

ORIENTAMENTI

GIUSEPPE TABASCO

La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti

SOMMARIO: 1. La genesi e l'inquadramento dell'istituto - 2. Le condizioni oggettive e soggettive per l'applicazione della misura - 3. I tempi e le forme della richiesta - 4. I presupposti della messa alla prova - 5. I contenuti del programma di trattamento - 6. Ulteriori contenuti dell'ordinanza che dispone la messa alla prova - 7. L'esecuzione dell'ordinanza che dispone la messa alla prova - 8. La revoca della messa alla prova - 9. Le forme di controllo dei provvedimenti - 10. L'esito della prova - 11. Questioni di diritto intertemporale

1. La genesi e l'inquadramento dell'istituto

Nell'ambito della complessa fenomenologia della sospensione del processo penale va certamente ricompresa la disciplina della sospensione del processo penale minorile con messa alla prova.

L'istituto trae origine direttamente dal *probation* del diritto anglosassone. Tuttavia, se ne discosta giacché interviene nel corso del processo e non già in una fase ad esso successiva.

A tale istituto si è ispirato il legislatore, introducendo nel nostro ordinamento la sospensione del processo penale a carico di imputati maggiorenni con messa alla prova¹.

Infatti, anche l'istituto di nuovo conio si colloca nel solco del cosiddetto *probation* giudiziale, distinguendosi da quello penitenziario, giacché si estrinseca nella sospensione del processo nella fase anteriore alla esecuzione della pena, mentre il secondo muove dal presupposto della esistenza di una condanna

¹ La proposta di introdurre nell'ordinamento la messa alla prova dell'imputato adulto, modellata sull'archetipo della messa alla prova minorile, era già presente nel d.d.l. Mastella n. 2664 del 2007 del Governo Prodi II, diretto all'accelerazione e razionalizzazione del processo penale, sebbene limitata ai reati la cui pena massima edittale non superasse i due anni. Successivamente l'istituto è stato ripresentato dal Governo Berlusconi IV con il d.d.l. n. 3291 del 2010, dal Governo Monti, con il d.d.l. n. 5019 del 2012 e dal Governo Letta con il d.d.l. 5019-*bis* del 2013, laddove la sospensione del procedimento con messa alla prova era indicata, nell'art. 3, come oggetto di una delega parlamentare al governo, da attuarsi con impatto circoscritto al codice di procedura penale e nel rispetto di otto principi e criteri direttivi. Era, altresì, prevista nel progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia e riguardava i reati puniti con pena diversa dalla detentiva o con pena detentiva non superiore a tre anni. L'art. 42 del progetto contemplava l'esito positivo della messa alla prova quale causa di estinzione del reato, mentre l'art. 44 dettava i principi che il legislatore delegato avrebbe dovuto osservare nella fissazione dei presupposti.

definitiva².

Inoltre, tenendo conto della fondamentale distinzione delle fattispecie sospendive, a seconda che per esse sia prevista l'emanazione di un provvedimento *ad hoc*, oppure che la stasi processuale operi in maniera automatica, non dipendendo cioè da un provvedimento giudiziale che espressamente la disponga³, la nuova fattispecie sospensiva, introdotta dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, va certamente ricondotta nella prima categoria⁴, implicando, altresì, come tutti i fenomeni sospensivi, un arresto temporaneo delle attività procedurali, sebbene non assoluto, essendo consentito il compimento di atti rientranti in categorie legislativamente predeterminate⁵.

Tuttavia, la messa alla prova prevista per gli adulti si discosta nettamente da quella minorile.

La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni, da un lato mira a limitare la prisonizzazione dello stesso e la sua permanenza nel circuito penale, dall'altro muove dall'intento di indurlo non solo a non commettere altri reati ma ad attivarsi positivamente in un percorso di maturazione e cambiamento, di guisa che, rimeditando criticamente sul suo passato, si dissocia dalla scelta deviante, reinserendosi nella vita della collettività⁶.

Viceversa, il nuovo istituto, alimentato dal drammatico sovraffollamento delle carceri e dalle condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea⁷ sembra ispirato a decongestiona-

² Osserva FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 67, che 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, conv., con modif., 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».

³ Per tale distinzione cfr. CHIAVARIO, *Sospensione del processo penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 3; nonché, UBERTIS, *Sospensione del processo penale*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 940-941.

⁴ Come la sospensione del processo in sede minorile anche la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato adulto può farsi rientrare tra le cosiddette sospensioni "improprie", giacché apre una fase incidentale che si sviluppa davanti al medesimo giudice che l'ha disposta e che si conclude con un'udienza nella quale viene completata una valutazione *in itinere*. Per l'inquadramento della messa alla prova minorile fra le sospensioni improprie cfr. LOSANA, *Sub art. 28*, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, *Leggi collegate - I - Il processo minorile*, Torino, 1994, p. 292.

⁵ Il riferimento è alle prove non rinviabili ed a quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato, che, ai sensi dell'art. 464-sexies c.p.p., durante la sospensione del procedimento con messa alla prova sono acquisite, dal giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento.

⁶ Così Cass., Sez. I, 25 settembre 1999, Cherchi, in *Mass. Uff.*, n. 214373; Cass. Sez. V, 29 luglio 1997, p. m. in c. Porru, *ivi*, n. 208249; Cass., Sez. V, 8 febbraio 1996, Mantoli, *ivi*, n. 204249.

⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Rass. pen. e crim.*, 2009, 175

re la organizzazione detentiva-penitenziaria nel solco del rigoroso rispetto della dignità umana.

In particolare, esso si colloca nel quadro della necessità di un profondo ripensamento del sistema processuale e sanzionatorio proteso a favorire «il ricorso a sanzioni non penali o comunque alternative alla detenzione» e a «porre un più efficace meccanismo di doppio binario processuale, idoneo a selezionare per la trattazione con il rito ordinario i procedimenti afferenti a fatti (veramente) meritevoli dell'accertamento dibattimentale, implementando, per tutte le altre ipotesi, modalità alternative di definizione degli affari penali»⁸, per realizzare, così, «un'equilibrata de-carcerizzazione» e a conferire effettività al principio del minor sacrificio possibile per la libertà personale»⁹.

Inoltre, il legislatore, aderendo ad una visione sistemica non più carcerocentrica, ha dedicato particolare attenzione alla riparazione ed alla mediazione, considerando l'autore del reato non più soltanto il semplice ed inerte soggetto passivo destinatario della sanzione penale detentiva, ma, soprattutto, la persona stimolata ad attivarsi dinamicamente per l'eliminazione del danno patito dalla vittima dell'illecito penale.

ss., ha condannato per la prima volta l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, norma che, come è noto, dispone che «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». In particolare, la Corte ha affermato che il sovraffollamento, oltre un certo limite costituisce di per sé un trattamento inumano e degradante. In seguito a tale sentenza il primo provvedimento finalizzato a ridurre il numero delle presenze in carcere va individuato nella legge 26 novembre 2010, n. 199, con la quale è stata introdotta nell'ordinamento l'esecuzione presso il domicilio della pena detentiva fino a dodici mesi, successivamente estesa alle pene fino a diciotto mesi dalla legge 22 dicembre 2011 n. 211. Corte eur. dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in www.penalecontemporaneo.it, ha nuovamente condannato il nostro Paese per aver violato l'art. 3 CEDU a causa del sovraffollamento carcerario. Si tratta di una sentenza pilota, ossia di una sentenza per effetto della quale, da un lato, sono stati sospesi tutti i ricorsi dei detenuti aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, dall'altro, è stato concesso, allo Stato italiano, il termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza per adottare misure necessarie per rimediare alla situazione caratterizzata dalla mancanza di spazi sufficienti di vita *intra moenia*. In tale contesto il Governo italiano ha emanato due decreti legge: il primo datato 1 luglio 2013, n. 78, conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 94, intitolato «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena»; il secondo 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». Entrambi i decreti contengono misure di deflazione carceraria, tra le quali vanno ricordate l'introduzione della nuova liberazione anticipata speciale, ossia la possibilità di avere uno sconto di pena sino a settantacinque giorni per ogni semestre di pena scontato, nonché l'allargamento dei presupposti per la concessione delle misure alternative.

⁸ Così, testualmente, FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, cit., 63.

⁹ Così *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, a cura di PICCIRILLO, 3. Anche per VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1301, lo scopo della deflazione carceraria costituisce la principale ragion d'essere della novella legislativa «in relazione, se non altro, alla necessità di ottemperare agli obblighi imposti all'Italia dalla nota sentenza *Torreggiani* della Corte EDU».

In altri termini, ha condiviso il paradigma fondante di un modello di giustizia riparativa, che non considera più il reato come offesa portata primariamente allo Stato, bensì alla vittima dell'illecito penale¹⁰.

Affinché la conciliazione trovi effettiva applicazione, in un sistema penale che privilegia il profilo della ricomposizione rispetto a quello della repressione, è necessaria, tuttavia, una preparazione socio-politica di non poco conto, che non sempre attiene al bagaglio culturale dell'organo giurisdizionale, mentre lo spazio aperto dalla nuova normativa alla mediazione tra autore e vittima resta tutto da inventare, non essendo prevista in merito alcuna disciplina¹¹.

Allora, al fine di assolvere al delicato compito di riavvicinare le parti per risolvere il conflitto potrebbe ipotizzarsi il ricorso a strutture esterne di mediazione, evitando, tuttavia, «l'improvviso proliferare di sedicenti centri di mediazione, senza alcun controllo sulla loro capacità professionale»¹².

Venendo al profilo prettamente tecnico-giuridico, si può osservare che l'istituto, sul versante sostanziale, va inserito fra le cause estintive del reato, mentre, su quello processuale, fra i procedimenti speciali.

Infatti, con l'attuazione del *probation*, «l'autorità statale rinuncia alla indefettabilità ed alla certezza della pena in funzione di un recupero appena probabile, o forse solo possibile, del reo»¹³. In altri termini, lo Stato cede la sua pretesa punitiva, tant'è che l'esito positivo della prova comporta la dichiarazione di estinzione del reato, se il reo recede dalla sua disposizione al reato: l'estinzione del reato è il controvalore che lo Stato si dichiara disposto a pagare pur di evitare il costo del processo¹⁴.

Peraltro, l'imputato rinuncia alla garanzia della *plena cognitio* in cambio di un

¹⁰ Così, ancora, FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, cit., 64. Sul punto cfr., anche, 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, 676, a parere della quale la messa alla prova dell'imputato adulto va inserita nel solco della giustizia riparativa, «ossia di quel modello di giustizia più mite e meno repressivo, alternativo al processo e basato su un paradigma riabilitativo e conciliativo, conferendo al processo e alla pena un ruolo di *extrema ratio*, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova». Sulla *restorative justice* vedi, di recente, la densa sintesi di MANNOZZI, LODIGIANI, *Tornare al diritto e alla giustizia: per un'autonomia didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 133 e ss.

¹¹ Per tale osservazione cfr. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 670.

¹² In tal senso PITTARO, *La competenza penale del giudice di pace: profili di diritto sostanziale*, in *Quest. giust.*, 2000, 1005, ma con specifico riferimento alla conciliazione prevista per il rito davanti al giudice di pace.

¹³ L'osservazione è di FASSONE, *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1986, 784, per il quale lo scambio fra pretesa punitiva e rinuncia al reato recepisce sia la desacralizzazione della pretesa punitiva medesima sia la crescita del valore della persona.

¹⁴ Così MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 676.

trattamento sanzionatorio meno afflittivo rispetto a quello cui andrebbe incontro in caso di pieno accertamento della responsabilità, nonché della pronuncia di una sentenza di proscioglimento¹⁵.

2. Le condizioni oggettive e soggettive per l'applicazione della misura

A differenza della messa alla prova per l'imputato minorenni, che può essere disposta con ordinanza, anche d'ufficio, previa audizione delle parti, quella per l'imputato adulto presuppone la sua richiesta, che potrà essere formulata in forma orale o per iscritto, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, che, in tale ipotesi, autenticherà la sottoscrizione dell'imputato nelle forme previste dall'art. 583, co. 3, del codice di rito penale.

A tal proposito, l'art. 464-*quater*, co. 2, c.p.p. prevede che «il giudice se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta, dispone la comparizione dell'imputato».

La norma, in linea con quella contenuta nella disciplina del procedimento speciale dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 446, co. 5, c.p.p.), sembra sottolineare la natura consensuale del provvedimento e la implicita rinuncia al contraddittorio.

In realtà, attraverso la convocazione, il giudice verifica che l'imputato non sia stato oggetto di indebite pressioni e sia pienamente consapevole delle conseguenze giuridiche connesse alla sua richiesta, con il coerente corollario del libero esercizio del potere di revocare o modificare la propria manifestazione di volontà qualora il consenso risulti viziato.

A tal proposito mette conto di rilevare che il recente d.lgs. 1 agosto 2014, n.

¹⁵ In tali termini BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 664, per il quale se la sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti si ispira ad un modello cosiddetto "premiante" si attenuano le contraddizioni proprie di un modello cosiddetto specialpreventivo, giacché il momento dell'applicazione può essere notevolmente anticipato, alimentando così l'effetto deflattivo, mentre, non richiedendosi un accertamento pieno della responsabilità, l'applicazione avviene su richiesta di parte ed il giudice dovrà concederla automaticamente senza alcun esercizio di potere discrezionale. Infine, non presentando contenuti specialpreventivi, l'istituto avrebbe quali destinatari soltanto soggetti che non abbiano riportato condanne a qualsiasi titolo per un precedente reato, di guisa che «presupposti formali "astratti" (pena edittale, tipo reato) e durata predeterminata sono non solo inevitabili ma anche coerenti»; nonché, MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 676, a parere della quale la sospensione della pronuncia di condanna e la sentenza di proscioglimento per estinzione del reato costituiscono l'incentivo che induce l'imputato a rinunciare al processo in virtù di una libera scelta, «che si pone quale garanzia ad un trattamento sostanziale e processuale lontano dall'archetipo ordinario, che ne giustifica la collocazione all'interno della disciplina dei riti speciali».

101, che, in esecuzione della delega conferita con la legge n. 96 del 2013¹⁶, ha dato attuazione alla Direttiva n. 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, non contiene alcuna prescrizione in ordine al diritto all'informazione dell'imputato sul nuovo istituto.

Del pari, il legislatore non si è preoccupato di integrare il contenuto dell'art. 552 c.p.p., prevedendo anche la possibilità di avanzare richiesta di messa alla prova nell'avviso all'imputato, che, invece, si limita alla facoltà di presentare, qualora ne ricorrano i presupposti, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, le richieste previste dagli artt. 438 e 444 c.p.p., ovvero la domanda di oblazione.

Inserito il nuovo istituto fra i procedimenti speciali, appare logico ritenere che anche ad esso vada esteso l'avviso e i diritti consequenziali.

Non pare ipotizzabile, peraltro, che il giudice possa disporre l'accompagnamento coattivo dell'imputato¹⁷, giacché questa misura è normativamente consentita soltanto quando la sua presenza sia necessaria per l'assunzione di una prova diversa dall'esame¹⁸.

Una ulteriore differenza rispetto a quanto è stabilito in sede minorile - laddove non è prevista alcuna preclusione né per tipologia di reato, né in termini di pena edittale prevista - è costituita dal fatto che la richiesta di messa alla prova per l'imputato adulto è formulabile soltanto per i reati sanzionati con la pena pecuniaria ovvero con la pena detentiva - esclusiva, congiunta o alternativa - non superiore nel massimo a quattro anni, oppure per quelli contemplati dall'art. 550 del codice di rito penale.

La previsione amplia, in tal senso, la portata applicativa dell'istituto rispetto alle direttive del d.d.l. n. 5019-*bis* del 2013.

Era stata rilevata, al riguardo, la scarsa appetibilità del beneficio per i suoi potenziali destinatari, «potendo la gran parte di essi ragionevolmente confidare sulla applicazione di una pena sospesa in sede di patteggiamento, o anche in esito al giudizio»¹⁹.

Si era osservato, cioè, che la prospettiva di andare esente da pena connessa alla sentenza di patteggiamento o ad una condanna a pena sospesa, a fronte

¹⁶ Osservano BRICCHETTI, PISTORELLI, *Previsto anche per gli agenti di polizia giudiziaria l'obbligo di avvisare i fermati in fase precautelare*, in *Guida dir.*, 2014, 32, p. 50, che «La direttiva stabilisce lo standard minimo di informazione che deve essere garantito a colui che viene sottoposto a procedimento penale in uno degli Stati membri in ordine all'accusa elevata nei suoi confronti e ai diritti che gli sono riconosciuti».

¹⁷ In tal senso ZACCARO, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *Quest. giust.*, 2014, 7.

¹⁸ In seguito a quanto stabilito da Corte cost., n. 361 del 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 55, il provvedimento restrittivo risulta possibile pure per sottoporre ad esame un coimputato in un giudizio cumulativo.

¹⁹ Così VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1300.

del contenuto afflittivo della messa alla prova, costituito dal lavoro di pubblica utilità e dallo svolgimento di attività di volontariato di rilievo sociale, avrebbe reso poco attraente l'opzione alternativa della sospensione del procedimento. Viceversa, essendo richiesta, per la concessione della messa alla prova, la prognosi di astensione dalla commissione di nuovi reati, agli imputati gravati da precedenti penali, che non avrebbero potuto godere della sospensione condizionale della pena, in ogni caso sarebbe stato precluso il nuovo beneficio.

Sembra, quindi, che il legislatore abbia voluto recepire siffatti rilievi critici, estendendo, anche ai reati per i quali è prevista la citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica, l'accesso all'istituto.

La scelta, tuttavia, non appare né congruente né opportuna.

Anche se la *ratio* dell'assegnazione di tali delitti alla cognizione del giudice monocratico risiede in un minore allarme sociale, il che giustificherebbe in astratto l'applicazione del nuovo istituto della messa alla prova, non si può fare a meno di osservare che nel novero delle previsioni racchiuse nel secondo comma dell'art. 550 c.p.p. rientrano reati il cui limite edittale massimo può raggiungere i cinque anni (violenza o minaccia a un pubblico ufficiale e resistenza a un pubblico ufficiale), gli otto anni (ricettazione) o addirittura i dieci anni (furto aggravato) di reclusione, disattendendo così palesemente la costruzione politico-criminale della misura imperniata sulla gravità medio-bassa dei delitti di riferimento. Al contrario e paradossalmente restano esclusi, invece, proprio quei reati che, pur essendo puniti con una pena detentiva superiore ai quattro anni, non manifestano una particolare pericolosità sociale.

Sarebbe stato, forse, più ragionevole riservare al giudizio discrezionale del giudice l'individuazione dei casi concreti nei quali, nonostante il superamento del limite edittale prestabilito, la modesta offensività del fatto avrebbe potuto giustificare l'applicazione della nuova procedura.

D'altronde, mette conto di rilevare che nella recente delega al governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio, introdotta dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, non è certo un caso che fra i criteri direttivi viene individuata l'esclusione della punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento, previsione che sarebbe risultata più in armonia sistematica con le ragioni ispiratrici della messa alla prova di imputati adulti.

Ulteriori problemi si pongono in sede applicativa.

Ad esempio, sorge il dubbio sulla concreta attivazione dell'istituto in presenza

di una pluralità di reati riuniti in un unico procedimento²⁰.

Ebbene, se la pena edittale, complessivamente considerata, supera la soglia di legge indicata, l'applicazione della messa alla prova non pare possibile. In caso contrario, non sembra che vi siano ragioni preclusive all'applicazione dell'istituto²¹.

Più complessa è la questione inerente al concorso di più delitti previsti dall'art. 550, co. 2, c.p.p. oppure di uno di questi con altri reati.

Anche in tal caso l'*impasse* sarebbe stato superato affidando alla discrezionalità giudiziale l'individuazione dei casi concreti in cui applicare la misura.

Altra via perseguibile sarebbe stata rappresentata dall'innalzamento dell'entità della sanzione edittale.

Se comprensibili preoccupazioni securitarie hanno indotto il legislatore a non seguire la strada di un innalzamento indiscriminato del limite edittale, permanente peraltro la scarsa appetibilità del beneficio, giacché l'imputato, considerato il tendenziale appiattimento su livelli minimi o medi della pena detentiva irrogata in concreto, potrebbe andare esente da pena attraverso la sospensione condizionale²², evitando di sottoporsi al programma di trattamento elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, previsto dall'art. 464-*bis* c.p.p. quale allegazione necessaria dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova²³.

²⁰ Osserva MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 678, che il rinvio al concetto di «procedimenti per reati puniti» contenuto nell'art. 168-*bis* c.p. risolve la possibilità di chiedere il rito alternativo nel caso di cumulo di reati all'interno del medesimo procedimento. Tuttavia, secondo l'Autrice, residuano ulteriori problemi applicativi. Ad esempio, v'è da chiedersi se la previsione che il beneficio possa essere concesso una sola volta ne precluda la fruizione all'interno di altri procedimenti e, in caso di esito positivo, se all'interno di questi ultimi debba prevalere l'ipotesi cronologicamente prioritaria o quella più favorevole al beneficiario o, ancora, se essa operi solo nei confronti della medesima o anche di altra autorità giudiziaria.

²¹ Sul punto cfr. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 664; nonché, FIORENTIN, *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 68.

²² Ritiene, giustamente, AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 87, che colui che può avvalersi della sospensione condizionale della pena difficilmente può essere «stimolato» ad accedere alla messa alla prova; mentre, VIGANO, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1301, osserva che la platea dei soggetti interessati alla sospensione del procedimento con messa alla prova si restringerebbe ad una ristretta categoria di imputati che potrebbero temere le conseguenze negative di una condanna o di un patteggiamento (in relazione, ad es., al loro interesse a concludere contratti con la pubblica amministrazione).

²³ Secondo 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, 11 s., la messa alla prova, per gli imputati che non rischiassero l'esecuzione della pena detentiva potrebbe apparire «scarsamente allettante rispetto ad altri esiti del processo ugualmente imperniati sull'imposizione di obblighi lavorativi – come, ad esempio, una sentenza del giudice di pace applicativa della sanzione del lavoro di pubblica utilità, o una sentenza di condanna o di patteg-

Sul piano soggettivo la messa alla prova in sede minorile non trova limiti. Essa è reiterabile illimitatamente; è suscettibile di estensione in corso di esecuzione; può essere concessa in caso di nuovi processi per fatti sia precedenti che successivi; è applicabile anche al minore che in precedenza sia stato destinatario di perdono giudiziale o condannato²⁴.

Viceversa, la messa alla prova dell'imputato adulto prevede taluni limiti soggettivi. Infatti, essa non può essere applicata né ai delinquenti e contravventori abituali²⁵, né ai delinquenti professionali e per tendenza. Non viene richiamata, peraltro, la figura del recidivo e del recidivo reiterato. Ciò induce a ritenere che il beneficio possa essere concesso anche a soggetti che siano stati già condannati²⁶, ponendosi, così, la norma in linea con la normativa introdotta dal d.l. 1 luglio 2013, n. 78, conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 94, che tra le novità più significative annovera proprio l'eliminazione parziale di quegli "automatismi carcerari" che impedivano, o rendevano particolarmente difficile, l'accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione, ai condannati cui era stata applicata la circostanza della recidiva reiterata.

giamento a pena detentiva condizionalmente sospesa, con imposizione dei predetti obblighi -, dal momento che l'obbligo di prestazione del lavoro accessorio alla sospensione con messa alla prova potrebbe avere contenuti significativamente più affittivi, quanto a estensione temporale, di quelli dell'analoga misura irrogabile a norma dell'art. 54 d.l. n. 274 del 2000 o dell'art. 165 c.p.». Viceversa, l'istituto rappresenterebbe una opportunità senz'altro invitante per gli imputati che non potessero fare affidamento sul lavoro di pubblica utilità come forma sostitutiva o alternativa di espiazione della pena oppure per coloro che, «pur non rischiando nell'immediato di riportare o di scontare effettivamente una pena detentiva, avessero tuttavia motivo di ritenere probabile un loro successivo assoggettamento a nuovi procedimenti penali».

²⁴ Sul punto LOSANA, *Sub art. 28*, cit., 299.

²⁵ In merito alla delinquenza abituale FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 71 s., osserva che la preclusione mantiene la sua natura assoluta in relazione alla misura anche qualora la declaratoria sia risalente nel tempo e possa per tale motivo non corrispondere a una pericolosità soggettiva concreta ed attuale. Pertanto, tale constatazione fa rilevare una certa distonia dell'istituto, «considerato che non appare irragionevole ritenere che il decorso del tempo e l'eventuale percorso di recupero sociale possano avere *medio tempore* ridotto o, addirittura, esaurito la carica antisociale dell'interessato, sterilizzandone quindi la relativa pericolosità soggettiva».

²⁶ Osserva BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 668, che non è da escludere che l'istituto trovi applicazione anche rispetto a colui che è già stato condannato in precedenza, rischi o meno il carcere. In tal caso, secondo l'Autore, «dipende tutto da come opererà il giudizio di prognosi di non recidiva: se in termini rigorosi, si dovrebbe tendere all'esclusione dell'applicazione; se in termini flessibili, invece, si dovrebbe tendere alla concessione». Tuttavia, nell'ipotesi di imputato già condannato, è plausibile che la messa alla prova trovi applicazione soltanto nel caso in cui vi siano buone ragioni di ritenere che si rischi il carcere. Ne consegue che «al fine di estendere l'ambito applicativo dell'istituto, con ogni probabilità si adotterà un giudizio di prognosi molto flessibile per permettere la concessione anche a chi ha riportato una condanna sospesa [...]». Di tal guisa la disposizione contribuisce a rendere il sistema ancora più irrazionale sotto il profilo della progressività trattamentale.

ta²⁷.

È escluso, altresì, che il beneficio possa essere concesso per più di una volta. La previsione, pur dettata dalla opportunità di scongiurare strumentalizzazioni dell'istituto al fine di evitare il carcere ad una tipologia di delinquente seriale, certamente, ne disattende la preminente finalità di deflazione del carico giudiziario, foriero di incertezza e sfiducia collettiva, e di deflazione carceraria, e contrasta con la linea di politica criminale seguita, di recente, dal legislatore con riferimento alle misure alternative alla detenzione. Infatti, l'art. 2, co. 1, b), d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modif., in l. 21 luglio 2014 n. 10, ha abrogato il co. 5 dell'art. 94 t.u.stup., facendo venire meno il divieto di applicare per più di due volte l'affidamento in prova terapeutico²⁸.

L'abolizione si spiega alla luce dei dati esperienziali – così è dato leggere nella relazione al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 – che rivelano un consistente rischio di ricaduta nell'abuso di sostanze da parte dei tossicodipendenti che abbiano intrapreso un percorso riabilitativo, ed in virtù della conseguente conclusione secondo cui appare più ragionevole evitare rigide preclusioni e

²⁷ Sul punto DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 96-100, per la quale la modifica forse più rilevante volta a smantellare, seppure parzialmente, il sistema di preclusioni nei confronti dei recidivi reiterati in relazione ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione è rappresentata dalla soppressione del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne a pena a detentiva di cui all'art. 656, co. 5, c.p.p., che era previsto proprio nei confronti dei recidivi reiterati. A ciò va aggiunta l'abrogazione del co. 1.1 dell'art. 47-ter o.p., che ha reso concedibile la detenzione domiciliare "tradizionale" ai recidivi reiterati in condizioni di parità rispetto agli altri condannati. Inoltre, per effetto della modifica apportata al comma 1-bis dell'art. 47 o.p., la detenzione domiciliare infra-biennale risulta ora accessibile al recidivo reiterato, alle stesse condizioni degli altri condannati. Infine l'abrogazione dell'art. 50-bis o.p., che limitava fortemente l'accesso alla semilibertà per i recidivi reiterati, prevedendo che la misura, a prescindere dall'entità della pena inflitta, potesse essere concessa solo dopo l'espiazione dei due terzi della pena, ed addirittura dei tre quarti nell'ipotesi in cui la condanna riguardasse uno dei reati contenuti nell'art. 4-bis o.p., consente ai recidivi reiterati di poter accedere alla semilibertà alle stesse condizioni degli altri condannati. Tuttavia, sottolinea l'Autrice che il processo di eliminazione degli automatismi carcerari a carico del recidivo reiterato ha subito una brusca frenata in sede di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, giacché durante l'esame parlamentare sono state ripristinate alcune disposizioni che il decreto legge aveva abrogato. In primo luogo la disposizione di cui all'art. 30-quater o.p. che stabilisce soglie di pene più elevate per la concessione dei permessi premio a carico dei recidivi reiterati, in secondo luogo la disposizione di cui all'art. 58-quater, comma 7-bis, o.p., che, in relazione ai condannati cui sia stata applicata la recidiva reiterata vieta la concessione per più di una volta delle misure alternative dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà.

²⁸ Secondo DI GENNARO, BREA, LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 246, la *ratio* del divieto è riconducibile all'intento riabilitativo dell'istituto il quale «risulta appunto vanificato se il soggetto dimostra, dopo la seconda volta, di non essere in grado di avvalersi della misura per uscire dalla condizione di dipendenza in cui si trova». Sul punto cfr., anche, PRESUTTI, *Tossicodipendenze e libertà personale. Misure processuali e penitenziarie*, Milano, 1989, 84, per la quale l'impedimento all'uso reiterato della misura è dettato dal timore di dare vita ad una sorta di diritto speciale per il tossicodipendente

rimettere alla valutazione giudiziale la possibilità di concedere a tali soggetti ulteriori possibilità di recupero attraverso l'accesso a programmi di esecuzione extramuraria della pena detentiva.

Siffatte considerazioni possono valere anche per la preclusione relativa alla messa alla prova ed inducono a ritenere che anche in tale ipotesi il divieto di concessione per più di una volta del beneficio pecca di astrattezza, impedendo all'imputato di fruire della misura anche laddove possa ravvisarsi l'utilità di una fruizione ulteriore, avendo egli dimostrato un serio impegno nel programma di trattamento²⁹.

Nulla è previsto in ordine ai rapporti fra la messa alla prova ed altri benefici.

In astratto, quindi, non è escluso che l'imputato, che abbia beneficiato della messa alla prova, possa usufruire della sospensione condizionale della pena, né che, una volta usufruito della sospensione condizionale, possa essere ammesso alla prova.

Appare palese il rischio del non regolamentato coordinamento tra i due istituti.

A tal proposito va osservato che, con maggiore attenzione, il terzo comma dell'art. 47 del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia vietava di concedere più di una volta la sospensione condizionale della pena a chi avesse usufruito della sospensione del processo con messa alla prova per un reato punito con la pena detentiva.

3. I tempi e le forme della richiesta

La richiesta, che costituisce - come già anticipato - un atto personalissimo può essere proposta sia dopo la conclusione delle indagini preliminari, sia nel corso delle indagini preliminari, ossia prima che l'azione penale sia stata esercitata.

In quest'ultimo caso è espressamente individuato un termine finale, che si diversifica in ragione dei differenti moduli procedurali.

Nel procedimento ordinario la richiesta va avanzata nell'udienza preliminare o nell'ulteriore udienza fissata per la integrazione delle indagini fino alla formulazione delle conclusioni rassegnate dalle parti.

Il termine per formulare la richiesta nell'udienza preliminare viene individuato con la medesima formula che viene utilizzata per individuare il termine per la proposizione della richiesta di rito abbreviato («fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422»).

Sul punto, quindi, potrebbe sorgere lo stesso contrasto esegetico emerso in

²⁹ In tal senso FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, cit., 71, per il quale «si tratta di un divieto *ratione personae*, parametrato sull'intera "storia" giudiziaria del soggetto».

tema di rito abbreviato per l'esatta individuazione del momento preclusivo della richiesta³⁰.

Tuttavia, è agevole ritenere che alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova possa applicarsi la stessa soluzione prospettata di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione in tema di rito abbreviato avanzato in udienza preliminare³¹, identificandosi il termine preclusivo della richiesta, al più tardi, nel momento in cui il difensore - per ciascun imputato - formula le proprie conclusioni definitive³².

Nel caso si proceda con rito direttissimo e nel procedimento con citazione diretta a giudizio, il termine per formulare la richiesta è costituito dalla dichiarazione di apertura del dibattimento.

Nel giudizio immediato, entro quindici giorni dalla notifica del relativo decreto all'imputato o dalla comunicazione del relativo avviso al difensore.

Nel procedimento per decreto, il termine si identifica con quello previsto dall'art. 461 c.p.p. per l'opposizione.

La richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova può essere avanzata anche nella fase delle indagini preliminari, così come è previsto, anche in sede minorile, per l'applicazione della pena su richiesta di parte e per l'oblazione.

Inoltre, ai sensi dell'art. 141-*bis* disp. att. c.p.p., introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, «il pubblico ministero, anche prima di esercitare l'azione penale, può avvisare l'interessato, ove ne ricorrano i presupposti, che ha la facoltà di chiedere di essere ammesso alla prova, ai sensi dell'art. 168-*bis* del codice penale, e che l'esito positivo della prova estingue il reato»³³.

La disposizione, da un lato, mira a stimolare l'esercizio della facoltà, al fine di massimizzare le potenzialità deflative della misura, dall'altro, è «funzionale a

³⁰ Il contrasto aveva generato tre orientamenti interpretativi. Per alcuni il momento preclusivo della richiesta di rito abbreviato andava individuato nel momento iniziale della sottofase delle conclusioni dell'udienza preliminare, quello nel quale il giudice dell'udienza preliminare invita il pubblico ministero ad illustrare i risultati delle indagini preliminari e gli elementi di prova che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio. Per altri, invece, esso andava identificato nel momento in cui è il difensore dell'imputato che rassegna le conclusioni. Infine, per altri, ancora, nel caso di udienza preliminare celebrata nei confronti di più imputati, il termine preclusivo andava identificato nel momento terminale della sottofase, ossia nel momento che immediatamente precede la dichiarazione di chiusura della discussione prevista dall'art. 421, comma 4, del codice di rito penale.

³¹ Cass., Sez. un., 27 marzo 2014, Frija, in *questa Rivista* online.

³² In tal senso cfr. *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 12.

³³ Secondo AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, cit., 89, la previsione è molto opportuna giacché in tale evenienza ma anche nel corso delle indagini preliminari, allorché il pubblico ministero abbia omesso di inoltrare l'avviso, sembra logico e sistematicamente corretto che la richiesta vada presentata al pubblico ministero che ha la materiale disponibilità del fascicolo.

consentire all'imputato di attivarsi per tempo presso gli uffici locali dell'esecuzione penale esterna, perché questi predispongano il programma di trattamento, secondo il modulo collaborativo stabilito dall'art. 141-ter disp. att. cod. proc. pen.»³⁴. Ai sensi dell'art. 464-ter c.p.p., il giudice, una volta che è stata presentata la richiesta, informa il pubblico ministero al quale trasmette gli atti affinché esprima il proprio consenso o dissenso nei cinque giorni successivi³⁵.

A tal proposito, sarebbe stato opportuno prevedere che, nel corso delle indagini preliminari, la richiesta venisse inoltrata direttamente all'autorità giudiziaria onde evitare inutili passaggi procedurali³⁶.

Se il pubblico ministero esprime il consenso con atto scritto, sinteticamente motivato ed accompagnato dalla formulazione dell'imputazione, il giudice sarà tenuto a fissare l'udienza camerale al fine di decidere sulla messa alla prova, ai sensi dell'art. 464-quater c.p.p., dovendo sentire anche la persona offesa. In caso di dissenso, la norma non evidenzia se il diniego del pubblico ministero deve essere seguito dalla fissazione dell'udienza camerale. Se, peraltro, si ritenesse che il magistrato inquirente non è tenuto ad investire il giudice per le indagini preliminari della delibazione in contraddittorio camerale delle ragioni giustificative del suo dissenso, il parere del pubblico ministero diventerebbe da obbligatorio anche vincolante, privando l'indagato di un primo vaglio di giurisdizionalità in ordine al suo diniego³⁷.

Ovviamente, nell'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari rigetti la richiesta di messa alla prova risulterà incompatibile a celebrare l'udienza preliminare o il dibattimento, atteso che in tale sede l'istanza potrà essere riproposta.

Verrebbe, infatti, a trovarsi in una condizione carente di impregiudicatezza chi, in una fase del medesimo procedimento, ha emesso una valutazione relativa ad una richiesta dell'imputato, non essendo nella condizione psichica di poter giudicare nuovamente senza subire il peso della decisione già presa.

³⁴ Così, ancora, *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 15.

³⁵ AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, cit., 89, ritiene incomprensibile e fuori sistema tale previsione normativa poiché nel corso delle indagini preliminari il giudice non ha la disponibilità del fascicolo se non nelle rare occasioni in cui sia stato investito di una richiesta (intercettazioni telefoniche, misura cautelare, incidente probatorio).

³⁶ È di tale opinione, AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, cit., 89, per il quale la norma va integrata ed interpretata in tal senso.

³⁷ Di parere contrario, ancora, AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, cit., 89, per il quale il dato letterale sembra escludere che in caso di dissenso il giudice possa comunque provvedere sulla richiesta, giacché la disciplina dettata dall'art. 464-quater, co. 1, c.p.p., che legittimerebbe tale conclusione, risulta applicabile alle sole ipotesi in cui è stata già esercitata l'azione penale.

Il co. 9 dell'art. 464-*quater* c.p.p. dispone, poi, che in caso di reiezione dell'istanza la stessa può essere riproposta nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

A tal proposito mette conto di rilevare che, sia nell'ipotesi di dissenso del pubblico ministero sia in quella di consenso, il legislatore ha fatto riferimento soltanto alla possibilità di reiterare la richiesta nel dibattimento, dimenticando di far riferimento all'udienza preliminare durante la cui celebrazione la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova pure può essere formulata.

Si tratta certo di una dimenticanza, giacché diversamente opinando verrebbe frustrata la potenzialità deflattiva della misura, considerato che l'ammissione alla prova nel corso dell'udienza preliminare consente la definizione anticipata del processo evitando il dibattimento.

In ogni caso, il fatto che il giudice in caso di rinnovazione della richiesta prima dell'apertura del dibattimento di primo grado (art. 464-*ter*, co. 4, c.p.p.) e in caso di riproposizione della domanda reietta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (art. 464-*quater*, co. 9, c.p.p.) al fine di decidere abbia soltanto l'onere di sentire le parti e la persona offesa, che non ha alcun potere di veto o di opposizione, dovendo essere soltanto citata e sentita se compare, induce a ritenere che il pubblico ministero esprima semplicemente un parere non vincolante, al quale, quindi, il giudice non dovrà attenersi al momento della decisione³⁸.

Infine, considerato che la sentenza di cui all'art. 129 c.p.p. può essere pronunciata d'ufficio «in ogni stato e grado del processo» sorge il dubbio se il giudice investito di una richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova possa pronunciare il proscioglimento dell'imputato senza fissare l'udienza camerale.

In tema di udienza preliminare le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno ritenuto – come è noto – che nella fase che va dalla ricezione della richiesta di rinvio a giudizio allo svolgimento dell'udienza preliminare, il giudice non può pronunciare *de plano* l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p.; viceversa deve dare impulso al rito

³⁸ Sul punto cfr. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 676, la quale osserva che avverso la decisione del giudice è proponibile ricorso per cassazione da parte del pubblico ministero dissenziente. Rileva, inoltre, l'Autrice che la legge non disciplina neppure la possibile concorrenza fra l'eventuale ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza di diniego del beneficio e la riproposizione dell'istanza *in limine* al dibattimento e, pertanto, «è chiaro, in tal caso, che secondo le regole generali, il richiedente-impugnante dovrà attendere il provvedimento della Cassazione prima di riproporre l'istanza che, al contrario, prevale nel caso di rinuncia al ricorso».

proprio della fase in corso³⁹. Pertanto, il giudice dell'udienza preliminare deve fissare l'udienza e solo nel corso di tale udienza, se ne ricorrono i presupposti, può emettere sentenza di non luogo a procedere ai sensi dell'art. 129 del codice di rito penale.

Identica soluzione può valere anche per il procedimento speciale di recente introduzione.

Non sembra, invece, possibile che il giudice investito della richiesta di messa alla prova nel corso delle indagini preliminari possa emettere un provvedimento di archiviazione. A tale conclusione osta la disciplina dettata dal comma terzo dell'art. 464-ter c.p.p., che prevede unitamente al consenso del pubblico ministero la formulazione dell'imputazione.

L'esercizio dell'azione penale si configura come preclusivo della richiesta di archiviazione⁴⁰.

4. I presupposti della messa alla prova

In linea con quanto stabilito in sede di applicazione della pena su richiesta di parte, il legislatore ha stabilito che il giudice, investito della richiesta di messa alla prova, emette l'ordinanza ammissiva, verificata l'insussistenza delle ragioni che, a norma dell'art. 129 c.p.p., impongono d'ufficio l'immediato proscioglimento dell'imputato.

In tal modo l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato che, in sede minorile non è richiesto dalla norma ma che dottrina⁴¹ e giurisprudenza⁴² avevano ritenuto dovesse evincersi indiscutibilmente, trattandosi di una misura penale limitativa della libertà personale e dunque soggetta al principio di stretta legalità, diviene presupposto inderogabile per l'operatività dell'istituto⁴³,

³⁹ Cass., Sez. un., 25 gennaio 2005, P.g. in proc. De Rosa, in *Dir. e giust.*, 2005, 17, 36.

⁴⁰ *Contra* AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, cit., 90, il quale ritiene che il consenso eventualmente prestato dal pubblico ministero, corredato dall'imputazione, non costituisce, in assenza di esplicita disposizione normativa, esercizio dell'azione penale ex art. 405 c.p.p.. Pertanto, il giudice per le indagini preliminari potrà provvedere a disporre l'archiviazione laddove ritenga esclusa la responsabilità dell'indagato o comunque improcedibile l'azione penale, essendogli imposto di provvedere con sentenza, ex art. 129 c.p.p., soltanto dopo l'esercizio dell'azione penale. Il provvedimento di archiviazione potrà essere emesso secondo le regole generali fissando l'udienza camerale ex artt. 408 e seguenti del codice di rito penale.

⁴¹ Se così non fosse l'istituto perderebbe il carattere di misura penale per acquistare quello di misura amministrativa. In tal senso LOSANA, *Sub art. 28*, cit., 292; PALOMBA, *Sistema del nuovo processo penale minorile*, Milano, 1991, 414.

⁴² Cfr. Corte cost., n. 125 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, 972, che considera «il giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice» un «presupposto concettuale sostanziale» del provvedimento di sospensione, precisando che la sua carenza «imporrebbe il proscioglimento».

⁴³ Secondo AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, cit., 88, la conclusione si desume a chiare lettere dall'art. 464-quater, co. 1, c.p.p. laddove è previsto che la sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta a meno che il giudice non ritenga di dover pronunciare una

che, quindi, sembra risolversi nell'applicazione di una sanzione penale ad un soggetto già riconosciuto colpevole⁴⁴, assumendo le fattezze della condanna ad una misura alternativa alla detenzione⁴⁵.

Ovviamente, l'accertamento si compendia in un giudizio prognostico connotato dalla sommarietà e provvisorietà considerata la fase processuale in cui trova ingresso la sospensione del procedimento con messa alla prova, che, tuttavia, sono giustificate dal consenso dell'imputato, che rinuncia ad una *plena iurisdictio* garantita dal pieno contraddittorio nella formazione della prova. In ogni caso, i contenuti afflittivi dell'istituto, assimilabili a quelli di una pena, essendo applicati in una fase anticipata rispetto alla condanna e prescindendo da un autentico ed approfondito accertamento della responsabilità del soggetto, pongono delicati problemi sistematici ed alimentano dubbi di legittimità

sentenza di proscioglimento ex art. 129 del codice di procedura penale. Inoltre, secondo l'Autore, la conclusione si impone anche in virtù dell'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. È ovvio che il richiamo al reato e al pregiudizio da esso cagionato impone un accertamento positivo sulla sua sussistenza e di conseguenza sulla responsabilità dell'agente. Infine, 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.

⁴⁴ È di tale avviso 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*, cit., 9-10, il quale, nel commentare la configurazione dell'istituto presente nel disegno di legge C 3291-ter, recante "Disposizioni relative alla sospensione del procedimento penale con messa alla prova", individua varie ragioni per le quali l'ordinanza di ammissione della sospensione con messa alla prova per gli adulti presenterebbe le caratteristiche di una cripto-condanna. 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 di 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. Infine 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)».

⁴⁵ Osserva VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 1302, che uno dei profili critici della sospensione del procedimento con 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 di risarcire il danno causato con la propria condotta, o ancora di riparare alle conseguenze dannose o pericolose del reato.

costituzionale⁴⁶.

La sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base alla gravità del reato e alla capacità a delinquere dell'autore del fatto, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati⁴⁷.

Il legislatore non ha indicato l'obiettivo rispetto al quale andrebbe valutata l'idoneità del programma⁴⁸.

Il vuoto normativo può essere colmato dai principi statuiti dalla giurisprudenza di legittimità in sede di applicazione della messa alla prova minorile, che potranno certamente orientare il giudice nella valutazione.

Infatti, sono numerose le pronunce che fondano il giudizio prognostico affidato alla discrezionalità del giudice sulla evoluzione della personalità del minore verso modelli socialmente adeguati ovvero sulla possibilità di rieduca-

⁴⁶ In tal senso BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 663, il quale osserva che, mancando un accertamento della responsabilità, e quindi non potendosi fare riferimento alla pena irrogata o comunque commisurata dal giudice, per individuare i presupposti formali occorre fare riferimento o alle tipologie di reato o alla pena comminata in astratto, ossia a un criterio non solo estraneo alle istanze di prevenzione speciale, ma anche fortemente condizionato da considerazioni di prevenzione generale.

⁴⁷ Per FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, cit., 72, si pone il dubbio se il giudice sia comunque tenuto a concedere la messa alla prova allorché ravvisi idoneo il programma di trattamento e ritenga che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati, ovvero mantenga una facoltà di apprezzamento discrezionale anche nella fase decisionale. A parere dell'Autore ragioni di opportunità inducono a propendere per la seconda soluzione ermeneutica. Quest'ultima, infatti, sembra più coerente, da un lato, con il ruolo del giudice, che non può essere ridotto ad una sorta di "applicatore" amministrativistico del beneficio, dall'altro con la circostanza non remota che nella fase iniziale di applicazione dell'istituto possano insorgere difficoltà concrete nel reperire lavori socialmente utili e, quindi, pur in presenza dei presupposti di legge indicati dalla norma per la concessione della messa alla prova, possa materializzarsi il rigetto della richiesta, attesa la carenza di un'attività di pubblica utilità in cui impiegare l'imputato.

⁴⁸ Sottolineano tale carenza MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 682, la quale, da un lato, rileva che nulla viene stabilito anche in merito alla misurazione effettiva dell'attuazione del programma e alla sua riuscita, dall'altro, osserva che per la formulazione del giudizio di idoneità del programma sarà determinante l'apporto dell'UEPE.; e BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 667-668, per il quale in via interpretativa si può ritenere che l'idoneità del programma debba riguardare la capacità di incidere sulla personalità reale del soggetto, di guisa che il giudice dovrà esercitare anche un controllo discrezionale circa l'effettiva disponibilità del soggetto a sottoporsi al trattamento. Per tale motivo, secondo l'Autore, il legislatore, ex art. 464-bis, co. 5, c.p.p., ha previsto che «al fine di decidere sulla concessione, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni cui è eventualmente subordinata, il giudice può acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato». La norma, infatti sembra aprire a una valutazione circa la concreta ed eventuale capacità di risposta della personalità ad un programma ritenuto astrattamente idoneo.

zione e di reinserimento nella vita sociale⁴⁹.

E, altrettanto numerose sono le pronunce che individuano i criteri che devono guidare l'esercizio della discrezionalità giudiziale, identificandoli nel tipo di reato commesso, nelle sue modalità attuative, nel carattere dell'imputato e nei motivi a delinquere, nonché su ogni altro elemento utile che induca a ritenere il fatto contestato un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un sistema di vita⁵⁰.

La confessione⁵¹ o l'ammissione parziale dell'addebito, pur potendo rappresentare un elemento sintomatico da cui desumere il ravvedimento⁵², non costituiscono, invece, presupposto essenziale per la concessione della messa alla prova dell'imputato adulto.

La seconda valutazione discrezionale del giudice consiste nella prognosi favorevole circa il fatto che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Netta emerge la differenza rispetto alla messa alla prova minorile.

In quest'ultima il periodo di prova è funzionale alla prognosi positiva di risocializzazione del reo; l'obiettivo della messa alla prova è quello di consentire la formulazione di un attendibile giudizio prognostico sul comportamento futuro dell'imputato. Viceversa, nella sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato adulto la prognosi di non pericolosità va effettuata *ex ante* sulla base ancora di frammentari elementi di valutazione della personalità dell'imputato, attesa l'applicazione molto anticipata dell'istituto⁵³.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 5 marzo 2013, R., in *Mass. Uff.*, n. 255267; Cass., Sez. V, 7 dicembre 2012, G., *ivi*, n. 256772; Cass., Sez. I, 1 febbraio 2006, Zatar, in *Riv. pen.*, 2007, p. 128; Cass., Sez. II, 10 marzo 1999, Svetina, in *Mass. Uff.*, n. 212789; Cass., Sez. I, 27 ottobre 1998, Argento, *ivi*, n. 211875.

⁵⁰ Cass., Sez. III, 22 ottobre 2008, S., in *Mass. Uff.*, n. 241805; Cass., Sez. II, 4 novembre 2003, Modaffari, *ivi*, n. 228149; Cass., Sez. I, 20 gennaio 1999, Canale, *ivi*, n. 212546; Cass., Sez. I, 12 aprile 1990, Liistro, *ivi*, n. 184031.

⁵¹ Un filone minoritario della giurisprudenza di merito la riteneva necessaria per la concessione della messa alla prova minorile. In tal senso Trib. min. Bologna, 10 settembre 1992, Sacchetti, in *Foro it.*, 1993, II, c. 582; *contra* Trib. min. Genova, 16 dicembre 1992, M.B. e altri, in *Giur. mer.*, 1994, 509.

⁵² Così Cass., Sez. III, 8 luglio 2008, p. g. in c. Passacantando, in *Mass. Uff.*, n. 240825.

⁵³ In tali termini CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della dellazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit., 10, il quale osserva che la valutazione *ex ante* della prognosi di pericolosità rischia di «favorire un ricorso pressoché indiscriminato al meccanismo di *probation*, secondo dinamiche assimilabili a quelle che hanno condotto alla degenerazione applicativa del beneficio della sospensione condizionale». Sul punto cfr., anche, MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova. Un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 241 ss., per il quale la difficoltà del giudizio è gravata dal fatto che esso deve essere formulato per il futuro che «è terribilmente incerto e sicuramente protratto in un tempo lontano»; nonché, MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 682, per la quale la difficoltà del giudizio è aggravata anche dalla celerità dei tempi.

5. I contenuti del programma di trattamento

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

L'impiego del termine trattamento può giustificarsi soltanto ritenendo - come già osservato - che l'istituto della messa alla prova presupponga un giudizio positivo sulla responsabilità penale del soggetto.

Infatti, il trattamento rieducativo costituisce l'architrave su cui poggia la *ratio essendi* dell'ordinamento penitenziario.

Ma - come già sottolineato - la messa alla prova dell'imputato maggiorenne si differenzia dal *probation* penitenziario, che presuppone l'esistenza di una condanna definitiva e si connota quale strumento alternativo in fase di esecuzione.

Coniugare il trattamento rieducativo, inteso come l'insieme delle regole che tendono alla risocializzazione della persona, in occasione della detenzione o della privazione della libertà, all'inesistenza di una condanna definitiva da eseguire potrebbe, quindi, indurre dubbi di costituzionalità, attesa la presunzione di non colpevolezza, scolpita nell'art. 27, co. 2, della Costituzione, riaprendo gli accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali alimentati dall'inquadramento sistematico della sentenza di condanna alla pena patteggiata⁵⁴.

⁵⁴ Sulla configurazione giuridica della sentenza che applica la pena richiesta dalle parti si contrappongono - come è noto - due filoni interpretativi. Secondo la dottrina maggioritaria la sentenza di condanna ad una pena patteggiata non può prescindere da un accertamento di responsabilità, non essendo possibile applicare una pena in assenza di un giudizio di colpevolezza. Peraltro, negando la configurabilità di un accertamento giudiziale, l'art. 444 del codice di rito penale risulterebbe costituzionalmente illegittimo in relazione agli articoli 13, co. 1, 27, co. 2, 111, co. 6, Cost. Infatti, ritenere che la sentenza che applica la pena richiesta dalle parti possa prescindere da un accertamento di responsabilità significa riconoscere all'imputato la possibilità di disporre della propria libertà personale in aperto contrasto con l'art. 13 Cost., inteso nel senso che l'inviolabilità della libertà personale ne comporta anche l'indisponibilità. Inoltre, una disposizione che consentisse l'applicazione di una pena ad un soggetto in assenza di prove della sua responsabilità contrasterebbe con la presunzione di non colpevolezza, sancita dall'art. 27 della Costituzione. Infine, la sentenza di patteggiamento risulterebbe priva di motivazione, giacché la carenza di accertamento della responsabilità renderebbe impossibile esplicitare le argomentazioni utilizzate per pervenire ad affermare la sussistenza del fatto e la responsabilità dell'autore, indicando le prove su cui si fonda la decisione. Così, per tutti, LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1600; ID., *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1396. Viceversa, la dottrina minoritaria ritiene che alla sentenza di patteggiamento non possa riconoscersi la natura propria di una pronuncia di condanna. Infatti, considerato che nell'ipotesi di applicazione della pena richiesta dalle parti il giudice compie soltanto l'accertamento proteso a verificare se risulta provata una delle cause di non punibilità previste dall'art. 129 c.p.p., allorché questi ritenga che il pubblico ministero non abbia eliminato ogni ragionevole dubbio sulla colpevolezza dell'imputato ovvero sia contraddittoria oppure manchi la prova

Il secondo comma dell'art. 168-*bis* c.p. delinea il contenuto della messa alla prova, imponendo una duplice serie di obblighi, «volti, i primi al profilo riparativo e risarcitorio del danno *ex delicto*, a favorire il recupero sociale dell'imputato, i secondi»⁵⁵.

L'ordinanza che dispone la messa alla prova prevede obbligatoriamente, sotto il profilo riparativo, la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato.

A tal proposito la norma pecca di chiarezza. Infatti alla facoltatività dell'attività risarcitoria denotata dalla locuzione «ove possibile»⁵⁶ si unisce l'incerto tenore

circa la esistenza di una condizione di procedibilità, dovrà accogliere la richiesta di applicazione della pena. Ne deriva che la sentenza di patteggiamento non è una sentenza di condanna, giacché nell'una e nell'altra ipotesi diversa è la regola di giudizio da applicare e diverso è il tipo di accertamento che viene condotto sulla questione di fatto. Sul punto, cfr. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Bargis, Padova, 2012, 685; nonché, MACCARONE, *Ancora sulla natura della sentenza emessa ex art. 444*, in *Giust. pen.*, 1994, III, 413. Fra i due filoni interpretativi si pone una tesi intermedia secondo la quale la sentenza di patteggiamento contiene un accertamento incompleto. Si esprime in tali termini P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, 782-783, il quale ritiene che «con l'accordo delle parti si attua una forma di dialettica che non elimina, bensì attenua l'onere della prova in capo al pubblico ministero», di guisa che la presunzione di innocenza resta salva come regola di giudizio, mentre l'imputato rinuncia soltanto alla garanzia rappresentata dalla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio «rendendo più lieve l'onere del pubblico ministero». Ne consegue che il giudice non può rigettare la richiesta di applicazione della pena per incompletezza delle indagini. Quindi, «in presenza di un minimo di prove di reità ed in mancanza di una prova piena di innocenza ai sensi dell'art. 129, [...] nel dubbio, non può rigettare la richiesta, né disporre l'acquisizione di nuove prove, ma deve emettere sentenza di patteggiamento». In conclusione, «si permette un accertamento di intensità minore, che però deve necessariamente essere effettuato. Condividono la tesi FER-*RUA*, *Il giusto processo*, Bologna, 2007, 75-78; GIALUZ, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. Dir., Annali II*, t. I, Milano, 2008, 13-25.

⁵⁵ FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, cit., 72.

⁵⁶ La dizione normativa delinea una prescrizione risarcitoria il cui inserimento nel programma di trattamento se è obbligatorio *ex lege* è, tuttavia, subordinato ad una valutazione di esigibilità in concreto con riferimento alla singola situazione valutata sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo. Ne consegue che l'obbligazione va parametrata alle condizioni economiche e personali dell'imputato «escludendosi una formulazione della medesima in termini di incondizionato e assoluto obbligo al risarcimento integrale dei danni». È di tale opinione FIORENTIN, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 76, per il quale ai fini dell'eventuale giustificazione dell'omesso adempimento dell'obbligazione risarcitoria o l'omessa tacitazione delle ragioni creditorie della persona offesa, occorre accertare se il debito sia liquido e concretamente esigibile e non incorrano ragioni ostative non addebitabili all'imputato, quali ad es. l'inesigibilità con riferimento al titolo del reato, vertendosi in una violazione di carattere formale della norma penale ovvero in una fattispecie che non abbia comportato un danno o comunque un pregiudizio quantificabile; l'inesigibilità in caso di irreperibilità della persona offesa o degli aventi diritto ovvero il rifiuto espresso da parte della persona offesa ad ogni contatto con l'imputato; o ancora, l'inesigibilità determinata dal notevole lasso di tempo trascorso dai fatti, che rende difficoltoso per l'imputato il contatto con la persona offesa al fine dell'offerta reale di una congrua somma a titolo di risarcimento *ex delicto*, o l'eventuale dichiarazione della persona offesa di essere stata integralmente risarcita ovvero l'espressa rinuncia dell'avente diritto a pretendere il risarcimento del danno.

della legge⁵⁷, giacché, da un lato, il comma secondo dell'art. 168-*bis* c.p. aggiunge all'eliminazione delle conseguenze del reato il risarcimento del danno, prospettando così due distinte attività; dall'altro, il dato letterale del co. 4, lett. b), dell'art. 464-*bis* c.p.p. parrebbe ipotizzare che il risarcimento del danno, la riparazione e la restituzione siano capaci di elidere le conseguenze del reato⁵⁸. Tuttavia, la previsione che subordina la concessione della messa alla prova all'impegno risarcitorio dell'imputato ovvero ne prescrive la revoca o la declaratoria di esito negativo in caso di suo inadempimento, induce a ritenere che il risarcimento della vittima sia presupposto imprescindibile dell'istituto di nuovo conio⁵⁹, non alternativo ma congiunto alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose.

D'altronde, il risarcimento del danno sembra caratterizzato non solo da una funzione di prevenzione generale⁶⁰, ma anche dalle stesse istanze specialpreventive⁶¹ cui sembra ispirarsi la disciplina della messa alla prova dell'imputato adulto⁶².

In merito al primo profilo, esso produce i seguenti effetti: «uno di tipo socio-pedagogico, inteso a confermare la fedeltà all'ordinamento giuridico; uno di fiducia, che si genera nel momento in cui il cittadino constata l'affermarsi del diritto; ed infine un effetto di pacificazione, il quale si produce allorché l'agente abbia prestato quanto consenta alla coscienza giuridica di tranquillizzarsi nei confronti dell'illecito commesso e di considerare risolto il conflitto con l'agente stesso»⁶³.

Con riferimento alla prevenzione speciale, invece, il risarcimento del danno risponde all'istanza di riconciliazione fra vittima ed autore del reato, permettendo di conseguire finalità di risocializzazione. In altri termini, la riparazione

⁵⁷ MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 680.

⁵⁸ Così MURRO, *Le nuove dimensioni del probation per l'imputato adulto*, in www.treccani.it.

⁵⁹ FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, cit., 72.

⁶⁰ Intesa secondo il più attuale concetto di prevenzione generale "positiva", che individua nella minaccia della pena una funzione morale-pedagogica o di orientamento culturale dei consociati. Sul punto cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 15, il quale ritiene che il risarcimento assuma rilievo nella realizzazione delle finalità tradizionali della pena.

⁶¹ MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 598.

⁶² Secondo BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 665 s., denotano l'ispirazione dell'istituto al modello specialpreventivo la subordinazione della concessione alla valutazione del giudice in termini di idoneità del trattamento e di prognosi di non recidiva, l'afflittività dei contenuti della messa alla prova e la loro quantificazione complessiva nella sostanza indeterminata, nell'ipotesi di revoca o di esito negativo della misura lo scomputo dalla pena da seguire di un periodo corrispondente a quello della prova eseguita, la valutazione discrezionale del giudice relativa alla positività dell'esito della messa alla prova.

⁶³ Così, testualmente, MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, cit., 598.

del danno non costituisce un mero obbligo di natura afflittiva, ma consente un percorso di responsabilizzazione dell'imputato rispetto all'illecito commesso e alle conseguenze derivatene, essendo finalizzato non solo a tutelare gli interessi della vittima, bensì, anche «a favorire lo sviluppo della revisione critica sulla condotta criminosa realizzata»⁶⁴.

La seconda attività in cui deve consistere la prova è l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale⁶⁵, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali.

Ovviamente le prescrizioni cui la norma fa riferimento hanno carattere meramente esemplificativo di guisa che ulteriori prescrizioni potranno essere introdotte nel programma di trattamento.

Fra queste, ad esempio, il divieto di detenere o portare armi di qualunque genere, ovvero di frequentare persone come pregiudicati, tossicodipendenti e in genere soggetti che possono offrire occasione di recidiva, o ancora il divieto di accedere agli stadi o ad altri luoghi in cui si tengono competizioni sportive.

Sorge il dubbio se possano essere imposte prescrizioni atipiche, ossia quelle prescrizioni che o limitano diritti diversi da quelli oggetto delle prescrizioni tipiche, oppure comprimono beni oggetto di prescrizioni tipiche, ma con modalità differenti⁶⁶.

In tema di affidamento in prova al servizio sociale gran parte di tali prescrizioni si è fatta rientrare in una interpretazione estensiva delle prescrizioni tipiche, riconducendo, ad esempio, attività socialmente utili al «lavoro» o all'adoperarsi a favore della vittima del reato⁶⁷.

⁶⁴ FIORENTIN, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, cit., 75.

⁶⁵ Ancora, FIORENTIN, *Volontariato quale forma di riparazione sociale*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 78, osserva che tale attività dovrebbe essere sempre prescritta nel caso in cui l'imputato, per indisponibilità patrimoniale o per altre cause oggettive di giustificazione, non sia in grado di risarcire, «configurandosi in dette ipotesi il volontariato sociale quale forma di "riparazione sociale" del danno causato dal reo alla società civile con la propria condotta». Viceversa, qualora l'imputato sia già impegnato nel risarcimento del danno, si potrebbero calibrare le prescrizioni in modo da non gravare eccessivamente il soggetto in termini di impegno.

⁶⁶ Per tale definizione CANEPA, MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 264, i quali, a mò di esempio, in tema di libertà di comunicazione, fanno riferimento al divieto di comunicazione a mezzo di telefoni cellulari, mentre, in tema di patrimonio, richiamano «le oblazioni imposte a favore di enti aventi scopi istituzionali in qualche modo connessi al reato».

⁶⁷ Secondo Cass., Sez. I, 7 aprile 1998, Girardo, in *Cass. pen.*, 2002, 1421, le prescrizioni atipiche «purché non contrarie alla legge e non immotivatamente afflittive, devono considerarsi legittime se rispondenti alla finalità di impedire al soggetto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati».

Tale soluzione potrebbe valere anche per la messa alla prova dell'imputato adulto, rilevando, tuttavia, che le prescrizioni ultimamente considerate destano in linea generale perplessità sistematiche trattandosi di disposizioni non regolate espressamente dalla legge e, quindi, prive del necessario requisito della tassatività⁶⁸.

Presupposto indefettibile della nuova misura è il lavoro di pubblica utilità⁶⁹.

L'istituto non è del tutto sconosciuto all'ordinamento⁷⁰.

Gli artt. 52 e ss. d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, recante «disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo n. 24 della legge

⁶⁸ Ad esempio, Cass., Sez. I, 24 novembre 1999, in *Cass. pen.*, 2001, 1065; e, più di recente, Cass., Sez. I, 26 novembre 2003, Lapidula, in *Cass. pen.*, 2004, 2510, hanno escluso che possa essere ordinata la demolizione di un manufatto abusivo, perché non compatibile neppure con la interpretazione estensiva o applicazione analogica delle disposizioni, ossia non riconducibile al novero delle prescrizioni normativamente stabilite. *Contra*, Cass., Sez. I, 4 maggio 2001, Miuccio, in *Cass. pen.*, 2002, 2897, sulla premessa della constatata assenza di limiti circa il contenuto delle prescrizioni e nella prospettiva della utilità, a fini risocializzativi, di condotte volte alla eliminazione delle conseguenze negative del reato. Secondo FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, cit., 74, tale prescrizione può legittimamente rientrare tra quelle iscrivibili nel programma di trattamento relativo alla messa alla prova essendo riconducibile nel novero delle condotte espressamente previste dalla legge volte all'eliminazione «delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato».

⁶⁹ Secondo *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 6, l'indefettibilità della misura è confermata dalla previsione dell'art. 168-*quater* c.p.p. che individua il rifiuto di prestare il lavoro di pubblica utilità quale elemento suscettibile di provocare la revoca della messa alla prova; da quella del nuovo art. 464-*bis*, co. 4, lett. b) c.p.p. che, fra i contenuti obbligatori del programma di trattamento, prevede che l'imputato debba allegare all'istanza di messa alla prova le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale; ed, infine, nel disposto del nuovo art. 141-*ter*, co. 3, disp. att. c.p.p., «che coniuga all'indicativo la previsione, tra gli allegati che devono corredare il programma di trattamento da sottoporre al giudice in vista dell'ammissione della misura, dell'adesione dell'ente «presso il quale l'imputato è chiamato a svolgere le proprie prestazioni». In merito all'indefettibilità, osserva BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 670, che proprio tale caratteristica del lavoro di pubblica utilità, unita alle difficoltà applicative, in assenza di una richiesta di lavoro da parte del mercato, fanno sorgere il dubbio «se non debba essere attribuita rilevanza alla sola circostanza di chi si sia attivato per tempo e seriamente per trovare l'occasione lavorativa senza tuttavia riuscirci». Non esclude tale soluzione la *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 7, secondo cui, in sede interpretativa, può essere riconosciuto al giudice un dovere di valutare la serietà dello sforzo profuso dall'imputato, a prescindere dai risultati conseguiti, così come avviene in relazione alle condotte risarcitorie e restituire sussunte nella causa di estinzione del reato prevista dall'art. 35 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, o nella circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p.

⁷⁰ In Italia ha un precedente specifico. L'art. 22 del codice penale «Zanardelli» prevedeva la «prestazione d'opera in lavori di pubblica utilità» come modalità esecutiva «alternativa» della pena dell'arresto nei casi specificamente determinati dalla legge (contravvenzioni di mendicizia ed ubriachezza), ovvero come sanzione «sostitutiva», ad istanza del condannato, della pena (detentiva) di conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità (artt. 19, co. 2 e 5, 24, co. 2). Sul punto cfr. DOLCINI, *Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 479 ss.

24 novembre 1999, n. 468», lo contemplano quale pena sostitutiva, mentre, in identica guisa, più di recente, è stato inserito nell'art. 73, co. 5-*bis*, del d.P.R., 9 ottobre 1990, n. 309, Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza (comma introdotto dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito in l. 21 febbraio 2006, n. 49) ed è previsto dal co. 5-*ter* della stessa norma, introdotto dall'art. 3, co. 1, d.l. 23 dicembre 2013, n. 78, conv. con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 94, nonché dagli artt. 186, co. 9-*bis* e 187, co. 8-*bis*, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285. Infine l'art. 165 c.p. lo prescrive quale obbligo correlato alla sospensione condizionale della pena.

Ai sensi dell'art. 168-*bis* c.p. esso consiste in una 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, da modulare in termini che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato.

Un primo requisito dell'istituto è costituito dal necessario consenso dell'imputato, che lo pone in linea con il divieto di "lavori forzati" espressamente previsto dall'art. 4, co. 2 e 3, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Va, poi, rilevato che la scarsa vocazione degli enti a rendersi disponibili all'assunzione dei soggetti interessati alla messa alla prova ha indotto il legislatore ad ampliare l'ambito dei soggetti possibili beneficiari della prestazione non retribuita. Tuttavia, non ha prescritto espressamente che si tratti di attività *onlus*, pur essendo verosimile che nella maggior parte dei casi la prestazione di lavoro socialmente utile venga effettuata a vantaggio di tali organizzazioni⁷¹. Neppure è prescritto che gli enti e le organizzazioni beneficiarie delle prestazioni dell'imputato ammesso alla prova siano legate all'amministrazione da un rapporto di convenzione, né il nuovo disposto dell'art. 168-*bis* c.p. richiama il d.m. 26 marzo 2001 che, all'art. 3, prescrive l'obbligo per il giudice di attingere all'elenco degli enti convenzionati formato ai sensi del successivo art. 7. Resta, però, il richiamo al sistema delle convenzioni giacché l'art. 8 l. 28 aprile 2014, n. 67, prevede che il Ministro della giustizia adotti, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge, un regolamento di disciplina delle convenzioni che il ministro stesso o il presidente del tribunale a ciò delegato possono

⁷¹ Così FIORENTIN, *Volontariato quale forma di riparazione sociale*, cit., 80.

stipulare con le organizzazioni di cui al co. 3 dell'art. 168-*bis* del codice penale⁷².

Ma anche questa norma non indica le convenzioni quale presupposto indefettibile affinché il soggetto messo alla prova venga collocato presso un determinato ente od organizzazione⁷³.

Il legislatore ha anche omesso di prevedere i criteri cui attenersi nel vaglio di congruità della durata complessiva e della intensità del lavoro di pubblica utilità, lasciando al giudice una discrezionalità amplissima, che, ponendo problemi di determinatezza, fa sorgere dubbi di legittimità costituzionale. Con grave pregiudizio del principio di legalità, infatti, è indicato il limite inferiore della durata, mentre nulla è disposto circa la durata massima dell'attività; e, all'inverso, è indicato il limite massimo delle durata giornaliera, che non può superare le otto ore ma non è previsto il limite minimo.⁷⁴

L'ultima attività in cui può consistere la prova è la mediazione, che, sebbene raccomandata da numerose disposizioni comunitarie e internazionali⁷⁵, finora era stata prevista soltanto nell'ambito del rito minorile e del processo penale

⁷² Secondo FIORENTIN, *Volontariato quale forma di riparazione sociale*, cit., 81, l'adozione di tale regolamento costituisce il tentativo di individuare un'unica centrale a livello nazionale alla quale gli UEPE o l'autorità giudiziaria potrebbero rivolgersi per l'individuazione delle offerte di disponibilità lavorativa, svolgendo, così, attraverso un costante aggiornamento del *database*, un importante ruolo di agevolazione nella fase dell'individuazione dell'attività lavorativa prevista dal nuovo istituto processuale. Tuttavia, osserva l'Autore, le difficoltà a garantire un volume adeguato di opportunità lavorative potrebbero ulteriormente aggravarsi considerato che, ai sensi dell'art. 2, comma 3, d. m. 26 marzo 2001, gli oneri di copertura assicurativa del soggetto interessato contro gli infortuni e le malattie professionali nonché riguardo alla responsabilità civile verso i terzi sono posti a carico delle amministrazioni e degli enti interessati. La prognosi relativa all'istituto di nuovo conio potrebbe, però, sciogliersi, in termini parzialmente meno negativi atteso che le difficoltà di natura organizzativa sembrano meno pressanti nel caso del nuovo lavoro di pubblica utilità: da un lato, il programma che ne definisce il contenuto sarà predisposto anteriormente al processo e, dunque, in una fase più vicina al verificarsi del fatto-reato, dall'altro, il progetto sarà curato dall'UEPE, che potrà assistere e indirizzare l'imputato con l'ausilio della propria esperienza e qualificata professionalità.

⁷³ Così *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 7; nonché BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 670.

⁷⁴ Per tali osservazioni MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 680; e BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 670.

⁷⁵ Il rilievo è contenuto nella *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 13, che, fra le fonti sovranazionali, segnala le Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R(85)11 del 18 giugno 1985, R(87)21 del 17 novembre 1987, R(99)22 del 30 settembre 1999, R(99)19 del 30 settembre 1999; le Risoluzioni dell'Economic and social Council delle Nazioni Unite n. 1998/23 del 28 luglio 1998, n. 1999/26 del 28 luglio 1999 e n. 15/2002; la Dichiarazione di Vienna su criminalità organizzata e giustizia del 10-17 aprile 2000 con le annesse risoluzioni n. 55/99 del 4 dicembre 2000 e 56/261 del 31 gennaio 2002; la decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2001/220/GAI del 15 marzo 2001.

davanti al giudice di pace.

Sono state già evidenziate le incertezze relative alla concreta fattibilità delle attività funzionali alla realizzazione della nuova pratica aperta nell'ambito del procedimento penale per la soluzione conciliativa extragiudiziale, attesa l'inadeguata capacità e preparazione professionale degli organismi coinvolti, ed è, pertanto, superfluo tornare sul punto. Va, viceversa, osservato, in conclusione, che l'eventualità dell'attività induce a ritenere che il legislatore abbia voluto dar rilievo più alla disponibilità e alla serietà degli sforzi profusi dall'imputato ai fini della riparazione inter-soggettiva, che all'effettivo conseguimento del risultato o alla soddisfazione manifestata dalla persona offesa, attesa la sua interlocuzione necessaria ma non vincolante per il giudice e gli uffici dell'esecuzione penale⁷⁶.

6. Ulteriori contenuti dell'ordinanza che dispone la messa alla prova

Ai sensi del quarto comma dell'art. 464-*quater* c.p.p., al giudice è consentito integrare o modificare il programma di trattamento, con la previsione di ulteriori obblighi e prescrizioni, servendosi delle informative relative alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato, previste dal quinto comma dell'art. 464-*bis* del codice di rito penale. Le modifiche sono subordinate al consenso dell'imputato. Viceversa, la norma è silente sul ruolo del pubblico ministero al riguardo. Attesa la costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, è da ritenersi che, in ogni caso, debba intervenire il parere dell'organo di accusa, sebbene per la sua acquisizione sembra sufficiente l'instaurazione di una dialettica meramente cartolare.

La sottoscrizione dell'ordinanza di ammissione della prova da parte dell'imputato determinerà il decorso del termine di sospensione del procedimento che non potrà superare i due anni nell'ipotesi di reati per i quali è prevista la pena detentiva sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, mentre non potrà essere superiore ad un anno nell'ipotesi di reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria. Il termine non tollera proroghe, così come sembra deducibile dal disposto dal quarto comma del nuovo art. 141-*ter*, co. 4, disp. att. c.p.p., secondo cui gli uffici dell'esecuzione penale esterna possono proporre eventuali abbreviazioni ma non anche estensioni del programma di trattamento.

Affinché l'istituto non si risolva in una sorta di gratuita impunità per l'imputato, è prescritto che durante il periodo di sospensione del procedi-

⁷⁶ Per tale rilievo cfr. *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 14.

mento con messa alla prova il corso della prescrizione del reato è sospeso. La natura personale della causa sospensiva, preclude l'applicazione dell'art. 161 c.p. Peraltro, nell'ipotesi di processo soggettivamente cumulativo, il giudice potrà disporre la separazione ex art. 18, co. 1, lett. b), c.p.p., essendo stata concepita la norma proprio al fine di risolvere la questione concernente l'interesse dei coimputati a non subire il rallentamento del giudizio nei loro confronti dovuto alla sospensione del processo, qualora questa coinvolga solo alcuni tra gli accusati.

La impermeabilità alle sorti del processo penale dell'azione proposta in sede civile dopo la sospensione del processo sembra, invece, ispirata ad evitare che la sospensione procedimentale gravi ulteriormente sul tempo di sospensione del processo civile, vanificando i diritti del danneggiato che rimarrebbe privo di tutela giurisdizionale. Tuttavia, nel caso di specie, la scelta non appare pienamente comprensibile, considerato l'onere risarcitorio che condiziona la messa alla prova⁷⁷.

7. L'esecuzione dell'ordinanza che dispone la messa alla prova

L'art. 464-*quinquies* c.p.p. stabilisce il termine entro il quale devono essere adempiute le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie imposti, disponendo, altresì, che esso può essere prorogato, su istanza dell'imputato, non più di una volta e soltanto per gravi motivi, ossia per esigenze gravi dell'imputato, mentre il giudice, soltanto con il consenso della persona offesa, può autorizzare il pagamento rateale delle somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno.

L'ordinanza ammissiva della messa alla prova è immediatamente trasmessa all'UEPE che deve prendere in carico l'imputato.

Nel corso dell'esecuzione della misura l'UEPE dovrà, secondo la cadenza stabilita nel provvedimento di ammissione, e comunque entro un periodo non superiore a tre mesi, informare il giudice dell'attività svolta e del comportamento dell'imputato, proponendo, ove necessario, modifiche al programma di trattamento, eventuali abbreviazioni di esso ovvero, in caso di grave e reiterata trasgressione, la revoca del provvedimento di sospensione (art. 141-*ter*, co. 5, disp. att. c.p.p.).

Alla scadenza del periodo di prova l'UEPE trasmette al giudice una relazione dettagliata sul decorso e sull'esito della prova medesima (art. 141-*ter*, co. 5, disp. att. c.p.p.).

⁷⁷ Così MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 682.

Infine, il co. 6 dell'art. 141-*ter* c.p.p. provvede a garantire il diritto di difesa, disponendo che le relazioni periodiche e quella finale dell'UEPE sono depositate non meno di dieci giorni prima dell'udienza fissata per la valutazione dell'esito della messa alla prova, con facoltà per le parti di prenderne visione ed estrarne copia.

Nella fase esecutiva è prevista un'ulteriore possibilità per il giudice di modificare le prescrizioni originariamente previste nel programma di trattamento, ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova.

In tal caso è prevista soltanto l'audizione del soggetto ammesso alla prova e non anche il suo consenso come, invece, è richiesto qualora il giudice intenda integrare o modificare il programma di trattamento *ex art. 464-quater*, co. 4, del codice di rito penale.

La sospensione del procedimento non impedisce il compimento di atti rientranti in «categorie legislativamente predeterminate»⁷⁸, avendo previsto il legislatore che «durante la sospensione del procedimento con messa alla prova il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato».

La formulazione della norma ricorda l'art. 467 c.p.p., che prevede l'assunzione nella fase preliminare al dibattimento di mezzi di prova la cui assunzione non possa essere differita al successivo dibattimento, e fa riferimento alla competenza funzionale del presidente del tribunale o della corte d'assise, mentre il nuovo articolo 464-*sexies* c.p.p. richiama le forme stabilite per il dibattimento in tema di assunzione della prova. Non sarebbe azzardato allora ritenere analogicamente che il presidente sia competente a valutare la richiesta, a fissare la data di assunzione del mezzo di prova e a provvedere agli avvisi, mentre l'intero collegio giudicante sia competente all'assunzione della prova⁷⁹.

A veder meglio, peraltro, il richiamo alle modalità stabilite per il dibattimento sembra riferirsi più alle regole che disciplinano l'assunzione delle prove che alla competenza funzionale del collegio giudicante.

È lecito, allora, concludere che nel caso in cui il presidente accolga la richiesta, le prove non rinviabili sono assunte in una udienza che si svolge in forme

⁷⁸ Usa tale locuzione CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1967, 14.

⁷⁹ Così, con riferimento all'incidente probatorio nella fase degli atti preliminari al dibattimento, PLOTINO, *Il dibattimento nel nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1991, 21, per il quale la locuzione secondo cui l'assunzione deve aver luogo «osservando le forme previste per il dibattimento» significa che l'assunzione della prova avviene in udienza pubblica e non in camera di consiglio. Sul punto cfr., anche, BONETTO, *Sub art. 467*, in *Comm. nuovo c.p.p. Chiavario*, V, Torino 1991, 40.

diverse da quelle previste per l'incidente probatorio, trattandosi «di una vera e propria udienza dibattimentale anticipata, che si celebra con la presenza del pubblico; tuttavia non interviene il collegio giudicante, ma soltanto il presidente dello stesso»⁸⁰.

In merito all'ambito degli atti consentiti durante la sospensione del processo, il richiamo dell'art. 467 c.p.p. all'art. 392 c.p.p., permette di affermare che i parametri da considerare per determinare gli atti istruttori, che è possibile compiere durante la sospensione, siano sostanzialmente riconducibili a quelli contemplati per l'incidente probatorio, intendendosi per atto non rinviabile quello che non può essere differito nel tempo, da espletare senza ritardo e tale in seguito ad una valutazione prognostica in ordine alla presenza di contingenti fattori di rischio che non consentirebbero la riassunzione o l'utile riassunzione in dibattimento della prova.

Al fine di individuare la specie di invalidità applicabile in caso di procedimenti probatori compiuti *contra ius* durante la sospensione procedimentale, il rinvio obbligato va alla figura della inutilizzabilità, da intendersi quale paradigma deontico di qualificazione normativa afferente ad atti processuali penali di rilevanza probatoria⁸¹.

8. La revoca della messa alla prova

La revoca della sospensione del procedimento con messa alla prova è prevista nelle seguenti ipotesi tassative: 1) grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte; 2) rifiuto alla prestazione al lavoro di pubblica utilità; 3) commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede.

La prima ipotesi si riferisce alla violazione delle prescrizioni contenute nel programma di trattamento relative alle condotte riparatorie, all'attività di volontariato di rilievo sociale e alla mediazione. La trasgressione deve essere grave o reiterata. La formula si differenzia da quella utilizzata per la messa alla prova minorile, laddove è previsto che «la sospensione è revocata in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte». In tal caso, l'impiego della congiunzione «e» implica che «a legittimare la revoca non bastano violazioni lievi, anche se reiterate, né è sufficiente un'unica violazione, seppur rile-

⁸⁰ È di tale opinione, con riferimento agli atti urgenti previsti dall'art. 467 c.p.p., TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 653. Nello stesso senso CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 919, il quale definisce le «preacquisizioni istruttorie» quali atti eseguibili con l'incidente probatorio che «competono al presidente: «prove non rinviabili», da acquisire nelle forme richieste dal dibattimento».

⁸¹ Per tale definizione cfr. PIERRO, voce *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV, Milano, 2006, 3242.

vante»⁸². Viceversa, in sede di messa alla prova dell'imputato adulto, l'impiego della congiunzione disgiuntiva "o" rende possibile alternativamente la revoca quando sia accertata una violazione grave delle prescrizioni, o quando la violazione delle stesse sia reiterata.

Al fine di valutare la gravità della violazione il giudice gode di un ampio margine di apprezzamento discrezionale, mentre in caso di reiterazione della violazione, a rigore, appare sufficiente che la revoca debba intervenire in caso di seconda trasgressione della medesima prescrizione o di altra⁸³.

In merito al lavoro di pubblica utilità il rifiuto sembra che possa consistere sia in una opposizione *tout court* al lavoro sia in una opposizione reiterata e ingiustificata alle eventuali legittime richieste del datore di lavoro⁸⁴, essendo manifesta sia in un caso che nell'altro la carente volontà del soggetto di sottoporsi all'esperimento.

La terza ipotesi inerisce alla commissione di nuove fattispecie criminose da parte del soggetto ammesso alla prova, essendo smentita, in tal caso, la prognosi di non recidiva.

A tal proposito v'è da chiedersi se essa possa essere disposta per effetto di una denuncia, di una querela ovvero di una segnalazione della polizia giudiziaria, avvenuta in corso di esecuzione della misura, ma riferita a fatti risalenti a tempo antecedente all'ordinanza di sospensione del procedimento. Il tenore letterale della norma indurrebbe ad escludere tale eventualità, essendo richiesta la commissione del nuovo delitto durante il periodo di prova. Tuttavia, l'accertamento, sia pure in *fieri*, di un reato diverso da quello per cui è stata concessa la messa alla prova impone la revisione della prognosi favorevole circa il fatto che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. Ne consegue l'opportunità che la valutazione relativa a fattispecie commesse anteriormente alla sospensione del processo *ex art. 464-quater c.p.p.*, venga rimessa alla discrezionalità giudiziale.

Inoltre, si pone il dubbio se per la revoca sia sufficiente la semplice sussistenza di una notizia di reato e l'avvio delle indagini ovvero sia richiesto l'accertamento giudiziale definitivo della responsabilità dell'autore dell'illecito.

⁸² PEPINO, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig. Pen.*, XIII, Torino, 1987, 486.

⁸³ Secondo FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 84, nella pratica il giudice potrebbe valutare con opportuno apprezzamento se disporre immediatamente la revoca «ovvero procedere con maggiore gradualità (diffidando l'imputato a regolarizzare la propria condotta, oppure intervenendo con la modifica in senso restrittivo delle prescrizioni)».

⁸⁴ Così, ancora, FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, cit., 83; in termini dubitativi BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 671.

Il tenore letterale di altre disposizioni che prevedono la revoca di benefici in seguito alla commissione di illeciti penali, considerata anche la *ratio* della disposizione che prevede la revoca della messa alla prova in corso di svolgimento, indurrebbe a ritenere sufficiente la semplice *notitia criminis*⁸⁵.

Tuttavia, il principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza non consente un facile automatismo che frusterebbe la *ratio essendi* della funzione giurisdizionale, privando, così, il giudicante di un pur minimo apprezzamento discrezionale nella valutazione del caso concreto.

Neppure, però, va dimenticato che, comunque, la sussistenza di una notizia di reato implica una revisione della prognosi favorevole circa il futuro comportamento del soggetto.

Allora, ancora una volta, sembra preferibile che la valutazione venga rimessa alla discrezionalità giudiziale.

D'altronde, interpretare il meccanismo della revoca in termini rigidamente meccanicistici appare poco coerente con le finalità di recupero sociale della messa alla prova⁸⁶.

Ovviamente il giudice dovrà valutare attentamente gli elementi a carico dell'imputato ammesso alla prova e procederà alla revoca soltanto allorché questi consentano di ritenere sussistente il *fumus commissi delicti*⁸⁷.

Il reato commesso deve essere della stessa indole di quello cui si riferisce il procedimento sospeso con messa alla prova. Se non si tratta di reati della stessa indole, assumono rilevanza soltanto i delitti non colposi. Rientrano, quindi, nella categoria anche quelli commessi con dolo eventuale⁸⁸, con tutte le difficoltà che presenta l'accertamento di tale figura⁸⁹, considerato anche il

⁸⁵ Per tale opinione cfr. FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, cit., 85, il quale, a titolo esemplificativo richiama la previsione dell'art. 54, co. 3, in tema di revoca della liberazione anticipata e quella dell'art. 2 legge n. 207 del 2003, relativo alla revoca della sospensione condizionale della pena. Viceversa, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 671, ritiene che debba essere attribuito rilievo almeno all'avvenuto rinvio a giudizio.

⁸⁶ Per FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, cit., 84, sarebbe opportuno affidare alla prudente valutazione del giudice la verifica se la commissione di un nuovo reato sia o meno compatibile, per la oggettiva carica antisociale evidenziata, con la prosecuzione della prova.

⁸⁷ Anche FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, cit., 85, reputa necessaria una attenta e approfondita valutazione, ritenendo, tuttavia, sufficiente, per la revoca del beneficio, la semplice *notitia criminis*. Contra BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 671.

⁸⁸ Sconfinata la letteratura sul tema. Per tutti, cfr. GALLO, *Ratio e struttura del dolo eventuale*, in *Critica dir.*, 1999, 411.

⁸⁹ Osservano FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 373, che «al pari di ogni altro elemento costitutivo della fattispecie, il dolo deve essere provato: solo che la prova ne è difficile, trattandosi di inferire un processo psicologico interno da fatti esterni conformi a fattispecie di reato».

suo collocarsi in una zona-limite e di confine con l'elemento soggettivo della colpa con previsione o cosciente, che, secondo l'art. 61, n. 3, c.p., comporta un aggravamento di pena.

La revoca della messa alla prova sembra, poi, che debba essere disposta anche in presenza di reati diversi da quelli indicati nell'art. 168-*quater*, n. 2, del codice penale. Infatti, opinando diversamente si perverrebbe alla illogica conclusione di procedere alla revoca in caso di violazione delle prescrizioni contenute nel programma di trattamento, lasciando, invece, priva di conseguenze la condotta commissiva di un reato diverso da quelli previsti dalla norma, come ad esempio una contravvenzione di indole diversa da quella oggetto del processo sospeso⁹⁰. In tali casi, tuttavia, la revoca non opererà automaticamente *ex lege*, ma scaturirà, in applicazione dell'art. 47, co. 11, ord. penit., dalla formulazione di una concreta valutazione giudiziale di incompatibilità con la prosecuzione della prova.

Revocata la sospensione, l'imputato non avrà più la facoltà di scegliere ulteriori riti premiali⁹¹. La prerogativa appare esclusa dall'inquadramento dell'istituto fra i procedimenti speciali di natura premiale, dal momento che, altrimenti, il soggetto revocato dalla messa alla prova godrebbe di vantaggi ingiustificati. Inoltre, osterebbe alla facoltà la distinzione e la differenza fra i singoli riti premiali, che escludono la possibilità di cumularne i benefici e di convertire un rito nell'altro⁹².

In caso di revoca del beneficio, il pubblico ministero, considerato il carattere affittivo della prova, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita, secondo un criterio di ragguaglio che equipara tre giorni di prova a un giorno di reclusione o di arresto ovvero a 250 euro di multa o di ammenda.

⁹⁰ In tal senso FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, cit., 86; nonché, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 671, a parere del quale la limitazione operata dal legislatore non avrebbe molto senso «visto che il contrasto con la prognosi di non recidiva è del tutto indipendente dalla qualifica formale del reato e dall'elemento psicologico del fatto, che attiene più al piano della colpevolezza, o comunque al disvalore dell'episodio criminoso, che è quello della pericolosità».

⁹¹ *Contra* BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 671.

⁹² Sul punto, con riferimento alla possibilità di innestare il meccanismo dell'applicazione della pena su richiesta delle parti nell'ambito del giudizio abbreviato, cfr. Cass., Sez. un., 11 novembre 1994, Abaz, in *Foro it.*, 1995, II, c. 731, secondo cui ad escludere la convertibilità di un rito nell'altro starebbe «la differenza di struttura dei due riti, i diversi effetti delle sentenze emesse al loro esito, il differente regime di impugnazione cui questi sono sottoposti». Conforme la giurisprudenza successiva: Id., Sez. III, 11 luglio 2007, L.C., in *Mass. Uff.*, n. 237023; Id., Sez. IV, 1 ottobre 1997, Perri, *ivi*, n. 208839; Id., Sez. II, 3 maggio 1995, Taormina, *ivi*, n. 201659.

La disposizione non chiarisce se per periodo di prova scomputabile vada inteso quello formalmente intercorso fra l'ammissione e la revoca anticipata o la valutazione negativa pronunciata al termine del periodo di prova, ovvero quello in cui l'imputato abbia effettivamente osservato le prescrizioni prima di incorrere in una delle ipotesi di revoca della misura.

La natura di *probation* del nuovo istituto induce ad optare per la seconda interpretazione⁹³. È ragionevole pensare, perciò, che anche questa problematica ermeneutica vada risolta alla luce degli insegnamenti formulati dalla Corte costituzionale con la decisione di accoglimento 29 ottobre 1997, n. 343, riservando al giudice «la determinazione della residua pena detentiva da espiare, tenuto conto delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il periodo di affidamento in prova».

L'ultimo profilo problematico inerente alla revoca della messa alla prova attiene al regime processuale delle informazioni acquisite durante il procedimento. Nel testo definitivo del comma secondo dell'art. 464-*septies* c.p.p. è scomparsa la previsione contenuta nel testo approvato dalla Camera dei deputati in prima lettura, secondo cui «le informazioni acquisite ai fini e durante il procedimento di messa alla prova non sono utilizzabili», che riecheggiava quanto stabilito dall'art. 29 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, per il quale «in ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della decisione».

Alla luce di una interpretazione della norma improntata ai principi della oralità e del contraddittorio, le informazioni acquisite nel corso dell'indagine socio-familiare o dei colloqui, e i contatti intercorsi con la persona offesa volti a promuovere la mediazione, possono, dunque, avere valido ingresso nel processo soltanto attraverso la testimonianza dei funzionari dell'UEPE o degli organismi pubblici della mediazione⁹⁴.

9 Le forme di controllo dei provvedimenti

⁹³ Aderisce a tale opinione BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 672, «visto che la dimensione sostanziale che li caratterizza sta all'interno dei confini tracciati dai provvedimenti formali». Invece, secondo *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 29, per prevenire il rischio di scomputi irragionevoli occorre che le distanze fra violazioni rilevanti e provvedimenti di revoca siano accorciate, fissando rapidamente l'udienza diretta alla revoca anticipata dopo l'acquisizione dell'informazione negativa.

⁹⁴ Viceversa, ritiene *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 27, che le informazioni documentate mediante relazioni e verbali stilati dai funzionari dell'ufficio dell'esecuzione o dagli organismi pubblici della mediazione, costituendo atti formati in contesto extragiudiziario, possano confluire nel processo quali documenti.

Il comma settimo del nuovo art. 464-*quater* c.p.p. dispone che contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa, mentre quest'ultima può impugnare autonomamente il provvedimento per omesso avviso dell'udienza o per omessa audizione nel corso dell'udienza.

Il riferimento della norma all'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova non dovrebbe generare dubbi circa la possibilità di proporre ricorso per Cassazione sia avverso le ordinanze che ammettono la misura sia avverso quelle che rigettano la relativa richiesta⁹⁵.

Ciò posto, resta da chiedersi se la previsione espressa della ricorribilità per Cassazione dell'ordinanza, che rigetta la domanda di sospensione del procedimento con messa alla prova, precluda all'imputato la facoltà di proporre appello, per lo stesso motivo, avverso la sentenza di condanna pronunciata a seguito del diniego.

Il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione e il disposto contenuto nell'art. 586, co. 1, c.p.p. secondo cui «Quando non è diversamente stabilito dalla legge, l'impugnazione contro le ordinanze emesse nel corso degli atti preliminari ovvero nel dibattimento può essere proposta, a pena di inammissibilità, soltanto con l'impugnazione contro la sentenza» inducono a tale conclusione.

Ne consegue che - stante il ruolo di giudice di legittimità assegnato alla Corte di cassazione - il controllo sull'ordinanza viene limitato alle violazioni di legge e ai vizi motivazionali, restando preclusa ogni valutazione sul merito delle scelte compiute dal giudice di primo grado nell'esercizio della sua discrezionalità⁹⁶, come, ad esempio, il numero e la tipologia degli obblighi e delle prescrizioni contenute nel programma di trattamento, il giudizio prognostico ne-

⁹⁵ Ambiguo, invece, il dato letterale contenuto nella disciplina della messa alla prova minorile. Infatti, l'art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, fa generico riferimento alla ordinanza ricollegandosi al comma precedente, che richiama esclusivamente l'ordinanza di sospensione del processo. Si sono così sviluppati due orientamenti contrapposti. L'uno, che ritiene ricorribili per cassazione sia le ordinanze che ammettono che quelle che rigettano la richiesta di messa alla prova (Cass., Sez. I, 4 dicembre 1992, Mancini, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 476). L'altro, che reputa ricorribili soltanto le ordinanze ammissive della misura, affermando che quelle che respingono l'istanza siano impugnabili solo unitamente alla sentenza conclusiva del procedimento, considerata la regola generale dell'art. 586 del codice di rito penale (Cass., Sez. IV, 18 giugno 2002, Tenerelli, in *Mass. Uff.*, n. 225953; Id., Sez. I, 31 maggio 1995, Zagarella, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 633; Id., Sez. I, 30 giugno 1992, Franzé, in *Mass. Uff.*, n. 192165).

⁹⁶ L'unica verifica in fase di merito è costituita dal rimedio previsto dall'art. 464-*quater*, co. 9, c.p.p. secondo cui, se la richiesta è rigettata, essa potrà essere riproposta nel giudizio prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. Sul punto cfr. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 683.

gativo di non recidiva, la congruità delle prescrizioni rispetto al fatto commesso ed alle finalità rieducative poste a base della misura⁹⁷.

Di tal guisa i diritti dell'imputato e le garanzie a lui riconosciute vengono fortemente penalizzati. È auspicabile, quindi, per il loro ripristino un intervento del legislatore. Nell'attesa, peraltro, le garanzie potrebbero essere implementate, in via interpretativa, così come è avvenuto in tema di rito abbreviato, allorché le Sezioni unite della Cassazione⁹⁸ sono pervenute ad estendere la possibilità di applicare la riduzione premiale della pena negata dal primo giudice, ammettendo una nuova valutazione del diniego della richiesta, ad opera dello stesso giudice, all'esito del dibattimento di primo grado, ovvero del giudizio d'appello⁹⁹. D'altronde i principi posti a fondamento di tale decisione sembrano visibilmente applicabili anche all'ipotesi di diniego ingiustificato della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova¹⁰⁰.

Più lacunosa si rivela la disciplina relativa al controllo sul provvedimento di rigetto o accoglimento della richiesta di proroga della scadenza della misura per gravi motivi, nonché sul provvedimento con cui il giudice integra o modifica il programma di trattamento.

Traendo spunto dalla previsione racchiusa nell'art. 464-*quinquies*, co. 3, c.p.p., una lettura più garantista potrebbe identificare nell'ordinanza ricorribile emessa sentiti l'imputato ed il pubblico ministero, il provvedimento formale e l'impugnazione esperibile, atteso che il riferimento all'incidente di esecuzione assicurerebbe una procedura di controllo estremamente circoscritta.

10. L'esito della prova

Il nuovo art. 464-*septies* c.p.p. dispone che, decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice dichiara estinto il reato se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritiene che la prova abbia avuto esito positivo. A tal fine acquisisce la relazione conclusiva dell'UEPE e fissa l'udienza per la valutazione, dandone avviso alle parti e alla persona offesa.

Problematica - come è noto - è la precisa delimitazione della nozione di esito positivo della prova.

⁹⁷ Rileva la lacuna della disciplina MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., p. 683.

⁹⁸ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Wajib, in *Cass. pen.*, 2005, 358.

⁹⁹ Per tale osservazione cfr. *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 21.

¹⁰⁰ Li richiama *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 21, identificandoli nella legalità della pena inflitta, nel diritto di difesa e nella ragionevolezza.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di affidamento in prova al servizio sociale, per la verifica dell'esito positivo non è sufficiente il mero decorso del periodo temporale della prova, senza che sia intervenuta la revoca dell'affidamento, ma è necessario un *quid pluris*, ossia un accertamento del giudice sull'avvenuto risultato finale risocializzante, in mancanza del quale si verificherebbe la risoluzione *ex tunc* del beneficio¹⁰¹.

Come è stato affermato in dottrina, la drasticità della conclusione non appare condivisibile «sia per l'effetto della duplicazione della pena che ne deriva sia per l'assoluta discrezionalità della decisione rimessa al trib. sorv., in assenza di parametri valutativi fissati dalla legge»; di guisa che «è parso più appropriato ritenere che l'esito positivo si identifichi con l'assenza di revoca e quindi collegare la meritevolezza dell'imputato al corretto svolgimento della prova»¹⁰².

Problema diverso è se e in quale misura possa incidere, ai fini della valutazione relativa all'esito positivo della prova, la commissione di un reato dopo la fine della misura.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno precisato al riguardo che da violazioni particolarmente gravi commesse dopo la fine temporale dell'affidamento e prima della declaratoria di estinzione si possono «desumere indici sintomatici, per qualità e gravità, del mancato conseguimento dell'obiettivo di recupero sociale del condannato cui la misura stessa è preordinata»¹⁰³. Ovviamente nessun indizio negativo potrà essere tratto quando sia già trascorso un notevole lasso di tempo tra la fine della misura e il fatto di reato successivo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Cass., Sez. I, 6 maggio 1985, Falcetelli, in *Cass. pen.*, 1986, 1383; Id., Sez. I, 25 ottobre 1984, Fracasini, *ibidem*, 1004; Id., Sez. I, 21 febbraio 1984, Didona, in *Giust. pen.*, 1984, III, c. 554; Id., Sez. I, 13 gennaio 1982, Kerschabaumer, in *Cass. pen.*, 1983, 1212; Id., Sez. I, 26 giugno 1981, Capelli, in *Riv. pen.*, 1982, 303; Id., Sez. I, 20 novembre 1980, Vezzosi, in *Cass. pen.*, 1982, 164.

¹⁰² PRESUTTI, Sub art. 47, in *Ord. penit. comm. Grevi, Giostra, Della Casa*, I, Padova, 2011, 564. Sul punto cfr., anche, PIETRALUNGA, *L'affidamento in prova al servizio sociale*, Padova, 1990, 165, per il quale la meritevolezza dell'imputato va collegata al caso in cui «il periodo di affidamento venga portato a termine senza che il soggetto sia incorso in situazioni sintomatiche di uno stile di vita globalmente incompatibile con le finalità rieducative perseguite dalla misura, o in situazioni di intrinseca, insuperabile gravità».

¹⁰³ Cass., Sez. un., 13 marzo 2002, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1225, con nota di BARTOLI, *L'affidamento in prova al servizio sociale tra istanze risocializzative e scopi di garanzia*. Più risalenti Cass., Sez. I, 22 giugno 1999, Berlingieri, in *Riv. pen.*, 2000, 84; Id., Sez. I, 19 giugno 1999, Quaranta, in *Cass. pen.*, 1999, 2676, secondo cui è possibile la considerazione di condotte successive alla scadenza della misura in sede di valutazione finale sull'esito della prova, sia pure tramite una vaglio ancor più rigoroso ed in correlazione con il comportamento globale dell'affidato

¹⁰⁴ Cass., Sez. I, 8 luglio 2008, De Clemente, in *Mass. Uff.*, n. 240478.

In ogni caso, l'estinzione del reato non esclude l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, come, ad esempio, la sospensione della patente di guida e l'ordine di demolizione dei manufatti abusivi.

In caso di esito negativo della prova – così ricostruito l'istituto – il giudice dispone con ordinanza la prosecuzione del procedimento, che dovrà riprendere dal momento in cui è stata disposta la sospensione.

Mette conto di osservare che in caso di procedimento per decreto, essendo intervenuta la richiesta di sospensione del procedimento con l'atto di opposizione, è logico che il procedimento riprenderà con l'emissione del decreto di giudizio immediato ad opera del giudice per le indagini preliminari. Con l'opposizione, infatti, l'imputato ha richiesto la sospensione del procedimento con messa alla prova e l'esito negativo della prova non comporta la rinuncia all'accertamento della responsabilità in contraddittorio.

D'altronde, il co. 1 dell'art. 464 c.p.p. prevede che, qualora l'imputato non abbia formulato nell'atto di opposizione alcuna richiesta, il giudice emette decreto di giudizio immediato.

Per la facoltà dell'imputato di richiedere un rito premiale in caso di esito negativo della prova valgono le osservazioni già esposte in relazione alla revoca della sospensione del procedimento con messa alla prova.

La revoca o l'esito negativo della prova precludono all'imputato una nuova istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Come è stato sottolineato, questo divieto è proteso a garantire il buon funzionamento del nuovo istituto¹⁰⁵.

11. Questioni di diritto intertemporale

Il legislatore non ha previsto una disciplina transitoria relativa ai procedimenti aventi ad oggetto i delitti previsti dall'art. 168-*bis* c.p., che, al momento dell'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014, abbiano già superato la fase processuale entro la quale, ai sensi dell'art. 464-*bis* c.p.p., la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova andava proposta¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Così MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit., 684.

¹⁰⁶ In occasione di riforme analoghe il legislatore aveva, invece, previsto una disciplina transitoria. Ad esempio, l'art. 30, co. 2, d. lgs. 28 luglio 1989, n. 272, «Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del decreto del Presidente della Repubblica 23 settembre 1988, n. 448, recante disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni», prevedeva che le disposizioni degli artt. 28, 29 e 30 d.P.R., 22 settembre 1988, n. 448, si applicassero ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del nuovo rito penale a carico di imputati minorenni. L'art. 64 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, recante «Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 24 della legge 24 novembre 1999, n. 468», disponeva che la condanna alla permanenza domiciliare e al lavoro di pubblica utilità, le dichiarazioni di estinzione del reato per particolare tenuità del fatto e a seguito di condotte

Si profilano così problemi di diritto intertemporale, la cui soluzione, in via interpretativa, si presenta particolarmente difficile.

Precludere l'accesso all'istituto, in virtù del principio *tempus regit actum*, agli imputati che, pur presentando i requisiti oggettivi e soggettivi per l'applicazione della messa alla prova, si trovino al momento dell'entrata in vigore della legge in una fase processuale avanzata rispetto alle scadenze prefissate per formulare l'istanza, si tradurrebbe in una irragionevole sottrazione della possibilità di ottenere la dichiarazione di estinzione del reato.

Allora, considerata la natura di favore e la qualità sostanziale dell'istituto, le regole fondanti da richiamare sono quelle stabilite dall'art. 2, co. 4, del codice penale, di guisa che la messa alla prova potrà essere applicata anche nei confronti di soggetti che, trovandosi nelle medesime condizioni, vengano giudicati in stadi diversi del procedimento.

Siffatta interpretazione, tuttavia, conformata alla più recente giurisprudenza sovranazionale¹⁰⁷, non implica un automatismo che consenta al giudice di fare sempre applicazione della misura.

riparatorie dovessero essere applicate con riferimento ai reati compresi nell'elenco contenuto nell'art. 4 dello stesso decreto legislativo anche dal giudice competente in virtù della normativa previgente e anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge. L'art. 4 l. 5 giugno 2000, n. 144 prescriveva che le disposizioni di cui agli artt. 438 e ss. c.p.p. come modificate o sostituite dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, si applicassero ai processi nei quali, ancorché fosse scaduto il termine per la proposizione della richiesta di giudizio abbreviato, non fosse ancora iniziata l'istruzione dibattimentale alla data di entrata in vigore della legge. L'art. 5 l. 12 giugno 2003, n. 134 - che estendeva il rito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti ai delitti sanzionati con pena detentiva che, tenuto conto delle circostanze e della riduzione fino ad un terzo per effetto del rito, non superi cinque anni di reclusione o di arresto soli o congiunti a pena pecuniaria - prevedeva per l'imputato o il suo difensore munito di procura speciale la facoltà di proporre la richiesta di applicazione della pena nella prima udienza utile successiva all'entrata in vigore della legge, anche quando fosse in corso il dibattimento ed anche quando una precedente richiesta proposta nei termini di cui all'art. 446 c.p.p. fosse stata rigettata dal giudice o non avesse conseguito il consenso del pubblico ministero.

¹⁰⁷ Il riferimento è a Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, 83 ss., che ha affermato, per la prima volta, che il principio di retroattività della legge penale più favorevole è sancito implicitamente nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, laddove essa vieta di applicare una pena più grave di quella che era prevista al momento della commissione del reato. Nel caso specifico, la Corte di Strasburgo ha ritenuto violato il principio per la mancata applicazione all'imputato della legge penale successiva alla commissione del reato che prevede una sanzione meno severa di quella stabilita in precedenza: in particolare, la sanzione di trenta anni di reclusione, pure nel caso di reati puniti con l'ergastolo con isolamento diurno, poi sostituita retroattivamente con quella del semplice ergastolo. La vicenda si è conclusa con la sentenza n. 210 del 18 luglio 2013 della Corte costituzionale, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1423 e ss., con nota di C. PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, che ha dichiarato l'illegittimità della disposizione retroattiva in materia di giudizio abbreviato dalla quale, secondo quanto affermato nella richiamata sentenza Scoppola c. Italia del 17 settembre 2009, era scaturita la violazione dell'art. 7, § 1, C.e.d.u.

Presupponendo una valutazione di merito, l'applicazione retroattiva della *lex mitior* sembra preclusa al giudice di legittimità, che, quindi, non potrà disporre la sospensione del processo con messa alla prova.

Viceversa, l'istituto troverà applicazione avanti al giudice di primo grado, anche nell'ipotesi in cui sia già iniziata l'istruzione dibattimentale¹⁰⁸.

Come premesso, la soluzione delle questioni di diritto intertemporale presenta un particolare complessità.

Si palesa, perciò, necessario un intervento del legislatore finalizzato ad introdurre una norma transitoria, che disciplini espressamente i rapporti giuridici pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge.

¹⁰⁸ Di tale avviso è BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 672. Invece, secondo *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 33, l'applicazione dell'istituto non risulterebbe agevolmente praticabile, in assenza di chiare prescrizioni "procedurali" del legislatore, una volta iniziata l'istruttoria dibattimentale.