

L'ISTITUTO DELLA MESSA ALLA PROVA EX LEGE 28 APRILE 2014, N. 67. INQUADRAMENTO TEORICO E PROBLEMATICHE APPLICATIVE

di **Giuseppe Luigi Fanuli**

SOMMARIO

1. Considerazioni preliminari; 1-1) *Natura e ratio dell'istituto.* 2) *L'ambito oggettivo di applicazione della misura;* 2-1) *La problematica dei reati connessi.* 3. *Le preclusioni soggettive.* 4. *I contenuti della misura;* 4-1) *Il lavoro di pubblica utilità.* 4-2) *Il programma di trattamento.* 5. *Il ruolo dei soggetti coinvolti nel procedimento;* 5-1) *L'imputato.* 5-2) *Il pubblico ministero.* 5-3) *La persona offesa.* 6. *I tempi della procedura e il decorso della prescrizione.* 7. *Le pronunzie del giudice sulla richiesta di messa alla prova;* 7-1) *Gli effetti processuali della ordinanza di rigetto e di quella di accoglimento.* 7-2) *Il regime delle impugnazioni;* 7-2-1) *Il problema dell'appellabilità dell'ordinanza di rigetto e della riproposizione della richiesta in appello.* 8. *I possibili esiti della messa alla prova e le relative implicazioni di natura sostanziale e processuale.* 9. *La disciplina intertemporale;* 9-1) *Critica alle argomentazioni di chi sostiene l'applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova.* 9-2) *La prima pronunzia della Cassazione.* 9-3) *Razionalità della disciplina intertemporale.*

1. Considerazioni preliminari

Il secondo capo della legge n. 67 del 2014 ha introdotto nell'ordinamento l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, con interventi mirati in quattro diversi contesti normativi:

- il codice penale, modificato dall'art. 3 mediante l'inserzione degli articoli 168-bis, 168-ter, 168-quater;
- il codice di procedura penale, nel quale l'art. 4 inserisce sette nuove disposizioni (da 464-bis a 464-nonies);
- le norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale nel quale sono inseriti gli articoli 141-bis e 141-ter;
- il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313);

La messa alla prova consiste – in estrema sintesi – nello svolgimento, sotto la supervisione dell'ufficio dell'esecuzione penale esterna (u.e.p.e), di condotte dirette a riparare le conseguenze dannose o pericolose del reato, nel risarcimento dei danni cagionati alla persona offesa, nella mediazione con la vittima del reato, nell'affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di attività di volontariato di rilievo sociale,

nell'osservanza di prescrizioni relative alla dimora, alla libertà di movimento, alla frequentazione di locali, nella prestazione di lavori di pubblica utilità per enti pubblici anche locali e per enti privati di assistenza socio sanitaria e di volontariato (per almeno dieci giorni anche non consecutivi, tenendo conto delle inclinazioni del soggetto e senza pregiudicarne le esigenze di lavoro, studio, famiglia e salute).

Tali attività si svolgono al di fuori del procedimento penale. E, invero, piuttosto che di messa alla prova (e di richiesta di messa alla prova), si deve parlare di sospensione del processo per la messa alla prova. In tale modo si esprime espressamente il legislatore; del resto, che si tratti di un incidente, nella più ampia vicenda processuale, lo dimostrano le norme che prevedono la possibilità ex art. 464 sexies c.p.p. di assumere solo le prove “non rinviabili” e le prove utili per il proscioglimento.

La richiesta di sospensione deve essere promossa dall'interessato personalmente o da un procuratore speciale.

Il termine per proporla è quello dei riti alternativi del giudizio abbreviato e del patteggiamento: fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p. o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio, oppure ancora entro il termine e con le forme stabilite dall'art. 458, comma 1, c.p.p. se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, o con l'atto di opposizione, nel procedimento per decreto.

La procedura per l'accoglimento o meno della richiesta – come si dirà – è diversa a seconda che la richiesta stessa sia avanzata nel corso delle indagini preliminari o dopo l'esercizio dell'azione penale.

Nel caso in cui la richiesta avvenga in udienza (o sia riproposta in udienza), il giudice si limita a “sentire” le parti e la persona offesa. È evidente che, in tale caso, si tratti di mero parere, obbligatorio ma non vincolante.

Il giudice, sempre che non debba pronunciare sentenza di proscioglimento “allo stato degli atti”, decide con ordinanza la sospensione del procedimento per consentire la messa alla prova, quando, alla luce dei parametri di cui all'art. 133 c.p., il progetto apparirà idoneo e riterrà che l'interessato non commetta nuovi reati; altrimenti la respinge, sempre con ordinanza

Decorso il periodo di sospensione, qualora la prova abbia dato esito positivo, il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato. La sentenza è pronunciata in udienza, della cui fissazione deve essere dato avviso, oltre che al P.M. ed all'imputato, anche alla persona offesa. Rimangono però efficaci le sanzioni amministrative accessorie previste dalla legge.

Qualora, invece, la prova abbia avuto esito negativo, oppure quando l'interessato commetta gravi e reiterate trasgressioni al programma di trattamento, rifiuti di prestare il lavoro di pubblica utilità, commetta – durante il periodo di prova – un nuovo delitto non colposo od un reato della stessa indole di quello per il quale si procede, il giudice (evidentemente sempre in udienza) con ordinanza dispone che il processo abbia il suo corso.

1-1. *Natura e ratio dell'istituto*

Per una puntuale individuazione della natura e della ratio dell'istituto occorre evitare di cedere alla suggestione, a cui induce la stessa denominazione, di assimilarlo alla "messa alla prova" nel processo penale a carico di imputati minorenni, sì da giungere a parlare di "messa alla prova per adulti" (1). In realtà l'istituto in esame presenta in comune con l'omonimo istituto contemplato dall'art. 28 del D.P.R. 448/88 la previsione della sospensione del processo, alcuni contenuti del programma e in caso di esito positivo della messa alla prova, l'estinzione del reato.

Ma le differenze sono evidenti.

Lo scopo dell'istituto minorile è fondamentalmente educativo e socializzante. Non vi sono preclusioni oggettive (a seconda del titolo di reato ascritto) o soggettive (a seconda delle qualità dell'imputato) e la richiesta può avvenire in qualsiasi fase processuale, appunto perché l'obiettivo è sostenere il giovane imputato nel percorso di formazione della sua personalità. Inoltre, la disciplina minorile si limita a esigere la 'non opposizione' dell'imputato rispetto a una statuizione adottabile dal giudice anche d'ufficio. Al contrario, il legislatore ha stabilito rigide preclusioni processuali per l'ammissione alla prova dei maggiorenni, ha escluso i reati sanzionati in modo più severo e alcune categorie di imputati qualificati.

L'art. 464-bis c.p.p. attribuisce al solo imputato l'iniziativa dell'accesso all'istituto. Le forme della richiesta sono regolate secondo i criteri propri di tutti gli atti di gestione di diritti personalissimi: richiesta scritta od orale presentata dall'imputato personalmente o per mezzo di procuratore speciale (comma terzo), con una facoltà di verifica diretta sulla "volontarietà" della richiesta assegnata al giudice dal secondo comma dell'art. 464-quater (similmente a quanto previsto, in tema di patteggiamento, dall'art. 446, quinto comma, c.p.p.). È previsto un termine finale, a pena di decadenza.

Si sostiene, puntualmente, che l'istituto realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, riallacciandosi alla tradizione anglosassone delle probation (2).

Ma, a ben vedere, i riferimenti di diritto comparato più pertinenti ed utili sono ad istituti previsti da ordinamenti europei caratterizzati, come il nostro, dal principio della obbligatorietà dell'azione penale. Si pensi, ad esempio, all'esperienza tedesca della c.d. archiviazione condizionata prevista al §153a, comma 1, StPO (3), ed a quella portoghese, che fa leva sull'istituto della sospensione provvisoria del processo (art. 281 c.p.p.), che consente di applicare alla piccola criminalità soluzioni basate sul consenso e sulla rapidità (4).

Con riferimento ai menzionati istituti in dottrina si è sostenuto – in modo del tutto condivisibile – che il legislatore tedesco e portoghese hanno inteso perseguire essenzialmente una duplice finalità. In primo luogo, e prioritariamente, soddisfare un'esigenza di economia processuale. In secondo luogo, portare avanti funzioni di politica criminale e, più precisamente, una sorta di decriminalizzazione di fatti di scarsa entità (5).

Si tratta di istituti che non contrastano con il principio di obbligatorietà dell'azione penale: l'organo giudiziario si limita a verificare se ricorrono i singoli requisiti e, se tale verifica risulta positiva, dispone l'archiviazione, senza per questo compiere alcuna valutazione di opportunità (6).

Tali considerazioni valgono, a maggior ragione, con riferimento all'istituto appena introdotto dal legislatore italiano, che non passa attraverso la mera archiviazione, ma – anche nei casi di richieste effettuate nel corso delle indagini preliminari – postula l'esercizio dell'azione penale e la (successiva) rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata.

Sono evidenti le similitudini con l'applicazione della pena su richiesta delle parti e ne appare trasparente la ratio: eliminare procedimenti per i reati meno gravi, risparmiando la celebrazione di dibattimenti "costosi" in termini di tempo e risorse (infatti, la messa alla prova si può chiedere solo prima della dichiarazione di apertura del dibattimento), anticipare l'esecuzione penale, sostituendo le pene detentive con le attività trattamentali e socialmente utili (come emerge dalla norma che prevede la fungibilità fra periodo di messa alla prova e futura eventuale condanna).

Le finalità perseguite dal legislatore consistono nell'offerta di un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale, accompagnata dalla funzione deflattiva dei procedimenti penali attuata mercé l'estinzione del reato dichiarata dal giudice in caso di esito positivo della prova.

Senza essere privo di una "necessaria componente afflittiva" (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice), la "sospensione con messa alla prova" è chiamata a soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato (7).

In realtà si può parlare di una sorta di patteggiamento (non sulla pena ma) avente ad oggetto la realizzazione di un programma concordato con il giudice, caratterizzato da una serie di condotte riparative, risarcitorie e lato sensu sanzionatorie: svolgimento gratuito di lavoro di pubblica utilità, avente natura di espiazione anticipata, la cui puntuale esecuzione (in assenza di cause di revoca) determina l'estinzione del reato.

I primi commentatori, come si dirà, ritengono che, nonostante le suddette analogie con il patteggiamento, si tratti di istituto di diritto sostanziale, assimilabile alla sospensione condizionale della pena, tenendo conto del fatto che ha introdotto nel codice di diritto penale sostanziale una ulteriore ipotesi di estinzione del reato.

Lo scrivente dissente da tale interpretazione, ritenendo che si tratti, al contrario, di istituto essenzialmente processuale, che introduce un procedimento alternativo al giudizio ordinario, non essendo sufficiente ad inquadralo tra gli istituti di diritto sostanziale la circostanza che la corretta esecuzione del programma determina l'estinzione del reato. È bene ricor-

dare, del resto, che anche il patteggiamento produce effetti estintivi del reato (v. art. 445 comma 2 c.p.p.)

Gli effetti sostanziali della nuova misura non consistono infatti in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione anche all'esito del dibattimento o in sede di impugnazione o addirittura in fase esecutiva.

Essi postulano un esperimento comportamentale, scandito da valutazioni a forte contenuto discrezionale (a partire da quella che inerisce all'idoneità del programma di trattamento rispetto agli obiettivi di risocializzazione 'senza condanna' e dalla prognosi favorevole circa il rispetto del programma e l'astensione dell'imputato istante da ulteriori reati) e "osservato" dal giudice attraverso organi a ciò deputati (8).

2. L'ambito oggettivo di applicazione della misura

Questione interpretativa non agevole è quella della individuazione dei reati per i quali è consentita la messa alla prova (MAP). Da un lato, infatti, non vi è dubbio – stante l'espresso richiamo normativo – che vi rientrino quelli (comunque aggravati, tentati o consumati) di cui all'art. 550 comma 2 c.p.p., per i quali il codice di rito prevede la citazione diretta a giudizio.

Così come è evidente che vi rientrano non solo quelli per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio; se non altro perché è previsto che sulla richiesta si possa pronunciare (anche) il Gup, all'udienza preliminare. Quindi è possibile la messa alla prova anche per reati di notevole rilevanza collettiva, di competenza del Tribunale in composizione collegiale (penso ai reati societari, abuso d'ufficio, omissioni atti d'ufficio...). Anzi è presumibile che l'istituto possa trovare il proprio terreno elettivo proprio in questa area, per evitare pene accessorie, lo stigma della condanna, ecc.

Il problema vero è quello di individuare i reati che l'art. 168 bis comma 1, con una formula inedita, indica come "... reati puniti con... la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni...".

Nelle varie disposizioni in cui il codice richiama la pena comminata dal legislatore (quindi, quella in astratto) indica anche i criteri sulla base dei quali calcolarla. Le ipotesi si conducono – essenzialmente – a due paradigmi:

I. Quando si tratta di individuare la pena in materia di restrizione della libertà, i criteri sono quelli dettati all'art. 278 c.p.p. (a cui fanno espresso rinvio altre disposizioni: si pensi ad esempio all'art. 379 c.p.p. in materia di arresto in flagranza). Detta disposizione prevede che: "... si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante prevista al numero 5) dell'articolo 61 del codice penale e della circostanza attenuante prevista dall'articolo 62 n. 4 del codice penale nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale".

II. In materia di competenza/attribuzione lato sensu i criteri sono quelli dettati dall'art. 4 c.p.p. (a cui fanno espresso

rinvio, ad esempio, l'art. 550 comma 1 u.p.c.p.p. in tema di reati a citazione diretta e l'art. 33 bis c.p.p. in tema di attribuzione dei reati al tribunale in composizione collegiale): "... si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato. Non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione delle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale".

Poi c'è anche la disposizione dell'art. 157 c.p. che, con riferimento al tempo necessario a prescrivere, stabilisce che "... si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante".

Il fatto che nessuna delle anzidette disposizioni faccia riferimento alla pena edittale e soprattutto, la mancanza di qualsiasi rinvio alle predette disposizioni e la mancanza di indicazione di criteri di determinazione della pena, esclude che possa farsi riferimento ai suddetti paradigmi.

In tal senso milita anche il significativo argomento che nella stessa legge n. 67/2014 il legislatore, nella delega di cui al capo I, art. 1, dopo aver richiamato più volte l'art. 278 c.p.p. stabilisce espressamente, quale principio e criterio direttivo, alla lett. g): "prevedere che, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione della reclusione e dell'arresto domiciliare, si applichino, in ogni caso, i criteri di cui all'articolo 278 del codice di procedura penale".

Sarebbe quindi del tutto arbitrario ritenere applicabile alla messa alla prova, in assenza di qualsiasi richiamo (...ubi voluit...), il criterio di cui all'art. 278 c.p.p.. Ma alle medesime conclusioni deve pervenirsi con riferimento al criterio di cui all'art. 4 c.p.p., non richiamato e rispetto al quale l'art. 168 bis usa una terminologia affatto diversa.

Si tratta allora di interpretare l'espressione "pena edittale". Essa sembra evocare la comminatoria legislativa statica ed astratta, per il reato base al netto delle circostanze (di ogni genere): quindi il riferimento è al reato (base) e non al fatto di cui all'imputazione (comprensivo di circostanze, recidiva, continuazione), e tale può essere il senso del mancato riferimento della norma a circostanze, recidiva, continuazione.

Si può obiettare, con tale interpretazione, sarebbero ricompresi nel perimetro dell'ammissibilità della MAP fatti particolarmente gravi (si pensi alle lesioni volontarie gravissime, alla rissa da cui siano conseguite le morte o lesioni gravissime, violazione di domicilio aggravata, truffa ai danni dello Stato). Si tratta di tutti quei casi in cui la pena edittale per il reato base rientra nei quattro anni; pena che aumenta in modo verticale per effetto di aggravanti ad effetto speciale. È evidente, peraltro, che la particolare gravità del fatto potrà essere un indice per escludere la prognosi favorevole, condizione per la

messa alla prova; così come potrà rendere non eliminabili le conseguenze dannose del fatto: con conseguente esclusione, in concreto, dell'applicazione dell'istituto.

Si deve tener conto della riduzione per il tentativo? A favore della soluzione affermativa milita la circostanza che la pena per il tentativo può essere considerata pena edittale, nei sensi di cui sopra. Contro si potrebbe sostenere che – contrariamente a quanto stabilito nelle ricordate disposizioni che richiamano espressamente la pena per il tentativo – analogo richiamo non è dato riscontrare nell'art. 168 bis e che il legislatore sembra aver voluto individuare, usando il termine pena edittale (ma anche nel richiamo all'art. 550 comma 2 c.p.p.), alcune tipologie di reati (consumati o tentati) e che non sarebbe coerente farvi rientrare per effetto della riduzione (minima) di 1/3, il tentativo di reati non rientranti in dette tipologie (si pensi, ad esempio, al tentativo di sfruttamento della prostituzione o il tentativo di furto in abitazione).

2-1. La problematica dei reati connessi

Altra rilevante questione attiene alla possibilità per l'imputato di chiedere di essere ammesso alla prova solo in relazione ad alcuni reati.

Evenienza che può verificarsi sia nel caso in cui tutti i reati rientrino tra le ipotesi contemplate dell'art. 168 bis c.p. (ed in questo caso la richiesta di ammissione parziale si giustifica nell'ottica di strategie processuali del richiedente) sia in quello in cui è la legge che – escludendo alcuni dei reati da quelli di cui alla ricitata disposizione – impedisce di proporre la richiesta onnicomprensiva.

Un'istanza di questo genere deve ritenersi giuridicamente ammissibile, atteso che non sembra sostenibile il contrario sulla sola base del dominante indirizzo giurisprudenziale che esclude il patteggiamento parziale.

Tale orientamento si basa su considerazioni di carattere generale, collegate alla natura dell'istituto (il patteggiamento parziale non è consentito in quanto i benefici ricollegabili al rito trovano una precisa giustificazione soltanto a seguito di un completo effetto deflattivo che si può realizzare attraverso la definizione simultanea di tutti i reati contestati) e su un puntuale argomento giuridico: la limitazione della pronuncia ad alcune soltanto delle ipotesi delittuose contestate darebbe luogo ad una sorta di irrituale separazione di processi non prevista dall'art. 18 c.p.p., risolvendosi, anzi, in un espediente procedurale per eludere i limiti di applicabilità del rito (9).

Ma, a ben vedere, il primo argomento – basato su ragioni di opportunità – è tutt'altro che insuperabile, mentre il secondo non è pertinente rispetto all'istituto della messa alla prova. Se è vero che il patteggiamento parziale non è contemplato tra i casi di separazione dei processi di cui all'art. 18 c.p.p., lo stesso non può dirsi per la messa alla prova, atteso che l'art. 18, comma 1, lettera b), c.p.p. prevede la separazione di processi se, "... per una o più imputazioni, è stata disposta la sospensione del procedimento". Sospensione del procedimento

che, come detto, è proprio una conseguenza della messa alla prova.

A ciò va aggiunto, a sostegno della ammissibilità di una richiesta parziale:

– la non decisività dell'argomento secondo cui il beneficio, in termini di pena, sarebbe giustificabile solo a seguito di un effetto deflattivo completo, da realizzarsi attraverso la definizione simultanea di tutti i reati contestati;

– l'assenza di un specifico divieto normativo, desumibile, oltre che dal testo della norma citata, anche dalla ratio dell'istituto, costituisce la conferma della possibilità di un effetto deflattivo parziale, che conferisce al giudice il potere di concentrare lo sforzo decisionale e motivazionale su un numero più limitato di reati;

Il problema non si pone, quindi, in termini di ammissibilità di siffatta proposta, ma di possibilità che la stessa trovi accoglimento.

Anzitutto la proposta deve essere respinta ex art. 18 comma 1 prima parte c.p.p. nei casi – che non dovrebbero essere frequenti, stante la tipologia di reati riconducibili all'art. 186 bis c.p. – in cui il giudice ritenga "la riunione dei reati assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti".

La proposta "parziale", inoltre, ben potrà essere respinta in tutti quei casi in cui la stretta commessione dei reati non consenta una valutazione "separata" in ordine – ad esempio – alla individuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, la cui rimozione è essenziale nell'ottica dell'istituto, delle modalità del programma finalizzate alla mediazione con la persona offesa e quant'altro. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui la connessione riguardi il reato di resistenza a p.u. e di lesioni aggravate dal nesso teleologico ai danni del medesimo p.u.; o di lesioni, minaccia, violazione degli obblighi di assistenza familiare e maltrattamenti in famiglia. In questi casi, in concreto, sarà problematica la messa alla prova parziale.

A diverse conclusioni deve invece pervenirsi quando i reati per cui si procede siano unificati solo dal vincolo della continuazione e mantengano una significativa autonomia. Si pensi al delitto di furto in abitazione (escluso in considerazione del trattamento sanzionatorio) e furti riconducibili alla previsione di cui agli artt. 624 e 625 c.p. (rientranti nell'ambito oggettivo della MAP, stante il richiamo all'art. 550 comma 2 c.p.p.) commessi in epoche diverse ai danni di soggetti diversi. In questi casi è ben possibile una valutazione "separata".

In casi del genere, detto per inciso, non si porrà neanche la questione della possibile incompatibilità (ex art. 34 comma 2 c.p.p.) del giudice che si è pronunciato sulla messa alla prova a decidere sugli altri reati esclusi dalla richiesta (salvo il caso in cui abbia espresso valutazioni sui reati "separati") (10).

3. Le preclusioni soggettive

La normativa prevede espressamente alcune preclusioni soggettive. Non può essere ammesso all'istituto:

– chi ne abbia già beneficiato. La messa alla prova, infatti, può essere concessa solo una volta (art. 168 bis comma 4 c.p.).

In tale ottica, l'art. 6 della legge n. 67 introduce una modifica al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, prevedendo l'inserimento all'art. 3 comma 1 del detto testo unico della seguente previsione:

“i-bis) l'ordinanza che ai sensi dell'articolo 464-quater del codice di procedura penale dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova”

– i delinquenti abituali, professionali o per tendenza ai sensi degli artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p. (esclusi dall'art. 168 bis ultimo comma c.p.

– chi, essendo stato ammesso, abbia fallito la prova o abbia subito la revoca dell'ordinanza di ammissione (ex art. 464 novies c.p.p.).

Oltre alle preclusioni soggettive espresse, esistono situazioni afferenti allo stato o alle condizioni soggettive dell'imputato, il cui effettivo rilievo ostativo alla messa alla prova dovrà essere valutato, volta per volta, dal giudice, eventualmente con l'ausilio degli uffici per l'esecuzione penale.

Si pensi, ad esempio, al soggetto sottoposto a misura cautelare (per quella o altra causa). Nessuna espressa preclusione è prevista dalla normativa. Alcuni interpreti sostengono, peraltro, che ragioni pratiche e sistematiche dovrebbero indurre a ritenere che la messa alla prova sia incompatibile con il regime cautelare (11). Ciò in quanto, per svolgere le attività di cui al progetto, appare fondamentale che l'interessato sia libero. E, inoltre, perché la messa alla prova presuppone la prognosi favorevole rispetto all'imputato, che si ritiene non commetterà altri reati e tale giudizio è evidentemente incompatibile con la permanenza delle esigenze cautelari, sottese alla misura.

Il primo argomento non sembra insuperabile, quanto meno con riferimento alle misure cautelari non custodiali. In ogni caso, non può escludersi a priori che l'u.e.p.e. possa elaborare un programma compatibile con lo stato di restrizione. E ciò – in ipotesi – anche nel caso di imputato detenuto per spiare una condanna definitiva. Molto più convincente appare il secondo argomento: la sussistenza di esigenze cautelari – condizione per l'applicazione delle misure di libertà – è in patente contraddizione con la prognosi favorevole del giudice che deve formulare nel giudizio relativo alla domanda di messa alla prova.

In questi casi, ma lo stesso vale anche – *mutatis mutandis* – con riferimento agli imputati plurirecidivi strada per la messa alla prova appare molto angusta, ma non sbarrata. Si pensi al soggetto che – sottoposto a misura cautelare o plurirecidivo – più o meno in concomitanza con la presentazione della richiesta di messa alla prova, dimostri una sincera resipiscenza, proponendo un programma di piena riparazione della condotta delittuosa e/o confessi anche fatti per i quali non sia raggiunto da gravi indizi. In questi casi, evidentemente, si potrà valutare la sopravvenuta insussistenza delle esigenze cautelari e formulare una prognosi favorevole: con conseguente revoca della misura cautelare ed ammissione al beneficio.

4. I contenuti della misura

Il secondo comma dell'art. 168-bis delinea i contenuti del regime di messa alla prova, conferendo rilievo prioritario alle condotte riparative: “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 queste condotte si associa l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma, i cui contenuti sono descritti in modo generico e non vincolante. Esso – così si esprime la norma – “può implicare, tra l'altro” lo svolgimento di attività di volontariato sociale, 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.

Costituisce invece contenuto imprescindibile della misura la prestazione di lavoro di pubblica utilità, consistente in prestazioni non retribuite in favore della collettività, affidate tenendo conto “delle specifiche professionalità e attitudini lavorative dell'imputato”; articolate secondo un orario giornaliero non superiore alle otto ore; da svolgere per non meno di dieci giorni, anche non continuativi, e da modulare in termini compatibili con le esigenze di lavoro, di studio di famiglia e di salute dell'imputato.

Quanto al risarcimento del danno (“ove possibile”), è stata sollevata, in sede interpretativa, la questione del “se la persona offesa debba necessariamente essere costituita parte civile per poter condizionare la concessione del beneficio al risarcimento del danno in suo favore, e dunque se anche all'ipotesi in esame trovi applicazione il principio espresso in alcune pronunce della Suprema Corte secondo cui il giudice non possa subordinare il beneficio (nello specifico la Corte si è espressa in tema di concessione della sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 165 c.p.), in difetto della costituzione di parte civile, all'adempimento dell'obbligo della restituzione di beni conseguiti per effetto del reato, riguardando esse, come il risarcimento, solo il danno civile e non anche il danno criminale” (12).

La questione – ad avviso di chi scrive – non ha ragione di essere, stante la natura affatto diversa dell'istituto in esame rispetto a quello citato come riferimento. Nella messa alla prova rileva – come si dirà – l'interesse della persona offesa, a prescindere dal fatto che la stessa si sia costituita parte civile e il contenuto del programma può riguardare una serie di attività finalizzate alla mediazione con essa. È evidente che quella del risarcimento (nel più ampio *genus* della riparazione, in cui vanno inserite anche le restituzioni) è una delle attività più qualificanti in tale ottica.

4-1. Il lavoro di pubblica utilità

La coesistenzialità del lavoro di pubblica utilità all'istituto della messa alla prova trova conferma nella previsione dell'art. 168-quater c.p. che individua il rifiuto opposto dall'imputato “alla prestazione del lavoro di pubblica utilità” come autonoma

causa di revoca anticipata; da quella dell' art. 464-bis comma 4 lett. b) c.p.p. che indica "le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale" tra i contenuti obbligatori del programma di trattamento che l'imputato deve allegare all'istanza di ammissione; e anche dalla previsione introdotta dall'art. 141-ter comma 3 disp. att. c.p.p., 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".

Come è noto, il lavoro di pubblica utilità è contemplato dall'ordinamento a vario titolo ed è diversamente disciplinato. Senza pretese di completezza, si può ricordare che esso si configura come una delle pene principali previste dal microsistema del giudice di pace (artt. 52 e 54 D.L.vo n. 274 del 2000); come sanzione sostituiva della pena principale nei casi previsti, rispettivamente, dall'art. 73 comma 5 bis del D.P.R. 309/90 e dagli artt. 186, comma 9 bis, e 187, comma 8 bis, del codice della strada – (così come introdotte dall'art. 33 della L. 29 luglio 2010 n. 120); come condizione a cui può essere subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena (art. 165 c.p.) (13).

Ciò detto, va rimarcato che il lavoro di pubblica utilità alla cui prestazione va subordinata la concessione del beneficio della messa alla prova, ha delle peculiarità che lo differenziano rispetto agli analoghi istituti previsti dalle anzidette disposizioni.

Tanto per iniziare, la connotazione non sanzionatoria del lavoro di pubblica utilità, quale contenuto della messa alla prova, ha indotto il legislatore a non prevedere dei criteri specifici a cui il giudice deve attenersi nel vaglio di congruità della sua durata complessiva e della sua intensità. Ciò consente una maggiore elasticità, nella determinazione del programma, su base "consensuale".

Dalle norme si evincono: una durata minima (dieci giorni) e una massima che, stante l'assenza di diverse indicazioni, potrebbe astrattamente coincidere con i termini massimi di sospensione del procedimento (uno o due anni, a seconda della natura della pena edittale); un'intensità massima di otto ore giornaliere, senza indicazione del minimo.

Diversi sono anche gli Enti di riferimento della prestazione: oltre allo Stato, regioni, province, comuni, aziende sanitarie, possono essere anche enti di assistenza sociale, sanitaria, di volontariato.

Oggetto di discussione è se gli enti predetti debbano aver preventivamente aderito alle convenzioni.

Appare pienamente condivisibile la tesi secondo cui il mancato riferimento, nell'art. 168 bis c.p., alla necessità che gli enti siano legati alla Amministrazione da un rapporto di convenzione e più in generale l'omesso richiamo al D.M. 26 marzo 2001 che prevede (art. 3) l'obbligo per il giudice di attingere all'elenco degli enti convenzionati formato ai sensi del successivo art. 7 porta a ritenere che le convenzioni non siano presupposto indefettibile ai nostri fini, potendo ritenersi "con-

sentita l'assegnazione del "messo alla prova" a enti che, prima di stipulare la convenzione, intendano sperimentare l'impiego di questa categoria di soggetti". (14)

Ciò che, invece, deve assolutamente escludersi, è che in sede interpretativa, possano essere praticate soluzioni propense a riconoscere un dovere del giudice di valutare la serietà dello sforzo profuso dall'imputato, a prescindere dai risultati conseguiti, ed ammettere quindi al beneficio anche l'imputato che, pur essendosi attivato (con la collaborazione degli uffici locali dell'esecuzione penale esterna) per il reperimento di un soggetto disponibile ad accettarne le prestazioni, non vi sia riuscito (15).

Trattandosi di condizione indefettibile, l'insussistenza della stessa preclude la messa alla prova.

Né vale richiamare la giurisprudenza formatasi in relazione alle condotte risarcitorie e restitutorie sussunte nella causa di estinzione del reato prevista dall'art. 35 del D.L.vo n. 274 del 2000 o nella circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p.. Il richiamo non è pertinente, atteso che la Cassazione è assolutamente compatta nell'affermare che ai fini dell'operatività dell'anzidetta causa di estinzione e della citata attenuante occorre che il risarcimento sia integrale, secondo la valutazione del giudice, non essendo assolutamente sufficiente la "serietà dello sforzo profuso" (16)

4-2. Il programma di trattamento

I concreti contenuti della messa alla prova sono delineati nel programma di trattamento, che va allegato alla richiesta di sospensione del procedimento e che è specificatamente disciplinato dall'art. 464 bis c.p.p.

Il programma di trattamento contempla infatti una serie di attività, prescrizioni e condotte, che rispondono alle caratteristiche proprie della messa alla prova, così come sopra indicate, e che possono sostanziarsi in:

– Modalità di reinserimento sociale, che coinvolgono l'imputato e la sua famiglia;

– Prescrizioni comportamentali (inerenti alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali) e altri impegni specifici (tra cui le condotte riparatorie, restitutorie o risarcitorie, il volontariato), nonché prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità;

– Condotte di mediazione con la persona offesa.

In sostanza, il programma di trattamento ingloba in sé tutte le prescrizioni (comprese anche quelle relative al lavoro di pubblica utilità, oltre che alla mediazione, alle condotte riparatorie e risarcitorie) di cui si compone la messa alla prova.

In questo contesto un ruolo fondamentale è rivestito dall'u.e.p.e. (ufficio esecuzione penale esterna del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia).

Se infatti il giudice è tenuto a fissare tempi, modalità, termini della messa alla prova, le prescrizioni e le condotte devono essere puntualmente indicate nel programma di trattamento (a cui il giudice inevitabilmente rinvierà, recependo-

ne così il contenuto), e tale programma va elaborato solo ed esclusivamente dall'u.e.p.e.

Appare peraltro opportuno evidenziare che la richiesta di messa alla prova non corredata dal programma di trattamento non impone al giudice di attendere la redazione del programma ai fini della decisione sulla richiesta stessa. A tale conclusione conduce una lettura costituzionalmente orientata della disciplina in esame, nell'ottica della durata ragionevole del processo. Principio, quello di cui all'art. 111 comma 2 Cost. che è nella sostanza violato da tutte quelle interpretazioni che prevedono attività processuali inutili.

È bene ricordare che l'art. 464-quater c.p.p. al comma 3 prevede che "la sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati".

Lanzidetta disposizione esige, quindi, non solo la valutazione di idoneità del programma, ma, altresì (ed anzi in via pregiudiziale) la ragionevole presunzione che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Quindi nel caso in cui, sulla base delle circostanze del fatto, dei precedenti dell'imputato, del fatto che lo stesso sia sottoposto a misure cautelari per reati gravi, il giudice non possa formulare una prognosi favorevole, sarà del tutto inutile valutare il programma allegato alla richiesta e, ancor più, attendere la redazione del programma da parte dell'u.e.p.e.. Il giudice potrà, in questi casi, respingere la richiesta, senza gravare l'anzidetto ufficio con adempimenti inutili.

5. Il ruolo dei soggetti coinvolti nel procedimento

La regolamentazione dell'istituto è improntata al principio del contraddittorio e, almeno in parte, al principio consensualistico. Ne consegue che la premissione dei soggetti processuali dai momenti partecipativi (in genere udienze camerali riconducibili al paradigma di cui all'art. 127 c.p.p.) integra nullità generale ex art. 178 c.p.p.. La disciplina contempla in alcuni casi l'espressione del consenso, in altri la formulazione del parere (obbligatorio ma non vincolante).

5-1. L'imputato

Procedendo con ordine, è evidente il ruolo centrale che nel procedimento di messa alla prova assume l'imputato, a cui è attribuita, in via esclusiva, attraverso una richiesta formale e pienamente consapevole, l'iniziativa dell'accesso all'istituto (art. 464 bis c.p.p.). La partecipazione dell'imputato è prevista (come mera facoltà, salva la ricordata ipotesi in cui il giudice lo convoca per verificare la volontarietà della richiesta) in una serie di udienze, tra cui quella in cui si decide della richiesta e quella in cui si provvede in ordine alla revoca dell'ordinanza di messa alla prova. L'ordinanza che dovesse prescindere dalla preventiva audizione dell'imputato sarebbe affetta da nullità di ordine generale per violazione del contraddittorio: nullità che dovrebbe essere fatta valere mediante ricorso per cassazione.

Ma la partecipazione dell'imputato è decisiva nella fase di elaborazione del programma di trattamento.

Il quarto comma dell'art. 464-quater prevede l'intervento integrativo o modificativo del giudice sul programma di trattamento, ad esso finalizzando le integrazioni informative previste dal quinto comma dell'art. 464-bis (l'acquisizione di "tutte le informazioni ritenute necessarie", in ordine alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato, attraverso la polizia giudiziaria, i servizi sociali, altri enti pubblici).

Ebbene, le modifiche apportabili dal giudice non incontrano limiti contenutistici, ma sono subordinate esclusivamente al consenso dell'imputato. Quest'ultimo potrà ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza di ammissione fondata su un programma non integralmente condiviso.

Meno rilevante è la entità della partecipazione dell'imputato con riferimento al potere del giudice "durante la sospensione del procedimento con messa alla prova", di "modificare con ordinanza le prescrizioni originarie, ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova" (art. 464-quinquies co. 3 c.p.p.).

Dette modifiche, invero, presuppongono solo la consultazione (obbligatoria ma non vincolante) dell'imputato (oltre che del pubblico ministero) e non il consenso.

Si tratta di un potere del giudice molto rilevante, rispetto al quale l'imputato non gode di particolari garanzie. In particolare, il legislatore non attribuisce all'imputato alcun potere di ricorrere avverso modifiche che – in ipotesi – potrebbero rilevarsi non razionali secondo lo scopo e particolarmente affittive.

Si è sostenuto che il rimedio offerto all'imputato o al pubblico ministero avverso le modifiche in corso d'opera del programma potrebbe essere ravvisato nell'incidente di esecuzione regolato dall'art. 665 c.p.p. (17)

Tale soluzione non appare persuasiva.

A parte il fatto che appare problematico qualificare l'ordinanza di messa alla prova, e le sue modificazioni come "provvedimento esecutivo", ai sensi dell'art. 665 c.p.p., tale possibilità non è contemplata dalle disposizioni suddette e, come è noto, l'art. 676 c.p.p. offre una elencazione tassativa delle altre competenze del giudice della esecuzione (cfr., per tutte, Cassazione penale, sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9182, in *Riv. giur. edilizia* 2009, 3, 975) e tra di esse non figura di certo quella di sostituirsi al giudice della cognizione per censurare la congruità degli interventi innovativi di cui si discute.

Si ritiene che a fronte di tali interventi unilaterali l'imputato, se non ritiene di potere o dovere osservare le "nuove" prescrizioni, si pone nelle condizioni di vedersi revocata la messa alla prova. A quel punto, l'unica soluzione è il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di revoca. Ricorso che, peraltro, è limitato al vizio della "violazione di legge" (art. 464-octies comma 3 c.p.p.).

5-2. *Il pubblico ministero*

Il ruolo “sub-procedimentale” del P.M. è coerentemente ritagliato dal legislatore a seconda della fase in cui la richiesta di messa alla prova è presentata.

Qualora la richiesta avvenga nel corso delle indagini preliminari (art. 464 ter c.p.), il G.i.p. – naturale destinatario della stessa – trasmette gli atti al P.M. perché esprima il suo “consenso” o “dissenso” entro cinque giorni.

Se il P.M. esprime il “consenso” (scritto e succintamente motivato), il giudice decide ai sensi dell’art. 464 quater c.p.p., ossia in udienza, per sentire anche la persona offesa.

Il consenso – contrariamente al dissenso – deve essere accompagnato dalla formulazione dell’imputazione. In sostanza, il P.M. con tale atto (analogamente a quanto avviene in caso di consenso alla richiesta di patteggiamento avanzata nel corso delle indagini preliminari – cfr. art. 447 c.p.p.) esercita l’azione penale e l’indagato assume la qualità di imputato: in tal senso andrebbe integrato il catalogo di cui all’art. 60 comma 1 c.p.p..

Il dissenso, anch’esso scritto e congruamente motivato, invece, non si accompagna alla formulazione dell’imputazione: il che significa – anche se la norma non è molto chiara – che in caso di dissenso la richiesta finisce nel nulla, nessun provvedimento sarà richiesto al giudice, il procedimento rimane nella fase delle indagini preliminari. Il dissenso in questa fase delle indagini preliminari è l’unica manifestazione di volontà del P.M. ad essere vincolante.

Tale opzione legislativa è pienamente coerente con il principio costituzionale di cui all’art. 112 c.p.p.. Non potendosi conculcare le prerogative costituzionali del pubblico ministero (che deve compiere la scelta tecnica tra azione e inazione adottata al termine di un’indagine tendenzialmente completa), è logico che l’accelerazione imposta al procedimento dall’imputato debba confrontarsi con dette prerogative.

Il pubblico ministero esprimerà il consenso se reputerà gli elementi fino a quel momento acquisiti idonei all’esercizio dell’azione; lo negherà se invece reputerà necessarie ulteriori attività investigative, doverose in base al canone costituzionale (art. 112 Cost.) che vieta esercizi apparenti dell’azione penale; o se riterrà i risultati dell’indagine esaustivi, ma conducenti all’archiviazione, che costituirà evidentemente esito prioritario rispetto alla sospensione del procedimento con messa alla prova (18).

Del resto, va ricordato che – in caso di indagini assolutamente carenti – l’imputato potrebbe – anche sulla scorta di atti di investigazione difensiva – invocare ed ottenere una pronuncia assolutoria ex art. 129 c.p.p..

È evidente che il G.i.p. non può sindacare il dissenso, né interferire con le determinazioni del P.M. dominus delle indagini preliminari e titolare dell’esercizio dell’azione penale.

Diversa è la natura del consenso del P.M.. Esso, oltre a costituire una modalità dell’esercizio dell’azione penale, rappresenta una sorta di parere favorevole, non vincolante all’accoglimento della richiesta.

Il giudice, se ritiene di non accogliere la richiesta, la rigetta e rimette gli atti al P.M. perché proceda, secondo le proprie valutazioni, con una delle modalità di cui al ricordato art. 60 comma. 1 c.p.p.. In questo caso, ovviamente, non si tratta di regressione indebita del procedimento: l’azione penale è stata esercitata; il P.M. non potrebbe archiviare o proseguire le indagini preliminari. Si versa in ipotesi analoga a quella del rigetto della richiesta di applicazione della pena avanzata nel corso delle indagini preliminari.

La formulazione dell’art. 464 ter comma 4 c.p.p. (“Il pubblico ministero, in caso di dissenso, deve enunciarne le ragioni. In caso di rigetto, l’imputato può rinnovare la richiesta prima dell’apertura del dibattimento di primo”) peraltro, è significativamente diversa rispetto a quella dell’art. 448 comma 1 c.p.p. (“nel caso di dissenso da parte del p.m. o di rigetto della richiesta da parte del giudice...l’imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento...può rinnovare la richiesta...”).

Tale diversa formulazione fa ragionevolmente ritenere che, in caso di dissenso del P.M. (che preclude l’intervento del G.i.p. e, quindi, il rigetto della richiesta di MAP) la richiesta possa essere riproposta anche subito dopo l’esercizio dell’azione penale (all’udienza preliminare, ad esempio) e persino prima (a seguito di avviso di conclusione indagini, ad esempio).

Una volta esercitata l’azione penale il ruolo del P.M. viene ridimensionato, essendo limitato alla formulazione di pareri, alla facoltà di partecipazione alle ricordate udienze e ai connessi poteri impugnatori.

5-3. *La persona offesa*

Contrariamente all’analogo, ricordato istituto di diritto processuale portoghese, la volontà della persona offesa non è decisiva ai fini della messa alla prova, anche se la tutela degli interessi della vittima è elemento centrale nelle valutazioni del giudice. Sotto detto profilo va ricordato che tra i contenuti essenziali del programma il legislatore ha previsto prescrizioni comportamentali e impegni specifici che l’imputato assume secondo una prospettiva riparatoria, orientata sia verso la vittima (elisione o attenuazione delle conseguenze del reato; eventuale risarcimento del danno; restituzioni) condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa. Nella nuova disposizione di attuazione dettata dall’art. 141-ter, comma terzo la “possibilità di svolgimento di attività di mediazione” è contemplata tra gli obiettivi dell’indagine e delle considerazioni che gli uffici dell’esecuzione penale esterna devono trasmettere al giudice insieme al programma di trattamento, prima che venga deliberata la decisione sulla richiesta di sospensione con messa alla prova.

Il sondaggio della possibile mediazione previsto dal nuovo art. 464-bis, comma terzo si atteggia, rispetto alle richiamate previsioni, come una nuova finestra aperta nell’ambito del procedimento penale per la soluzione conciliativa extragiudiziale.

L’inciso “ove possibile” – che caratterizza sia le disposizioni procedurali dedicate alla promozione dell’esperimento conci-

liativo, sia quelle sostanziali dedicate al risarcimento del danno nel programma di “messa alla prova” (art. 168-bis, comma 2 c.p.) – induce a ritenere che, tanto in fase di ammissione della misura quanto in fase di valutazione dei suoi esiti, il legislatore abbia inteso dar rilievo alla disponibilità e alla serietà degli sforzi profusi dall'imputato sul versante della riparazione intersoggettiva, piuttosto che all'effettivo conseguimento del risultato o alla soddisfazione manifestata dalla persona offesa che si pone quale interlocutrice necessaria ma non vincolante del giudice e degli uffici dell'esecuzione penale.

In tali casi, il giudice si limita a “sentire” la persona offesa. Ne discende che la persona offesa deve essere citata per l'udienza e deve essere sentita solo se compare ma che il suo parere non è vincolante.

In tale ottica, appare singolare la disposizione dell'art. 464-quinquies c.p.p. che prevede, quale condizione necessaria ai fini della autorizzazione al pagamento rateale delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno, il “consenso della persona offesa”. Non se ne comprende il senso e la coerenza rispetto alle disposizioni appena esaminate, atteso che – a fronte di una ipotizzabile impossibilità dell'imputato a versare l'intera somma in unica soluzione – la serietà degli sforzi profusi viene – in questa ipotesi – vanificata dalla contraria volontà della persona offesa.

6. I tempi della procedura e il decorso della prescrizione

È stato denunciato il rischio che l'istituto possa prestarsi ad iniziative strumentali, con finalità dilatorie e/o miranti a lucrare la prescrizione dei reati (19). Si è anche paventato che l'istituto – con tutti gli adempimenti che gli sono coesenziali – non realizzerà la finalità deflattiva che ne è alla base, rischiando, al contrario, di ingolfare ulteriormente gli uffici giudiziari.

Sono preoccupazioni ragionevoli e in parte condivisibili, ma che una “lettura” ed una applicazione corretta della disciplina in esame possono certamente alleggerire.

Si esaminerà nel seguito – per confutarla – la tesi ampiamente dominante che ritiene applicabile la nuova disciplina anche ai processi pendenti, rispetto ai quali – al momento di entrata in vigore della legge n. 67 – siano stati superati i termini perentori per la presentazione della richiesta. Tesi che, se ritenuta giuridicamente fondata, creerebbe veramente una enormità di problemi.

Qui ci si limita ad evidenziare come le maggiori criticità si addensino sui tempi della redazione del programma di trattamento elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna. Tale programma è indicato dal quarto comma dell'art. 464-bis quale allegazione necessaria dell'istanza prevista dal primo comma, al fine evidentemente di garantire la serietà della proposta e di scongiurare il rischio di iniziative strumentali. Soltanto quando non sia stato possibile all'imputato munirsi per tempo di questo allegato la norma consente che l'istanza di sospensione presentata al giudice sia corredata della mera richiesta di elaborazione del programma. Tale ulti-

ma ipotesi, in astratto, dovrebbe verificarsi del procedimento per giudizio direttissimo, per giudizio immediato e per decreto, nella ipotesi di imputato detenuto e nei casi in cui l'avviso di conclusione indagini sia stato il primo atto notificato all'imputato. In concreto, tenendo conto degli oneri gravanti sull'ufficio esecuzioni penali esterne e della complessità del programma, c'è il rischio che l'eccezione diventi la regola.

Si è pertanto sostenuto che, considerati i tempi ragionevolmente lunghi che passeranno fra la richiesta di sospensione per messa alla prova, l'assunzione delle informazioni necessarie per decidere sulla richiesta, l'elaborazione di un programma per la messa alla prova, previa verifica degli enti dove svolgere l'attività di volontariato ed i lavori pubblici, sarebbe stato più opportuno prevedere la sospensione dei termini prescrizionali dal momento della richiesta e non dal successivo momento dell'inizio della messa alla prova, proprio al fine di scoraggiare la strumentalizzazione della richiesta con finalità dilatorie (20).

La tesi muove dalla presa d'atto che il legislatore ha previsto, all'art. 168 ter c.p., che il corso della prescrizione del reato è sospeso solo durante il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, ma non anche nella fase che va dalla richiesta alla ammissione.

Ma è facile obiettare che la richiesta di sospensione del procedimento, non corredata già dal programma di trattamento, sulla quale, dunque, la decisione del giudice non può essere immediata, rendendosi per converso necessario differire il procedimento ad altra data, così da consentire al ricordato ufficio di elaborare e quindi trasmettere il programma, dia luogo ad un rinvio su richiesta dell'imputato o del suo difensore. Pertanto, ai sensi dell'art. 159 comma. 1 n. 3 c.p. il corso della prescrizione resta sospeso. E ciò – con il medesimo meccanismo – non solo durante il tempo che serve per l'elaborazione del programma e la decisione del giudice ma anche fino a quando la messa alla prova non possa essere concretamente eseguita (da quel momento in poi opera la ricordata previsione dell'art. 168 ter c.p.).

7. Le pronunzie del giudice sulla richiesta di messa alla prova

Secondo quanto stabilito dall'art. 464-quater c.p.p., nel pronunziarsi sulla richiesta (ovviamente: ammissibile con riferimento alle condizioni oggettive di cui all'art. 168 bis comma 1 c.p. e soggettive, ex commi 3 e 4 della medesima disposizione), una volta esclusa la sussistenza dei presupposti per una pronunzia di proscioglimento ex art. 129 c.p.p., il giudice dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova quando, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. A tal fine, il giudice valuta anche che il domicilio indicato nel programma dell'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato (cfr. art. 464-quater comma 3 c.p.p.). Nel caso in cui difetti anche solo una delle suddette

condizioni (idoneità del programma e prognosi favorevole) la pronunzia non potrà che essere di rigetto.

Non si ritiene, invece, che uno dei presupposti della pronunzia ammissiva sia il “convincimento provvisorio di colpevolezza” “rebus sic stantibus”, come è stato sostenuto in uno dei primissimi commenti (21). Tale tesi risente di una assimilazione “forzata” dell’istituto in esame all’omonimo istituto minorile (su cui si è detto sub § 2) e si fonda sul richiamo di pronunzie della Consulta e autorevoli interpretazioni dottrinali, espresse con riferimento all’istituto minorile (che, come detto, risponde a finalità tutt’affatto diverse e rispetto al quale, l’iniziativa può essere presa anche dal giudice).

In particolare, non appare condivisibile l’assunto secondo cui requisito indefettibile della motivazione dell’ordinanza di ammissione – pena il suo annullamento per vizio di motivazione – sarebbe l’espressione di “un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice”, giudizio che viene qualificato come “presupposto concettuale essenziale” del provvedimento, la cui carenza imporrebbe il proscioglimento (22). Assunto da cui deriverebbe la necessità che gli elementi probatori sussistenti allo stato degli atti siano non soltanto considerati dal giudice ma almeno sommariamente esibiti nella motivazione dell’ordinanza di sospensione, proprio alla luce della facoltà di ricorso per cassazione attribuita alle parti dal terzo comma della disposizione.

Così opinando l’ordinanza di ammissione muterebbe genericamente, tanto da trasformarsi in una (impropria) sentenza di condanna “allo stato degli atti”, con l’indicazione della prove della penale responsabilità; salvo poi spiegare le ragioni per le quali l’imputato può essere messo alla prova.

In realtà la lettera e la ratio della disciplina appena richiamata inducono a ritenere applicabili i principi elaborati in materia di patteggiamento sulla pena in ordine ai requisiti motivazionali che debbono accompagnare la valutazione di insussistenza dei presupposti per una pronunzia di proscioglimento ex art. 129 c.p.p..

Ebbene, secondo il consolidatissimo indirizzo della Suprema Corte, l’esigenza minima di motivazione della sentenza a seguito di “patteggiamento” della pena può ritenersi adempiuta, in relazione all’assenza di cause di proscioglimento di cui all’art. 129 c.p.p., dal semplice testuale rinvio al medesimo articolo, il cui contenuto entra in tal modo a far parte per relationem del ragionamento decisorio ed esprime l’avvenuta verifica, da parte del giudice, dell’inesistenza di motivi di non punibilità, senza che occorra una ulteriore e più analitica disanima, purché dal testo della sentenza medesima non emergano in modo positivo elementi di segno contrario (cfr., e plurimis, Cassazione penale, sez. III, 5 giugno 2013, n. 39439, M.F. in *Diritto & Giustizia* 2013) (23)

Secondo lo standard cognitivo che caratterizza il rito, pertanto, l’ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova presuppone – mutuando la formula contenuta nell’art. 444 comma 2 – l’insussistenza delle ragioni che, a norma dell’art. 129 c.p.p., impongono, d’ufficio,

l’immediato proscioglimento dell’imputato (insussistenza del fatto tipico obiettivo, non ascrivibilità all’imputato, insussistenza del richiesto elemento soggettivo o della sua antigiuridicità, irrilevanza penale, estinzione del reato, sua improcedibilità).

Del resto, nel corso dell’indagine conoscitiva svolta dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati prima dell’approvazione della legge in commento è chiaramente affermato che “il meccanismo decisorio dovrebbe essere simile a quello del patteggiamento. È il meccanismo a regola di giudizio rovesciata previsto dall’articolo 129 che si applica, in quanto non risultino gli elementi per prosciogliere immediatamente”.

Ciò in armonia con la peculiarità della ordinanza di ammissione, che non postula la dimostrazione in positivo della responsabilità dell’imputato, ma solo l’accertata inesistenza di cause di non punibilità a norma dell’art. 129 stesso codice,

Più impegnativa è sicuramente la motivazione – caratterizzante l’ordinanza sia di accoglimento che di rigetto – in ordine alla idoneità o meno del programma a garantire le realizzazioni degli obiettivi e alla prognosi favorevole da esprimere nei confronti dell’imputato (si pensi ai casi limite di ordinanza di accoglimento quando il reato abbia determinato danni ingenti e/o l’imputato sia pluripregiudicato; o di ordinanza di diniego nei confronti di un incensurato).

7-1. Gli effetti processuali della ordinanza di rigetto e di quella di accoglimento

In caso di ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova (che non impedisce all’imputato di riproporre la richiesta nel giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento), il procedimento procede secondo il suo corso ordinario. Ma non come se nulla fosse. Ciò in quanto il giudice che abbia espresso il proprio convincimento in ordine ai fatti di reato e/o alla personalità all’imputato (sia pure non nell’ottica della affermazione della penale responsabilità), difficilmente potrà ritenersi compatibile con il giudizio di merito. Il problema riguarda le ipotesi in cui la richiesta sia presentata al giudice del dibattimento (ben potendo il G.u.p., dopo aver emesso l’ordinanza di rigetto, pronunziarsi sulla richiesta di rinvio a giudizio). Nel senso della incompatibilità militano – tra l’altro – le sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 34 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede l’incompatibilità a decidere nel merito del giudice che ha rigettato la richiesta di patteggiamento (24).

Il problema non si pone – ovviamente – nel caso in cui il giudice dichiari l’inammissibilità della richiesta per insussistenza delle condizioni oggettive, soggettive o per tardività della stessa.

Poiché, come si vedrà, la ordinanza che rigetta la richiesta di messa alla prova è ricorribile in cassazione ed il ricorso “non sospende il procedimento” (art. 464-quater comma 7 u.p. c.p.p.) nei casi di accoglimento del ricorso si potranno deter-

minare gravi criticità. La Corte annulla con rinvio al medesimo giudice, il quale dovrà rivalutare la richiesta uniformandosi alla sentenza di annullamento (art. 623 comma 1 lett. a). Ma nel frattempo il processo avrà avuto il suo corso (e potrebbe anche essere terminato, almeno del grado). Il giudice potrà accogliere – questa volta – la richiesta e in tal caso il processo sarà sospeso; o potrà rigettarla di nuovo. Restano evidenti i problemi di incompatibilità del giudice e di utilizzabilità degli atti compiuti nelle more.

Una delle questioni più controverse riguarda la possibilità per l'imputato, in caso di rigetto della richiesta di MAP, di ricorrere ad altri riti alternativi (patteggiamento o giudizio abbreviato).

Nel caso in cui la richiesta sia stata formulata e respinta prima del termine ultimo di cui all'art. 464 bis comma 2 c.p.p. nulla osta alla richiesta di riti alternativi. Nel caso in cui la richiesta sia stata avanzata in coincidenza con il termine ultimo previsto a pena di decadenza, si deve ritenere che con la richiesta della MAP l'imputato abbia "bruciato" la facoltà del ricorso ad altri riti alternativi. Potrebbe invece essere ammissibile una richiesta di giudizio abbreviato o patteggiamento formulata in via subordinata, in uno con la richiesta di MAP.

Gli effetti dell'ordinanza di accoglimento sono previsti espressamente dagli art. 464-quater e ss., che non suscitano particolari difficoltà interpretative.

Se il giudice ritiene che sussistano i presupposti per l'accoglimento della richiesta, provvede con ordinanza, da trasmettere subito, in uno al verbale di messa alla prova, all'u.e.p.e., che prenderà in carico l'imputato e che, ai sensi dell'art. 141 ter disp att. c.p.p. lo informerà sull'andamento della messa alla prova: con la pronuncia dell'ordinanza di sospensione del procedimento scatta automaticamente la sospensione della prescrizione.

L'art. 168 ter c.p., esclude espressamente l'applicazione delle disposizioni di cui al primo comma dell'art. 161 c.p.: per cui da quel momento la sospensione della prescrizione opera solo nei confronti dell'amMESSO alla prova e non dei coimputati.

Anche in questo caso, quindi, si applicherà l'ipotesi di separazione dei processi di cui al ricordato art. 18 comma 1 lett. b) c.p.p.

Quanto alla durata della sospensione, essa a norma dell'art. 464 quater c.p.p., non può eccedere i due anni per i reati sanzionati con pena detentiva (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) ed un anno per i reati puniti con pena pecuniaria, decorrenti dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova: naturalmente è questo il termine massimo, essendo lasciata al giudice, sulla scorta del programma di trattamento elaborato dall'u.e.p.e., ogni determinazione in ordine ai tempi e termini in concreto della messa alla prova (altro ed ulteriore problema è capire a quali parametri il giudice si deve rifare nel decidere tempi e modalità della messa alla prova e, non essendovi una indicazione sul punto, egli non potrà che fare ricorso ai criteri generali fissati dall'art. 133 c.p.p.) (25).

In ogni caso, quando dispone la sospensione, il giudice stabilisce anche il termine – prorogabile su istanza dell'imputato una sola volta e solo per gravi motivi – entro il quale questi deve provvedere all'adempimento delle condotte riparatorie e risarcitorie.

Qualora la persona offesa si sia costituita parte civile e abbia in precedenza proposto azione in sede civile nei confronti dell'imputato, il processo civile non resterà sospeso, ma riprenderà il suo corso (l'art. 464 quater comma 8 c.p.p., infatti, esclude l'applicazione dell'art. 75 comma 3 c.p.p. nel caso di sospensione del procedimento con messa alla prova).

Durante la sospensione, infine ed al di là della circostanza che il processo prosegue nei confronti dei coimputati che non abbiano richiesto ed ottenuto il beneficio, vanno acquisite, su richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato (art. 464 sexies c.p.p.).

7-2. Il regime delle impugnazioni

L'art. 464 – quater comma 7 c.p.p. prevede l'impugnabilità con ricorso per cassazione dell'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova, assegnando la relativa facoltà all'imputato e al pubblico ministero, che può determinarsi all'impugnazione anche su istanza della persona offesa. A quest'ultima è poi riconosciuta una facoltà d'impugnazione autonoma, modulata secondo le cadenze tipiche del rito camerale archiviatorio (artt. 127 comma 5 e 409 comma 6 c.p.p.), funzionale cioè a far valere le sole nullità derivate dall'omesso avviso dell'udienza e dall'omessa audizione della parte comparsa in udienza.

Il ricorso – come si è detto – non comporta la sospensione del procedimento di messa alla prova. È sin troppo evidente che tale previsione (di segno opposto rispetto a quella relativa all'ordinanza di revoca che, per produrre effetti, deve essere divenuta irrevocabile) mira ad evitare condotte dilatorie, ma può innescare effetti dirompenti, nei casi in cui l'ordinanza venga annullata con rinvio. Si è già accennato alle conseguenze che l'annullamento dell'ordinanza di rigetto può comportare sul processo che, nel frattempo, è proseguito e magari si è concluso con condanna dell'imputato anche al risarcimento dei danni in favore della parte civile. Analoghi problemi si pongono nel caso di annullamento dell'ordinanza di accoglimento, sia che tale ordinanza sia confermata in sede di giudizio di rinvio, sia che venga capovolta.

Il tenore letterale dell'anzidetta disposizione non lascia dubbi circa l'autonoma ricorribilità da parte dell'imputato e del suo difensore sia delle ordinanze che ammettono la misura, sia di quelle che rigettano la relativa domanda.

Certo, può suscitare perplessità il fatto che l'imputato possa ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza che abbia accolto la sua propria richiesta di MAP.

È evidente che un ricorso avente ad oggetto contenuti del programma su cui lo stesso imputato ha espresso il consenso o sulla mancata applicazione dell'art. 129 c.p.p. da parte del

giudice – nei casi in cui neanche l'imputato abbia dedotto o richiesto tale pronuncia – oltre ad essere inammissibile, potrebbe apparire in contraddizione con la ratio dell'istituto e con la prognosi favorevole espressa dal giudice.

Restano i casi in cui il giudicante abbia posto alla base della decisione un progetto modificato e sulle cui modifiche l'interessato non abbia manifestato il consenso, o – ad esempio – l'errata qualificazione del fatto, da cui derivi un termine di durata della sospensione e del trattamento incongrua.

7-2-1. Il problema dell'appellabilità dell'ordinanza di rigetto e della riproposizione della richiesta in appello

C'è chi sostiene la possibilità (ulteriore) di impugnare l'ordinanza di diniego unitamente alla sentenza di condanna, invocando il disposto dell'art. 586 c.p.p.. Ma il significato dell'anzidetta disposizione è quello di prevedere che, in assenza di altri mezzi di impugnazione, le ordinanze dibattimentali e predibattimentali possono essere impugunate solo unitamente alla sentenza.

Nel caso in esame, come detto, è invece previsto il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di rigetto (e anche contro quella di accoglimento): il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione sancito dall'art. 568 c.p.p. e la previsione del citato art. 586, comma primo, c.p.p. escludono l'appellabilità dell'ordinanza in uno con la sentenza.

Nè può sostenersi, analogamente a quanto previsto espressamente per il patteggiamento, la riproponibilità in appello della richiesta non accolta in primo grado. Tale possibilità, per il patteggiamento, è espressamente prevista dall'art. 448 comma 1 u.p. c.p.p.: disposizione che non è prevista per l'istituto della messa alla prova.

Parimenti, non vale invocare l'indirizzo interpretativo formatosi con riferimento al giudizio abbreviato dove le Sezioni Unite (sentenza n. 44711 del 27 ottobre 2004, Wajib) sono prevenute a estendere la possibilità di recupero dei vantaggi del rito abbreviato condizionato negato dal primo giudice, ammettendo un sindacato da parte della Corte d'appello investita dell'impugnazione della sentenza di condanna.

A fondamento di quella pronuncia, a cui si è uniformata la successiva giurisprudenza, è stato posto il principio di legalità della pena inflitta (art. 25 Cost.), del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il principio di ragionevolezza. Principi che non vengono in rilievo con riferimento all'istituto della messa alla prova. In particolare – essendo evidente la non pertinenza dei primi due – il principio di ragionevolezza non appare affatto violato dalla mancata previsione di poter censurare in appello la mancata MAP. Nel caso di patteggiamento e di giudizio abbreviato, infatti, il giudice di appello, qualora ritenga ingiustificato il rigetto della richiesta si limita, nel primo caso, ad applicare la pena concordata, pronunziandosi sull'azione civile (art. 448 comma 3 c.p.p.); nel secondo caso ad applicare la riduzione di un terzo della pena. Nel caso di MAP il giudice di appello, invece, dovrebbe dare ingresso alla procedura complessa che si è già esaminata e, poi, eventualmente, nel caso di revoca,

decidere sugli altri motivi del gravame. Si tratta, all'evidenza, di ipotesi che contrasta con la ratio e la natura dell'istituto, che trova ragione di essere solo nella fase che precede il giudizio di merito.

8. I possibili esiti della messa alla prova e le relative implicazioni di natura sostanziale e processuale

Il legislatore individua – all'articolo 168 ter c.p., in generale, ed all'articolo 464 septies c.p.p. in particolare – i due possibili esiti che la sospensione del procedimento con messa alla prova può avere, lasciando poi agli articoli 168 quater c.p. e 464 octies c.p.p. la disciplina in caso di revoca del beneficio.

Decorso il periodo di sospensione del procedimento fissato dal giudice, questi, ricevuta la relazione conclusiva redatta dall'u.e.p.e. fissa l'udienza per la sua valutazione, dandone avviso alle parti ed alla persona offesa.

Valutata la relazione nel contraddittorio tra le parti, il giudice, se ritiene che la prova abbia avuto un esito positivo, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, pronuncia sentenza con la quale dichiara l'estinzione del reato.

Con la sentenza, il giudice si pronuncia anche sull'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie e dispone la confisca, ma – si ritiene – solo nei casi di confisca obbligatoria anche in caso di assoluzione, ex art. 240 comma 2 n. 2 c.p.p.

La sentenza sarà assoggettata all'ordinario regime delle impugnazioni, ed in particolare sarà appellabile da parte del P.M. e dell'imputato, non essendone prevista (come nel caso della sentenza di patteggiamento) l'inappellabilità. L'imputato, in particolare, potrà censurare la mancata pronuncia di proscioglimento nel merito, ai sensi dell'art. 129 comma 1 c.p.p.: il che impone al giudice di motivare, sia pur succintamente, sul punto.

Dopo il passaggio in giudicato della sentenza, il soggetto messo alla prova, potrà essere sentito nel processo (proseguito) nei confronti dei coimputati quale testimone assistito, mentre prima del passaggio in giudicato, il suo status di dichiarante è riconducibile alle previsioni di cui all'art. 210 c.p.p. (salvo il disposto dell'art. 197 bis c.p.p.).

Nei casi in cui l'esito della prova sia negativo ed in quello di revoca dell'ordinanza di sospensione, il giudice, ai sensi dell'art. 464 comma 2 septies c.p.p. dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso: in tale ipotesi l'istanza non potrà più essere riproposta, ma il pubblico ministero, in sede di esecuzione della pena, dovrà detrarre un periodo corrispondente a quello della prova eseguita (ed ai fini della detrazione, a norma dell'art. 657 bis c.p.p. introdotto ex novo con la riforma, "tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda").

Per quanto riguarda la revoca, essa è determinata: a) dalla grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ovvero rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità; b) dalla commissione, durante il pe-

riodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede.

In tali ipotesi il giudice, con ordinanza, ricorribile autonomamente in cassazione e comunque e sempre previa udienza fissata ai sensi dell'art. 127 c.p.p., di cui va dato avviso alle parti ed alla persona offesa almeno dieci giorni prima, revoca, anche d'ufficio, la sospensione.

Il processo non riprenderà subito, ma solo quando l'ordinanza di revoca sia divenuta definitiva: è in quel momento che, a norma dell'art. 464 octies comma 4 c.p.p., cessa l'esecuzione delle prescrizioni e degli obblighi imposti ed il procedimento riprende il suo corso (e con esso, riprende a decorrere la prescrizione).

La questione più spinosa riguarda l'ipotesi in cui la revoca sia fondata sulla commissione di un reato durante il periodo di messa alla prova. L'accertamento sarà effettuato d'ufficio dal giudice, nell'ambito del sub-procedimento, con cognizione necessariamente sommaria. Non è infatti previsto che la commissione del reato debba essere accertata con sentenza passata in giudicato, né è prevista la sospensione del sub-procedimento in attesa degli esiti del processo per il reato che determina la revoca. Per cui l'imputato potrebbe vedersi revocata la messa alla prova e, dopo alcuni anni, essere assolto dal reato che detta revoca ha provocato. Non sembra ipotizzabile alcuna forma di tutela in questo caso.

Un'altra questione controversa riguarda la possibilità per l'imputato, nel caso di esito negativo o di revoca anticipata, di accedere a riti alternativi.

Come si è detto a proposito dell'identica questione, con riferimento all'ipotesi di rigetto della richiesta, stante la coincidenza tra i termini finali di richiesta della sospensione con messa alla prova e quelli entro i quali possono essere richiesti il giudizio abbreviato e il patteggiamento, una volta fallita o revocata la messa alla prova, dovrebbero essere ritenute inammissibili per intempestività le richieste di accedere ad (altri) riti alternativi presentate allo spirare del dies ad quem (ma non quelle presentate prima di tale dead line).

Non appare invece persuasiva la tesi (26) secondo cui la natura di rito alternativo assegnata dal legislatore al nuovo istituto dovrebbe indurre a ritenere che la sua ammissione precluda altre strade di definizione alternativa, secondo il principio "electa una via, non datur recursus ad alteram" applicato dalla giurisprudenza al tema dei rapporti tra giudizio abbreviato e patteggiamento, in assenza dell'espressa previsione di convertibilità dell'un rito nell'altro (27).

Tale principio invero non appare pertinente, in quanto è stato affermato con riferimento all'ipotesi in cui l'imputato, ammesso al rito abbreviato, aveva poi optato per il patteggiamento. Non vi è dubbio, invece, che l'imputato a cui sia stata respinta una richiesta di patteggiamento, possa optare per il rito abbreviato; così come è possibile, sicuramente, avanzare istanza di giudizio abbreviato secco, nei casi in cui non sia stata accolta la richiesta di giudizio abbreviato condizionato. Per le stesse ragioni non sembra preclusa la facoltà per l'imputa-

to, a seguito di esito negativo o di revoca anticipata alla prova di chiedere altro rito alternativo. Va infatti rimarcato che i predetti istituti, così come la messa alla prova, non possono essere qualificati come meri benefici per l'imputato. Essi hanno una preminente finalità deflattiva, a cui si accompagna – a mo' di corrispettivo – un trattamento sanzionatorio premiale. Ebbene, tale finalità deflattiva, l'interesse dell'ordinamento alla definizione anticipata del processo, permane, nonostante l'esito negativo della prova o la revoca della stessa. Le anzidette evenienze – quindi – non ostano alla ammissibilità di riti alternativi, ma potranno (rectius: dovranno) essere valutate a carico dell'imputato, nell'ottica di cui all'art. 133 c.p., in sede di quantificazione della sanzione penale (e quindi potranno giustificare, ad esempio, il dissenso del P.M. rispetto ad una richiesta di applicazione della pena coincidente con il minimo edittale).

Un'ultima questione riguarda il caso in cui, all'esito del processo, "ripreso" per effetto della ricordate ordinanze, l'imputato venga mandato assolto dall'imputazione per la quale era stato messo alla prova.

In questo caso si prospetta, in dottrina, il rischio che resti priva di causa la prestazione lavorativa eseguita che assumerebbe a posteriori "carattere indebito, e dunque ripetibile ex art. 2033 c.c." (28). Tale rischio, ad avviso di chi scrive, non si pone. L'imputato ha eseguito pagamenti e prestazioni, sulla base di una propria richiesta e di un programma alla stessa allegato, tali prestazioni non possono ritenersi indebite, in quanto oggetto di un rito alternativo volontariamente richiesto dall'imputato, che non è andato a buon fine per effetto di inadempienze o trasgressioni da parte dello stesso.

L'unica conseguenza giuridicamente fondata è quella di cui all'art. 657 c.p.p., in relazione al disposto del "nuovo" art. 657 bis c.p.p.: i giorni di prova effettuati prima della ripresa del processo potranno essere computati in detrazione, secondo i suddetti criteri di ragguaglio, della pena eventualmente da scontare per altro reato.

9. La disciplina intertemporale

Nella legge approvata manca una disciplina diretta a regolare i procedimenti instaurati per i delitti previsti dall'art. 168-bis c.p. che abbiano, al momento dell'entrata in vigore della stessa, superato le fasi processuali entro le quali, ai sensi dell'art. 464-bis c.p.p., la sospensione del procedimento con messa alla prova può essere richiesta.

Ebbene, in mancanza di una disciplina transitoria, si è sviluppata una lunga teoria di interpretazioni, spesso frutto d'improvvisazione e del richiamo, generico e/o poco pertinente, a principi generali dell'ordinamento.

Va premesso, in via generale, che in presenza di un ricambio normativo il legislatore può decidere di dettare esso stesso un'apposita disciplina tesa a regolare direttamente i profili temporali della successione tra norme (diritto transitorio), ovvero – come nel caso di specie – può scegliere di astenersi da qualunque intervento diretto, lasciando alla applicazione

dei principi di diritto intertemporale vigenti la risoluzione dei dubbi interpretativi che insorgano.

La distinzione è fra diritto transitorio e diritto intertemporale.

Nel diritto processuale, in presenza di un fenomeno di successione di leggi nel tempo, ove – come nella specie – non esista una norma espressa di diritto transitorio, vige il principio generale del *tempus regit actum* contenuto nell'art. 11 delle preleggi: esso opera, perciò, alla stregua di un criterio generale di diritto intertemporale, applicabile a tutti i casi di ricambi normativi, al fine di stabilire i limiti temporali della normativa sopravvenuta.

Due sono i criteri fondanti: da un lato, la non retroattività della nuova legge procedurale, sicché gli atti compiuti mantengono la propria efficacia anche sotto l'impero di una diversa legge processuale e, dall'altro, l'efficacia immediata della novella, di talché tutti gli atti successivi rispetto all'entrata in vigore della nuova norma devono essere compiuti secondo i presupposti richiesti dalla modifica normativa.

Se così è, non dovrebbero esservi dubbi in ordine alla inammissibilità della richiesta avanzata nel corso di processi in corso al momento della entrata in vigore della legge, nel caso in cui siano stati valicati i termini perentori

E, invece, la stragrande maggioranza degli interpreti si è pronunciata per l'applicazione retroattiva dell'istituto della messa alla prova, richiamandosi a principi generali, della cui applicabilità all'ipotesi in esame si ha ben ragione di dubitare.

Uno dei punti deboli dell'indirizzo ampiamente maggioritario risiede nel ritenere l'istituto della messa alla prova un istituto di diritto (prevalentemente) sostanziale. Si giunge a sostenere che "l'istituto di nuovo conio costituisce, a pieno diritto, una nuova tipologia appartenente al genus delle cause di estinzione del reato"; le norme processuali costituirebbero, dunque, non altro che un pendant processuale per l'attuazione, similmente all'art. 340 c.p.p. in relazione all'art. 152 c.p. in tema di remissione di querela (29).

Alla luce delle considerazioni sin qui espresse, sembra evidente che tale interpretazione finisca per confondere uno degli effetti (sostanziali) dell'esito positivo della messa alla prova (estinzione del reato) con la natura dell'istituto, di natura processuale, così come il patteggiamento (che, come detto, produce anch'esso effetti sostanziali: quantificazione della pena; estinzione del reato, ex art. 445 comma 2 c.p.p.).

Qui non si tratta di "trincerarsi" "dietro il comodo brocardo" "tempus regit actum", e proseguire come se quelle norme non fossero mai state introdotte per i processi pendenti nella fase successiva alla formulazione delle conclusioni all'udienza preliminare o (per i processi a citazione diretta) alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado" (30) ma di applicare il principio basilare in tema di efficacia della legge processuale nel tempo.

Non è un caso che il legislatore, con riferimento ad analoghi istituti di diritto processuale, aventi anch'essi effetti sostanziali, abbia avvertito l'esigenza di introdurre specifiche

norme transitorie, per consentirne una – seppur limitata – applicazione ai procedimenti in corso.

Illuminante è la formulazione dell'art. 64 del D.L.vo 28 agosto 2000, n. 274 in tema di competenza penale del giudice di pace, che, nello stabilire, al primo comma, la regola generale di applicabilità della nuova disciplina ai soli fatti commessi dopo la sua entrata in vigore, al secondo comma recita così: "2. Ferma l'applicabilità dell'art. 2, comma terzo, del codice penale, nei procedimenti relativi a reati commessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto legislativo si osservano le disposizioni dell'art. 63, comma 1".

Ebbene l'anzidetta disposizione richiama, per l'appunto, istituti di natura processuale, con effetti sostanziali: si pensi alla improcedibilità per particolare tenuità del fatto (art. 34 D.L.vo appena citato) e all'ancor più pertinente richiamo alla estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (art. 35).

Se il legislatore avesse ritenuto applicabile a detti istituti il disposto dell'art. 2 comma 4 c.p., non avrebbe certamente previsto l'espressa deroga al principio, altrimenti applicabile, del *tempus regit actum*.

Analoghe norme transitorie sono state previste per il c.d. patteggiamento allargato (cfr. art. 5 legge 12 giugno 2003, n. 134) e a seguito della radicale trasformazione del giudizio abbreviato in conseguenza della legge 16 dicembre 1999, n. 479 (cfr. art. 4-ter del D.L. 7 aprile 2000, n. 82, convertito con modificazioni dalla legge 5 giugno 2000 n. 144).

Con riferimento – invece – alla MAP il legislatore ha ritenuto di non prevedere una disciplina transitoria. Per cui – si ribadisce – l'istituto non è applicabile ai procedimenti in corso, superato il termine ultimo, a pena di decadenza, di cui all'art. 464 bis comma 2 c.p.p..

9-1. Critica alle argomentazioni di chi sostiene l'applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova

Uno dei primi provvedimenti emessi da giudici di merito ha ritenuto di risolvere il problema facendo ricorso all'istituto della restituzione nel termine contemplata dall'art. 175 c.p.p.: in questo modo non sarebbe il singolo giudice ad individuare il momento in cui poter presentare la richiesta, ma sarebbe pur sempre il legislatore a fornire lo strumento per permettere alla parte – nei tempi e nei termini contemplati dall'art. 175 c.p.p. – di richiedere il beneficio in esame anche nei procedimenti in cui le fasi processuali di cui all'art. 464 bis comma 2 c.p.p. siano state superate (31). In questo caso, si sostiene, il rispetto del termine non è stato possibile per causa di forza maggiore (il c.d. *factum principis*) e l'imputato ha diritto ad esercitare le facoltà introdotte con la nuova legge, essendo stato impossibilitato a farlo prima, appunto, per forza maggiore (32).

Non occorre spendere molte considerazioni per evidenziare la palese infondatezza del richiamo all'art. 175 c.p.p., la cui natura viene ad essere stravolta dalla suddetta interpretazione. Si introdurrebbe una sorta di automatica retroattività a richiesta (avanzata ex art. 175 c.p.p.) della legge processuale. Non solo: così opinando, la richiesta di restituzione in termini

potrebbe essere presentata anche in Cassazione, con conseguente, devastante, regressione del processo al momento in cui, ex art. 464 comma 2 c.p.p., doveva essere formulata la richiesta di MAP. È sin troppo evidente, al contrario, che la disposizione invocata vale a rimettere nel termine scaduto per caso fortuito o forza maggiore (caso fortuito e forza maggiore che l'istante deve provare), non certo a rendere applicabili istituti introdotti da leggi sopravvenute.

Non pertinente è il richiamo all'art. 2 comma 4 c.p. – operato costantemente dai sostenitori della tesi che qui si critica – atteso che, pacificamente, non è sufficiente che una legge attribuisca una chance di natura processuale, per potersi qualificare come legge più favorevole ai sensi della disposizione in questione.

In tema di successione di leggi processuali nel tempo, il principio secondo il quale, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, non costituisce un principio dell'ordinamento processuale, poiché non esistono principi di diritto intertemporale propri della legalità penale che possano essere pedissequamente trasferiti nell'ordinamento processuale (33).

A ciò va aggiunto che secondo consolidati indirizzi giurisprudenziali, nell'individuazione della legge più favorevole – ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p. – ritiene che si debba procedere ad una valutazione in concreto, anche con riferimento alle conseguenze giuridiche meno gravose, ma in ogni caso tale valutazione ha ad oggetto gli elementi costitutivi del reato, le circostanze, il tipo e la durata della pena, l'applicabilità delle pene accessorie o delle misure di sicurezza, le cause di non punibilità ovvero di estinzione.

In altri termini, nella nozione di legge più favorevole si è sempre fatto riferimento esclusivamente agli elementi ed effetti penali, valutati non in astratto ma in concreto (34)

Con riferimento alla problematica in esame, la valutazione finalizzata alla individuazione della norma più favorevole, in concreto, postulerebbe, quanto meno, l'accoglimento della proposta, il consenso sul programma, eventualmente emendato ed il contenuto, anche di natura affittiva, dello stesso. Non basta, ovviamente, la richiesta dell'imputato per far ritenere, in concreto più favorevole la legge sopravvenuta, che – come detto – si limita, in astratto, a garantire una facoltà all'imputato, il cui esito passa attraverso un iter complesso e privo di automatismi.

Pensare che possa essere sufficiente, ai fini della valutazione concreta imposta dall'art. 2 comma 4 c.p., la richiesta dell'imputato di volersi avvalere dell'istituto, conduce alla assurda conseguenza di consentire all'imputato, con una semplice richiesta, accompagnata, se possibile, dal ricordato programma, di ottenere persino in Cassazione – se il processo pende dinanzi alla Corte di legittimità al momento della entrata in vigore della legge – l'annullamento con rinvio della

sentenza di condanna (l'art. 2 comma 4 c.p., invero, trova come unico limite il giudicato).

In conclusione, l'art. 2 comma 4 c.p. non è applicabile per due ordini di ragioni, ciascuna di per sé sufficiente: la natura eminentemente processuale dell'istituto; l'impossibilità di poter valutare, in concreto, legge più favorevole quella che consente la messa alla prova, sulla base della semplice richiesta dell'imputato.

A sostegno della tesi secondo cui non sarebbe “per nulla eccentrico ammettere che, alla prima udienza, l'imputato appellante possa formulare richiesta di sospensione del processo con messa alla prova” si richiama la possibilità – pacificamente riconosciuta in giurisprudenza – che l'imputato di guida in stato di ebbrezza possa chiedere l'applicazione del lavoro di pubblica utilità in appello, anche quando la condotta di reato sia stata commessa in epoca anteriore alla modifica normativa che ha introdotto il lavoro di pubblica utilità e pur dopo il giudizio di primo grado che quella sanzione non ha disposto, perché non ancora esistente (35).

Il riferimento non è pertinente.

La decisione che il giudice di merito è chiamato ad adottare in ordine alla applicabilità della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità (in casi quali quelli di cui all'art. 186 nuovo c.s.) prescinde da valutazioni di tipo discrezionale ed è legata, da un lato, alla insussistenza delle condizioni ostative previste per legge (circostanza aggravante dell'aver causato un incidente stradale e pregressa fruizione di analoga pena sostitutiva) e, dall'altro, al requisito positivo della non opposizione da parte del condannato (o di una sua richiesta esplicita o consenso espresso) alla applicazione della pena sostitutiva medesima; il criterio di durata e quello di commisurazione della pena sostitutiva rispetto alla pena originaria sono predefiniti per legge e dunque insuscettibili di una valutazione discrezionale da parte del giudice che deve attenersi ai criteri generali di ragguaglio normativamente previsti (36).

L'istituto si colloca, quindi, sul piano del trattamento sanzionatorio: il giudice di cognizione si limita, in modo pressoché automatico, a sostituire la pena, con l'equivalente sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità. Qui finisce la sua attività decisoria. L'eventuale estinzione del reato e le altre conseguenze connesse al regolare svolgimento del l.p.u. sono afferenti alla fase di esecuzione. Completamente diversa – si è visto – è la disciplina della messa alla prova che si colloca – necessariamente – a monte e non a valle dell'accertamento della penale responsabilità e della irrogazione della pena. Non si tratta – in questo caso – di porre in essere una mera operazione di ragguaglio, ma di elaborare un programma riparatorio e di reinserimento sociale, che, attraverso il ricordato, complesso iter può sfociare (ma è solo una delle evenienze) in una dichiarazione di estinzione del reato.

Uno degli argomenti sostenuti da coloro che ritengono applicabile l'istituto anche oltre i ricordati termini a pena di decadenza è quello che si fonda sul richiamo all'art. 7 della CEDU.

Si sostiene, al riguardo, che occorre tener conto dell'affermazione del principio di retroattività della *lex mitior* contenuta nell'art. 15, primo comma, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881; nell'art. 49, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2006 e successivamente recepita dal Trattato di Lisbona modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. E, inoltre, che bisogna prendere atto delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea che, già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, iscrivevano il principio della retroattività della *lex mitior* tra quelli facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, destinati perciò a costituire parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce il rispetto e che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale per attuare l'ordinamento comunitario (37).

Soprattutto però è attraverso il prisma dell'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella notissima sentenza 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia), che si è pervenuti al conferimento di uno status convenzionale e di un nuovo fondamento costituzionale (art. 117 Cost.) al principio di retroattività della *lex mitior* (38).

In quella pronuncia la Corte di Strasburgo – come è noto – ha per la prima volta statuito che “l'art. 7 par. 1 della Convenzione non sancisce solo il principio dell'irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa”, traducendosi “nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato”.

Ma l'anzidetta disposizione convenzionale non è utile invocabile con riferimento alla problematica in esame.

Nella stessa sentenza Scoppola, la Corte EDU aveva in effetti chiarito che il principio di retroattività della norma penale più favorevole, così come il complesso delle garanzie di cui all'art. 7 CEDU, si applica soltanto alle norme di diritto penale sostanziale, non a quelle di natura processuale; e tra queste ultime aveva espressamente menzionato le norme in materia di prescrizione del reato, sulla base di un proprio precedente – *Coëme c. Belgio* – nel quale era stato addirittura ritenuto che non configurasse alcuna violazione convenzionale l'allungamento dei termini di prescrizione di reati per i quali era ancora in corso il processo (39).

Di qui una prima conclusione: la Corte europea non richiede che le regole sulle cause di estinzione del reato (quale sarebbe quella della messa alla prova, secondo l'interpretazione che si contesta) e che la Corte medesima ritiene attinenti alla materia processuale, siano assoggettate al principio di re-

troattività della norma più favorevole per il reo. Ergo: risulta infondata la pretesa di derivare un simile obbligo dall'art. 7 CEDU così come interpretato da Scoppola.

Ma l'argomento assorbente è rappresentato dalla constatazione che il principio della retroattività della norma penale più favorevole, così come del resto la generalità dei principi incorporati nell'art. 7 CEDU, si applicano, secondo la consolidata giurisprudenza europea, soltanto alle disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono; e questa limitazione trova altresì conferma, osserva la nostra Corte, negli articoli 15 del Patto internazionale e 49 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, riferiti entrambi alla “legge che prevede l'applicazione di una pena più lieve”. Tant'è vero che la Corte europea ebbe ad escludere addirittura la necessaria applicazione del principio di irretroattività della norma penale in un caso concernente una modifica in *malam partem* dei termini di prescrizione del reato (40).

In tal senso si è espressa, ripetutamente, anche la Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 236 del 2011 (41) ha affermato che il principio di retroattività della *lex mitior* presuppone un'omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo e ha rimarcato come detto principio “riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità”, giungendo alla conclusione che esso “non può riguardare le norme sopravvenute che modificano, in senso favorevole al reo, la disciplina della prescrizione, con la riduzione del tempo occorrente perché si produca l'effetto estintivo del reato”. Nell'argomentare della sentenza n. 236 del 2011, tale conclusione è avvalorata anche dal richiamo all'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, che, così come l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, non si riferisce a qualsiasi disposizione penale, ma – come detto – solo alla “legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve”. (42)

9-2. La prima pronuncia della Cassazione

Nelle more della elaborazione del presente scritto, l'apparente compattezza interpretativa di cui si è dato atto, è stata scalfita dalla pronuncia della Suprema Corte: Cass. sez. feriale, ud. 31 luglio 2014 – dep. 13 agosto 2014, ric. Ceccaroni, inedita. La Corte si è trovata a decidere su una richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata in quella sede dall'imputato (richiesta a cui era stata allegata copia di istanza inviata all'u.e.p.e. per la predisposizione del programma) e, nel dichiararla inammissibile, ha affermato il seguente principio di diritto: “la sospensione del procedimento con messa alla prova... non può essere richiesta dall'imputato nel giudizio di cassazione, né invocandone l'applicazione in

detto giudizio, né sollecitando l'annullamento con rinvio al giudice di merito. Infatti, il beneficio dell'estinzione del reato, connesso all'esito positivo della prova, presuppone lo svolgimento di un iter procedurale, alternativo alla celebrazione del giudizio, introdotto da nuove disposizioni normative, per le quali, in mancanza di una specifica disciplina transitoria, vige il principio "tempus regit actum". Né alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 236 del 2011, è configurabile alcuna lesione del principio di retroattività della lex mitior che per sé imponga l'applicazione dell'istituto a prescindere dalla assenza di una disciplina transitoria".

Nella motivazione, rapportata alla specificità del caso, la Corte pur prendendo atto degli effetti di diritto sostanziale dell'istituto, sembra propendere per la natura essenzialmente processuale dello stesso ("il beneficio della possibile estinzione del reato è strettamente connesso alla peculiare procedura che deve essere seguita, l'uno risultando inscindibilmente legato ad una ratio deflattiva che impedisce ogni efficacia del beneficio autonoma, quindi al di fuori del peculiare rito").

Inoltre, nella stessa motivazione, si afferma che la procedura della MAP è "incompatibile con alcun giudizio di impugnazione"; ma – in termini più ampi – il richiamo al principio del tempus regit actum dovrebbe indurre ad escludere l'ammissibilità della procedura anche nei casi in cui il processo si trovi in primo grado, superati i termini perentori di cui si è detto.

9-3. Razionalità della disciplina intertemporale

Può senz'altro giungersi alla conclusione che, in assenza di norme transitorie, la messa alla prova è consentita, anche per i processi già iniziati al momento della entrata in vigore della legge, entro i termini perentori dettati dal citato art. 464 bis c.p.p..

Si tratta di verificare se una tale disciplina – nell'escludere dalla possibilità di accedere all'istituto in questione gli imputati rispetto ai quali detti termini siano decorsi – sia conforme a razionalità, atteso che – escluso l'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU – l'unico parametro rilevante per la verifica della sua legittimità costituzionale resta, nel diritto interno, quello di cui all'art. 3 Cost.

La questione – ad avviso di chi scrive – è agevolmente risolvibile, alla luce dei principi affermati dalla Suprema Corte, secondo cui, con riferimento all'art. 3 Cost., il principio di retroattività della legge penale successiva favorevole all'imputato, sancito dall'art. 2 comma 4 c.p., rileva solo nel caso in cui sia intervenuto un mutamento favorevole nella valutazione legislativa del fatto tipico oggetto del giudizio, mentre il legislatore può razionalmente graduare nel tempo e differenziare in relazione ai diversi stati e gradi dei procedimenti e dei processi pendenti l'applicazione di nuovi, più favorevoli istituti, senza per questo violare il canone dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale (43).

Ebbene, la inapplicabilità dell'istituto nei casi in cui i ricordati termini perentori siano decorsi al momento della

entrata in vigore della legge non sembra irrazionale. Ciò alla luce delle considerazioni sin qui espresse in ordine alla natura e alla ratio dell'istituto, che, come si è detto non consiste in semplici automatismi applicabili dal giudice in qualsiasi fase processuale, ma richiede uno svolgimento complesso e attento, governato e controllato dal giudice che dispone la misura per tutta la sua (anche lunga) durata; e che ha un senso se si sviluppa prima dell'inizio del giudizio ed in alternativa a questo (anche nell'ottica del principio costituzionale della ragionevole durata).

La mediazione con la persona offesa, la riparazione volontaria del danno, il lavoro di pubblica utilità, sembrano difficilmente compatibili – ad esempio – con l'esistenza di una sentenza di condanna che prevede il pagamento di una provvisoria in favore della parte civile, o, invece, ha concesso la sospensione condizionale della pena. Gli effetti sostanziali della nuova misura non consistono infatti in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione anche all'esito del dibattimento o in sede di impugnazione: ciò giustifica la diversità di trattamento rispetto ad istituti come il patteggiamento, o la sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità, in cui, invece, gli effetti sostanziali si realizzano mediante automatismi compatibili con una fase avanzata del processo.

NOTE

(1) ZACCARO, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *www.Questione Giustizia.it*.

(2) R. PICCIRILLO, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, nella *Relazione* dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili introdotte dalla legge n. 67/2014, in particolare pp. 30 e 33.

(3) Secondo tale istituto, il pubblico ministero, con il consenso del giudice competente per l'apertura del dibattimento e dell'imputato, può rinunciare provvisoriamente all'esercizio dell'azione penale e contestualmente imporre all'imputato di adempiere, entro un termine fissato, determinati oneri ed ordini, se tali prescrizioni sono in grado di eliminare l'interesse pubblico al perseguimento e se la gravità della colpevolezza non lo esclude. Le prescrizioni possono consistere nel risarcimento del danno, nel pagamento di una somma di denaro ad istituti ad assistenza o allo Stato, nella esecuzione di prestazioni socialmente utili oppure nell'adempimento agli obblighi degli alimenti. Nel caso di corretto adempimento da parte dell'imputato entro il termine fissato, il pubblico ministero procede all'archiviazione con decreto non impugnabile. Se l'azione penale è stata esercitata, l'iniziativa spetta al giudice: se ricorrono i presupposti dell'archiviazione condizionata – ex § 153 a, comma 1, StPO – il giudice, sempre con il consenso del pubblico ministero e dell'imputato, ma fino alla fine del dibattimento nel quale possono essere valutati per l'ultima volta gli accertamenti di fatto, può archiviare provvisoriamente il procedimento e imporre contemporaneamente all'imputato gli oneri e gli ordini suddetti. Se l'imputato adempie nel termine fissato, il giudice dispone l'archiviazione con decreto non impugnabile. Cfr. Cfr. ROXIN, *Strafverfahrenrecht, Beck'sche*, München 1995, p. 10; G. CORDERO, *Oltre il 'patteggiamento' per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il 'nostro' art. 112*, in *Leg. pen.* 1986, p. 658 e ss.; WEBER, *Esercizio dell'azione penale: caratteristiche ed ambiguità dell'obbligatorietà dell'azione e dell'indipendenza del pubblico ministero*, Atti del convegno internazionale svoltosi nella città di Urbino e nella Repubblica di San Marino dal 14 al 16 settembre 1995, sul tema "L'attività investigativa del Pubblico Ministero in Italia e nei Paesi dell'Unione Europea", pag. 8 della relazione (relazione pubblicata in *Arch.*

pen. 1995); FANULLI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *questa Rivista* 2006, p. 11 e ss.

(4) La “sospensione provvisoria”, consentita per i delitti sanzionati con pena non superiore ai cinque anni di reclusione o con la multa, permette al pubblico ministero di sospendere fino a due anni il procedimento a carico di un indagato incensurato anche qualora siano presenti a suo carico elementi sufficienti per la prosecuzione del processo. La sospensione è finalizzata ad imporre all’indagato, ingiunzioni o regole di condotta che, se ottemperate, porteranno ad una archiviazione definitiva del procedimento. Per pronunciare il provvedimento sospensivo è necessario il consenso del giudice istruttore, dell’indagato e della persona offesa. Le similitudini con il ricordato § 153a del codice tedesco sono evidenti, tuttavia l’istituto in esame presenta dei tratti originali. Anzitutto prevede la partecipazione di un numero di soggetti processuali che, come è stato detto, non trova equivalenti nel diritto comparato, soprattutto per quel che concerne l’intervento della persona offesa. La norma portoghese, inoltre, contiene una gamma di ingiunzioni assai più variegata di quella tedesca, essendo contemplata persino una formula aperta che consente di imporre “qualquer outro comportamento especialmente exigido pelo caso” (art. 281 comma 2 lett. i c.p.p.). Per alcuni rilievi, in parte critici, sull’insieme delle soluzioni adottate nel sistema portoghese, cfr. BARTOLI, *L’irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. verticale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.* 2000, 1490 e ss.

(5) v. i riferimenti in BARTOLI, *Op. cit.* p. 1479.

(6) G. CORDERO, *Op. cit.* p. 663 e note di richiami.

(7) ZACCARO, *Op. e loc. cit.*

(8) PICCIRILLO, *Op. cit.*, 33.

(9) Cfr. Cassazione penale, sez. III, 23 maggio 2013, n. 41138, *CED Cass.* n. 256929; Cassazione penale, sez. II, 6 dicembre 2012, n. 11284, *CED Cass.* n. 255301.

(10) Della problematica della incompatibilità si occupa, BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 18.

(11) Cfr., ZACCARO, *Op. e loc. cit.*; BOVE, *Op. e loc. cit.*

(12) Così BOVE, *cit.*, p. 7.

(13) È opportuno ricordare che la stessa legge n. 67 del 2014 prevede espressamente il lavoro di pubblica utilità all’art. 1 comma 1 lett i) ed l), ossia nell’articolo che prevede la delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie.

(14) PICCIRILLO, *Op. cit.*, p. 8.

(15) La preoccupazione è espressa, ma senza valido fondamento, in CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.* 2012, p. 7 ss.; cfr., altresì, PICCIRILLO, *Op. cit.*, 7.

(16) Cfr. le Opere citate sub nota precedente. Altro discorso, ma niente affatto pertinente, è che la Suprema Corte riconosca la causa estintiva e l’attenuante in questione anche nei casi in cui la persona offesa non la ritenga soddisfacente. In questi casi, infatti, per evitare rifiuti strumentali, prevale la valutazione del giudice. Ma la valutazione ha sempre ad oggetto la integralità della riparazione, non la serietà dello sforzo profuso.

(17) PICCIRILLO, *Op. cit.*, p. 24.

(18) PICCIRILLO, *Op. cit.*, p. 15.

(19) ZACCARO, *Op. cit.* p. 5.

(20) ZACCARO, *Op. cit.*, p. 6

(21) PICCIRILLO, *Op. cit.*, p. 16

(22) L’Op. ult. cit richiama la sentenza della Corte Costituzionale (sentenzan. 125 del 5 aprile 1995), che sancendo l’illegittimità costituzionale della previsione del codice minorile (art. 28, quarto comma del D.P.R. n. 448 del 1988) che precludeva l’accesso alla messa alla prova dell’imputato che avesse chiesto il giudizio abbreviato o il giudizio immediato, ha proceduto a una ricognizione complessiva dell’istituto. Tra l’altro la sentenza – dimostrando la estraneità rispetto all’istituto in esame – ha chiarito che sarebbe spettato alla giurisprudenza “valutare se l’esigenza del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell’imputato – che costituisce, come s’è detto, un presupposto logico – es-

senziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova – richieda, in questo caso, che la sospensione non possa intervenire nella fase pre-dibattimentale, occorrendo viceversa, affinché possa ritenersi adeguatamente formato quel convincimento, che il giudice tenga conto anche dell’istruzione dibattimentale”.

(23) Secondo il consolidato indirizzo della Cassazione, solo nel caso in cui emergano, dagli atti o dalle deduzioni delle parti, concreti elementi circa la possibile applicazione delle cause di non punibilità previste dall’art. 129 c.p.p., è necessario che il giudice dia conto, nella motivazione, della esclusione delle stesse, essendo sufficiente, in caso contrario, anche una implicita motivazione circa la loro insussistenza (cfr., per tutte, Cassazione penale, sez. V, 25 giugno 2013, n. 31250, F., in *CED Cass.* pen. 2013, rv 256359) Coerentemente, la Suprema Corte ritiene che non è consentito all’imputato, dopo l’intervenuto e ratificato accordo, proporre questioni, in sede di ricorso per cassazione, in ordine alla mancata applicazione dell’art. 129 c.p.p., senza precisare per quali specifiche ragioni detta disposizione avrebbe dovuto essere applicata al momento del giudizio (Cassazione penale, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 41408, M., in *CED Cass.* pen. 2013, rv 256401).

(24) Corte cost. 25 marzo 1992, n. 124; 22 aprile 1992, n. 186; 26 ottobre 1992, n. 399; 16 dicembre 1993, n. 439.

(25) BOVE, *Op. cit.*, p. 22.

(26) PICCIRILLO, *Op. cit.*, p. 26.

(27) Cfr. Cass., sez. I, n. 15451 del 25 marzo 2010, Soldano, Rv. 246939; sez. III, n. 32234 del 11 luglio 2007, Lupo, Rv. 237023; sez. VI, n. 1940 del 10 dicembre 2009, p.g. in proc. Testa, Rv. 245705.

(28) Cfr. PICCIRILLO, *Op. cit.*, p. 8.

(29) FILICE, *Messa alla prova. Un vademecum da Vercelli*, in *www.questionegiustizia.it*

(30) PERELLI, *L’impatto della messa alla prova e del processo in absentia sui processi in corso e, in particolare, sul giudizio di appello*, in *www.questionegiustizia.it*.

(31) BOVE, *Op. cit.*, p. 26.

(32) Trib. Torino 21 maggio 2014, in *www.questionegiustizia.it* e in *diritto penale contemporaneo*, con nota adesiva di MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*.

(33) Cassazione penale, sez. un., 31 marzo 2011, n. 27919, A., in *Cass. pen.* 2011, 12, 4159 con nota di SPAGNOLO.

(34) Cassazione penale, sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, in *Diritto e Giustizia* on line 2013, con nota di CAPITANI.

(35) PERELLI, *Op. cit.* L.’A. sostiene, in modo poco persuasivo, che nel periodo transitorio, il giudice di appello, di fronte a una richiesta dell’imputato di sospensione del processo con messa alla prova, non potrebbe esimersi dal dare applicazione agli artt. 168 bis, ter e quater c.p. attraverso una applicazione, analogica, degli artt. 464 bis, quater, quinquies, septies, octies, novies c.p.p.

(36) Cfr., per tutte, Cassazione penale, sez. III, 14 maggio 2013, n. 20726, in *Arch. giur. circ.* 2013, 697.

(37) Cfr. sentenza 3 maggio 2005, Berlusconi e altri, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02; sentenza 11 marzo 2008, Jager, C-420/06; sentenza 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11.

(38) Cfr. i richiami operati da PICCIRILLO, *Op. cit.*, p. 33.

(39) V. le illuminanti considerazioni di VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in *diritto penale contemporaneo*.

(40) VIGANÒ, *Op. cit.*

(41) Corte Costituzionale, 22 luglio 2011, n. 236, in *Cass. pen.* 2011, 12, 4142.

(42) V., anche, Corte Costituzionale, 23 novembre 2011, n. 314, in *Giur. cost.* 2011, 6, 4382.

(43) Cfr., per tutte, Cassazione penale, sez. V, 25 gennaio 2006, n. 9601, in *CED* n. 233834.