

# ORIENTAMENTI

---

FILIPPO GIUNCHEDI

## ***Probation italian style: verso una giustizia riparativa\****

1. La sospensione del processo con messa alla prova istituito con l. 28 aprile 2014, n. 67 si propone di divenire una versione *italian style* del *probation*<sup>1</sup> statunitense il quale affonda le radici nelle concezioni utilitaristiche della pena ispirate da Geremia Bentham<sup>2</sup>. La “messa alla prova” merita plauso per la filosofia di fondo che lo anima per i contenuti risocializzanti e riparatori (in riferimento agli obblighi di eliminare le conseguenze dannose e pericolose derivanti dal reato, di risarcire il danno e di svolgere un lavoro di pubblica utilità) che lo caratterizzano.

Nonostante ciò vi sono dei punti critici che “attentano” al vasto campo di utilizzo che il legislatore si prefigge con l’inevitabile conseguenza di fargli perdere quell’importante ruolo deflattivo che negli intenti ne hanno ispirato il conio.

Il novello istituto risponde innanzi tutto alla necessità di adempiere agli obblighi imposti dalla sentenza Torreggiani<sup>3</sup> (ma non si dimentichi la Sulejmanovic<sup>4</sup> di qualche anno prima) – costituente una sentenza pilota poiché ha sospeso tutti gli altri ricorsi dei detenuti italiani aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita e ha concesso allo Stato italiano il termine di un anno dalla data del passaggio in giudicato della decisione (28 maggio 2013) entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio alla situazione – e si pone in immediata successione, seppur con modalità differenti, ai d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv., con modif., in l. 9 agosto 2013, n. 94 recante «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena», e d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10 recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Testo, corredato delle note essenziali, della Relazione presentata al Convegno internazionale di Diritto processuale penale «Le nuove leggi penali tra normativa sovranazionale e principi costituzionali», Pula (Cagliari), 4 e 5 luglio 2014.

<sup>2</sup> FASSONE, voce *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 783 ss.

<sup>3</sup> BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1829.

<sup>4</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia.

<sup>5</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia.

<sup>6</sup> Sul punto specifico v. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

I predetti interventi, più in generale, si prefiggono di ridurre il sovraffollamento carcerario e procedere all'adozione - con l'avvicinarsi del termine di un anno imposto dalla succitata sentenza Torreggiani - di misure necessarie ad impedire violazioni seriali dell'art. 3 C.e.d.u. derivanti proprio da queste situazioni. Il contenuto di questa norma, così come filtrato in relazione alle vicende analizzate dalle due citate decisioni, è nel senso che lo spazio vitale minimo del singolo detenuto non può essere inferiore ai 3 mq. - situazioni comuni alla gran parte delle nostre carceri - in quanto al di sotto di questo parametro la vita diventa trattamento inumano e degradante.

I due testi legislativi, incidenti tanto sul piano del diritto penale sostanziale che processuale, oltre che su quello dell'esecuzione, muovono in una duplice direzione: diminuire, da un lato, il flusso dei soggetti in entrata verso il carcere; dall'altro di aumentare il flusso in uscita.

Allo stesso tempo il legislatore muove verso la stessa direzione, utilizzando altra tecnica, mediante un intervento in via preventiva, vale a dire antecedentemente all'irrogazione della sanzione.

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, creando una sorta di doppio binario processuale idoneo a selezionare per la trattazione con il rito ordinario i procedimenti relativi a fatti realmente meritevoli, deflazionando in tal modo il carico giudiziario - altro grave problema che affligge la nostra giustizia e che incide sui tempi dei processi che ci è costata, anche questa, una vigorosa "tirata d'orecchie" da parte dei giudici di Strasburgo -, e allo stesso tempo di prevedere modalità alternative di definizione dei processi nonché perseguendo, mediante la rinuncia all'accertamento e alla condanna, il recupero del reo e la riparazione del danno subito dalla vittima del reato.

Con il parallelo fine - escludendo determinate categorie di soggetti - di precludere il contatto con l'ambiente criminogeno del carcere che, come noto, rappresenta la scuola elementare del crimine.

Peraltro costituisce dato abbastanza aggiornato che l'esecuzione domiciliare *ex l.* 26 novembre 2010, n. 199, c.d. legge Alfano, abbia sottratto al carcere più di 8.000 soggetti a bassa pericolosità sociale.

Sono questi, in breve, gli elementi che hanno portato ad ideare l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova di cui alla legge n. 67 del 2014, un testo che, come è stato definito, nell'ottica del legislatore è destinato

a divenire «perno dell'esecuzione penale nel nostro ordinamento»<sup>6</sup> e che si proietta non tanto verso lo Stato, ma verso la vittima, creando per l'appunto un modello che investe tanto sulla riparazione intesa come modalità per centralizzare la posizione della vittima ed abbandonare precedenti modelli, tipici di epoche autoritarie, che inquadravano l'offesa più verso lo Stato che verso la persona offesa. Ciò comporta, in ricaduta, anche la necessità di spostare il baricentro verso l'autore del reato che da soggetto meramente passivo al quale irrogare la sanzione, diventa colui che va stimolato ad adoperarsi attivamente per l'eliminazione del danno causato dalla sua condotta illecita.

Questo nuovo modello non aspira certo a "mettere in soffitta" il tradizionale sistema retributivo con l'applicazione di una sanzione il più possibile proporzionata al fatto e adeguata alla finalità di prevenzione e riabilitazione, ma piuttosto a porre attenzione alla vittima con la palese finalità di elidere le conseguenze dannose del reato attraverso la partecipazione attiva del reo. 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, soprattutto laddove più che l'interesse pubblico prevalgono le esigenze di riparazione del danno subito dalla vittima dell'illecito penale.

E non è un caso che l'area degli illeciti per i quali è possibile optare per l'istituto della sospensione del processo per messa alla prova, copre in gran parte reati "bagatellari" procedibili ad istanza di parte - la querela - ove la decisione di impegnare la magistratura penale trova la sua ragion d'essere nel diritto alle restituzioni e al risarcimento di cui all'art. 185 c.p. con un duplice effetto costituito dal deflazionare oltre al carico della giustizia penale, anche di quella civile. Questo effetto, peraltro, consente di arretrare il centro gravitazionale di altri istituti (affidamento in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 l. 26 luglio 1975, n. 354 che al co. 7 prescrive che l'affidato in prova «si adoperi, in quanto possibile, in favore della vittima del suo reato», nonostante ciò sia concepito in un'ottica maggiormente risocializzante). D'altronde l'istituto coniato con legge n. 67 del 2014 non è un corpo estraneo per il nostro processo essendo ben noto come il processo minorile abbia sperimentato con successo (l'esito positivo della prova si è verificato nell'80% dei casi) il *probation* giudiziale previsto dall'art. 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 finalizzato anch'esso all'estinzione del reato.

L'istituto, quindi, offre una via di fuga dal processo, operando in fase giudiziale, rimanendo con ciò estraneo alla fase *post rem iudicatam*. I vantaggi, per-

---

<sup>6</sup> FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 64.

tanto, sono deflattivi, ma nonostante ciò, come si osserverà, pur sgravando l'autorità giudiziaria, implica delle ricadute in termini di impegno di non poco momento sull'organo che operativamente tratterà i messi alla prova, vale a dire l'Ufficio esecuzione penale esterna, c.d. U.E.P.E.

Risarcire la vittima costituisce, quindi, una condizione imprescindibile. È pacifico che debba trattarsi di un ristoro di ordine patrimoniale in rapporto al danno da reato provocato. Ciò è stato desunto dai primi commentatori<sup>7</sup> dal tenore dell'art. 464-*quinquies* c.p.p. che al co. 1 ammette la possibilità di un pagamento rateale delle «somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno». Tale obbligo non costituirebbe, però, un obbligo di natura meramente afflittiva, ma rientrerebbe nell'ambito di un percorso di responsabilizzazione del condannato rispetto all'illecito commesso e alle conseguenze derivatane; il tutto ammantato da una finalità essenzialmente rieducativa in linea con lo spirito che anima il *probation*. Condizione questa che non è da leggersi nell'ottica di una tutela dei soli interessi della vittima, ma anche per responsabilizzare e motivare l'imputato quale momento finalizzato allo sviluppo di una revisione critica della condotta criminosa realizzata. Se, però, questo aspetto assume caratteristiche inequivocabili nei modelli di *probation* in fase di esecuzione della pena, dubbi consistenti fa sorgere in relazione al modello in esame ove il processo si definisce o in sede di udienza preliminare o in apertura di dibattimento, non trascurando poi la possibilità di anticipare questo momento finanche in fase di indagine.

La “prova di resistenza” a queste perplessità mediante l'istituto dell'applicazione della pena concordata (istituto, per molti aspetti, analogo) porta a dubitare della legittimità del risarcimento in considerazione del fatto che, in questa fase, non vi è alcuna affermazione di responsabilità tale da legittimare un risarcimento. Nel “patteggiamento”, infatti, l'eventuale parte civile non fruisce che delle spese di patrocinio per la costituzione e nemmeno può valersi della decisione in sede civile o amministrativa (aspetto questo rinvenibile anche in quella “condanna senza processo” costituita dal decreto penale di condanna).

Il profilo restitutorio e, soprattutto, risarcitorio importa, poi, una serie di conseguenze sotto il profilo della quantificazione del danno poiché si dovranno considerare tutte le voci di questo: dal danno patrimoniale in senso stretto a quello squisitamente morale ed esistenziale in tutte le sue sfumature ed accezioni. Questo compito non certamente facile, eccezion fatta per le ipotesi “bagatellari”, importerà un delicato compito di mediazione tra imputato e

---

<sup>7</sup> FIORENTIN, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, in *Guida dir.*, 2014, 21, 75.

persona offesa da parte degli assistenti sociali dell'U.E.P.E. al fine di giungere ad una valutazione del danno che dovrà essere inserito nel programma di trattamento, il più possibile condivisa e ponderata.

Peraltro l'art. 141-*ter* disp. att. c.p.p. al co. 3 prevede che l'U.E.P.E. indichi se la quantificazione del danno proposto sia il frutto dell'accordo tra le parti. Elemento questo estremamente utile al giudice per approvare il programma di trattamento ed eventualmente per la sua modifica o integrazione nel corso dell'udienza. Comunque, va sottolineato, osservando la norma sostanziale di cui all'art. 168-*bis* c.p. che al co. 2 prevede che ciò avvenga solo «ove possibile», che l'aspetto riparatorio risulta obbligatorio all'interno del programma di trattamento, ma è subordinato ad una valutazione "in concreto" circa la sua operatività in ragione di condizioni oggettive e soggettive parametrata alle concrete condizioni economiche e personali dell'imputato<sup>8</sup>, escludendosi quindi un obbligo incondizionato e assoluto al risarcimento integrale dei danni. Occorre considerare, infatti, che potrebbero intervenire delle ragioni ostative tali da impedire il risarcimento tanto in forma parziale quanto integrale e che, ponendosi l'obbligo in termini assoluti, escluderebbero l'esito positivo della messa alla prova.

Allo stesso tempo non può trascurarsi come in relazione a talune fattispecie delittuose che non implicano un danno (è il caso, ad esempio, della detenzione a fini di spaccio di sostanze stupefacenti nell'ipotesi di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309 del 1990) dovrà ritenersi sussistente lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità o un'attività di volontariato, dovendo dare atto l'U.E.P.E. dell'inesigibilità oggettiva. Inesigibilità oggettiva che potrà riscontrarsi anche nell'ipotesi di irreperibilità o di non rintracciabilità (magari perché il reato risulta risalente) della persona offesa, dovendosi, come detto, determinare il risarcimento mediante la mediazione con quest'ultima.

Peraltro, deve darsi atto che, alla luce di queste considerazioni, vi sia chi<sup>9</sup>, non a torto, ritiene che l'istituto in parola possa essere attivato solo per reati in cui sia individuata la persona offesa.

Quale ipotesi peculiare, ma in verità non così infrequente, potrebbe profilarsi la necessità di addivenire alla corresponsione di una provvisionale al cospetto di una parallela causa civile<sup>10</sup>. In letteratura<sup>11</sup> si ritiene – a meno di non qualificare come pretestuosa la resistenza in giudizio dell'imputato/convenuto –

---

<sup>8</sup> Che soprattutto in ipotesi di impossibilità ad adempiere sarà opportuno documentare.

<sup>9</sup> 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, 680.

<sup>10</sup> Si ricorda, infatti, come non sia prevista l'operatività dell'art. 75, co. 3, c.p.p.

<sup>11</sup> FIORENTIN, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, cit., 77.

possa essere sufficiente il versamento di una provvisionale, ritenendosi tale somma quale dato non contestato. Ad onor del vero questa soluzione svia dai binari di mediazione che alimentano i vantaggi conseguibili dall'istituto. Sarà la prassi a offrire delle risposte in tal senso.

2. Passiamo a sondare l'ipotetico ed effettivo "campo d'azione" dell'istituto sul piano oggettivo e soggettivo.

Si è detto che l'area di applicabilità della messa alla prova copre - anzi con tutta probabilità ha un ambito applicativo più limitato - quella della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale. Ma analizziamone i limiti.

L'istituto della sospensione del processo con messa alla prova si palesa all'evidenza scarsamente appetibile<sup>12</sup> in quanto i potenziali fruitori sono limitati a imputati o indagati per reati la cui pena edittale non supera quella della reclusione fino a quattro anni sola o congiunta alla pena pecuniaria, oltre agli specifici delitti indicati dall'art. 550 c.p.p.

Si tratta di processi per reati di cui, al di là del tenore della pena edittale irrogabile in astratto, in concreto, la gran parte di questi potranno essere definiti con il patteggiamento o con il rito abbreviato, ma anche in dibattimento con una pena condizionalmente sospesa (vuota di contenuti in prima applicazione<sup>13</sup>), rendendo così poco attraenti gli innumerevoli obblighi e prescrizioni imposti con l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova.

Non si trascuri, poi, che i reati in discorso rientrano praticamente tutti nella fascia di prescrizione per cui, anche in presenza di atti interruttivi, il reato si estingue dopo sette anni e mezzo.

È vero che il venir meno della contumacia (sempre con la medesima legge n. 67 del 2014<sup>14</sup>), con i tempi talvolta biblici della notifica dell'estratto contumaciale (vi sono realtà territoriali per le quali si parla di oltre un anno per la notifica), dovrebbe resecare tempi morti decisivi per far maturare la prescrizione, ma il rischio di perdere un'allettante prospettiva di prescrizione del reato<sup>15</sup> a

---

<sup>12</sup> VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300.

<sup>13</sup> Così, condivisibilmente, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovralfollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 668.

<sup>14</sup> Ma è scarsamente ipotizzabile un collegamento funzionale ideato dal legislatore.

<sup>15</sup> Cfr., *mutatis mutandis*, MAGLIARO, *La legge Carotti e la riforma del giudizio abbreviato*, in *Quest. giust.*, 2000, 3, 424 ss., il quale, in relazione alla scelta tra processo ordinario e riti alternativi si domandava come potrà essere appetibile un rito quando la via ordinaria, incapace di rispettare, non solo tempi ragionevoli, ma addirittura il tempo massimo, presenta prospettive tali da assicurare l'impunità mediante la prescrizione. La risposta riposa nel fatto che l'imputato più avveduto o meglio difeso opterà per il

fronte di tutti gli obblighi e le imposizioni insite nella messa alla prova, francamente alimenta non poche perplessità sulle capacità attrattive del nuovo istituto che ha contenuti afflittivi nella sostanza assimilabili ad una pena, tanto che si è parlato di «cripto condanna»<sup>16</sup>.

Per coloro che, a contrario, si trovano in una situazione di potenziale superamento in concreto della pena dei due anni di reclusione, il rischio è che si tratti di soggetti già gravati di precedenti per i quali a fronte dell'impossibilità di formulare una prognosi di astensione dalla commissione di ulteriori reati tanto la sospensione condizionale che la messa alla prova non potranno essere concessi.

Chi allora potrà pensare all'opzione per l'istituto in esame? Coloro che dalla condanna, seppur condizionalmente sospesa, potrebbero trarre nocumento. Si pensi, a mo' d'esempio, a quegli imputati che hanno necessità di dover contrattare con la Pubblica Amministrazione, anche se vi è un aspetto - l'iscrizione nel casellario dell'ordinanza che sospende il processo nel periodo di messa alla prova - che sul piano morale ha riflessi negativi e che - stando alla lettura dell'art. 6 legge n. 67 del 2014 - cessa solo a seguito della sentenza che si pronuncia sull'esito favorevole del *probation*.

Un altro profilo sul quale occorre meditare è costituito dalla sorte di quanto versato a titolo di riparazione delle conseguenze dannose e pericolose provocate dal reato oltre che al risarcimento del danno in ipotesi di ripresa del processo per esito negativo della prova o per revoca durante il corso di questa. Se questo dovesse concludersi con una sentenza di condanna, *nulla quaestio* essendo imputabili le somme precedentemente versate a titolo di risarcimento del danno, ma qualora il processo dovesse concludersi con una sentenza di proscioglimento? Evidente il carattere indebito della prestazione con il sorgere dell'obbligo alla ripetizione a norma dell'art. 2033 c.c.

Vi è poi un aspetto meramente pratico che non può essere eluso nell'analisi delle potenzialità dell'istituto ad assolvere ai compiti che il legislatore gli assegna: il carico che graverà sull'U.E.P.E. nonostante l'art. 7 legge n. 67 del 2014 preveda un adeguamento numerico e professionale dei relativi organici.

Va ricordato, infatti, che molti istituti che si ponevano, seppur in termini differenti, il medesimo fine non hanno avuto la diffusione auspicata proprio per la carenza di organico in quelli che ora sono gli U.E.P.E.

---

giudizio.

<sup>16</sup> 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, 7.

**3.** In conclusione l'istituto, che sulla carta pare offrire una risposta alle esigenze di snellire il sovraffollamento carcerario e di deflazionare il carico giudiziario, in concreto, in relazione ai punti controversi evidenziati (e ce ne sarebbero altri ancora), appare più una mera lustra esterna che poco giovamento potrà offrire alla situazione che intende risolvere.

Peraltro siamo di fronte ad un modello molto articolato che non lascia molto margine interpretativo ai protagonisti.

In questi angusti spazi, però, l'elaborazione giurisprudenziale - che dovrà allinearsi alla prescrizioni europee in ordine alla protezione della vittima - dovrà cercare di creare un modello flessibile in grado di cercare il riscontro dei potenziali destinatari che, allo stato, anche in relazione alle criticità segnalate, pur nel ristretto ambito del tema focalizzato, paiono appartenere ad una categoria molto circoscritta.