

QUESITI

CONCETTA BOTTINO

Principi costituzionali e *probation* processuale: un contrasto inesistente

La sentenza 21 febbraio 2018, n. 91 della Corte costituzionale rappresenta l'ultimo e più incisivo avallo costituzionale della *probation* che esce indenne da tutte le censure sollevate dal tribunale di Grosseto. La Consulta, attraverso una motivazione densa e 'rivoluzionaria', esalta la natura riparativa del programma di trattamento, legittimando, dunque, l'istituto che, numeri alla mano, garantisce un consistente sgravio del carico di processi che ingolfa la macchina giudiziaria.

The sentence of February 21th, 2018, n. 91 of the Constitutional Court represents the last and most incisive constitutional endorsement of the probation which emerges unscathed from all the objections of unconstitutionality raised by the Court of Grosseto. The Council, through a dense and 'revolutionary' motivation, enhances the reparative nature of the treatment program, legitimizing, therefore, the institution that, numbers in hand, guarantees a substantial relief on the flooding of the judicial machine.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Messa alla prova e dibattimento: l'interpretazione costituzionalmente orientata. - 3. La logica riparativa del programma 'trattamentale'. - 4. (segue)...la compatibilità con il principio di non colpevolezza. - 5. Brevi conclusioni sulla messa alla prova: un procedimento speciale 'anomalo'.

1. Premessa.

Davvero un 'evento ricorrente'¹ quello degli interpelli di costituzionalità relativi all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova² per imputati adulti³. Una serie di dubbi e perplessità persistono sul nuovo⁴ istituto

¹ Si tratta, come noto, di interrogativi e responsi costituzionali proposti incessantemente. Cfr. Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, T.F., in *Gazz. Uff.*, 2 settembre 2015, n. 35; Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, Z.M., *ivi*; Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, 10 marzo 2015, G.A., *ivi*; Trib. Prato, 21 aprile 2015, S.P., in *Gazz. Uff.*, 16 dicembre 2015, n. 50; Trib. Savona, 3 giugno 2015, A.P., in *Gazz. Uff.*, 14 ottobre 2015, n. 41; Trib. Firenze, 19 maggio 2015, F.M., in *Gazz. Uff.*, 18 novembre 2015, n. 46.

² L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti è stato introdotto con la legge 28 aprile 2014, n. 67, recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili», in *Gazz. Uff.*, *Serie Generale n. 100*, del 2 maggio 2014.

³ La messa alla prova era un istituto già presente nel processo minorile, disciplinato dagli artt. 28 e 29 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448. Tale disciplina ha dato attuazione ad uno dei criteri compresi nella legge delega al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale - articolo 3, lettera c), legge 16 febbraio 1987 n. 81 -, secondo il quale al giudice andava attribuita la facoltà di sospendere il processo, per un determinato arco temporale, allo scopo di valutare la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale. Sulla disciplina della messa alla prova per i minorenni cfr., per tutti, CESARI, *Artt. 28 e 29, in Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, a cura di Giostra, Milano, 2016, 455 ss.

⁴ Per uno sguardo d'insieme sul nuovo istituto si vedano, tra i tanti, MAFFEO, *I profili processuali della*

nonostante il notevole successo applicativo⁵: diversi giudici di merito hanno sollevato varie questioni di legittimità costituzionale⁶ relative al procedimento

sospensione con messa alla prova, cit., 155 ss.; LANZA, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale dell'attivo*, Milano, 2017; BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 1755 ss.; BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it; BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dell'attivo nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 661 ss.; BARTOLI, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in *Giur. it., Gli Speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, 2015, 5 ss.; BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in www.penalecontemporaneo.it; BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014*, *ivi*; CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 2014, 4, 510 ss.; CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 68 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it., Gli special, Sistema sanzionatorio*, cit., 12 ss.; CONTI, MARANDOLA, VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014; FANULLI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 427 ss.; GALATI, RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015; LOGGI, *La sospensione del processo per messa alla prova tra equivoci dogmatici e limiti operativi*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di Daniele, Paulesu, Torino, 2015, 133 ss.; 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, 674 ss.; NAPPI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in www.la legislazione penale.eu; PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2015, 97 ss.; SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1262 ss.; TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *questa Rivista*; Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

⁵ Dai dati pubblicati dal Ministero della Giustizia relativi ai numerosi strumenti "alternativi" al carcere presenti nel nostro sistema, emerge che la messa alla prova ha avuto un indiscutibile successo: al 30 aprile 2018 risultano 12649 le persone che si sono avvalse di questo procedimento speciale.

⁶ Tra le questioni maggiormente spinose si evidenzia quella relativa al problema della collocazione dell'istituto della messa alla prova tra diritto sostanziale e sistema processuale, avendo la scelta ripercussioni sulla disciplina intertemporale. Come è noto, dopo un iniziale orientamento che ha affermato la natura sostanziale della sospensione del procedimento con messa alla prova e la conseguente applicazione retroattiva (Trib. Brindisi, ord. 17 dicembre 2014; Trib. Genova, 7 ottobre 2014), la Corte ne ha precisato la natura processuale (Cass., Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071, Frasca, in *Mass. Uff.*, n. 263815; Id., Sez. III, 14 aprile 2015, Zheng, *ivi*, n. 26366; Id., Sez. II, 16 gennaio 2015, n. 18265, Capardoni, *ivi*, n. 263792; Id., Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 47587, Calamo, *ivi*, n. 261255. Un'ulteriore questione è quella attinente alle circostanze aggravanti, più precisamente se potessero o meno rientrare nel computo del limite massimo della pena. La Corte ne ha escluso l'operatività fondando il suo convincimento sia sull'intenzione legislativa - essendo stato soppresso nell'*iter* parlamentare il riferimento all'originaria valenza delle circostanze -, che sul tenore letterario della norma - l'assenza nell'art. 168-bis c.p. di un esplicito riferimento alla possibile incidenza di eventuali aggravanti -. In tal senso cfr. Cass, Sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 6483, Gnocco, in *Mass. Uff.*, n. 262341; Cass, Sez. VI, 6 ottobre 2015, Crocitti, *ivi*, n. 265484; Id., sez. II, 14 luglio 2015, n. 33461, Ardissonne, *ivi*, 264154; Cass., Sez. IV, 27 luglio 2015, n. 32787, Jenkis Rossi, *ivi*, n. 264325. In dottrina, per una ricostruzione attenta e puntuale dei numerosi problemi che affliggono la messa alla prova cfr., più di recente, MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017.

speciale⁷.

Indice tangibile del costante⁸, problematico rapporto tra riti alternativi⁹ e principi costituzionali; può illustrarsi in questi termini, infatti, l'ultimo interrogativo costituzionale sollevato in ordine alla messa alla prova, più puntualmente qualificata come *probation*¹⁰ quando è collocata all'esito della vicenda giudiziaria e si delinea quale alternativa alla pena, come *diversion* quando opera nel corso del processo penale, arrestandone lo sviluppo e delineandosi quale alternativa al processo prima che alla sanzione¹¹.

Ad ogni modo, la Corte costituzionale, ancora una volta sollecitata dal Tribunale di Grosseto¹², coglie l'occasione, attraverso una densa decisione, di fugare definitivamente ogni dubbio sulla costituzionalità della *probation*.

Prima di soffermarsi sulle motivazioni della sentenza, occorre tratteggiare – sia pure nei suoi tratti essenziali e funzionali alla comprensione delle problematiche sottoposte al vaglio di costituzionalità – il quadro normativo dell'istituto.

⁷ Il cui tema verrà ampiamente trattato nel proseguito dell'elaborato.

⁸ Cfr., tra le tante, Corte cost., n. 313 del 1990; Id., n. 124 del 1992; Id., n. 155 del 1996: le principali questioni di legittimità sollevate per il patteggiamento, ovvero, il procedimento speciale che, al pari della sospensione del procedimento con messa alla prova, ha destato più perplessità.

⁹ In dottrina si afferma che l'espressione "procedimenti speciali" sia infelice. Così MAFFEO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 2004, 2. Analogamente RICCIO, *Procedimenti speciali*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, Padova, 1994, 489 ss., che ammonisce tale l'espressione perché «tradisce la reale dimensione giudiziale di questi riti». È meno feroce la critica di GIAMBRUNO, *Il giudizio abbreviato*, Padova, 1997, 3, secondo cui «la formula non deve impressionare più di tanto. Infatti, la portata della distinzione concettuale tra "procedimento" e "processo" non viene certo intaccata e continua a valere anche per l'ipotesi in cui il processo si snodi o si concluda in maniera diversa da quella ordinaria. Tuttavia, (...) si sarebbe potuto parlare di riti speciali dato che sostanzialmente si trattava di indicare procedure diverse da quella ordinaria».

¹⁰ TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma, 2017, 82, distingue tra *probation* penitenziario, «del tutto simile al meccanismo progettato e attuato nell'ambito dell'esecuzione della pena in stato di libertà del soggetto condannato, affidata al controllo del servizio sociale penitenziario; e *probation* processuale che trova la sua ragione operativa nella soluzione di mettere alla prova l'imputato prima del processo di accertamento della responsabilità e della condanna». Questa forma di *probation* è molto diffusa e nota nei paesi anglosassoni, affidata esclusivamente all'opera delle forze di polizia: una vera e propria misura amministrativa legata a esigenze di ordine pubblico. Sul punto cfr. DELLA BELLA, *Il probation intensivo nell'esperienza degli Stati Uniti. Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Milano, 2002; nonché PIVA, *Il probation a livello sovra-statale, in comparative e regole internazionali*, in *www.giustizia.it*.

¹¹ Cfr. CESARI, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir.*, 2015, Milano, 1005.

¹² Il tribunale ordinario di Grosseto aveva già sollevato le medesime questioni di legittimità costituzionale con tre ordinanze del 10 marzo 2015 di identico contenuto (r.o. n. 157, n. 158 e n. 159 del 2015), questioni che sono state però dichiarate manifestamente inammissibili con l'ord. n. 237 del 2016 dalla Consulta, per insufficiente descrizione della fattispecie e, conseguentemente, per difetto di motivazione sulla loro rilevanza nei giudizi a *quibus*.

Anticipando solo in parte quanto si avrà occasione di precisare nel prosieguo, può sin d'ora osservarsi che i punti nevralgici delle questioni attengono alla verifica di una razionale collocazione della “*reparative justice*” nel dettato costituzionale, individuando possibili spazi interpretativi nelle disposizioni fondamentali che avvalorino una lettura costituzionalmente orientata.

D'altronde, il paradigma della giustizia riparativa (*restorative justice*) rappresenta da più di un ventennio un nuovo modo alternativo¹³ di amministrare la giustizia in vari continenti e nazioni¹⁴.

La dicotomia tra giustizia retributiva, dove l'attenzione si concentra sulla violazione della legge, e giustizia riparativa, dove il punto centrale è invece il danno cagionato e l'offesa recata, è ormai entrata nel linguaggio comune¹⁵.

La messa alla prova per adulti, allora, si inserisce in un contesto in cui «la responsabilità non è più un presupposto della condanna, ma diventa dinamica, proiettata alla realizzazione di una condotta *post delictum*»¹⁶, per ridurre «l'eccessivo numero di procedimenti, che sfociano spesso nella celebrazione di processi sproporzionatamente dispendiosi in termini di tempo e risorse impegnate rispetto alle esigenze di retribuzione e difesa sociale rilevanti nel caso concreto»¹⁷.

Perciò, l'ordinanza di rimessione mostra profili critici che meritano un puntuale approfondimento.

Tale complessità è messa in evidenza, non a caso, dall'elaborazione giurisprudenziale che ha preceduto la pronuncia in esame, la quale è intervenuta, a più riprese¹⁸, per risolvere evidenti criticità interpretative¹⁹: diverse sentenze

¹³ Su questo aspetto specifico ridondano puntuali le parole di BARTOLI, *Diritto penale*, Padova, 1982, 737, secondo cui: «la pena deve “umanizzarsi”, nel senso che la pena non deve negare il carattere morale dell'uomo (...), affinché non sia leso nei suoi confronti quel principio di giustizia che sta alla base della pena stessa». Tutto ciò anche per evitare quel *plus* di afflittività che derivi da situazioni di sovraffollamento carcerario. In tal senso PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 102.

¹⁴ Per uno studio comparato sulla giustizia riparativa cfr. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, nonché COLAMUSSI, MESTITZ, voce *Giustizia riparativa (Restorative justice)*, in *Dig. Pen.*, V agg., Torino, 2010.

¹⁵ La dicotomia è stata introdotta nel 1990 da Z. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Scottsdale, 1990.

¹⁶ In questi termini PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*. Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale tenutosi ad Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, 113.

¹⁷ Così FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida al dir.*, 2014, n. 21, 63.

¹⁸ Cfr. nota 5.

¹⁹ Sul tema, fra tanti, cfr. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della delazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7; CESARI, Art. 464-bis c.p.p., Art. 464-quater c.p.p., in *Commenta-*

della giurisprudenza appaiono ispirate da una comune prospettiva di fondo, quella di salvaguardare la *probation* che - numeri alla mano²⁰ -, garantisce un cospicuo sgravio sull'ingolfamento della 'macchina giudiziaria'.

2. Messa alla prova e dibattimento: l'interpretazione costituzionalmente orientata.

La 'storia' insegna che molte volte la costante azione di adeguamento evolutivo e 'creativo' della Corte costituzionale ha dovuto di necessità supplire alle 'sviste' legislative.

Con la prima questione di legittimità sollevata dal giudice a *quo* si è verificato, infatti, «un nuovo caso di decisione "su base" interpretativa della questione di legittimità»²¹.

Il rimettente censura l'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p. (a causa di un presunto contrasto con gli artt. 3, 111, co. 6, 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost.) per la mancata previsione legislativa di una disposizione *ad hoc* che - analogamente al giudizio abbreviato (art. 442 c.p.p.) e al patteggiamento (art. 135 disp. att. c.p.p.) -, preveda per il giudice dibattimentale²², chiamato a valutare la richiesta di sospensione con messa alla prova, il ricorso agli atti del fascicolo del pubblico ministero «per l'indefettibile presupposto del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato»²³.

rio breve al codice di procedura penale, a cura di Conso, Illuminati, Padova, 2015, 2124; PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in Piccirillo-Silvestri, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili* - Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/07/2014. Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67, in www.cortedicassazione.it; SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge 67/2014*, in *La deflazione giudiziaria: messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di Triggiani, Milano, 2014, 1 ss.; VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1300 ss.

²⁰ Cfr. nota 4.

²¹ Così LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce e 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

²² Il problema, ovviamente, non si pone per le fasi antecedenti al giudizio, avendo il giudice per le indagini preliminari e il giudice dell'udienza preliminare a propria disposizione il fascicolo del pubblico ministero.

²³ È la stessa Corte costituzionale, per l'omologo istituto minorile, ad aver affermato che «(..) il convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato costituisce un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova». Così Corte cost., n. 125 del 1995. In tema di accertamento compiuto dal giudice in fase di ammissione dalla messa alla prova, cfr. per tutti, BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in MARANDOLA, LA REGINA, APRATI (a cura di), *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2104 al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, 49 ss.; CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014 problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it.*, 2015, 14 ss.; MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto ombre e luci di un nuovo rito speciale per una*

La Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione, fondando la sua 'motivazione' sull'omessa "sperimentazione"²⁴ di una soluzione interpretativa compatibile con i principi costituzionali; ma l'interrogativo resta sicuramente legittimo perché è evidente che l'insufficienza delle conoscenze giudiziali del giudice è in netta antitesi al dettato normativo.

Il dato incontrovertibile da cui partire, per avvalorare questa considerazione, è certamente l'osservazione che la messa alla prova non può prescindere da una valutazione sul merito del fatto del reato contestato.

Non fosse altro che la legge richiama i parametri di cui all'art. 133 c.p.²⁵ per la valutazione di idoneità del programma di trattamento, una decisione, dunque, che non può tralasciare l'analisi del caso concreto.

È proprio dal dato testuale della disciplina che deriva la necessità di una disamina attenta e puntuale del fatto storico; una valutazione ancorata pertanto ad una conoscenza non approssimativa, sebbene sintetica e 'circoscritta'.

Ulteriore indicatore è costituito dalla previsione normativa della verifica da parte del giudice dell'assenza dei presupposti per l'emanazione di una sentenza *ex art.* 129 c.p.p., al fine di emanare un'ordinanza di messa alla prova.

Se infatti la legge attribuisce al giudice tale potere di accertamento – potendo la domanda di sospensione essere accolta sempre che non risulti una delle cause di proscioglimento –, non si comprende come possa il giudice ottemperare agli obblighi legislativi, nei casi in cui la domanda sia presentata in dibattimento, dovendo fondare il suo accertamento solamente²⁶ sui pochi atti di cui si compone lo scarno fascicolo per il dibattimento.

D'altronde, gli atti del fascicolo del pubblico ministero sono sottratti alla cognizione del giudice dibattimentale per la celebrazione del processo, ma nella *probation* non si deve procedere al dibattimento, non c'è pertanto ragione di impedirne la conoscenza quando ciò è necessario al solo fine della decisione di tale richiesta.

In questa prospettiva, l'accertamento del fatto e della responsabilità, seppur in negativo, si riduce in una sostanziale finzione²⁷, in violazione degli obblighi espressamente previsti dalle disposizioni della *probation* stessa.

diversa politica criminale, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 681.

²⁴ Cfr. CORBETTA, *Via libera della Corte costituzionale all'istituto della messa alla prova*, 7 maggio 2018, in www.quotidianogiuridico.it.

²⁵ Come è noto l'art. 133 c.p. indica, ai fini della valutazione della gravità del reato, una serie di elementi del fatto quali la gravità del danno, le modalità della condotta, l'intensità dell'elemento soggettivo e la capacità a delinquere.

²⁶ In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass, Sez. III, 20 giugno 2016, n. 14750, Genocchi, in *Mass. Uff.*, n. 266387.

²⁷ Cfr. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 140.

È una contraddizione in termini.

La richiesta di esibizione del fascicolo è, infatti, sicuramente «strumentale all'esercizio dei poteri di accertamento *ex actis*, che trovano fondamento nell'articolo 129 c.p.p. e se questo è richiamato come snodo essenziale sia nel patteggiamento che nella messa alla prova»²⁸, allora un'applicazione estensiva²⁹ della disposizione di cui all'art. 135 disp. att. c.p.p.³⁰ - idea prospettata dalla Consulta, ma in realtà già individuata dalla dottrina³¹ - è sicuramente consentita.

È però, se l'intento di eliminare tale incongruenza normativa è senz'altro apprezzabile, è ineccepibile l'osservazione che la similitudine dei due istituti è oltremodo circoscritta (i medesimi poteri di accertamento di entrambi i procedimenti) perché il ricorso allo stesso articolo è per finalità contrapposte: nel patteggiamento per prevenire ad una sentenza espressamente equiparata alla condanna (art. 445 c.p.p), mentre nella *probation* per condurre ad una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, laddove l'esito della prova sarà stato positivo.

Non a caso, l'assoggettamento volontario conferisce alla messa alla prova l'essenza di modulo «patteggiato»³², dove il richiedente, da un lato, accetta un «*training* rieducativo anticipato»³³, basato su un accertamento sommario della

²⁸ Così MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, in corso di pubblicazione.

²⁹ A tal proposito, fa notare la Consulta che non si tratta del primo esperimento di estensione della norma, poiché analoga operazione si è fatta per il caso della domanda di giudizio abbreviato, così come nei casi di richiesta di un procedimento speciale a seguito di citazione diretta. Del resto la stessa sospensione con messa alla prova è, a sua volta, un rito speciale, o comunque alternativo al rito ordinario. Per un approfondimento sul punto, volendo, cfr. Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, Wajib, in *Cass. pen.*, 2005, 358, con nota di SPAGNOLO, *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*; Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, Wajib in *Corriere mer.*, 2005, 95, con nota di LEO, *Giudizio abbreviato e poteri del giudice del dibattimento*; Corte cost., n. 169 del 2003.

³⁰ Con riferimento al patteggiamento l'art. 135 norme att. c.p.p. stabilisce che «[il] giudice, per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero».

³¹ Ricostruzione avanzata già da MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 142. Di questo avviso anche CORTESE, *Il probation giudiziale: la sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del diritto*, a cura di Spangher, Marandola-Garuti, Kalb, 2015, 446.

³² Così CESARI, *Trasferire la messa alla prova nel processo penale per adulti: condizioni e limiti di una riforma possibile*, in *Esperienze di probation in Italia ed in Europa*, a cura I. Mastropasqua-S. Mordeglia, Padova, 2015, 155.

³³ In questi termini MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, cit., in corso di pubblicazione.

responsabilità, ottenendo, in cambio, dall'altro, la declaratoria di estinzione del reato.

A ben vedere poi, qualora l'esito della prova sia stato negativo, con conseguente revoca della sospensione e ripresa del processo innanzi al medesimo giudice, viene in rilievo un concreto profilo di incompatibilità³⁴.

La previsione di tali cause trova giustificazione nell'opportunità di assicurare l'imparzialità³⁵ del giudice, che risulterà compromessa dal fatto che egli sia chiamato a compiere in tempi diversi, una valutazione di merito – benché la prima assai stringata – sullo stesso oggetto, con la conseguenza che la seconda valutazione potrebbe essere, o apparire, condizionata dalla propensione a confermare una propria precedente decisione.

In questa logica, si inficerebbe altresì la separazione delle fasi, principio cardine del nostro sistema processuale, perché la verginità cognitiva del giudice dibattimentale sarà irrimediabilmente vanificata.

Ecco, allora, il materializzarsi di un ulteriore problema che non potrà essere sicuramente trascurato.

3. La logica riparativa del programma 'trattamentale'.

L'apertura cognitiva, appena analizzata, non è però la premessa³⁶ alla successiva conclusione a cui giunge la Corte, che nega la natura di pena³⁷ alle misure

³⁴ In precedenza erano state sollevate due questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 34, comma 2, c.p.p. Con la sentenza n. 18 del 2017 la Corte dichiara l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il Pubblico Ministero a procedere, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, alla modifica dell'imputazione, invito cui il Pubblico Ministero abbia aderito». Viceversa, con l'ordinanza n. 19 del 2017, invece, dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 34, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova sulla base dei parametri di cui all'art. 133 del codice penale». Per una nota redazionale cfr. ANDOLFATTO, *Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2017, 289.

³⁵ In modo non dissimile, infatti, la Consulta con la sentenza n. 502 del 1991 ha dichiarato l'incompatibilità al giudizio del giudice che abbia rigettato la richiesta di decreto penale di condanna e con la sentenza n. 186 del 1992 ha stabilito l'incompatibilità al giudizio del giudice che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento.

³⁶ Cfr. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 678.

³⁷ Si tratta, come è noto, di una problematica già rilevata da autorevole dottrina che ritiene vi sia una frizione tra il nuovo istituto e l'art. 27, comma 2, Cost. Cfr., tra i tanti, ORLANDI, voce *Procedimenti Speciali*, in *Compendio di Procedura Penale*, a cura di Conso, Grevi-M. Bargis, Padova, 2016, 746; SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 6; FERRUA, *Una messa alla*

limitative della libertà che la messa alla prova implica, specificando che il trattamento programmato non è una sanzione penale, potendo l'imputato liberamente decidere di interromperlo, con l'unica conseguenza che il processo riprende il suo corso per accertare la sua eventuale responsabilità.

È dunque in riferimento alle successive censure, strettamente concatenate, che si scorge la vera 'rivoluzione' della Consulta.

Del resto, la novità che caratterizza la nuova fattispecie coincide con il contenuto della misura, qui si scorge la sua portata innovativa, perché - in linea con i principi di *reparative justice* -, si scardina la logica reato-pena.

Pertanto, la *diversion* si prefigge lo scopo di responsabilizzare, prima che di condannare, l'autore del reato, favorendone il reinserimento sociale ed il recupero in un contesto ambientale che non è più solo quello della devianza e degli istituti di pena, fertile terreno criminogeno, il cui sguardo è purtroppo spesso rivolto solo al passato.

Al contrario, nel nuovo istituto quel "fotogramma del passato" diventa il punto di partenza di un nuovo progetto che pone al centro le persone³⁸.

Perciò, gli aspetti qualitativi del programma di trattamento (caratterizzato dalla finalità specialpreventiva e risocializzante, perciò ampiamente modulabile) possono essere determinati legislativamente solo attraverso l'indicazione dei tipi di condotta che ne possono formare oggetto, rimettendone giustamente la specificazione all'ufficio di esecuzione penale esterna e al giudice, con il consenso dell'imputato.

In sostanza, «è proprio la funzione risocializzante dell'istituto ad imporre una previsione solo generale della relativa tipologia, consentendo in fase di applicazione il massimo grado di adattamento alle caratteristiche ed alle necessità del caso concreto»³⁹: con l'affidamento al giudice di «un giudizio sull'idoneità del programma, sia della parte 'affittiva' sia di quella 'rieducativa', per una valutazione complessiva circa la rispondenza del trattamento alle esigenze del

prova sul filo del rasoio costituzionale, in *Strategie di delazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, 2015, 187; CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della delazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit., 11. Di senso opposto, invece, cfr., tra tanti, CESARI, *Sub art. 464-bis*, cit., 2124; ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in www.penalecontemporaneo.it; UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2015, 726 ss. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1272.

³⁸ Cfr. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in *La delazione giudiziaria*, a cura di Triggiani, Torino, 2014, 88. Analogamente FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida al dir.*, 2014, n. 21, 72.

³⁹ Così LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce e 'accredita'*, in *punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

caso concreto, che presuppone anche una prognosi di non recidiva»⁴⁰.

L'elasticità del contenuto, d'altronde, è fisiologica, se si considera che il programma deve tener conto delle caratteristiche dell'imputato, del suo contesto di vita e del fatto commesso, oltre che delle esigenze della vittima, e delle risorse effettivamente disponibili⁴¹.

In questo contesto è stato agevole per la Consulta rispondere all'altro interrogativo, in riferimento all'art. 168-*bis*, commi 2-3, c.p.p. (perché violerebbero l'art. 25, comma 2, Cost.) per una presunta inottemperanza al principio di legalità, non prevedendo il legislatore una norma precisa con riguardo sia alla determinazione qualitativa che quantitativa del trattamento giudiziario.

Il tempo della misura⁴², come aveva già precedentemente⁴³ chiarito la Corte, si ricava indirettamente dall'art. 464-*quater*, comma 5, c.p.p. che non può essere superiore a due anni (reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) o ad un anno (reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria).

D'altronde, è dopo la fine della sospensione, e dunque della misura, che il giudice valuta l'esito della messa alla prova.

La previsione 'trattamentale', quindi, pone attenzione sia alla persona offesa, che all'imputato: la prima viene posta al centro delle attenzioni del legislatore ed ottiene il vantaggio di vedere soddisfatti i suoi interessi riparatori/risarcitori; il secondo, invece, si spoglia del ruolo di soggetto passivo a cui applicare una sanzione, diventando «il destinatario della stimolazione verso un incoraggiamento ad adoperarsi attivamente per l'eliminazione del danno cagionato e della sua condotta illecita»⁴⁴.

Pertanto, le prescrizioni di programma sono anzitutto riparatorie⁴⁵: mirano

⁴⁰ Così Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 33216, Rigacci.

⁴¹ In argomento MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 87; M. MEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*, in www.penalecontemporaneo.it; FIORENTIN, *Volontariato quale forma di "riparazione sociale"*, in *Guida al dir.*, 2014, 78.

⁴² La durata massima della misura è analoga, specifica la Consulta, sia per il lavoro di pubblica utilità che per l'affidamento in prova al servizio sociale.

⁴³ Ord. n. 54 del 2017. Per un approfondimento cfr. ANDOLFATTO, *Nuovo giudizio di legittimità costituzionale sulla sospensione del procedimento con messa alla prova: la Consulta respinge tre questioni sollevate dal Tribunale di Prato*, fasc. n. 3, 2017, 292 ss.

⁴⁴ In questi termini GIUNCHEDI, *Probation Italian style: verso una giustizia riparativa*, in *questa Rivista*, fasc. n. 3, 2014, 2.

⁴⁵ Ciononostante alcuni ritengono che il contenuto del programma di trattamento sia di chiara matrice afflittiva, tanto che, lo hanno qualificato come «cripto-pena», un «crocevia nevralgico dell'intera rete di rapporti fra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo». In tal senso cfr. DI CHIARA, *Diritto processuale penale*, in *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, a cura di Fiandaca, Di Chiara, Napoli, 2003, 303, nonché SPANGHER, *Consi-*

«ad indurre un percorso di ripensamento dell'agente, indirizzando il futuro *modus vivendi* verso condotte lecite»⁴⁶. E ciò avvalorava ulteriormente quanto precedentemente sostenuto, ovvero, la stringata analogia col patteggiamento (adoperata dalla Corte per risolvere la prima questione), ove è certo che siano applicate pene in senso proprio.

Quanto poi ai criteri per la determinazione in concreto del tempo del lavoro («guidata anche da parametri atti a limitarne l'interferenza con la vita privata dell'interessato»)⁴⁷, si tratta evidentemente di quelli indicati all'art. 133 c.p., che, su questa scia, «perde ogni forza suggestiva di assimilazione dei contenuti prescrittivi del programma alle sanzioni penali, giustificandosi unicamente in ragione della natura di paradigma generale per conformare, anche su terreni diversi dalla pena, la discrezionalità giudiziale»⁴⁸.

In questa direzione, è altresì agevole respingere anche l'altra questione di legittimità sollevata dal giudice rimettente, in riferimento all'art. 464-*quater*, comma 4, c.p.p. (perché violerebbe gli artt. 101, 92, 111, comma 2, Cost.), legata alla legittimità del consenso dell'imputato alla modifica o integrazione del trattamento operata dal giudice.

Se, infatti, è vero che «all'interno del sistema accusatorio il potere dispositivo delle parti non si contrappone al potere del giudice, ma è strumentalmente ad esso collegato per potenziarne l'efficacia attraverso una più celere definizione del processo»⁴⁹, è evidente che debba escludersi l'illegittimità di un simile potere che, viceversa, deve essere inquadrato nella logica conseguenza della scelta della *probation*.

Del resto, la decisione di un procedimento speciale come *iter* per la definizione del processo costituisce una scelta 'primaria' che l'ordinamento prospetta all'imputato. Se, dunque, egli accoglie tale 'invito' scegliendo, a suo insindacabile giudizio, il rito da adottare, non si vede come possa costituire una doglianza poi, il suo successivo consenso al completamento della 'procedura'. Detto altrimenti: il consenso dell'imputato alle modifiche e alle integrazioni

derazioni sul processo "criminale" italiano, cit., 61, descrive l'istituto «come una richiesta unilaterale dell'imputato, condivisa dal giudice, non condizionata, dopo l'esercizio dell'azione penale, dal parere del p.m., di anticipazione, rispetto al momento esecutivo, di una cripto-pena (a contenuto rieducativo, risarcitorio, riparatorio)». Nello stesso senso ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 103.

⁴⁶ Così MURRO, *Riparazione del danno ed estinzione del reato*, Padova, 2016, 140.

⁴⁷ LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce e 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁸ Così MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, cit., in corso di pubblicazione.

⁴⁹ Corte cost., n. 313 del 1990.

del trattamento operate dal giudice, rientra nella scelta del rito, quale potere riconosciuto, a monte, dall'ordinamento.

Pare ovvio, in effetti, che l'intera disciplina dei negozi processuali penali si fonda sull'interazione tra provvedimento giudiziale assunto in base alla legge e volontà di adesione dell'interessato, senza che questo si trasformi in una menomazione dei poteri giudiziali⁵⁰ e, senza che questo sia di ostacolo alla ragionevole durata del processo.

Si tratta, in buona sostanza, «di dare attuazione all'ineludibile necessità di rivisitare il sistema processuale e sanzionatorio nella prospettiva di favorire, ove possibile, il ricorso a sanzioni non penali o comunque alternative alla detenzione»⁵¹.

L'intento è chiaro, «la giustizia senza spada»⁵² ha finalità e fondamenti diversi ed ulteriori: si deve uscire dai rigidi schematismi tradizionali della giustizia e accogliere definitivamente modelli processuali che possono oltremodo favorire il carico deflattivo e l'economia processuale perché più funzionali alle esigenze odierne e alle situazioni attuali che non sono più quelle del 1988.

4. (segue)...la compatibilità con il principio di non colpevolezza.

Queste riflessioni sono di ausilio alla questione centrale della pronuncia (in riferimento alla legittimità degli artt. 464-*quater* e 464-*quinqües* c.p.p. con l'art 27, comma 2, Cost.): il presunto contrasto tra la *probation* e il principio fondamentale di non colpevolezza, inteso, in particolare, nella sua accezione di regola di trattamento⁵³.

La Corte, muovendo da una comparazione del noto istituto al patteggiamento, contesta la parificazione del trattamento giuridico della messa alla prova alla espiazione di una pena criminale⁵⁴.

⁵⁰ In tal senso Corte cost., sent. n. 303 del 2011; Corte cost., sent. n. 170 del 2008; Corte cost., sent. n. 432 del 1997; Corte cost., ord. n. 263 del 2002. È noto anzitutto come l'art. 97 Cost. sia costantemente ritenuto privo di pertinenza all'attività giudiziaria. Così Corte cost., ord. n. 84 del 2011; Corte cost., sent. n. 65 del 2014; Corte cost., sent. n. 272 del 2008; Corte cost., ord. n. 408 del 2008. Sul punto, cfr. LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce e 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, cit.

⁵¹ Così GIUNCHEDI, *Probation Italian style: verso una giustizia riparativa*, cit., 3.

⁵² Espressione di MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, cit.

⁵³ Sul tema cfr. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵⁴ In dottrina SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 61, afferma che «il recente rito [...] si configura come una richiesta unilaterale dell'imputato, condivisa dal giudice, [...] di anticipazione, rispetto al momento esecutivo, di una cripto-pena (a contenuto rieducativo, risarcitorio, riparatorio)». In tono imperativo anche FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., 181 ss., secondo il quale la nuova *probation* processuale si troverebbe «sul filo del rasoio

È stato puntualmente osservato, infatti, che se l'imputato può rinunciare al contraddittorio in tema di oneri probatori d'accusa, perché mai nella *probation* non potrebbe, con il suo consenso legittimare costituzionalmente l'applicazione del trattamento che gli consente di interrompere il processo e definirlo con una pronuncia di estinzione del reato⁵⁵?

Peraltro, l'assenza nella messa alla prova di una condanna non prelude all'inevitabile contrasto con la presunzione costituzionale di non colpevolezza, per quanto osservato dalla stessa Consulta, mancando un'attribuzione di colpevolezza. In difetto di un accertamento di responsabilità viene disposto nei confronti dell'imputato, e su sua richiesta, un trattamento alternativo alla pena. La stessa posizione è condivisa in dottrina da chi ha affermato che «il concetto di colpevole genera soltanto da un procedimento di accertamento»⁵⁶: la *probation* mira - all'esito del trattamento - all'estinzione del reato senza un accertamento del fatto, pertanto «la persona "incolpata" non sarà considerata colpevole e non vi sarà mai condanna definitiva»⁵⁷.

costituzionale» perché la logica del nuovo istituto si riassumerebbe in «prima la pena, poi la sentenza». In senso analogo CAPRIOLI, *Audizione del 3 luglio 2012 in Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati*, in *Raccolta di documentazione per l'esame parlamentare dell'Atto Senato n. 925, recante delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili n. 37 della XVII legislatura, a cura del Servizio Studi del Senato*, Roma, 2003, 47, che utilizza l'espressione di «cripto-condanne», nonché ORLANDI, voce *Procedimenti Speciali*, cit., 642, altresì CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiore e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 11 e CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014*, cit., 16.

⁵⁵ In argomento PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 301, nonché MAFFEO, *La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici*, cit., in corso di pubblicazione. Tra le voci critiche, che ritengono la messa alla prova per adulti incompatibile con il principio di non colpevolezza, cfr. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., 644, nonché MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giur. cost.*, 2016, 2200, secondo cui «la presunzione di non colpevolezza non è disponibile (...) e questa regola non è derogabile, nemmeno con il consenso dell'imputato».

⁵⁶ In questi termini TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, cit., 70. Merita poi di essere precisato che l'impostazione della messa alla prova avallata dalla Corte costituzionale non entra in conflitto con la giurisprudenza della Corte Edu che, più volte, ha affermato il principio della necessità di accertamento della colpevolezza quale condizione per l'applicazione di una pena, da ultimo ribadito dalla sentenza della Grande Camera, G.I.E.M. e altri c. Italia, del 28 giugno 2018, in materia di confisca, di cui ha consacrato la natura sostanziale di «pena». La premessa è che, in tema di messa alla prova, le prescrizioni e le altre misure non possono essere annoverate nella categoria delle «pene», per le ragioni illustrate dalla Corte costituzionale con la sentenza in commento; viene dunque meno la possibilità di ravvisare un conflitto con la posizione consolidata del giudice sovranazionale. Sta proprio qui la portata fortemente innovativa del ragionamento della Corte costituzionale, che in tal modo supera le perplessità da molti manifestate sull'assenza di un accertamento di responsabilità.

⁵⁷ Così TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scena-*

In sostanza, nel momento di accesso al trattamento, il soggetto messo alla prova non può in alcun modo essere ritenuto colpevole, a fronte di una mancanza di accertamento in positivo⁵⁸ della responsabilità per il reato ascrittogli. E benché il suo programma di trattamento «almeno in parte si riveli afflittivo, non va assimilato ad un provvedimento sanzionatorio (..) perché deve essere condiviso dal richiedente (..) che non tende a subire il processo o a difendersi dal processo, ma anzi ne utilizza le potenzialità in vista di un'uscita favorevole e meno dolorosa dal circuito giudiziario, (..) senza passare attraverso la decisione di un terzo che dirima»⁵⁹.

La natura dell'istituto è pertanto riconciliativa. Questa affermazione, che potrebbe apparire perentoria, è invece giustificata dal dettato normativo.

A tal fine sembra quanto mai opportuno un raffronto con gli altri procedimenti speciali. È proprio dall'analisi comparativa agli altri riti alternativi che emerge la vera essenza dell'istituto in esame, perché la scelta del legislatore di vietare l'accesso alla misura all'imputato cui è stata già concessa una volta è singolare per un procedimento speciale.

In sostanza, il requisito della non recidività è estraneo alla logica dei presupposti degli altri procedimenti speciali e tale scelta non può che giustificarsi nella sottolineatura dell'assenza penale del programma di trattamento.

Si può infatti argomentare che se il trattamento giuridico dell'istituto coincidesse con una sentenza di condanna, il rito non sarebbe subordinato ad alcuna limitazione soggettiva perché ogni qualvolta l'imputato si trova a decidere sull'*iter* procedimentale da adottare - espressione del diritto di difesa -, è sempre messo in condizione di poter avvalersi di tutti i procedimenti speciali previsti dall'ordinamento, senza alcuna preclusione.

A suffragare ulteriormente la tesi è poi l'osservazione che quando l'esito del percorso è negativo il soggetto non viene dichiarato immediatamente colpevole, ma il giudice dispone⁶⁰ con ordinanza che il processo riprenda il suo corso per accertare appunto la sua eventuale responsabilità.

Si potrebbe però obiettare che nel caso di esito negativo e ove il processo si concluda con la condanna, nel determinare la pena da eseguire, occorre tener conto in detrazione del periodo di prova eseguita⁶¹.

ri sanzionatori senza pena, cit., 70.

⁵⁸ Così come per il patteggiamento ci sarà il vaglio dell'accertamento 'in negativo' a fronte dell'art. 129 c.p.p.

⁵⁹ Così UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, cit., 4.

⁶⁰ Art. 464-*septies*, comma 2, c.p.p.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 657-*bis* c.p.p., ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda.

L'obiezione non convince.

È, infatti, «il legislatore a dire se una determinata prescrizione abbia natura sanzionatoria penale e questo lo può fare solo se la descrive in termini di necessaria consequenzialità rispetto all'accertamento di un reato»⁶² e, come è noto, con la messa alla prova la ricomposizione del fatto, in termini di illecito penale con la conseguente affermazione di responsabilità, soggiace in favore di un diverso atteggiamento delle persone coinvolte dalla mediazione in riguardo alla valutazione delle condotte da loro tenute⁶³.

Pertanto, «l'obiettivo perseguito è la soluzione del conflitto e non già la punizione del colpevole»⁶⁴. Ciò, quindi, non oltraggia il principio di non colpevolezza perché, in questa logica, l'accertamento di responsabilità resta certamente estraneo dall'obiettivo che si prefigura la *probation*: l'esito della prova è funzionale solamente alla «verifica del reale bisogno di punire il soggetto»⁶⁵.

5. Brevi conclusioni sulla messa alla prova: un procedimento speciale 'anomalo'.

Le finalità e le intenzioni sottese alla novella che ha introdotto la messa alla prova per adulti si pongono perfettamente in linea con le indicazioni in tema di deflazione del carico giudiziario e carcerario, nonché alla rinnovata attenzione verso la vittima del reato.

Perciò, «il reato non è più solamente la negazione di valori stabiliti e determinati, ma è soprattutto un episodio concreto che si colloca al centro di un nodo di interessi vari e mutevoli alla ricerca di una composizione di un equilibrio volta per volta»⁶⁶.

«Siamo di fronte, insomma, ad un sistema che non si pone in chiave sostitutiva del modello sanzionatorio classico, ma che, per determinate ipotesi oggettive e soggettive, può fungere da “valvola di sfogo” per il sistema»⁶⁷, soprattutto, laddove in relazione alla pericolosità sociale, più che l'interesse pubblico prevalgono le esigenze di riparazione del danno subito dalla vittima dell'illecito penale.

Coerentemente a queste finalità, il legislatore ha aggiunto nel libro VI sui procedimenti speciali, il titolo V *bis*, dedicato appunto alla sospensione con mes-

⁶² Così MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 148.

⁶³ Cfr. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, cit., 149.

⁶⁴ In questi termini SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1272.

⁶⁵ Così MARTINI, *La pena sospesa*, Torino, 2001, 61.

⁶⁶ Così BARTOLI, *Una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., 666.

⁶⁷ GIUNCHEDI, *Probation Italian style: verso una giustizia riparativa*, cit., 3.

sa alla prova.

La giurisprudenza non dubita sulla natura dell'istituto e la Consulta, già nel 2015⁶⁸, condensò la dimensione processuale dell'istituto nella sua riconducibilità alla categoria dei procedimenti speciali⁶⁹.

Va detto però che l'istituto, così come disciplinato, non sembrerebbe integrare un nuovo procedimento speciale, ma piuttosto una diversa forma di definizione del processo, alternativa all'*iter* ordinario.

I procedimenti speciali, classicamente intesi, infatti, si caratterizzano tutti per una definizione certa del rito, non è così per la messa alla prova che interviene nel corso del processo, senza avere però la certezza di concluderlo: il fine deflativo trova qui la sua massima espressione, ma solo in via potenziale perché vincolata al felice esito della prova.

Pertanto, l'appellativo di "procedimento" è coerente all'istituto, avendo una portata più ridotta⁷⁰ rispetto a quello di "rito", perché caratterizzato da un epilogo eventuale e, dunque da una deflazione aleatoria - risultando ben possibile che il procedimento debba riprendere, anche a notevole distanza di tempo dalla sua sospensione, per il verificarsi di un'ipotesi di revoca della misura ovvero per l'esito negativo della *probation* -, viceversa, la denominazione di "speciale" non convince.

La sospensione con messa alla prova, invero, si prefigge un fine diverso da quello proprio del processo, con l'ulteriore particolarità di limiti soggettivi - la non recidività e la possibilità di potersene avvalere per una sola volta - estranei, o per lo meno singolari, alla logica dei procedimenti speciali, quale espressione del diritto di difesa.

Una scelta che probabilmente coincide con motivazioni strettamente politiche: in caso di un deciso allargamento dell'area di operatività della misura, si sarebbe potuto obiettare che si consentiva a pericolosi criminali di pagare il proprio debito con la giustizia «in cambio di qualche lavoretto»⁷¹.

Del resto, il ricorso alla giustizia riparativa, che negli altri Stati europei è ormai entrata a far parte della legislazione ordinaria e gode di ampia diffusione⁷², in Italia non rappresenta ancora un modello tipico di riferimento, conti-

⁶⁸ Il riferimento è Corte cost., n. 240 del 2015.

⁶⁹ Ciò è stato poi ribadito successivamente: Corte cost., n. 201 del 2016. In questo caso la Consulta esaminò la legittimità costituzionale dell'assenza, nel decreto penale di condanna, dell'avviso per il condannato di poter chiedere, unitamente all'atto di opposizione, la sospensione del processo con messa alla prova.

⁷⁰ Cfr. nota 9.

⁷¹ In questi termini VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1305.

⁷² Sul punto, cfr. GIOSTRA, PATANÈ, *European juvenile justice systems*, I, Milano, 2007.

nuando a suscitare resistenze, reazioni critiche, perplessità e diffuso scetticismo dal momento che sovverte gli schemi classici⁷³. In particolare, rispetto alla concezione tradizionale del diritto penale, ciò che viene messo in discussione dalla giustizia riparativa è «il monopolio della risposta al fatto tipico, monopolio da sempre detenuto dalla pena statale»⁷⁴.

D'altronde, anche il suo indubbio profilo sostanziale è da ausilio all'idea sostenuta in premessa: la *probation* è un 'procedimento differenziato' (ovvero, diverso dagli altri procedimenti speciali) perché alternativa alla forma ordinaria, ma caratterizzata da una serie di peculiarità differenti e sicuramente lontane dai riti speciali, classicamente intesi.

Il legislatore ha preferito, quindi, porsi a metà strada, introducendo una nuova categoria processuale, quella cioè di un 'procedimento differenziato' che, atteso il ridotto ambito operativo, solo in 'punta di piedi', «oscura il profilo coercitivo a vantaggio di quello consensuale-ripartitivo»⁷⁵.

Potrebbe aver saggiato il terreno per allargarne successivamente l'operatività.

⁷³ Cf. MESTIZ, *Perché la mediazione penale stenta a decollare?*, in *Minorigiustizia*, 3, 2007, 121.

⁷⁴ MESTIZ, VOGLIOTTI, *The Rise and Growth of Mediation in Italy*, in *Poblet et al., Mediation and the Judiciary*, Firenze, 2010.

⁷⁵ Così SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, cit., 1267.