

QUESTIONI APERTE

Messa alla prova

La decisione

Riti speciali - Ordinanza di messa alla prova - Diniego - Rimedi (Cost. artt. 24, 27; C.p. artt. 168-*bis* ss.; C.p.p. artt. 464-*bis*, 464-*ter*, 464-*quater*, 586)

L'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova non è immediatamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., in quanto l'art., co. 7, c.p.p., nel prevedere il ricorso per Cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 29 luglio 2016 (ud. 31 marzo 2016), - CANZIO, *Presidente* - FIDELBO, *Relatore* - GALLI, *P.G.*, (diff.) - Rigacci, *ricorrente*.

Messa alla prova e impugnazione: le linee guida delle Sezioni unite

SOMMARIO: 1. La sospensione del procedimento con messa alla prova: la pluralità dei fini. - 2. Il contrasto giurisprudenziale sull'impugnabilità dell'ordinanza che nega l'accesso all'istituto. - 3. Gli argomenti della Corte: un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 464-*quater*. - 3.1 Sui limiti del sindacato di legittimità e sul rimedio del *novum iudicium* offerto dall'appello. - 4. Rilievi conclusivi.

1. La sospensione del procedimento con messa alla prova: la pluralità dei fini

Dopo lunga attesa, la Suprema Corte interviene con la sentenza 33216/2016 in tema di impugnabilità dell'ordinanza con cui il giudice nega la concessione della messa alla prova.

Siamo dinanzi a una pronuncia di grande interesse, tanto più se si considera che la disciplina positiva sul punto non si distingue certo per chiarezza. Di tale *deficit* costituisce riprova il fatto che, sulla base di un dato impreciso e ambiguo, qual è quello costituito dall'art. 464-*quater*, co. 7 c.p.p., sono state formulate, tanto in dottrina che in giurisprudenza, soluzioni interpretative diametralmente opposte, arrivando, per un verso, a sostenere l'immediata ed autonoma ricorribilità per Cassazione del provvedimento con cui il giudice rigetta l'istanza di messa alla prova, per l'altro, ad affermarne la sola impugnabilità congiuntamente alla sentenza di primo grado, ai sensi della regola generale disposta dall'art. 586 c.p.p. per le ordinanze dibattimentali.

La Corte, nella sua più autorevole composizione, soppesati gli argomenti fondanti l'una e l'altra tesi, si risolve per l'applicabilità del citato art. 586 c.p.p., spingendo in questo senso ragioni di coerenza testuale e sistematica del

costrutto normativo nonché di salvaguardia delle esigenze difensive dell'imputato.

L'arresto, oltre a chiarire una questione procedurale di notevole rilevanza pratica, è destinato, al contempo, a rappresentare un tassello essenziale nella ricostruzione interpretativa dell'istituto recentemente coniato.

La sospensione del procedimento con messa alla prova, conosciuta e apprezzata da tempo nel rito minorile¹, fa il suo ingresso nel procedimento a carico di imputati adulti con la L. 28 aprile 2014, n. 67 in risposta a pressanti istanze di deflazione processuale, de-carcerizzazione e, allo stesso tempo, prevenzione speciale. Come si ricava dalla lettura congiunta delle relative norme processuali (artt. 464-*bis* e ss. c.p.p.) e sostanziali (artt. 168-*bis* e ss. c.p.) la misura si risolve, per l'imputato che ne faccia richiesta, nella sospensione del procedimento penale e nella sottoposizione ad un programma di prova che prevede la prestazione di lavoro di pubblica utilità, di attività di volontariato, il risarcimento del danno e la mediazione penale con la persona offesa (ove possibili), il rispetto delle prescrizioni eventualmente impartite dal giudice e l'eliminazione delle conseguenze dannose del fatto criminoso. All'esito positivo della prova consegue, quale effetto sostanziale, l'estinzione del reato.

Si tratta di uno schema che ricalca, con i dovuti correttivi², il *probation processuale* minorile ma che, nelle intenzioni del legislatore, si fa carico di obiettivi ulteriori a quel reinserimento sociale dell'imputato che del procedimento minorile è il solo scopo principe. Dall'istituto ci si attende, senza che di ciò sia fatto mistero, risultati altrettanto significativi in termini di deflazione carceraria. L'occasione contingente dell'intervento normativo del 2014 si deve ravvisare, infatti, nell'*ultimatum* della Corte europea dei diritti dell'Uomo a provvedere con urgenza al problema del sovraffollamento delle carceri italia-

¹ L'antecedente storico a cui si fa riferimento è disciplinato dall'art. 28 del d.P.R. n. 48 del 1988. Per approfondimenti, si suggerisce: BASCO, GENNARO, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Torino, 1997; PETRUZZA, *I sentieri della messa alla prova*, in *Minori giustizia*, 1994, 3, 62 ss.; RECANE-SCHI, PUNGOLI, *Peculiarità del processo minorile e l'istituto della messa alla prova*, in *Il Foro ambrosiano*, 2012, 1, 111 ss.

² Rispetto al parallelo istituto minorile, la sospensione del procedimento con messa alla prova per i maggiorenni gode innanzitutto di un ambito operativo più limitato, essendo attivabile unicamente nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale (sola, congiunta o alternativa a quella primaria) nonché per delitti di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p. per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice monocratico. Il *range* applicativo dell'istituto è peraltro ulteriormente limitato dalla esclusione dai possibili richiedenti di alcune categorie di imputati qualificati. Mentre poi, per la messa alla prova minorile è sufficiente la "non opposizione" del minore rispetto a una decisione adottabile dal giudice anche d'ufficio, la legge n. 67 del 2014 impone che sia rivolta al giudice un'espressa istanza di ammissione alla messa alla prova da parte dell'imputato. Sul piano dei contenuti del trattamento, infine, deve osservarsi come per gli adulti sia stata introdotto il lavoro di pubblica utilità quale attività indefettibile della prova.

ne³. La condanna del nostro Paese da parte del giudice sovranazionale per violazione dell'art. 3 C.E.D.U. ha costituito di fatto la spinta necessaria a ripensare il sistema penale nell'ottica di accelerare e snellire la fase di cognizione e di limitare, in fase di esecuzione, il flusso di ingresso al carcere. In questa direzione muove anche la previsione del procedimento di messa alla prova: il rito in parola si presenta come binario di definizione alternativo all'accertamento dibattimentale per reati di contenuto allarme sociale⁴ e consente di sperare, per questa via, in una consequenziale diminuzione della popolazione detenuta.

E in effetti, la possibilità di accedere, sussistendone i presupposti, a percorsi differenti dalla celebrazione del giudizio rappresenta un'occasione non trascurabile di razionalizzazione della giustizia e, si presti attenzione all'aggettivo, di «equilibrata de-carcerizzazione»⁵.

Equilibrata non solo perché, lungi da ogni sensazionalismo, l'opportunità di conseguire l'estinzione del reato è offerta solo in casi di gravità medio-bassa del fatto; ma anche e soprattutto perché, pur nascendo in un clima di urgenza, la messa alla prova anziché perseguire esclusivamente una rassicurante ma superficiale riduzione del numero dei processi e quindi dei "potenziali detenuti", si preoccupa, più apprezzabilmente, di incidere sul numero dei "potenziali rei". E ciò in quanto, diversamente da altre misure di "pronto intervento", questa non trascura mai la finalità special-preventiva che, tra le altre, motiva la risposta dello Stato al crimine.

L'estinzione del reato diviene infatti prospettiva concreta solo quando la rieducazione del soggetto, tradizionalmente affidata alla pena, si realizza invece attraverso un percorso, valutato positivamente dal giudice, di attività tese al riassorbimento dell'offesa prodotta dall'agire delittuoso.

³ Il riferimento è, in particolare, alla sentenza della Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia. La sentenza ha dato impulso fondamentale alla risoluzione del sovraffollamento delle carceri italiane, le cui condizioni violano gravemente gli *standards* sui diritti umani sanciti dall'art. 3 C.E.D.U. La pronuncia, rilevando una violazione ricorrente dello Stato contraente, secondo il collaudato meccanismo della sentenza pilota, ha ordinato il "congelamento dei precedenti ricorsi" aventi il medesimo oggetto e ha imposto all'Italia il termine di un anno dal passaggio in giudicato della sentenza per adottare le misure necessarie a conformarsi alle disposizioni della medesima. A tale fine, la messa alla prova viene da parte della dottrina indicata come l'unico istituto del diritto penale capace di consentire all'Italia di sanare la propria posizione nei tempi previsti: si veda in questo senso BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia dellattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 663.

⁴ CALABRETTA, MARI, *La sospensione del procedimento penale*, in *Officina del diritto*, 2014, 2, 9.

⁵ Espressione tratta dalla relazione predisposta dall'Ufficio del Massimario, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.cortedicassazione.it.

Si recupera peraltro anche il profilo, spesso trascurato, della prevenzione generale positiva: rispetto ad altre cause estintive del reato, quali il perdono giudiziale o l'oblazione, la credibilità del precetto giuridico esce senz'altro maggiormente rafforzata da una messa alla prova riuscita con successo, implicando questa un riconoscimento da parte dell'autore delle conseguenze della propria condotta, un suo allontanamento spontaneo dal *modus vivendi* anti-giuridico, il compimento di azioni positive che confermino il valore del bene giuridico leso⁶. L'istituto del 2014 offre, insomma, elementi per «pensare altrimenti la prevenzione»⁷ e, perciò, la stessa reazione statale all'evento criminoso. E le sconcertanti condizioni in cui versa l'attuale sistema sanzionatorio⁸ impongono di farlo, di volgere cioè lo sguardo a orizzonti nuovi e altri rispetto alla pena e, ancora prima, al processo, quali il rito in commento.

I caratteri innovativi dell'istituto non sembrano, tuttavia, colti appieno dalla pronuncia in esame. In particolare è la natura alternativa del procedimento della messa alla prova rispetto alla celebrazione del processo a risultare poco valorizzata dalla Suprema Corte. Legittimando, come dopo si vedrà, l'accesso alla misura anche in fase di appello si frustra, invero, ogni proposito del legislatore ad attivare per taluni procedimenti un percorso di definizione differente da quello dell'accertamento dibattimentale.

La sentenza *de qua* ingenera, inoltre, altrettanti dubbi sull'alternatività della prova cui l'imputato sceglie di sottomettersi rispetto alla pena. L'affermata compatibilità del beneficio con la fase di impugnazione, nelle sue implicazioni pratiche, rischia di fornire validi argomenti alla tesi critica che ha ravvisato nel nuovo rito una potenziale minaccia alla presunzione di innocenza nel suo «contenuto minimo, indiscusso» che «[...] è il divieto di esecuzione anticipata della sanzione»⁹.

2. Il contrasto giurisprudenziale sull'impugnabilità dell'ordinanza che nega l'accesso all'istituto

La vicenda oggetto della decisione in commento trae origine dall'impugnazione per Cassazione di un'ordinanza di rigetto dell'istanza di messa alla prova emessa dal Tribunale di Firenze. La sesta Sezione, investita

⁶ Sul tema, ampiamente: EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di Picotti - Spangher, Milano, 2002, 17 ss.

⁷ EUSEBI, *op. cit.*, 45.

⁸ Sui sempre più manifesti limiti del sistema sanzionatorio vigente: MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2001, 1, 3, 3 ss.

⁹ Cfr. ILLUMINATI, voce *Presunzione d'innocenza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 17, 3.

del ricorso in cui il richiedente lamentava erronea applicazione di legge, mancanza di motivazione nonché incomprendibilità del provvedimento, rilevava l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla stessa ammissibilità del gravame e rimetteva la questione alle Sezioni unite.

In sede di motivazione la Suprema Corte dà atto, in primo luogo, degli argomenti fondanti i due indirizzi interpretativi affermatasi sul tema. Per il primo orientamento, l'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p., nel consentire all'imputato e al pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa, il ricorso per cassazione contro l'ordinanza che decide sulla domanda di messa alla prova, disciplinerebbe, in deroga al regime generale disposto per le ordinanze dibattimentali dall'art. 586 c.p.p., l'autonoma ricorribilità di qualsiasi provvedimento decisorio, sia esso ammissivo che reiettivo¹⁰. Lo testimonierebbe il carattere indefinito dell'espressione "ordinanza che decide"; lo confermerebbe la circostanza che la sospensione del procedimento con messa alla prova presuppone un *iter* «alternativo alla celebrazione del giudizio»¹¹, sicché detta "alternatività" sarebbe proprio salvaguardata dalla possibilità di impugnare immediatamente l'ordinanza di rigetto, prescindendo dall'impugnazione di una sentenza di merito¹².

Particolare attenzione andrebbe poi rivolta all'art. 464-*quater* nella parte in cui sancisce che "l'impugnazione non sospende il procedimento". L'affermazione non potrebbe che riferirsi, infatti, all'impugnazione del provvedimento negativo, dal momento che quando il giudice dispone l'ammissione alla messa alla prova contestualmente, e automaticamente, sospende il processo.

Per altra corrente esegetica il provvedimento di rigetto dell'istanza di messa alla prova soggiace, invece, al disposto dell'art. 586 c.p.p., in forza del quale le ordinanze dibattimentali, salvo diversa statuizione di legge, sono ricorribili solo contestualmente all'impugnazione della sentenza di primo grado¹³. Gli argomenti a favore di questa seconda tesi sarebbero, innanzitutto, di natura testuale. La circostanza che l'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. parli genericamente

¹⁰ Cass., Sez. V, 20 ottobre 2015, R., in *Mass. Uff.*, n. 265627; Id., Sez. V, 23 febbraio 2015, B., *ivi*, n. 263777; Id., Sez. III, 24 aprile 2015, Frasca, *ivi*, n. 263814; Id., Sez. II, 2 luglio 2015, Dimitrii, *ivi*, n. 264888; Id., Sez. VI, 30 giugno 2015, Fagrouch, *ivi*, n. 264046; Id., Sez. II, 6 maggio 2015, Corallo, *ivi*, n. 263787.

¹¹ Cass., Sez. Feriale, 31 luglio 2014, Ceccaroni, in *Mass. Uff.*, n. 259935; Id., Sez. Feriale, 9 settembre 2014, Valmaggi, *ivi*, n. 261096.

¹² Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2014, Gnocco, in *Mass. Uff.*, n. 262341.

¹³ Cass., Sez. V, 14 novembre 2014, Ascione, in *Mass. Uff.*, n. 264270; Id., Sez. V, 3 giugno 2015, Marcozzi, in *Mass. Uff.*, n. 264061; Id., Sez. II, 12 giugno 2015, Fratuscio, *ivi*, n. 264574; Id., Sez. V, 15 dicembre 2014, A., *ivi*, n. 262106.

dell'“ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova” non sarebbe direttamente ai fini della questione, dovendo piuttosto leggersi tale formula alla luce della complessiva disciplina tracciata dal citato articolo. Viene perciò sottolineato come i commi precedenti al settimo vertano sull'oggetto e sugli effetti dell'ordinanza di accoglimento, mentre è il solo comma nono a menzionare il provvedimento negativo, prevedendo la facoltà per l'imputato di riproporre l'istanza rigettata fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, senza riferimento alcuno a una possibile impugnazione dell'ordinanza di diniego.

Si richiama, ancora, il discusso inciso per cui “l'impugnazione non sospende il procedimento”. Contrariamente a quanto assunto dall'opposto indirizzo, menzionando il “procedimento”, il legislatore non avrebbe inteso riferirsi alla fase di cognizione in corso ma piuttosto al procedimento incidentale di messa alla prova avviato a seguito di accoglimento della domanda.

Pur con parziale difformità di argomentazioni, la sentenza in esame conferma quest'ultimo orientamento, giungendo ad affermare il principio di diritto per cui l'ordinanza reiettiva della richiesta di messa alla prova non è in via autonoma ricorribile per cassazione, bensì appellabile unitamente alla sentenza di primo grado *ex art. 586 c.p.p.*

3. Gli argomenti della Corte: un'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 464-*quater*

Per meglio chiarire i termini della questione, il ragionamento del Supremo Consesso prende le mosse dall'ermetico art. 464-*quater*, co. 7 c.p.p. Per i giudici non v'è dubbio alcuno che la disposizione faccia riferimento al provvedimento di ammissione alla misura: se così non fosse, ci si troverebbe di fronte all'impossibilità di proporre qualsivoglia rimedio avverso un provvedimento con cui venga disposta la sospensione del procedimento. Ciò che risulta controverso, invece, è se la norma disciplini anche il regime di impugnabilità dell'ordinanza con cui la domanda di messa alla prova viene rigettata.

L'«oggettiva ambiguità», riconosciuta dagli stessi Ermellini, dell'espressione “ordinanza che decide” ne impone una lettura coerente con la formulazione d'insieme dell'art. 464-*quater*. Così la Corte recepisce l'indirizzo, già espresso dalle Sezioni semplici, che circoscrive la disciplina dell'ordinanza di rigetto al co. nono della disposizione, mentre il comma settimo, al pari dei commi precedenti, concernerebbe il solo provvedimento di accoglimento¹⁴.

¹⁴ Si tenta così un'operazione interpretativa non lontana da quella a cui si è assistito nell'ambito del parallelo istituto di messa alla prova della giustizia minorile. La fumosità con cui l'art. 28 comma 3 d.P.R. 488/98 si esprime, prevedendo la facoltà di ricorrere in cassazione contro “l'ordinanza di messa alla prova”, ha spinto la più recente giurisprudenza di legittimità a ricercare soluzioni in una lettura globale

Si osservi per inciso come la solidità di una simile ricostruzione sistematica sia posta in dubbio dalla dottrina: la genericità della formula “ordinanza che decide sull’istanza” costituirebbe, per molti autori, scelta consapevole del legislatore, il quale avrebbe così inteso ammettere l’immediata ricorribilità del provvedimento, tanto positivo che negativo¹⁵.

Proseguendo nella motivazione, la Suprema Corte sottolinea come neanche il riferimento all’imputato tra i soggetti legittimati al ricorso rappresenti argomento utile a sostenere che l’art. 474-*quater*, co. 7, c.p.p. attenga anche all’ordinanza di rigetto. A quanti osservano che l’imputato non avrebbe alcun interesse a ricorrere avverso il provvedimento di ammissione alla misura si può infatti facilmente obiettare che tale interesse possa, invece, sussistere in più di una circostanza: per dedurre il mancato proscioglimento ai sensi dell’art. 129 c.p.p., per contestare l’erronea qualificazione del fatto (e quindi la durata della prova), per denunciare vizi di mancato contraddittorio nell’integrazione o nella modifica del programma di trattamento.

Ancora, sull’enunciato dell’art. 464-*quater* per cui “l’impugnazione non sospende il procedimento”, i giudici escludono che con il termine “procedimento” si alluda al procedimento di cognizione, ritenendo tale chiave interpretativa irragionevole nelle sue conseguenze pratiche. Nell’ipotesi in cui il giudice neghi l’accesso alla misura, la mancata sospensione del giudizio in at-

della disposizione. Poiché il terzo co. è testualmente concatenato al precedente che menziona esclusivamente l’ordinanza che dispone la sospensione, l’“ordinanza di messa alla prova” avverso cui è ammesso ricorso immediato per cassazione sarebbe quella di accoglimento. All’impugnazione del provvedimento di rigetto si potrebbe procedere viceversa solo con la congiunta impugnazione della sentenza che decide il merito.

¹⁵ Così per CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell’esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 2014, 544; DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, in *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto* a cura di Triggiani, Torino, 2014, 129 ss.; FANULI, *L’istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 438; MARANDOLA, *La messa alla prova dell’imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 683 ss.; MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, a cura di Conti, Marandola, Varrasso, Padova, 2014, 409; PICCICHÈ, *Il ricorso per Cassazione dell’imputato contro l’ordinanza di rigetto dell’istanza di messa alla prova per gli adulti: due opinioni a confronto*, in www.questionegiustizia.it; PICCIRILLO, *Nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in PICCIRILLO - SILVESTRI, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili - Rel. dell’Ufficio del Massimario della Corte di cassazione n. III/07/2014, Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67*, in www.cortedicassazione.it, 19; TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in questa *Rivista*.

tesa della pronuncia sull'impugnazione determinerebbe, infatti, considerevoli pregiudizi sull'economia del procedimento: l'annullamento da parte della Cassazione dell'ordinanza di rigetto potrebbe sopravvenire finanche dopo la sentenza di primo grado, travolgendone così gli effetti, anche civili. La formula in discorso deve riferirsi, quindi, al "subprocedimento" della messa alla prova, mentre l'art. 464-*quater*, co. 7 disciplina in esclusiva l'impugnabilità immediata della pronuncia che accolga l'istanza di parte.

Tale conclusione appare peraltro suffragata, spiega la Corte, dalla regola generale posta dall'art. 588 c.p.p. per cui, salvo che la legge non disponga altrimenti, l'impugnazione determina la sospensione dell'esecuzione "del provvedimento impugnato". Giacché il provvedimento qui impugnato è l'ordinanza che decide sulla messa alla prova, l'art. 464-*quater*, co. 7 derogando a tale norma consente che il relativo procedimento, quindi il subprocedimento di messa alla prova, non sia sospeso in attesa della decisione sul gravame.

Ulteriore riscontro alla tesi che respinge l'immediata ricorribilità dell'ordinanza di diniego deve, a giudizio degli Ermellini, rintracciarsi nella previsione da parte dell'art. 464-*ter*, co. 4 e 464-*quater*, co. 9 di un rimedio, per così dire, "interno" al rigetto della domanda formulata in corso d'indagini o nell'udienza preliminare. Tanto nell'una che nell'altra fase processuale il provvedimento negativo non è in alcun modo ricorribile; ciò che le due norme richiamate, tuttavia, consentono, rispettivamente nei casi di valutazione da parte del G.i.p. e di dissenso del P.m., è la riproposizione dell'istanza fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento. Per le Sezioni unite l'esistenza di un meccanismo di riproposizione in *limine litis* avvalorava le precedenti conclusioni poiché consente quel riesame "sostanziale" della richiesta di messa alla prova che sarebbe al contrario inammissibile innanzi al giudice di legittimità. L'istanza non accolta in fase di indagini preliminari o in udienza preliminare potrà perciò essere riproposta, ai sensi degli artt. 464-*ter*, co. 4 e 464-*quater*, co. 9, nello stadio processuale successivo e, solo nell'ipotesi di conferma del rigetto in apertura del dibattimento, sarà possibile impugnare l'ordinanza congiuntamente alla sentenza di primo grado in appello.

3.1 Sui limiti del sindacato di legittimità e sul rimedio del *novum iudicium* offerto dall'appello

L'articolato percorso motivazionale della Corte prosegue con una riflessione sul *quantum* di tutela garantito all'imputato da ciascuno dei due indirizzi in contrasto: a detta dei giudici, ammettere l'immediata ricorribilità del provvedimento di rigetto equivale, paradossalmente, a ledere il diritto alla difesa del richiedente la messa alla prova. Dovendo il giudizio di cassazione limitarsi,

per sua stessa natura, ad un sindacato di mera legittimità, risulterebbe in tale sede preclusa una revisione nel merito della decisione operata dal giudice del rigetto. Di qui il grave pregiudizio per l'imputato. Nel vaglio di ammissibilità della messa alla prova si compiono infatti valutazioni complesse e fortemente discrezionali, che investono, ai sensi dell'art. 464-*quater*, tre aspetti: l'insussistenza delle cause di immediato proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p., l'idoneità del programma di trattamento sulla base dei parametri di cui all'art. 133 c.p.p., la prognosi di futura astensione del richiedente dalla commissione di ulteriori reati.

E non potrebbe essere altrimenti: la delicata natura dell'istituto, che si configura pur sempre come rinuncia condizionata dello Stato alla propria pretesa punitiva, si oppone a che l'organo giudicante sia ridotto ad un mero «applicatore amministrativistico»¹⁶. La concessione del beneficio, in altre parole, non deriva da alcun automatismo ma dipende da considerazioni del tutto peculiari allo specifico caso sottoposto all'attenzione del giudice. Ne discendono particolari esigenze difensive che, come sottolinea la Corte, l'impugnazione per cassazione non garantirebbe, limitando le possibili contestazioni ai soli motivi di cui all'art. 606, co. 1, c.p.p. Perché l'imputato possa dolersi di profili ulteriori a quello della violazione di legge o del vizio di motivazione dell'ordinanza unico rimedio processuale utile è il ricorso in appello, da proporsi unitamente a quello della sentenza di prime cure, ai sensi dell'art. 586 c.p.p. Esso infatti consente, nei limiti dei motivi dedotti, una verifica integrale delle scelte discrezionali del giudice del diniego e un *novum iudicium* sulla meritevolezza dell'imputato a fruire della misura. La soluzione cui perviene il Collegio, oltre che confortata dalle ragioni di ordine letterale e sistematico sopra illustrate, risulta pertanto condivisibile anche nella prospettiva di offrire la più ampia tutela possibile all'imputato. Accogliendo, invece, l'opposta tesi interpretativa, allo scopo di sollecitare un controllo nel merito del rigetto, residuerebbe soltanto il meccanismo di riproposizione della domanda sino alle soglie dell'udienza dibattimentale¹⁷. E ciò con significative disparità di trattamento per i richiedenti la messa alla prova in riti dalla forma sincopata: poiché nei casi di giudizio direttissimo e di procedimento per citazione diretta il termine ultimo per l'istanza in prima battuta è, a norma dell'art. 464-bis c.p.p., la dichiarazione di apertura del dibattimento, il recupero *in limine litis* dovrebbe essere proposto al medesimo giudice e nella medesima fase processuale in cui si è assistito al diniego. Soltanto ammettendo l'ulteriore rimedio

¹⁶ FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida al diritto*, 2014, 21, 74.

¹⁷ MARANDOLA, *op. cit.*, 683.

dell'appello il diritto di difesa dell'imputato sarebbe tutelato in ogni situazione, nonché al suo massimo grado, dal momento che tale gravame non risulta soggetto a limiti dipendenti dalla tipologia di rito instaurato.

La ricostruzione qui accolta, ad avviso delle Sezioni unite, avrebbe nondimeno il pregio di contenere la regressione del procedimento poiché, esulando l'ipotesi in questione da quelle di annullamento con rinvio tassativamente indicate dall'art. 604 c.p.p., in caso di accoglimento dell'impugnazione, il giudice dell'appello è investito di un autonomo potere di sospensione del processo e di ammissione dell'imputato alla misura negatagli in primo grado.

Al contempo, però, per stessa ammissione dei giudici, l'approdo descritto stride con le ragioni deflative della misura: è innegabile che, qualora questa intervenga in sede d'appello, il procedimento ha ormai compiuto il suo corso ordinario, con buona pace delle esigenze di riduzione del carico giudiziario perseguite dal legislatore. Riconoscere una facoltà di accesso tanto tardivo al beneficio significa, in sostanza, contraddire la sua stessa natura di *iter* di definizione degli affari penali alternativo alla celebrazione del processo. Ed infatti, muovendo da siffatta premessa, il giudice di legittimità si era più volte espresso per l'assoluta incompatibilità della messa alla prova con la fase d'impugnazione¹⁸. Nella sentenza in esame, la perentorietà di tale affermazione risulta tuttavia smorzata: la Suprema Corte, pur riconoscendo un'inevitabile tensione tra la soluzione proposta e gli scopi deflattivi dell'istituto, ritiene, rispetto a questi, di dover accordare priorità all'interesse dell'imputato a conseguire tramite il beneficio l'estinzione del reato. Il *favor rei* che connota gli effetti sostanziali della messa alla prova impone di garantirne la *chance* di realizzazione anche nel giudizio di secondo grado.

Merita forse osservare che il sistema così tracciato pecca di un secondo difetto in termini di economia processuale. Come correttamente evidenziato da taluna dottrina¹⁹, l'istituto *de quo*, pur appartenendo al *genus* dei riti speciali, si distingue nettamente dal patteggiamento o dal giudizio abbreviato: mentre per questi il giudice di appello, qualora ritenga ingiustificato il provvedimento di rigetto della richiesta, si limita rispettivamente ad applicare la pena concordata o la riduzione di un terzo della pena, per la messa alla prova il giudice dell'impugnazione dovrebbe invece dare avvio all'elaborata procedura di ideazione e esecuzione del programma di trattamento e, solo in caso di revoca, decidere sugli altri motivi del gravame. In altre parole, la messa alla prova

¹⁸ *Ex plurimis*, Cass., Sez. Fer., 31 luglio 2014, in *Mass. Uff.*, n. 259935, ove si afferma che: «si tratta, quindi, di procedura e opportunità assolutamente incompatibile con alcun giudizio di impugnazione».

¹⁹ FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile*, n. 67. *Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, 438 ss.

anziché semplificare il procedimento ne costituirebbe quasi un aggravio. Per concludere il Collegio sottolinea come la concessione della messa alla prova nel giudizio di seconde cure consentirebbe un recupero del carattere specialpreventivo del beneficio. La misura si propone infatti come «percorso di reinserimento alternativo [...] della persona che potrebbe aver commesso un reato»²⁰. Ecco, allora, che in sede di appello la maggiore conoscenza dell'imputato rispetto alle prime fasi processuali favorirebbe, a detta dei giudici, la predisposizione di un programma di trattamento più adeguato alla personalità del soggetto e alle sue particolari esigenze di risocializzazione.

4. Rilievi conclusivi

L'arresto del giudice di legittimità si presta a taluni rilievi critici. Le perplessità riguardano, in specie, il volto del nuovo istituto, come emergente dalla costruzione sposata dalla Corte. Ed invero, il veto all'autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto risulta incoerente con la definizione, unanimemente condivisa, della messa alla prova come procedimento alternativo alla celebrazione del processo. L'approdo, nel vincolare l'impugnabilità della decisione negativa sulla messa alla prova all'esistenza di un provvedimento di merito, reca con sé macroscopiche incongruenze di sistema. A discenderne infatti non è solo l'esclusione di ogni effetto deflattivo dell'istituto ma, più in generale, il rischio di mutare la natura del meccanismo piegandolo a finalità improprie.

Nel momento in cui si attesta la possibilità per il giudice d'appello di sostituirsi integralmente al giudice del rigetto e di riesaminare *ex novo* l'ammissibilità al beneficio si trascura che, in una diversa fase processuale, diversi potrebbero essere gli elementi valutati ai fini della decisione. In uno stadio acerbo del procedimento, infatti, l'ordinanza sulla messa alla prova non può che fondarsi su un accertamento provvisorio, sommario e allo stato degli atti, finalizzato soltanto ad escludere che sussistano cause di immediato proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.* Si osservi come l'arco temporale per la richiesta del beneficio, dalle indagini preliminari fino all'apertura del dibattimento, preceda il confronto dialettico tra le parti sul fatto e sulla responsabilità dell'imputato, sicché l'apprezzamento circa l'ammissibilità della messa alla prova dovrebbe essere scevro da una compiuta valutazione di colpevolezza.

Vero è che al riguardo non sono mancate accuse di «asservimento dell'istituto

²⁰ Tratto da Relazione dell'Assemblea Seduta n. 39 di lunedì 24 giugno 2013, Deputato Donatella Feranti in www.camera.it

a logiche squisitamente sanzionatorie»²¹. Gli obblighi di osservanza delle prescrizioni, di eliminazione delle conseguenze dannose dell'illecito, di lavoro di pubblica utilità che il trattamento prescrive, caratterizzati da un'incontestabile carica afflittiva²², somiglierebbero pericolosamente a quelli imposti in applicazione di istituti attivabili in fase esecutiva della pena²³ e ne condividerebbero la natura punitiva. Nella messa alla prova dovrebbe ravvisarsi pertanto l'espedito processuale per un'«applicazione anticipata della pena, sia pure nella modalità alternativa prevista dall'art. 47 ord. pen. [...]» e, sia pure su richiesta dell'imputato, «prima che una decisione definitiva lo consideri meritevole di un rimprovero»²⁴. Condizione tacita per la concessione del beneficio,

²¹ CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della delazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 9. Assimilano il trattamento cui è sottoposto l'imputato messo alla prova a una sanzione penale anche: CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it., Gli speciali, Sistema sanzionatorio*, 2015, 16; FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *Strategie di delazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Torino, 2015, 183.

²² Sull'indubbia carica afflittiva del contenuto del trattamento: TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in *La delazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, 26.

²³ CAPRIOLI, *op. cit.*, 9. In particolare, il lavoro di pubblica utilità configura ai sensi dell'art. 54 d.lgs. 274/2000 una vera e propria pena principale alternativa alla permanenza domiciliare; sanzione nelle fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool (art. 186, co. 9-bis, primo capoverso, d.lgs. 285/92) o in stato di alterazione psico-fisica per uso di stupefacenti (art. 187, 8-bis, primo capoverso, d.lgs. 285/92); pena sostitutiva in tema di violazione alla normativa sugli stupefacenti (art. 73, co. 5-bis del d.P.R. 309/1990) e, infine, contenuto eventuale della sospensione condizionale della pena ex art. 165, co. 1, ultimo capoverso c.p. Sulla particolare prescrizione del lavoro di pubblica utilità deve peraltro evidenziarsi che mentre l'art. 168-bis, co. 3 c.p.p. precisa la durata minima della prestazione in dieci giorni, rimane silente, al contrario, sulla sua durata massima. L'assenza di una previsione legislativa sul punto ha determinato il Tribunale di Prato, e prima ancora quello di Grosseto, a sollevare questione di legittimità costituzionale per ipotizzato contrasto della disciplina con l'art. 24 Cost., in quanto tale vuoto normativo impedirebbe all'imputato di conoscere con determinatezza l'effettivo trattamento sanzionatorio cui incorrerebbe ove fosse ammesso al rito; nonché con l'art. 27 Cost. giacché lo stesso vuoto, assieme all'omessa predeterminazione dei criteri da seguire, violerebbe il finalismo rieducativo che la sanzione penale deve indefettibilmente possedere (cfr. Trib. Prato, 21 aprile 2015, S.P., in *Gazz. Uff.*, 16 dicembre 2015, n. 50; Trib. Grosseto, ord. 10 marzo 2015, T.F., in *Gazz. Uff.*, 2 settembre 2015, n. 35). Con recente pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondate le censure: il limite temporale massimo del lavoro di pubblica utilità, pur se non indicato espressamente nell'art. 168-bis c.p., risulta indirettamente sancito dall'art. 464-quater, co. 5 c.p.p. dal momento che, in mancanza di diversa determinazione, corrisponde necessariamente alla durata di sospensione del procedimento. Giacché, poi, per determinare in concreto la durata della prestazione il giudice deve tenere conto dei criteri previsti dall'art. 133 c.p. e delle caratteristiche che questa deve avere (dovendo trovare attuazione «con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato» ex art. 168-bis, co. 3 c.p.) non sarebbe tantomeno riscontrabile alcuna violazione del principio del finalismo rieducativo; vd. Corte cost., ord. 11 gennaio 2017, n. 54 con nota di ANDOLFATTO in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

²⁴ Così, testualmente, ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, Padova,

o *rectius*, di una misura sanzionatoria solo formalmente qualificabile come beneficio, sarebbe, allora, un convincimento nell'organo giudicante della sussistenza del fatto e della responsabilità dell'imputato. Tale *prius* logico, pacificamente riconosciuto²⁵ per la meno afflittiva²⁶ *probation* minorile, non potrebbe non valere anche nell'ambito della messa alla prova per adulti e sarebbe altresì desumibile da espressioni come "estinto il reato", "nuovi reati" o "ulteriori reati" che la disciplina contiene in più passaggi²⁷.

L'ordinanza di ammissione, postulando che il giudice sia persuaso della colpevolezza dell'imputato e prescrivendo vincoli di natura sanzionatoria, assumerebbe così i connotati di una "criptocondanna"²⁸, esito di un "criptogiudizio" del tutto svincolato dalle garanzie della *plena cognitio*. Una lettura dell'istituto, perciò, che conduce, fatalmente, a decretarne l'incostituzionalità per grave contrasto con il principio, irrinunciabile, di presunzione d'innocenza sancito dall'art. 27 Cost.

Ebbene, la tesi critica ora esposta potrebbe trovare nella sentenza in commento terreno fertile per il proprio sviluppo. I timori, giustamente espressi, che in sede di valutazione sull'ammissibilità al beneficio si celebri silenziosamente un "criptogiudizio" sul fatto e sull'autore, non possono che acuirsi laddove sulla messa alla prova debba pronunciarsi il giudice d'appello. L'impugnazione, infatti, presuppone che si sia integralmente celebrato il processo in prime cure, che vi sia già stata istruttoria dibattimentale e che sia intervenuta una sentenza, pur non ancora definitiva, che decreti la responsabilità penale dell'imputato. Il vaglio di ammissibilità del richiedente alla misura potrebbe, verosimilmente, risultare inquinato dalle risultanze dell'istruttoria sfavorevoli all'imputato e/o dalla definizione di condanna operata in primo grado. Maggiori gli elementi su cui basare un precipitoso e illegittimo, stante la presun-

2016, 644.

²⁵ In tal senso, cfr., tra gli altri, BOUCHARD, *Processo penale minorile*, in *Dig. pen.*, Torino, 1995, 10, 152; CARACENI, *Processo penale minorile*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, 4, 1038; CESARI, *Commento agli artt. 28 e 29 d.P.R. n. 448 del 1998*, in *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. 448/1998*, 347. In giurisprudenza: Cass., Sez. I, 23 marzo 1990, n. 5399, *Giur. it.*, 1991, 2, 289; App. Roma, sez. Minorile, 17 maggio 1995, in *Giur. merito*, 1995, 2, 764. Per Corte cost., n. 125 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, 972, l'accertamento di responsabilità è il «presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova».

²⁶ Preme ricordare che tra i contenuti della messa alla prova minorile manca la *condicio sine qua non* del lavoro di pubblica utilità.

²⁷ Si vedano gli artt. 464-*septies* c.p.p., 464-*quater* c.p.p. e 464-*quater* c.p.p.

²⁸ CAPRIOLI, *Audizione del 03.07.2012 in Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati, Raccolta di documentazione per l'esame parlamentare dell'Atto Senato n. 925, recante delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili n. 37 della XVII legislatura*, a cura di Servizio Studi del Senato, Roma, 2013, 47.

zione di innocenza, convincimento nel senso della colpevolezza, e maggiori le probabilità di un'impropria trasformazione della messa alla prova in sanzione *ante iudicatum*.

Tale aspetto non sembra, tuttavia, preoccupare la Suprema Corte che, anzi, asserisce: «nella fase del vaglio dell'ammissibilità il giudice, seppure in base ad un accertamento sommario, anticipa un "criptoprocesso" sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova». Ne discende, prosegue ancora la Corte, un'anticipazione in fase di cognizione di aspetti relativi al trattamento, e quindi, all'esecuzione; anticipazione che impone sia garantita massima tutela all'esigenze difensive dell'imputato attraverso il rimedio devolutivo dell'appello. In sintesi, non solo in poche righe si accredita una tesi, quella del "criptoprocesso", che solleva fondati dubbi di illegittimità costituzionale, ma da tale tesi si ricava un argomento per motivare la pronuncia in commento.

L'arresto giurisprudenziale descrive in definitiva una messa alla prova in piena collisione con i principi che informano il nostro sistema penale. Neanche la facoltà di un riesame in appello può, infatti, legittimare l'intervento di una misura punitiva in assenza di un provvedimento irrevocabile che riconosca l'imputato colpevole di un reato e, perciò, meritevole di sanzione.

Per altro verso, non minori criticità si rilevano laddove si ascriva, in sintonia con parte della dottrina²⁹, l'istituto *de quo* in quel «fascio di soluzioni parallele»³⁰ alla tradizionale risposta sanzionatoria-repressiva costituito dal nascente modello di "*restorative justice*"³¹.

Sotto le lenti di questo innovativo paradigma di giustizia i contenuti della prova (mediazione con la persona offesa, prescrizioni riparative e lavoro di pubblica utilità) dovrebbero essere ri-qualificati come strumenti di risanamento della frattura generata dal reato nel rapporto reo-vittima/reo-comunità, di soddisfazione dei bisogni della persona offesa e di effettivo recupero dell'autore del fatto. Le condotte prescritte, sebbene incidenti sulla libertà

²⁹ UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *questa Rivista*, 2015, 2, 727; SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1269; CESARI, *Sub art. 464-bis*, in *Commentario breve del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso - Illuminati, Padova, 2015, 2129.

³⁰ MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003, 386.

³¹ Per "giustizia riparativa" deve intendersi un innovativo approccio a considerare il reato principalmente in termini di danno alle persone, da cui consegue per il reo il dovere di porre rimedio alle conseguenze lesive della sua condotta. A tale scopo si prevede un coinvolgimento attivo di persona offesa, dell'agente e della stessa comunità nella ricerca condivisa di risposte ai bisogni scaturiti dall'evento criminoso: cfr. REGGIO, *Giustizia Dialogica. Luci e ombre della Restorative Justice*, Milano, 2010, 2. Si tratta perciò di una nuova "giustizia di prossimità", vicina a tutti i protagonisti del fatto e antitetica alla giustizia del processo e della pena, distante, solenne e molte volte solo apparente.

personale, sarebbero finalizzate non alla punizione del colpevole, bensì al ripristino del patto sociale leso dalla condotta criminosa.

Proprio l'opera positiva dell'imputato giustificerebbe, nel rito in parola, la rinuncia da parte dello Stato alla punizione. Le attività a cui l'imputato si impegna accedendo alla messa alla prova tendono infatti «a riassorbire l'offesa del reato e, per questa via, ad incidere sul disvalore del fatto, fino ad esaurirlo»³². Testimoniano, insomma, un valore di relazione socialmente positivo perfettamente antitetico al disvalore del fatto, in grado di ridurre l'imperatività della pena: se questa è *malum passionis propter malum actionis*, venendo progressivamente - e infine del tutto - meno il *malum actionis*, sfuma parallelamente l'esigenza di un corrispettivo *malum passionis*.

Su tali premesse si spiegherebbe, peraltro, la bassa soglia di cognizione del fatto richiesta dall'art. 464-*quater*, co. 3 in sede di decisione del giudice dell'istanza di messa alla prova: «la pienezza della verifica *in facto* è requisito imprescindibile per l'applicazione della pena, ma non lo è altrettanto nell'ipotesi in cui, estromesse le istanze retributive, l'*iter* processuale si orienti a finalità riparative»³³. E ciò coerentemente con il principio per cui ai fini dell'accesso agli strumenti di giustizia riparativa sarebbe sufficiente che vi sia accordo tra le parti su una «versione univoca»³⁴ dell'evento criminoso, «senza postulare per il prevenuto un'ammissione della propria colpevolezza in ordine al reato contestato»³⁵.

Ebbene, anche rispetto a questa singolare lettura dell'istituto, la pronuncia delle Sezioni unite suscita alcune perplessità. In astratto, ove si intenda la messa alla prova come *chance* di riparazione della frattura sociale prodotta dal reato, nulla osterebbe a che tale possibilità sia concessa anche in fase di impugnazione. Di più: la soluzione contraria lederebbe indiscutibilmente il diritto, sancito da documenti internazionali, di poter accedere alle procedure riparative in ogni stato e grado del procedimento³⁶. Non si può non tenere

³² SANNA, *op.cit.*, 1269.

³³ SANNA, *op. cit.*, 1257.

³⁴ MAZZUCATO, CERETTI, *Mediazione e giustizia riparativa tra Consiglio d'Europa e O.N.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 776.

³⁵ UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *questa Rivista*, 2015, 2, 3. Si osservi che anche in giurisprudenza si esclude che la confessione costituisca presupposto per la concessione del rito: come ricorda Cass., Sez. V, 4 giugno 2015, B., in *CED* 263777 - pur potendo un'eventuale ammissione degli addebiti essere valutata dal giudice quale aspetto della condotta processuale del richiedente - la sua assenza non rappresenta ragione ostativa all'applicazione del beneficio, opponendosi a ciò la presunzione di innocenza e il diritto alla difesa.

³⁶ *Ex plurimis*, si veda la Direttiva 29/2012/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI.

conto, però, delle differenze che intercorrono tra un percorso riparativo avviato preliminarmente e in via alternativa alla celebrazione del giudizio e un percorso riparativo inserito all'interno, e in una fase tanto avanzata, del normale *iter* processuale diretto all'accertamento della violazione e alla punizione del colpevole. Palesemente diversi i presupposti: da un lato un accertamento sommario idoneo ad attestare al più un coinvolgimento del soggetto nell'evento criminoso (che è cosa ben diversa da una definizione in termini di responsabilità penale); dall'altro un accertamento dibattimentale, un processo, una condanna.

Ecco quindi che l'accesso alle procedure riparative in sede di impugnazione può tradire gli obiettivi della giustizia riparativa su almeno due piani. Per un verso, sussiste il pericolo che gli oneri riparativi siano percepiti dall'imputato, condannato in primo grado, quali modalità di esecuzione della pena e quindi adempiuti meccanicamente come prestazione forzata. La risoluzione del conflitto generato dal reato non potrebbe prescindere, invece, da una "responsabilità attiva" dell'imputato, che è tenuto a porre in essere condotte che non si esauriscono in meri adempimenti materiali ma presuppongono una disponibilità alla comprensione del male arrecato, al riconoscimento dei valori e dei soggetti lesi, alla difficile ricostruzione di un rapporto interpersonale basato sulla comunicazione e comprensione reciproca, tanto con la persona offesa che con la comunità³⁷.

Per l'altro, l'affermata compatibilità della messa alla prova con il giudizio di impugnazione potrebbe generare inconvenienti nell'ambito della mediazione penale, prevista quale contenuto possibile del programma di trattamento dall'art. 464-*bis* co. 1 lettera c) c.p.p. Ritenuta una delle «manifestazioni più significative della giustizia riparativa»³⁸, la mediazione con la persona offesa, consentendo un dialogo facilitato e protetto in un luogo esterno all'architettura formale della giustizia, offre ai co-protagonisti del fatto l'occasione di una conoscenza reciproca che vada al di là dei ruoli processuali e consenta, quindi, un riconoscimento dell'Altro³⁹, delle sue ragioni e dell'emozioni riconnesse all'evento criminoso⁴⁰.

³⁷ Per MAZZUCATO, CERETTI, *op. cit.*, il programma non mira a realizzare «una prestazione forzata, ma un ravvedimento unito all'impegno al rispetto degli altri (e della legge) nel futuro».

³⁸ SCARDACCIONE, BALDRY, SCALI, *La mediazione penale: ipotesi di intervento nella giustizia minorile*, Milano, 1998, 12.

³⁹ Cfr. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010.

⁴⁰ Ciò permetterebbe, da un lato, alla vittima di vedersi riconosciuta la propria sofferenza, di riassorbire il fatto in una memoria "non problematica" e riacquisire il dominio sulla propria esistenza. Dall'altro offre al reo un'occasione di responsabilizzazione verso il male causato e, allo stesso tempo, di supera-

L'esperimento della mediazione penale anche in appello, pur rappresentando in ogni caso un'opportunità positiva per entrambi i soggetti, possiede scarse probabilità di successo se si considera che la celebrazione del processo ha ormai prodotto una cristallizzazione dei ruoli reo-vittima. Le parti potrebbero essere restie ad abbandonare in mediazione le espressioni e gli atteggiamenti tenuti in aula di tribunale, più preoccupate dell'aderenza delle proprie dichiarazioni alle "narrazioni processuali"⁴¹ che non dell'emersione della prospettiva del fatto appartenente alla "persona" prima che alla "vittima" e al "reo". In sintesi, quando il confronto extra-giudiziale segue lo svolgimento di un vero e proprio giudizio appare plausibile che sia negativamente influenzato dalle dinamiche difensive del processo e dalla rigidità di posizioni ormai definite.

Da ultima sorge spontanea una riflessione sul presunto vantaggio che nel pensiero delle Sezioni unite il riesame dell'istanza di messa alla prova e il suo eventuale accoglimento in appello consentirebbero: una maggiore conoscenza dell'imputato da parte del giudice di secondo grado e la possibilità, quindi, di elaborare un programma di trattamento più adeguato alle specifiche esigenze special-preventive del soggetto. Posto che la "maggior conoscenza" di cui qui si parla abbia ad oggetto la personalità del richiedente la prova e non il fatto storico a questi addebitato⁴², preme ricordare, innanzitutto, che la legge n. 67 del 2014 prevede strumenti di indagine (ad opera dei servizi sociali *ex art.* 141-*ter*, terzo co. disp. att. c.p.p. nonché di enti pubblici e polizia giudiziaria *ex art.* 464-*bis*, co. 5 c.p.p.) che consentono di acquisire le necessarie informazioni circa la vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato, prescindendo del tutto dalla celebrazione del processo.

Ove quest'ultima venga però considerata, come il Collegio fa, ulteriore mezzo di comprensione della personalità del soggetto, il riferimento non può che essere a una valutazione del contegno processuale fino ad allora tenuto dall'imputato. Se così è, questi viene costretto in un angolo, *tertium non datur*: o tenere una condotta remissiva nel corso del giudizio in primo grado, con rinuncia a una contestazione piena dell'addebito, nella speranza di ottenere in futuro il trattamento più favorevole della messa alla prova e con il correlato rischio della condanna in primo grado e della sua conferma in appello;

mento, mediante la riparazione, della definizione "sfavorevole" attribuitagli dal diritto.

⁴¹ Definite come "angolazioni prospettiche" del *thema decidendum* volte alla vittoria del giudizio in TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.

⁴² Dal momento che potrebbero altrimenti sollevarsi gli stessi dubbi di incostituzionalità dell'istituto. La "maggior conoscenza" del fatto storico, infatti, pur seguendo a un accertamento in dibattimento, non ha alcuna autorità di giudicato e non è quindi idonea a legittimare l'esecuzione di un trattamento sanzionatorio, per quanto modellato sul caso concreto, prima che sia intervenuta la condanna.

oppure esercitare il proprio diritto di difesa (che ricomprende, come risaputo, il diritto di non rispondere e persino di mentire) e opporsi *in toto* all'accusa, negando ogni qualsivoglia partecipazione all'evento criminoso e assumendo pertanto un comportamento coerente con l'instaurazione del tradizionale procedimento penale ma verosimilmente valutabile come negativo ai fini della decisione sulla messa alla prova in sede di impugnazione.

MARIA CHIARA SAPORITO