituto più esteso rispetto ai "confini" dettati dal codice*, in *Guida dir.*, 2016, 39, p. 54; A. Melchionda – E. Mattevi, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, in *Dir. pen. proc.*, p. 325 ss.

<sup>32</sup> Per una rassegna delle decisioni operata secondo questo criterio: C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 666 ss.

<sup>33</sup> La tesi trae forza anche da indici normativi quali le espressioni "estinto il reato", "nuovi" o "ulteriori reati" che la disciplina contiene a più riprese (art. 464-septies, art. 168-quater, art. 464-quater c.p.p.).

<sup>34</sup> Sono ricondotte a questo filone le già citate sentenze: Cass., sez. un., 29 luglio 2016, in *CED Cass.* n. 267237 e Cass., sez. un., 1 settembre 2016, n. 32672 in *CED Cass.* n. n. 267238.

<sup>35</sup> Capostipite di questo orientamento spiccatamente premiale, nella giurisprudenza di legittimità, viene ritenuta la sentenza

un mero automatismo applicativo, senza indagine nel merito della colpevolezza.

Le contrapposizioni che possono rintracciarsi sul piano della *factual basis* non contribuiscono in realtà a risolvere il *punctum pruriens* dell'istituto. Entrambe le tesi, infatti, parificano il trattamento della prova ad una pena, dissentendo solo sul "congegno" processuale atto a giustificarne l'anticipazione alla fase cognitiva. Non viene così toccato il nocciolo della questione, ossia l'apparente distonia rispetto alla presunzione di innocenza, che, nel suo contenuto minimo, subordina l'irrogazione della sanzione – detentiva e non – ad una pronuncia definitiva che dichiara il destinatario meritevole di rimprovero.

Su quest'aspetto, peraltro, si è molto dibattuto anche in ambito minorile, giungendo infine a conclusioni sufficientemente rassicuranti. Fondamentale è stato prendere atto della peculiarità dell'intero sistema, costruito, più che per punire, per "plasmare" un soggetto la cui devianza si presume espressione di temporaneo disagio e non *imago* di una scelta esistenziale. Di qui la vocazione del legislatore minorile a contestualizzare l'esperienza del procedimento penale all'interno del processo di sviluppo del minore e a preferire, dunque, strumenti che, come la messa alla prova, valorizzino l'indagine personologica dell'autore, ne favoriscano la fuoriuscita dal circuito penale e orientino la definizione della vicenda a risultati propositivi anziché repressivi. L'"allentamento" della presunzione di innocenza, nella messa alla prova minorile, è perciò compensato dalla contraria tensione del sistema verso valori che rinvergono la loro consacrazione direttamente negli artt. 2, 3, 4 e 31 Cost. e la cui influenza è tale da giustificare persino una *probation* su imposizione.

Diversa la sorte interpretativa dell'istituto per adulti, che, non potendo contare su appigli valoriali tanto solidi, è apparso compatibile con l'art. 27, comma 1, Cost. solo nella configurazione premiale, giacché il consenso permetterebbe di legittimare l'anticipazione della sanzione alla fase cognitiva<sup>36</sup>. La mente corre, inevitabilmente, al patteggiamento, massima espressione del divorzio tra *poena* e *iudicio*. Il parallelismo è stato, tuttavia, giudicato fuorviante dalla dottrina più accorta<sup>37</sup>, che ha censurato la disattenzione verso un elemento cardine della disciplina: la forma del provvedimento che dà corso all'esecuzione del trattamento. Nella messa alla prova, si tratta infatti di un'ordinanza che sancisce soltanto la sospensione del processo ma non "comanda" alcuna attuazione coattiva delle prescrizioni. Non così per il patteggiamento, il cui provvedimento finale è una sentenza, parificata *ex lege* al *genus* della condanna e costituente titolo esecutivo per l'applicazione della pena. Pur fondandosi, entrambi gli istituti, sulla volontarietà dell'imputato, nel patteggiamento tale volontarietà si esaurisce alla scelta del rito giacché, una volta raggiunto l'accordo sulla pena, esso rifluisce in atto di volontà giurisdizionale che ha piena forza cogente esterna. Nel *probation*, invece, la volontarietà acquista una valenza indubbiamente più pregnante poiché travalica l'iniziativa processuale per investire la realizzazione "sostanziale" della misura afflittiva. Tale peculiarità sembrerebbe addirittura aggravare gli attriti con il sistema costituzionale, non essendovi spazio per un "volontario assoggettamento dell'imputato alla sanzione penale". Il giudizio è *tranchant*: la presunzione di innocenza, dettando il perimetro del potere repressivo dello Stato, si pone come presidio della dignità umana ed appronta, dunque, una tutela non suscettibile di occasionali rinunce<sup>38</sup>.

---

Cass., sez. III, 11 aprile 2016, in *CED Cass.* n. 266387, commentata in dottrina da F.G. Capitani, *Il giudice che si pronuncia sulla messa alla prova può proseguire nel giudizio ordinario a carico degli altri imputati*, in *Dir. giust.*, 2016, 18, p. 88; L. Spadano, *È incompatibile il giudice che ha disposto la messa alla prova nel processo soggettivamente cumulativo?*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2931 ss. Il *dictum* riguardava la possibilità per il giudice di proseguire il processo, dopo aver concesso la messa alla prova a un imputato, nei confronti dei coimputati concorrenti. La Corte non ha ravvisato alcuna incompatibilità, proprio argomentando sull'inidoneità del provvedimento ammissivo a contenere valutazioni sul merito dell'accusa. La spiegazione "anticognitiva" muoveva dalla constatazione che nella disciplina della messa alla prova è assente una disposizione analoga o quantomeno un richiamo all'art. 135 disp. att. L'indisponibilità per il giudice del materiale raccolto in fase di indagini implicherebbe allora che lo stesso giudizio sull'esistenza di cause di immediato proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* si fondi su una base cognitiva di senz'altro minore consistenza rispetto a quanto accade nell'ambito della pena concordata.

<sup>36</sup> In questo senso: Cass., sez. V, sent. 23 febbraio 2015, n. 2401, in *Guida dir.*, 2015, p. 78 con cui la Suprema Corte ha sottolineato come l'ordinanza di ammissione alla prova presupponga l'accertamento dell'insussistenza, allo stato degli atti, delle condizioni per la pronuncia di immediato proscioglimento e che tale accertamento (ricinducibile al *genus* delle valutazioni preliminari, anche di merito, svolte dal giudice nella medesima fase processuale), in uno con il consenso dell'imputato, permetta quell'attribuzione del fatto-reato al richiedente necessaria a giustificare le prescrizioni della misura.

<sup>37</sup> Le considerazioni che seguono sono di A. Sanna, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione* in *Cass. pen.*, 2019, pp. 688-701.

<sup>38</sup> Si esprime in questi termini R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis (a cura di), *Compendio di pro-*

Traendo le fila del discorso, si può affermare che nessuna delle proposte interpretative avanzate prima del 2018 sia stata capace di traghettare l'istituto verso un sicuro lido di legittimità costituzionale. Né avrebbe potuto essere altrimenti, giacché le ricostruzioni anzidette muovono tutte dalla parificazione del programma di prova a una misura sanzionatoria, che, in quanto disposta *ante iudicatum*, tradisce per sua natura i principi del diritto penale, tanto la si intenda come prodotto di un anticipato giudizio di responsabilità che come pena *self-imposed*.

#### LA CORTE COSTITUZIONALE SUPERA L'OSTACOLO: LA MESSA ALLA PROVA NON È UNA SANZIONE PENALE

Ad aprire una breccia in questo sconcertante panorama la sentenza 91/2018, con cui la Consulta ha accreditato la compatibilità dell'istituto con il dettato costituzionale, confutando il dato di partenza di ogni tesi fino allora formulata che voleva il trattamento in prova ricondotto a una "sanzione penale". L'occasione per una precisa presa di posizione sull'aspetto sostanziale della misura<sup>39</sup> è stata offerta dal Tribunale di Firenze, il quale sollevava incidente di costituzionalità sull'art. 464-*quater*, comma 1, c.p.p., ritenuto in contrasto con gli artt. 3, 111, comma 6, 25, comma 2 e 27, comma 2, Cost. La prima questione rimessa alla Corte riguardava la mancata previsione all'interno della norma censurata della facoltà per il giudice del dibattimento di acquisire e valutare gli atti delle indagini preliminari ai fini della decisione sulla messa alla prova. La questione è stata risolta dalla Corte piuttosto agilmente nel senso della sua infondatezza: ad avviso dei Giudici il rimettente avrebbe, infatti, omesso di considerare la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme, percorribile mediante applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. La norma, prevista in materia di patteggiamento, attribuisce all'organo giudicante il potere di ordinare l'esibizione degli atti contenuti nel suddetto fascicolo fini della decisione sulla richiesta di pena concordata. L'estensione della disposizione ad altri riti è ormai largamente ammessa in giurisprudenza<sup>40</sup> e, poiché tra i riti speciali è ora compreso anche quello di messa alla prova, è dunque qui ugualmente valida<sup>41</sup>.

Nel suggerire all'interprete di attingere alla tradizione interpretativa dei riti speciali, la Corte non si avventura certo per sentieri inesplorati. Questa iniziale prudenza viene tuttavia messa da parte nel momento in cui la Corte affronta l'argomento forte dell'ordinanza di remissione: ossia l'asserito contrasto degli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies*, c.p.p. rispetto alla presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27, secondo comma, Cost., così come motivato dal rimettente sulla base di due profili: l'inadeguatezza dell'accertamento storico e l'assenza di una pronuncia formalmente riconducibile al *genus* della condanna e, dunque, capace di imporsi autoritativamente. Quanto al primo profilo, la Corte recupera la soluzione interpretativa che in passato aveva salvato il patteggiamento dalle medesime censure di incostituzionalità e che individua la base cognitiva minima nella verifica condotta *ex art.* 129 c.p.p. Anche nell'ambito della messa alla prova, il legislatore ha infatti prescritto lo stesso accertamento preliminare, teso ad escludere la concessione del rito laddove ricorrano cause di immediato proscioglimento.

La relazione con la giustizia negoziata viene, tuttavia, poco dopo ridimensionata, nel momento in cui si confuta la tesi, proposta dal rimettente, per cui gli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies*, c.p.p. prevedrebbero l'irrogazione di "sanzioni penali" sulla base di un mero titolo esecutivo provvisorio, privo di efficacia coercitiva esterna. Nel ricostruire quest'anomalia in un'ottica costituzionalmente conforme, il

---

*cedura penale*, Padova, Cedam, 2016, p. 693 ss. Per J. Della Torre, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di remissione alla corte costituzionale* in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), p. 11, ammettendo il carattere sanzionatorio della misura, la questione sulla disponibilità o meno della regola di trattamento che deriva dal principio di non colpevolezza dovrebbe essere risolta dalla Corte Costituzionale.

<sup>39</sup> L'esigenza di una pronuncia del genere era già stata espressa in passato dal Tribunale di Grosseto, il quale, con ordinanza n. 237 del 2016, aveva sollevato identiche questioni di costituzionalità, poi però dichiarate dal Giudice delle leggi inammissibili per difetto di motivazione. C. cost., ord. 10 novembre 2016, n. 237, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2115.

<sup>40</sup> La Cassazione, nella sua più autorevole composizione, ha ritenuto l'art. 135 disp. att. applicabile in via analogica anche nel caso in cui l'imputato rinnovi, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, una richiesta condizionata di giudizio abbreviato, già respinta dal giudice per le indagini preliminari (Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, in *Cass. pen.*, 2005, p. 358).

<sup>41</sup> D'altro canto, i Giudici non hanno ravvisato motivi per negare al giudice un'attività esplorativa del materiale di indagine, posto che tale materiale è di regola sottratto alla cognizione dibattimentale mentre qui si presterebbe d'ausilio «ai soli fini della decisione» e nei limiti della stretta necessità.

giudice delle leggi sviluppa, infatti, il proprio ragionamento non sulle affinità ma proprio sulle divergenze rispetto al patteggiamento. La sentenza che chiude il concordato *ex art. 444 c.p.p.*, pur non coincidendo sostanzialmente con una sentenza di condanna<sup>42</sup>, è a questa “equiparata” ai sensi del seguente art. 445 c.p.p.<sup>43</sup> e importa l’irrogazione di una pena, quantunque ridotta. La sospensione del procedimento con messa alla prova si conclude invece, in ipotesi di esito positivo, con una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato. La tipicità dell’epilogo liberatorio, estraneo alla tradizionale alternativa condanna/assoluzione<sup>44</sup>, riflette la peculiare natura del provvedimento di ammissione. Diversamente dalla sentenza di patteggiamento, l’ordinanza *ex art. 464-quater* non costituisce titolo per dare esecuzione coercitiva al trattamento in quanto questo «non è una sanzione penale eseguibile come tale coattivamente, ma dà luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell’imputato, il quale liberamente può farla cessare con l’unica conseguenza che il processo riprende il suo corso». Proprio la volontarietà che assiste «non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione» costituisce il dato innovativo dell’istituto e, allo stesso tempo, l’antidoto a una crisi di rigetto da parte dell’ordinamento. E, infatti, una volta confutata la premessa per cui i contenuti della prova equivarrebbero a quelli della pena, infatti, è lo stesso canone *nulla poena sine iudicio* a divenire inconferente<sup>45</sup>.

### GLI SCENARI POSSIBILI OLTRE LE CATEGORIE TRADIZIONALI

Senza timore di esagerare, si può affermare che il *dictum* della Corte possieda tutte le potenzialità per affermarsi come spartiacque tra il passato e il futuro dell’esegesi della messa alla prova. E questo non perché fornisca tutte le risposte, ma perché, liberando l’interprete dalle sabbie mobili dell’impostazione tradizionale, lo abilita finalmente a cercare quelle risposte altrove. L’opportunità non è stata colta, a dire il vero, dall’unica pronuncia costituzionale successiva, in cui la Corte ha continuato ad argomentare sulle note similitudini con la pena<sup>46</sup>.

Ad un interprete più volenteroso, l’arresto offre quantomeno una bussola nella ricerca di classificazioni dell’istituto alternative a quella sanzionatoria. Si tratta del concetto di “volontarietà”, che illumina tutta la motivazione e sembra orientare il lettore verso l’universo della giustizia riparativa.<sup>47</sup> Un universo che ruota, appunto, intorno all’asse del consenso, concepito come assunzione di un impegno attivo da parte dell’autore di reato alla ricostruzione del patto sociale infranto con la propria condotta criminosa. Un universo in cui d’altro canto, lo stesso Stato muta ruolo, facendosi carico di promuovere una rieducazione non stigmatizzante del reo e di offrire riconoscimento alla persona offesa.

Ebbene, questo modello di giustizia sembrerebbe aver avuto un forte ascendente nella definizione

<sup>42</sup> C. cost., sent. 6 giugno 1991, n. 251 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>43</sup> C. cost., ord. 26 febbraio 1993, n. 73 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>44</sup> A. Sanna, *La messa alla prova non è una pena*, cit.

<sup>45</sup> Postulata la natura non sanzionatoria, l’ordinanza di messa alla prova non ricopre alcuna funzione decisoria poiché “non si pone in antitesi ad una decisione di segno opposto sul tema della colpevolezza”, ma attesta esclusivamente l’inesistenza di circostanze che impongano l’immediato *exitus processus*. Non così nel patteggiamento, dove la declaratoria *ex art. 129 c.p.p.* costituisce a tutti gli effetti una declaratoria di merito, poiché l’alternativa è, in quella sede, la condanna, *sub specie* della sentenza di patteggiamento. Considerazioni di A. Sanna, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?* in *Cass. pen.*, 2015, 3, p. 1276. Sul tema cfr. altresì A. Sanna, *Applicazione dell’art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento* in *Ind. pen.*, 2009, p. 144 ss.

<sup>46</sup> C. cost., sent. 7 novembre 2018, n. 231 con nota di D. Albanese, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova nei certificati del casellario richiesti dall’interessato*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 19 dicembre 2018. Nel dichiarare l’illegittimità costituzionale degli artt. 24 e 25 del testo unico in materia di casellario giudiziale (d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313), nella parte in cui prevedono le iscrizioni dell’ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova e della sentenza di estinzione nel certificato “generale” e nel certificato “penale” del casellario richiesti dall’interessato, la Consulta ha infatti esplicitamente premesso che la sospensione del procedimento con messa alla prova, per le caratteristiche e le finalità di cui è intrisa, deve essere considerata «parte integrante del sistema sanzionatorio penale».

<sup>47</sup> L’approccio della “giustizia riparativa” è quello di considerare il reato principalmente in termini di danno alle persone, con conseguente rilievo prioritario al coinvolgimento attivo della persona offesa, dell’agente e della stessa comunità nella ricerca condivisa di possibili risposte ai bisogni scaturiti dall’evento criminoso: cfr. F. Reggio, *Giustizia Dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, in *Filosofia del Diritto*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 2.

legislativa dei contenuti del programma di prova. Prendendo le mosse dalle prescrizioni direttamente ascrivibili allo strumentario della *restorative justice*, il programma contempla, ai sensi dell'art. 464-bis, comma 1, c.p.p., «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa». Si tratta di un fondamentale momento di confronto tra reo e vittima, che si appunta non tanto sulla qualificazione giuridica dell'evento storico ma sul riconoscimento del suo disvalore soggettivo, ossia sulla portata che esso ha avuto nella vita degli interlocutori<sup>48</sup>. Attraverso la stessa lente può leggersi il riferimento, di cui all'art. 168-bis, comma 2, alla «prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato» nonché al «risarcimento del danno cagionato, ove possibile». Rilievo prioritario è anche qui assegnato alla manifestazione di un positivo riconoscimento della soggettività della vittima; riconoscimento rispetto al quale il ristoro economico della vittima e l'effettiva rimozione delle conseguenze materiali del fatto restano spesso variabili del tutto indipendenti<sup>49</sup>. Non a caso il legislatore del 2014 ha avvertito l'esigenza di precisare che il risarcimento è dovuto solo «ove possibile», dimostrandosi propenso, a valutare ai fini della rinuncia alla pretesa punitiva, anche attività che prescindono dalla soddisfazione meramente materiale della vittima. Sul precipuo rapporto con la collettività si fonda, poi, la previsione di cui all'art. 168-bis, comma 3, che subordina la concessione della messa alla prova al lavoro di pubblica utilità<sup>50</sup>. L'istituto trova da sempre cittadinanza in fase esecutiva, quale misura indiscutibilmente sanzionatoria<sup>51</sup>. Non stupisce dunque che la sua previsione nel segmento incidentale della messa alla prova abbia inizialmente destabilizzato. La problematicità di questa novità si stempera se, superata la concezione storicamente punitiva, se ne apprezza l'inserimento sistematico al fianco della mediazione e delle condotte riparative. Al lavoro di pubblica utilità si può cioè guardare come forma di reciproca collaborazione tra reo e comunità nel risanamento del legame spezzato dal fatto criminoso. L'ammissione dell'imputato all'interno della comunità, per il tempo della prova, sembra testimoniare la moderna consapevolezza che la stessa comunità è, rispetto al crimine, non solo vittima (in termini di sicurezza e equilibrio) ma anche corresponsabile. Il reato è infatti espressione di un difetto di socializzazione, di cui la società è tenuta a farsi personalmente carico, stabilendo sin da subito occasioni di reinserimento piuttosto che di emarginazione<sup>52</sup>. Adottata questa prospettiva, non si può negare che residui, nella disposizione di cui all'art. 168-bis, comma 3, un aspetto di contraddittorietà rispetto ai canoni della giustizia riparativa: la vincolatività. Il paradigma esige infatti flessibilità, richiedendo un modellamento in concreto sulla base della natura del reato e delle specifiche esigenze riparative del caso. La circostanza che il lavoro di p.u. costituisca *condicio sine qua non*<sup>53</sup> per l'accesso al beneficio sembrerebbe tradire una logica esclusivamente premiale dell'istituto per la quale, in vista del beneficio estintivo, l'imputato non ha che da ottemperare ad una pre-

<sup>48</sup> V. Patanè, *Mediazione penale*, in *Enc. dir.*, vol. II Annali, Milano, Giuffrè, 2008, p. 577; A. Ceretti, C. Mazzuccato, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.* in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 776.

<sup>49</sup> B. Galgani, *La funzione conciliativa del giudice di pace: una scommessa (allo stato) perduta?* in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio*, Atti del Convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Torino, Giappichelli, 2008, p. 239.

<sup>50</sup> Definito, dallo stesso art. 168-bis, comma 3, c.p. come: «prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle specifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato».

<sup>51</sup> Il lavoro di pubblica utilità configura, infatti, ai sensi dell'art. 54 d.lgs. 274/2000 una vera e propria pena alternativa alla permanenza domiciliare; sanzione nelle fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool (art. 186, comma 9-bis, primo capoverso, d.lgs. 285/92) o in stato di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti (art. 187, 8-bis, primo capoverso, d.lgs. 285/92); pena sostitutiva in tema di violazione alla normativa sugli stupefacenti (art. 73, comma 5-bis, d.p.r. 309/1990) e, infine, è contenuto eventuale della sospensione condizionale della pena ex art. 165, comma 1, ultimo capoverso, c.p.

<sup>52</sup> Come sostiene John Braithwaite, nella cd. teoria della "*reintegrative shaming*", la società dovrebbe comportarsi come una famiglia, capace da un lato di esprimere il proprio dissenso ("*shaming*") rispetto alla devianza e dall'altro di riflettere sulle ragioni del problema, di accettare il reo come pur sempre suo membro e di favorire il suo reinserimento attraverso "*gestures of reacceptance into the community of law-abiding citizens*", specie quando egli dimostri di essersi impegnato nella riparazione delle offese conseguenti al fatto. Cfr. J. Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 55.

<sup>53</sup> La coesenzialità del lavoro di pubblica utilità alla messa alla prova è ulteriormente confermata dalla previsione dell'art. 168-*quater* c.p.p. che individua nel rifiuto di prestare il lavoro di pubblica utilità quale possibile causa di revoca della messa alla prova.

stazione standardizzata. Le stesse perplessità nascono con riferimento alle prescrizioni comportamentali, anch'esse imposte e quindi distoniche rispetto al tema della volontarietà. L'art. 168-bis c.p. definisce tali prescrizioni come «[...] relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali». La formula richiama alla mente il contenuto del verbale di affidamento in prova al servizio sociale<sup>54</sup>, con tutte le insidie che accompagnano sempre la similitudine con istituti relativi all'esecuzione della pena. Nell'alveo delle misure *ante iudicatum*, l'eco potrebbe essere, invece, alle misure cautelari, con conseguente trasposizione, anche in questa sede, della questione della loro razionalizzazione alla luce della lettura congiunta degli art. 13 e 27 Cost.<sup>55</sup>

Seppur con alcune incoerenze, i contenuti della messa alla prova, sembrano pensati per rappresentare, più che strumenti di condanna, occasioni per il reo di riassorbire il disvalore della propria condotta. Ne discende che pur implicando limitazioni in termini di libertà personale, gli obblighi assunti non potrebbero qualificarsi come sanzionatori, ma tutt'al più afflittivi. Se l'afflittività è, effettivamente, carattere imprescindibile della pena (dal latino *poena* "castigo, molestia, sofferenza" e dal greco *ποινή* "ammenda, castigo"), non sempre vale la relazione contraria: non si può cioè parlare di pena ogni qual volta vi sia sofferenza. Ai fini classificatori, si dovrà considerare lo scopo di tale, anche possibile, sofferenza, cosicché non potrà dirsi sanzionatoria una misura che, per quanto afflittiva, non miri alla punizione del colpevole ma alla soluzione del conflitto sociale.

Si badi bene: il ragionamento appena condotto non si propone di scardinare il principio di legalità per cedere a una comoda "truffa delle etichette". Non si ignora infatti che, nella giurisprudenza della Corte EDU, è ormai consolidata una nozione sostanziale di "pena", fondata, più che sul *nomen juris* della sanzione, su caratteri intrinseci così individuati: qualificazione giuridica dell'illecito, natura dello stesso, natura e grado di severità della sanzione. Con riferimento alla messa alla prova, l'analisi dei primi due criteri conduce a esiti scontati (dato lo stesso ricorrere di un procedimento penale), mentre considerazioni più interessanti suscita il tema della gravità e natura della sanzione. Se la gravità della misura, in termini di ripercussioni sulla sfera giuridica del soggetto, è innegabile, la definizione della natura impone una certa prudenza. Si è sostenuto che, considerato lo scopo (anche) special-preventivo e general-preventivo perseguito dal legislatore del 2014, la misura avrebbe, in concreto, natura penale<sup>56</sup>. La deduzione pare frettolosa: da tempo all'ideale classico del "codice-decalogo", espressione dell'inflessibile binomio reato-sanzione, va sostituendosi un modello di legge "come programma di politica criminale"<sup>57</sup>, nel quale trovano titolo modalità differenziate di risposta all'illecito che, anche a discapito della perfetta retribuzione, aspirano alle medesime funzioni preventive assegnate costituzionalmente alla pena<sup>58</sup>. In una prospettiva più attuale, dunque, l'esistenza di un progetto di prevenzione non necessariamente implica che lo Stato voglia intervenire in chiave sanzionatoria, ben potendo optare per una prevenzione "di segno positivo", fondata sulla promozione dell'incontro tra reo e comunità.

<sup>54</sup> L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 5, p. 1758.

<sup>55</sup> L'art. 13 Cost. sancisce, infatti, le garanzie formali alla limitazione della libertà personale (riserva di legge e di giurisdizione) ma tace sul contenuto e lo scopo delle norme limitatrici. Deve perciò sopperirsi a tale vuoto rintracciando nella clausola di *favor rei* dell'art. 27, comma 2, Cost. il limite teleologico di tali misure così che «non possa ritenersi conforme alla Costituzione che la libertà personale dell'imputato venga sacrificata sulla scorta di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongano già accertata la colpevolezza». Così, testualmente, F. Callari, *Il periculum libertatis costituito dal rischio di realizzazione di determinati reati e le misure cautelari: il fine giustifica i mezzi?* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, p. 2.

<sup>56</sup> Con questo argomento è stata aspramente criticata la sentenza della Corte Costituzionale n. 91/2018 da R. Muzzica, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione convenzionalmente orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont., Rivista trimestrale*, 2018, 6, p. 173 ss.

<sup>57</sup> M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente* in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, p. 902 e ss.

<sup>58</sup> In considerazione della natura polifunzionale della pena, come ha avuto modo di chiarire il Giudice delle leggi in Corte cost., sent. 306/1993 in *www.giurcost.org*, «non può stabilirsi a priori una gerarchia statica e assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione» tra le diverse funzioni, per cui «il legislatore può – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere di volta in volta l'una o l'altra a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata».

## LA DISCIPLINA PROCESSUALE COME FORTEZZA GARANTISTA PER L'APPLICAZIONE DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA

Escludere la natura sanzionatoria dell'istituto non vuol dire affrancarne i contenuti dalle garanzie costituzionali che regolano ogni forma di risposta statale all'illecito. Anzi, si può affermare che la messa alla prova rappresenti un valido banco di prova per l'attuazione del paradigma riparativo all'interno di un contesto di giustizia formale: proprio per mezzo di quei congegni a lungo criticati, infatti, si recepisce l'*input* a considerare la reintegrazione dell'offesa quale obiettivo (com)primario del diritto penale, al contempo, però, salvaguardando i principi cardine di quest'ultimo.

Intanto, la scelta di meccanismi riparativi "istituzionalizzati" scongiura ogni rischio di violazione del principio di obbligatorietà che disciplina l'azione penale (art. 112 Cost.). Solo in virtù del suo regolare esercizio, infatti, si potrà parlare di un procedimento penale il cui corso dirottare verso esiti differenti da quelli della celebrazione del processo e della pena<sup>59</sup>.

Anche la verifica sommaria del fatto storico prescritta dall'art. 464-*quater*, comma 1 c.p.p., assume in questa prospettiva tutt'altro pregio, mutando da malferma base del piedistallo sanzionatorio a solida garanzia per l'imputato. Il controllo giudiziale lo tutela infatti dall'assumere impegni riparativi quando difettino le condizioni per procedere, risulti l'infondatezza del fatto o l'estraneità del soggetto<sup>60</sup>. In piena coscienza della carica afflittiva della misura, non si può rinunciare a un apprezzamento, seppur blando, dell'esistenza del fatto, della sua tipicità e del coinvolgimento del richiedente, per quanto non ancora definito in termini di responsabilità penale. Così, appurata una evidenza di innocenza, la vicenda giudiziaria deve concludersi, non trovando ragion d'essere altro epilogo che l'immediata fuoriuscita del soggetto dal circuito penale.

D'altro canto, la verifica della tipicità formale assicura il procedimento da preoccupanti infiltrazioni antilegittime<sup>61</sup>, facendo coincidere il perimetro di azione della *restorative justice* con quello del penalmente rilevante. Si impedisce, cioè, che la giustizia riparativa trascini la risposta dello Stato su fatti *ab origine* estranei al suo controllo, prevenendo così il cosiddetto *net-widening effect*, ossia l'"allargamento della rete" a quanto altrimenti vi sfuggirebbe<sup>62</sup>.

Per quel che riguarda, infine, le istanze della vittima, la circostanza che la giustizia riparativa corra sugli stessi binari della soluzione penalistica del conflitto rappresenta, più che un limite, una garanzia contro le insidie della vittimizzazione secondaria. Al di fuori dello spazio del processo penale, la parte più psicologicamente debole potrebbe infatti percepirsi non confortata dal braccio forte dello Stato e, dunque, essere esposta, nella sua vulnerabilità, a ulteriori mortificazioni nella definizione dell'accordo riparativo<sup>63</sup>. D'altronde, quando si è voluto intendere la giustizia riparativa come totalmente altra ri-

<sup>59</sup> Più diffuse, all'estero, le forme di "*diversion*" pura, in cui a venire meno è la stessa instaurazione del procedimento. Paradigmatiche le esperienze dei Paesi d'Oltralpe, i cui sistemi penali si ispirano a un principio di opportunità dell'azione penale o di obbligatorietà temperata. In Francia, l'art. 40 c.p.p. riserva al Procuratore il potere di valutare la *notitia criminis* e scegliere che seguito darvi, potendo optare, oltre che per l'esercizio dell'azione penale o all'archiviazione semplice (*classement sans suite*), per le ipotesi di risposta "graduata" previste dal 41-1 c.p.p.: mediazione con la vittima, richiamo del reo agli obblighi previsti per legge, indirizzamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale, invito a regolarizzare la propria posizione nei confronti della legge, richiesta di riparazione del danno conseguente al fatto. In Germania, il principio di legalità "temperato" consente numerose eccezioni all'obbligo di esercizio dell'azione penale, come quella di cui al §153 StPO: il pubblico ministero può rinunciare all'azione, previo consenso dell'indagato e autorizzazione del giudice, se l'interesse pubblico a perseguire il reato può essere soddisfatto mediante l'imposizione di obblighi e oneri sostitutivi (tra cui mediazione e riparazione).

<sup>60</sup> M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa* in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 72.

<sup>61</sup> Il principio di legalità tange infatti qualsiasi istituto che, in fase di cognizione o di esecuzione, si sostituisca alla pena e comporti limitazioni, in qualsiasi modalità e per qualsiasi fine, della libertà personale. Cfr. F. Cingari, *I contenuti positivi della sospensione condizionale della pena in una prospettiva comparata e di riforma* in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 311 ss.

<sup>62</sup> Il timore è che l'inglobamento delle tecniche riparative celi la volontà di estendere il controllo penalistico oltre le fattispecie tipizzate, grazie all'informalità del linguaggio e del *setting* degli strumenti operativi. Cfr. G. Maglione, *Oltre il delitto, oltre il castigo. Teoria, prassi e critica della giustizia riparativa* in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it).

<sup>63</sup> La posizione di neutralità del mediatore rischia, in un contesto di assoluta informalità, di generare spazi per ulteriori violenze alla persona offesa e di consentire alle differenze sociali, personali ed economiche di orientare il risultato delle *restorative practices* a compromessi ingiusti e sproporzionati. In questo senso si veda: G. Maglione, *op. cit.*; M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa* in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 72; F. Parisi, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 18.

petto alla giustizia formale, le vittime hanno spesso percepito la migrazione della controversia dalle aule di giustizia a quelle di mediazione come forma di “declassamento” dell’offesa<sup>64</sup>. Ciò considerato, anche in prospettiva vittimologica, la messa alla prova pare assurgere a ideale compromesso tra due ipotesi di definizione della vicenda, entrambi non completamente soddisfacenti: una sanzionatoria, completamente istituzionale, e una riparativa, affidata alla società civile e scevra da formalismi.

## GLI SCOPI RIPARATIVI QUALE NUOVA LINFA VITALE PER LA PREMIALITÀ

L’incursione di concetti riparativi non rappresenta, a dire il vero, un’assoluta novità per il nostro ordinamento penale. Negli ultimi tempi il legislatore si è mostrato, in effetti, particolarmente propenso ad avvalorare, in termini giuridici, il positivo contegno *post factum* del reo. I picchi più intensi<sup>65</sup> di questa tendenza si sono registrati nell’ambito di “microsistemi” della giurisdizione penale, con la messa alla prova minorile (art. 28 d.p.r. 448/88) e l’estinzione del reato per condotte riparative nei procedimenti dinanzi al giudice di pace (all’art 35 d.lgs. 274/2000)<sup>66</sup>. Ma la sperimentazione ha investito anche il processo ordinario, con l’inserimento della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.) e il potenziamento, in senso riparativo, di istituti già collaudati. Si pensi all’oblazione discrezionale, che, pur originando nel codice (art. 162-*bis* c.p.),<sup>67</sup> rileva oggi quale causa di estinzione per le contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro *ex art.* 24 d.lgs. 758/2004.

Il meccanismo che accomuna gli istituti citati<sup>68</sup> è piuttosto lineare: condotta riparativa – estinzione del reato. Quest’operazione, all’apparenza banale, presenta un significato giuridico complesso: l’attivazione del soggetto nella rimozione delle conseguenze del reato non è imposta dall’ordinamento a titolo di risposta “penale” bensì è volontaria e, per ciò, in grado di svuotare il precedente comportamento della propria anti-giuridicità. Laddove la sanzione mira ad attestare definitivamente il disvalore del fatto e ad esprimere la disapprovazione dell’ordinamento, la riparazione offre la *chance* all’autore e agli altri protagonisti dell’evento di affermare – e vedere affermato – un fatto nuovo e diverso rispetto al doloroso vissuto del crimine. Riassorbendone l’offesa, la riparazione è in grado di incidere “retroattivamente” sullo stesso disvalore del reato, fino ad esaurirlo e ad annullare la stessa necessità della pena<sup>69</sup>.

Nell’arretramento dello Stato non vi è tuttavia alcun atto di pietismo: come sostenuto da un’eccellente dottrina tedesca della seconda metà del secolo scorso<sup>70</sup>, la pretesa punitiva viene meno fin tanto e per tanto che la riparazione ambisce a realizzare quegli intenti un tempo affidati alla pena: la

<sup>64</sup> Al di fuori del sistema penale, la scelta per la *restorative justice* apparirebbe motivata da soli scopi deflattivi e certificherebbe una valutazione talmente modesta del disvalore del fatto tale da non giustificare l’inquadramento entro una fattispecie penale e l’instaurazione, necessariamente conseguente, del processo.

<sup>65</sup> Per un’analisi più approfondita: A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 43.

<sup>66</sup> La causa estintiva opera quando l’imputato dimostri di aver proceduto, prima dell’udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

<sup>67</sup> Originariamente operante solo per le contravvenzioni punite con la pena dell’ammenda (art. 162 c.p.) l’oblazione è stata poi ampliata, a discrezione del giudice, per le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell’arresto e dell’ammenda (art. 162-*bis* c.p.). L’istituto consente l’estinzione del reato per il pagamento di una somma di denaro, pari a un terzo del massimo dell’ammenda stabilita dalla legge come pena per le contravvenzioni punite con la sola pena dell’ammenda, ovvero pari alla metà del massimo, quando si tratti di contravvenzione punita alternativamente con l’arresto o con l’ammenda.

<sup>68</sup> A favore dell’assimilazione, sul piano valoriale, della messa alla prova a questi istituti: C. Cesari, *Sub art. 464-bis*, in G. Conso, G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve del nuovo codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 2015, p. 2124. *Contra*, R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, cit., p. 645, per il quale la messa alla prova non costituisce atto positivo di riparazione ma espiazione consensuale della pena.

<sup>69</sup> Attraverso un fenomeno di “depenalizzazione in concreto” che è ben descritto da C.F. Paliero, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 118 ss.

<sup>70</sup> Dottrina ad opera della quale fu elaborato nel 1992 un importante progetto di riforma (Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung), accolto solo parzialmente dal legislatore tedesco nel 1994, in cui la riparazione veniva inquadrata come causa di esclusione della pena o di mera attenuazione per reati la cui pena detentiva edittale non fosse superiore all’anno, sempre che non sussistessero ragioni di prevenzione speciale o generale contrarie. Cfr. AA.VV., *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM), München, Beck, 1992.

prevenzione speciale e generale<sup>71</sup>. La prima è consegnata al contatto diretto del reo con le conseguenze tangibili della propria azione; la seconda alla “contro-azione” riparatoria, quale momento di asseverazione dell'autorevolezza del precetto e del bene giuridico violato<sup>72</sup>.

Sul piano sistematico, gli spazi normativi che la giustizia riparativa è riuscita a ricavarsi nel tempo sono stati ben delimitati dal principio di obbligatorietà penale. Gli istituti nominati, infatti, presuppongono tutti che l'azione penale sia stata esercitata e dipendono da provvedimenti che solo il giudice (e non l'organo d'accusa) può emanare<sup>73</sup>. E, in effetti, esclusa la facoltà del pubblico ministero di gestire autonomamente la sorte di una notizia di reato, dirottandola verso una definizione non giudiziale, l'unica operazione costituzionalmente conforme era favorire schemi procedurali che, pur non intaccando la qualificazione tipicizzata del fatto come reato, permettessero al giudice di riconoscere reazioni della giustizia differenziate e appropriate alla specialità del caso. La messa alla prova non fa eccezione a questa logica ma, anzi, si contraddistingue per un legame particolarmente saldo con la procedura.

Si è già evidenziato come la sospensione del procedimento implichi, tautologicamente, l'esistenza dello stesso e, dunque, una prima, sommaria valutazione del fatto come tipico. L'ammissione al rito e la dichiarazione di estinzione del reato dipendono, inoltre, da valutazioni personologiche anch'esse svolte dall'organo giudicante. Il modello descritto, che costituisce la forma “base” di collegamento tra istituti diversi e giustizia formale, subisce un'importante evoluzione nella messa alla prova. L'istituto, infatti, non si presenta come semplice contenitore per la ricezione di un fatto che autonomamente estingue la punibilità (come potrebbe essere il versamento dell'oblazione) ma si identifica con l'avvio di un *iter* teso alla stessa formazione della causa estintiva, che qui coincide con l'avvenuta rieducazione del soggetto e, dunque, con la sopravvenuta inutilità della pena. Il termine “*iter*” non è casuale ma esprime un connotato essenziale dell'istituto: la proceduralizzazione, cioè, dell'esperimento comportamentale, che risulta scandito nel suo svolgimento da valutazioni discrezionali del giudice<sup>74</sup>.

Quel che si profila, dunque, è un vero e proprio procedimento incidentale, assistito dalle garanzie processuali ordinarie, ma destinato ad adempiersi in uno spazio esterno, quello della società civile<sup>75</sup>. Pur originando da una precisa scelta processuale (la domanda di ammissione) e, mantenendo, in tutto il suo corso il contatto con le istituzioni, il percorso rieducativo si compie all'interno della comunità, in quello stesso paesaggio turbato dall'episodio criminoso. In altri termini, la sospensione apre una parentesi nel procedimento principale finalizzata alla costruzione di giustizia alternativa, “prossima” alla vittima, al reo e alla società<sup>76</sup>. E tuttavia, questa parentesi è pur sempre destinata a chiudersi “in aula”, poiché è là che l'esito deve rifluire per acquisire dignità di causa estintiva del reato. Tali considerazioni portano a riconoscere la componente processuale della messa alla prova come servente finalità del tutto differenti da quelle che animano i procedimenti speciali già noti. Dove i congegni di stampo premiale spingono, tramite i loro incentivi, a generare un'interessata fedeltà del reo alle istituzioni e a comminare, in tempi brevi, una pena certa, l'alternativa procedimentale è qui diretta a promuovere, tramite le condotte riparative, un'adesione sincera alla legge tale da giustificare l'eclissarsi della pretesa punitiva<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> La dottrina da tempo lamenta lo sgretolamento dei classici principi fondativi della pena, compreso quello preventivo, attribuendone la crisi, in particolare, al monopolio della pena detentiva. Considerato l'elevato tasso di recidività tra i soggetti che hanno sperimentato il carcere è infatti considerata fortemente controversa l'efficacia deterrente della sua minaccia. Di più, si è osservato che, anche sul piano della prevenzione generale, agli inasprimenti di pene spesso conseguono un incremento della criminalità e un aggravamento delle sue manifestazioni. Osservazioni di G. Mosconi, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Rass. pen. crim.*, 2001, 1, 3, p. 3-35. Per un approfondimento della valenza rieducativa della riparazione: G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 82.

<sup>72</sup> In questo senso: L. Eusebi, *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1314.

<sup>73</sup> Si parla, non a caso, parla in proposito di “degradazione giudiziale dell'illecito”: Donini M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità* in *Ind. pen.*, 2003, p. 75 ss.

<sup>74</sup> Cfr. R. Piccirillo, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. Piccirillo, P. Silvestri, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in *Rel. dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/07/2014*, *Novità legislative: legge 28 aprile 2014*, n. 67, p.3.

<sup>75</sup> A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., p. 1278.

<sup>76</sup> L'espressione richiama a una “prossimità affettiva”, in quanto la pace sociale violata si ricostruisce dalle relazioni umane, nonché a una prossimità “temporale” e “territoriale” perché vicina nel tempo e nello spazio all'episodio criminoso.

<sup>77</sup> In questo senso: A. Sanna, *ibidem*; C. F. Paliero, *op. cit.*, p. 116.

Giustizia riparativa e procedura convivono così in profonda simbiosi. Da un lato, la “istituzionalizzazione” dei percorsi riparativi consente di potere estendere anche ad essi le garanzie di legalità sostanziale e processuale che governano il procedimento penale. Dall’altro, le potenzialità che tali percorsi dischiudono in termini di rieducazione non stigmatizzante del reo, riaffermazione del precetto violato e riconoscimento della persona offesa, forniscono all’effetto premiale una spiegazione valoriale finalmente convincente.