



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXI

LA MESSA ALLA PROVA “PER ADULTI”: CRITICITA’ E PROSPETTIVE
DOPO UN PRIMO PERIODO APPLICATIVO

RELATORE

Chiar.mo Prof. Claudia Cesari

DOTTORANDO

Dott. Alessandro Gusmitta

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Mariano Cingolani

ANNO 2019

Indice

LA MESSA ALLA PROVA “PER ADULTI”: CRITICITA’ E PROSPETTIVE DOPO UN PRIMO PERIODO APPLICATIVO

Introduzione..... 7

Parte prima

Capitolo I

IL *PROBATION* PROCESSUALE: DALL’ARCHETIPO MINORILE ALLA MESSA ALLA PROVA “PER ADULTI”

1. Premessa	11
2. Il <i>probation</i> processuale: brevi precisazioni terminologiche e concettuali	14
3. L’avvento del <i>probation</i> processuale nell’ordinamento italiano: uno sguardo agli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988.....	24
3.1. Campo di applicazione e presupposti.....	31
3.2. Iter e contenuto della messa alla prova.....	40
3.3. Gli epiloghi e la controversa natura dell’istituto	48
4. Un primo inquadramento della messa alla prova introdotta dalla l. n. 67 del 2014.....	56
4.1. (<i>segue</i>)..ed un primo dilemma: la natura dell’istituto e le conseguenti problematiche di diritto intertemporale.....	66
4.1.1. I profili sostanziali dell’istituto: le prime pronunce di merito e lo “spiraglio” aperto dalla Cassazione.....	71
4.1.2. L’“animo” processuale della messa alla prova e la successiva “chiusura” della Suprema Corte.....	77
4.1.3. L’intervento “risolutivo” della Corte costituzionale	81
4.1.4. Alcuni rilievi conclusivi.....	85

Capitolo II

I “PROFILI” SOSTANZIALI DELLA MESSA ALLA PROVA

1. Premessa.....	93
2. Il campo di applicazione dell’istituto tra preclusioni <i>ratione delicti</i> e <i>ratione auctoris</i>	94
2.1. La gravità <i>in astratto</i> del reato ed i delitti di cui all’art. 550, co. 2 c.p.p.	95
2.1.1 La problematica (ir)rilevanza delle circostanze aggravanti	100
2.1.2. I reati connessi o collegati: è ammissibile il <i>probation</i> “parziale”?	106

2.2. Il protagonista del <i>probation</i> : l'autore (presunto) del reato e le preclusioni <i>ratione personae</i>	115
2.2.1. Le limitazioni per “tipi” d'autore e la regola del “ <i>one shot</i> ”	117
2.2.2. Lo <i>status libertatis</i> quale ulteriore presupposto?	123
2.2.3. Messa alla prova ed ente giuridico: margini applicativi del <i>probation</i> nel quadro del d.lgs. n. 231 del 2001	126
3. La difficile “convivenza” con altri istituti di recente introduzione: cenni.....	133
4. Il contenuto della prova tra “punizione” e “riparazione”	139
4.1. Il “cuore” sanzionatorio del <i>probation</i> : il lavoro di pubblica utilità....	144
4.2. (<i>segue</i>)...e l'apertura alla <i>restorative justice</i> : le condotte riparatorie e la mediazione penale.....	152
5. Gli effetti della messa alla prova	160
5.1. <i>Probation</i> e confisca: brevi riflessioni nel silenzio del legislatore	164

Capitolo III

LA DISCIPLINA PROCESSUALE DEL *PROBATION*

1. Premessa.....	171
2. L'attivazione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato	172
2.1. La richiesta dell'imputato tra processo e indagini preliminari	178
2.1.1 Il contenuto della richiesta e l'allegazione del programma di trattamento.....	184
2.2. Il vaglio giurisdizionale sulla richiesta.....	189
2.3. I provvedimenti “decisori” del giudice.....	197
2.4. Il sistema delle impugnazioni.....	199
3. La fase di esecuzione della messa alla prova	204
3.1. Vicende “anomale” del <i>probation</i> : la modifica del programma e la revoca dell'ordinanza di sospensione	206
4. Gli esiti della messa alla prova	213

Parte seconda

Capitolo I

IL “MODELLO” TEDESCO DI SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA: L'ARCHIVIAZIONE CONDIZIONATA *EX* § 153a *STRAFPROZESSORDNUNG*

1. Preambolo.....	221
2. L'archiviazione condizionata <i>ex</i> § 153a StPO: <i>ratio</i> e caratteristiche.....	223
2.1. I presupposti formali e sostanziali dell'istituto	227
2.2. (<i>segue</i>) La base consensuale	234

2.3. La disciplina processuale.....	238
2.4. Le “prescrizioni” di cui al § 153a StPO	246
2.5. (<i>segue</i>) il ruolo dei Servizi sociali	253
2.6. La posizione della vittima	255
2.7. Il § 153a StPO ed i riti “speciali”	259
3. Rilievi conclusivi.....	261

Capitolo II

“ESEMPI” DI SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA NELL’ORDINAMENTO BELGA: *LA MÉDIATION PÉNALE E LA SUSPENSION DU PRONONCÉ DE LA CONDAMNATION.*

1. Premessa.....	265
2. La <i>médiation pénale</i> tra istanze repressive, <i>diversion</i> e <i>Restorative Justice</i>	269
2.1. (<i>segue</i>) La disciplina ed il campo di applicazione dell’istituto.....	276
2.2. Le singole “misure” di cui all’art. 216- <i>ter</i> CIC.....	285
2.3. L’iter procedurale ed il ruolo dei soggetti coinvolti.....	293
3. La sospensione della pronuncia di condanna con messa alla prova dell’imputato.....	305
3.1. I presupposti applicativi dell’istituto.....	308
3.2. L’iter di applicazione	311
3.3. La pronuncia del giudice: contenuti ed effetti.....	313
3.4. La fase esecutiva e la revoca anticipata della sospensione	316
6. Rilievi conclusivi.....	319
Bibliografia:	323
Giurisprudenza:.....	341

Introduzione

La legge 28 aprile 2014, n. 67 ha segnato l'introduzione dell'istituto della «sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato» nel sistema processual penalistico ordinario.

La novella, pur facendo tesoro della oramai consolidata esperienza operativa dell'affine strumento operante nel contesto del processo penale minorile, ha delineato un congegno avente tratti di significativa novità, tra cui risalta, *prima facie*, l'originale collocazione dell'articolata disciplina, posta "a cavallo" tra il codice penale ed il codice di rito.

Lungi dal rappresentare uno sterile dato di forma, già la scelta di campo del legislatore lascia in realtà trapelare la profonda complessità sottesa all'istituto, nel cui nucleo faticano a trovare equilibrio forze, sovente contrastanti, che ne spingono il baricentro verso il polo sostanziale, come il trattamento *lato sensu* sanzionatorio e l'effetto di estinzione del reato che si accompagnano alla messa alla prova esigerebbero, e, all'opposto, verso il polo processuale, coerentemente con la qualifica di procedimento speciale attribuitogli.

Di qui, l'interesse scientifico ad una ricostruzione in chiave sistematica dell'istituto, che, nell'arco della sua ancora breve esistenza, non ha mancato di suscitare l'attenzione di una folta platea di osservatori, sin da subito apparsa profondamente divisa su alcuni dei principali nodi interpretativi sollevati da una disciplina non sempre esaustiva e talvolta sibillina, tra cui, *in primis*, proprio quello della prevalente natura del nuovo strumento.

Per comprenderne a pieno le peculiarità, tuttavia, si prenderanno le mosse da una analisi, pur priva del carattere di esaustività, dell'archetipo minorile di cui agli artt. 28 e 29, D.P.R. n. 448 del 1988, nonché da una perimetrazione quanto più accurata del concetto stesso di *probation* processuale. È la discendenza da tale genotipo, del resto, che accomuna intimamente i due istituti, che ne presentano, pur con differenze anche significative, tutti i fondamentali caratteri, dati dalla sospensione dell'attività processuale, dal trattamento risocializzante – benché non scevro di contenuti

anche afflittivi – a cui è sottoposto l'imputato e dalla alternativa estinzione del reato-ripresa dell'ordinario iter processuale che ne connota la conclusione.

Fatto ciò, e tentato un preliminare approfondimento circa il prevalente “animo” del *probation* di cui alla l. n. 67 del 2014 alla luce della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, ci si soffermerà sulla relativa disciplina e sull'esame dei principali aspetti di interesse, nonché di quelli maggiormente problematici della stessa, adottando un metodo di analisi ritagliato, ancora, sulla falsariga della natura ancipite che contraddistingue l'istituto, senza tuttavia perdere di vista l'intima connessione che lega i tratti sostanziali con quelli più marcatamente processuali.

È in questa fase che, in uno con gli elementi di maggior spessore sistematico – quale, su tutti, il recepimento del paradigma della giustizia riparativa nel sistema penale ordinario, denotato esplicitamente dall'inedita apertura alla mediazione penale – emergeranno con forza alcune contraddizioni di fondo e diversi interrogativi, in buona misura riconducibili all'irrisolto conflitto che ribolle in seno all'istituto e che solo in parte hanno trovata adeguata risposta. Tra questi, non si può non segnalare sin d'ora la dubbia compatibilità con alcuni dei principi cardine del sistema penale sanciti dalla Costituzione, specie con la presunzione di non colpevolezza, che, secondo più di un'opinione, risulterebbe vulnerata dall'applicazione di un trattamento afflittivo ad un soggetto di cui non sia ancora accertata definitivamente la penale responsabilità. Persino il più recente approdo della giurisprudenza costituzionale, che si è espressa a chiare lettere per la natura «non penale» di tale trattamento nonostante l'ingombrante “presenza” del lavoro di pubblica utilità, potrebbe un domani trovarsi a vacillare sotto il vaglio della Corte e.d.u., la quale, invero, avrebbe gioco facile a ricondurre l'istituto nell'ampio alveo della *matière pénale*, laddove, ad esempio, si trattasse di valutare la legittimità della soluzione imperniata sul principio del *tempus regit actum* offerta dalla giurisprudenza interna alla questione intertemporale.

Arduo e, forse, persino precoce, sarebbe dunque cercare di fornire conclusioni che ne presentino davvero tutti i crismi, essendo la realtà della messa alla prova “per adulti” quanto mai in divenire.

Anche per questo, infine, è parso utile gettare uno sguardo oltre i confini dell'ordinamento italiano, alla ricerca di istituti assimilabili, per quanto possibile, al *probation* processuale nostrano che, siano, però, già “rodati” da una più solida esperienza applicativa. Così, dapprima, nel contesto di un ordinamento improntato – al pari del nostro – al principio di obbligatorietà dell'azione penale, ci si impegnerà nella disamina dell'istituto dell'«archiviazione condizionata» di cui all'art. 153a del codice di rito tedesco, applicabile, ad onta della denominazione, anche in fase dibattimentale. Poi, estendendo l'analisi all'esperienza belga, ove, di converso, l'esercizio dell'azione è rimessa alla discrezionalità dei *Parquets*, ci si soffermerà su due ulteriori istituti: la «*médiation pénale*», complesso meccanismo archiviatorio in cui la mediazione in senso stretto è in realtà solo una delle possibili prescrizioni impartibili all'indagato, da un lato, e la «*suspension du prononcé de la condamnation*», comportante, invece, la messa alla prova dell'imputato non ancora formalmente “condannato” ma di cui sia già accertata la responsabilità penale, dall'altro. In tal modo, delineate le caratteristiche dei menzionati istituti, si cercherà di metterne in luce alcune problematiche comuni al *probation* ex l. n. 67 del 2014, nonché le eventuali soluzioni ad esse offerte nelle diverse esperienze giuridiche dei menzionati ordinamenti.

Parte Prima

Capitolo I

IL *PROBATION* PROCESSUALE: DALL'ARCHETIPO MINORILE ALLA MESSA ALLA PROVA "PER ADULTI"

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il *probation* processuale: brevi precisazioni terminologiche e concettuali. – 3. L'avvento del *probation* processuale nell'ordinamento italiano: cenni sugli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988. – 3.1. Campo di applicazione e presupposti. – 3.2. Iter e contenuto della messa alla prova. – 3.3 Gli epiloghi e la controversa natura dell'istituto. – 4. Un primo inquadramento della messa alla prova introdotta dalla l. n. 67 del 2014. – 4.1. (*segue*)..ed un primo dilemma: la natura dell'istituto. – 4.1.1. I profili sostanziali dell'istituto: le prime pronunce di merito e lo "spiraglio" aperto dalla Cassazione. – 4.1.2. L'"animo" processuale della messa alla prova e la successiva "chiusura" della Suprema Corte. – 4.1.3. L'intervento "risolutivo" della Corte costituzionale. – 4.1.4. Alcuni rilievi conclusivi.

1. Premessa

La legge 28 aprile 2014, n. 67 recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili»¹ ha segnato l'avvento, nell'universo processualpenalistico, di un innovativo meccanismo di *probation* c.d. processuale.

¹ Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 100 del 2 maggio 2014 ed entrata in vigore il 17 maggio 2014. È il caso di segnalare che, come si evince dalla stessa denominazione, la citata legge si caratterizzava per la struttura composita: nel Capo I, si rinveniva un'articolata serie di deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione, in seguito solo in parte esercitate mediante il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto [...]» ed i d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 e 8, recanti, rispettivamente, «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili» e «Disposizioni in materia di depenalizzazione [...]»; per contro, la disciplina degli istituti della «Sospensione del procedimento con messa alla prova» e della «Sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili» di cui, rispettivamente, ai Capi II e III della legge n. 67 del 2014, era destinata all'"immediata" entrata in vigore, una volta decorso l'ordinario periodo di *vacatio legis*.

Il Capo II² del menzionato provvedimento legislativo, integralmente dedicato alla disciplina della «Sospensione del procedimento con messa alla prova», delinea un istituto che, sebbene già da tempo familiare all'esperienza del processo penale a carico di imputati minorenni (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), rappresenta un significativo e prorompente *novum* nel più ampio quadro della giurisdizione ordinaria.

A tacer dei tratti che ne delineano, sotto alcuni aspetti, la nitida distanza dall'archetipo minorile, la sospensione del procedimento con messa alla prova di cui alla l. n. 67 del 2014, presenta, invero, una componente innovativa tale da far pronosticare un impatto potenzialmente ben più ampio – nonché, forse, diverso – dall'auspicato obiettivo di deflazione giudiziaria e carceraria³, il quale, com'è noto, muoveva la penna del legiferante, allora incalzato dall'“ultimatum” emesso dalla Corte e.d.u. con la oramai celebre sentenza Torreggiani dell'8 gennaio 2013⁴.

Si ha l'impressione, infatti, che il nuovo istituto possa dar corpo ad un nuovo “binario” della giustizia penale, che, snodandosi tempestivamente dal classico iter processuale, corre parallelo ad esso, vicino, ma immerso in un “paesaggio” diverso e – almeno nelle intenzioni del legislatore – ben più

² Il quale, in particolare, si compone degli artt. da 3 a 8.

³ Siffatta finalità veniva già autorevolmente segnalata in relazione alla proposta di introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nel corso della XVI legislatura (in ultimo, d.d.l. C. 5019-*bis*); la medesima, «sostanzialmente riproposta», durante la XVII ha poi dato il là all'approvazione della l. 67 del 2014. In tal senso, v.: F. VIGANO'; *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3, 2013, cit., p. 1300.

⁴ Corte e.d.u., Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10; con note, tra gli altri, di: G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, n. 2, p. 948 ss. Sulla “relazione” tra l'introduzione dell'istituto in esame e la citata pronuncia della Corte di Strasburgo, v. sia pure *en passant*: F. VIGANO'; *Op. cit.*, cit. p. 1301. Più in dettaglio, v.: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 16 ss. V. anche: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 6, 2014, p. 662 ss. Non è mancato, peraltro, chi, a proposito, ha opportunamente richiamato anche la precedente sentenza *Sulejmanovic c. Italia* (Corte e.d.u., Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Rass. pen. e crim.*, 2009, p. 175); v.: F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Arch. Pen. (web)*, 2014, n. 3 cit. p. 1 ss.; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, *ivi*, 2015, n. 1, cit. p. 2 ss. e nt. 7.

ameno, per poi riconnettersi, nell'auspicio che il tragitto compiuto abbia rivelato l'inutilità di spingersi oltre con il processo penale.

Si tratta, in altre parole, di sospendere l'ordinaria attività processuale in uno stadio anticipato del rito su richiesta dell'imputato, al quale è offerto di accedere ad un programma "trattamentale" composto di prescrizioni *lato sensu* riparatorie, benché non scevre di connotati afflittivi, così da soddisfare, ad un tempo, esigenze rieducative, da un lato, e più marcatamente preventive, dall'altro. È così prevista, per i reati di gravità medio-bassa, una inedita «parentesi risocializzante» all'interno della fase di cognizione, la quale si sviluppa sotto l'egida dei servizi sociali e si conclude con la verifica giudiziale del relativo esito⁵, allorché si prospetta l'alternativa tra la ripresa dell'ordinario iter processuale e la sua precoce e definitiva chiusura⁶, in caso, rispettivamente, di fallimento e conclusione positiva della "prova".

Già *prima facie*, si ravvedono nell'istituto i tratti di una nuova "via" di *diversion* aperta dal legislatore, idonea ad assicurare la rapida fuoriuscita dell'imputato dal circuito processuale e a favorirne il reinserimento nel tessuto sociale. Al contempo, a ben vedere, inusitata enfasi è posta sul comportamento "positivo" di quest'ultimo, volto a colmare il "distacco" creatosi con la società e con la vittima del reato, secondo logiche apertamente ispirate al paradigma della *restorative justice*, sino ad ora solo marginalmente valorizzato nel nostro ordinamento.

Sorge, dunque, l'interesse a compiere una ricostruzione sistematica dell'istituto di recente introduzione, reso oggetto di considerevole attenzione in dottrina già a partire dagli stadi iniziali della lunga e complessa "gestazione" parlamentare⁷, nonché foriero, anche a causa di alcune

⁵ Così: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, in G. CONSO, G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, 2015, cit. p. 2124.

⁶ Vale la pena anticipare che in ciò, concludendosi precocemente il processo, in caso di buon esito della prova, con sentenza di proscioglimento per estinzione del reato, è individuabile la ratio deflattiva e di sfoltimento della popolazione carceraria dichiaratamente attribuita all'istituto.

⁷ Per l'analisi di alcune delle proposte legislative succedutesi negli anni, si può sin d'ora rimandare, senza pretesa di esaustività, a: A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 1, 2008, p. 237 ss.; C. CESARI, *Trasferire alla messa alla prova nel processo penale per adulti: condizioni e limiti di una riforma possibile*, in S. MORDEGLIA, I.

“imperfezioni” e contraddizioni di fondo, di spinose problematiche, sulle quali si è subito acceso un fervido dibattito giurisprudenziale ed accademico, tutt’altro che sopito. Del resto, avendo anche a mente il diffuso e comprensibile scetticismo circa le possibilità di successo della nuova “messa alla prova” registratosi all’entrata in vigore della l. n. 67 del 2014, pare potersi ritenere che, solo chiarendone l’identità dogmatica e sciogliendo i principali nodi interpretativi emersi, quel nuovo “binario” cui si è fatto cenno possa divenire effettivamente percorribile.

Prima, però, di dedicarsi alla trattazione della disciplina introdotta dalla citata novella, è bene soffermarsi su alcuni temi di interesse preliminare, al fine di fornire un inquadramento generale del recente istituto e, volgendo fugacemente lo sguardo al suo predecessore di cui agli artt. 28 e 29 del D.P.R. n. 448 del 1988, di conoscerne appieno la genesi e tentare di definirne la reale natura.

2. Il *probation* processuale⁸: brevi precisazioni terminologiche e concettuali

Si è già anticipato che la sospensione del procedimento con messa alla prova disegnata dal legislatore del 2014 appare assimilabile, per alcune

MASTROPASQUA (a cura di), *Esperienze di probation in Italia e in Europa*, Gangemi, 2011, p. 151 ss.; F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 9 ss.; F. VIGANÒ; *Op. cit.*, p. 1300 ss.; e M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, n. 6 p. 129 ss. E nt. 27, ove, in particolare, si rinviene un riferimento alla prima proposta di legge in materia, recante «Disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato», presentata il 4 dicembre 2002 (*XIV Leg., Atti parlamentari, Camera dei Deputati*, stampato n. 3452).

⁸ È bene sin d’ora rilevare che il termine «*probation*» rimane tutt’ora estraneo al linguaggio del legislatore, non rinvenendosi né nel testo della l. n. 67 del 2014, né, tantomeno, nei precedenti interventi legislativi relativi a meccanismi, di cui si dirà, pur assimilabili al concetto di *probation*. Forse anche a causa di ciò, si registra, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, incertezza circa il genere maschile o femminile che il vocabolo, di chiara derivazione anglosassone, assume nella lingua italiana. Sebbene la giurisprudenza più recente (cfr. ad es. Cass., sez. II, sent. n. 33461 del 14 luglio 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264154; Cass., sez. IV, sent. n. 32787 del 10 luglio 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264325) così come diversi autori, siano soliti riferirsi con l’articolo determinativo femminile («la *probation*»), nel corso del presente lavoro si è inteso attribuire al vocabolo genere maschile. Ciò poiché, pacifica la assoluta equipollenza semantica, in tal senso si orienta la dottrina più attenta in materia, così come la Corte costituzionale, nell’unica decisione – riferita al *probation* di cui all’art. 28 del D.P.R. n. 448 del 1988 – in cui ha ritenuto di servirsi direttamente di tale gergo; v.: Corte cost., sent. 29 settembre 1990, n. 412, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2505 ss., *passim*.

peculiari caratteristiche, a quei “meccanismi” che, in svariate esperienze giuridiche, vengono comunemente definiti, secondo una nomenclatura peculiare, con il termine «*probation*». Pressoché all’unisono, infatti, si è affermato che il nuovo istituto trova ispirazione nel “modello” del *probation system*⁹, originatosi sul finire del XIX secolo negli ordinamenti di matrice anglosassone¹⁰ ma, da tempo oramai risalente, conosciuto anche in contesti di diversa tradizione giuridica, ben più vicine a quella del nostro Paese¹¹.

In simili realtà, trovando fertile terreno culturale nelle concezioni utilitaristiche della pena, affermatesi grazie alla magistrale elaborazione teorica del Bentham – il quale, come è noto, ravvisò nell’«utilità sociale» il

⁹ In tal senso, v., *ex plur.*: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2123; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 6, 2014, cit. p. 675; In termini analoghi, seppur “mediatamente”, attraverso il parallelismo tra la “messa alla prova” di cui alla l. n. 67 del 2014 e quella propria del rito minorile, v. anche: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 21. Sull’origine del *probation* e per un inquadramento delle misure di *probation* nei vari ordinamenti v.: G. DI GENNARO, *Aspetti teorici e pratici del «probation»*, in *Quad. crim. clin.*, n. 3, 1970, p. 327 ss.; F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè, 2002, p. 395 ss.; V. PATANÈ, *L’individualizzazione nel processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese*, Giuffrè, 1999, p. 85 ss.; U. GATTI, M. I. MARUGO, *La sospensione del processo e messa alla prova: limiti e contraddizioni di un «nuovo» strumento della giustizia minorile italiana*, in *Rass. it. crim.*, 1992, n. 1, p. 85 ss. Nell’impossibilità di fornire un quadro esaustivo della vasta letteratura anglosassone in materia, v.: D. M. GOTTFREDSON, *Probation and Parole. Release and Revocation*, in S. H. KADISH (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1983, IV, p. 1284; N. MORRIS, M. TONRY, *Between Prison and Probation. Intermediate punishments in a rational sentencing system*, Oxford University Press, 1990, *passim*. V. però anche: P. D. MCANANY, D. THOMSON, D. FOGUE, *Probation and Justice: reconsideration of a mission*, Cambridge, 1984. Più di recente: L. M. MARUSCHAK, E. PARKS, *Probation and Parole in the United States*, in *Bureau of Justice Statistics*, 2012.

¹⁰ Si ritiene che la nascita del *probation* sia da attribuire all’iniziativa di Jhon Augustus, un calzolaio di Boston che, a suo stesso dire (cfr. J. AUGUSTUS, *A Report of the Labors of Jhon Augustus*, in *Aid of the Unfortunate*, Boston, Wright an Hasty, 1852), trovandosi in un’aula di giustizia nell’agosto del 1841, si imbatté in un uomo malconco, di bassa estrazione sociale – verrebbe da dire un *misérable* – che attendeva di essere giudicato per ubriachezza. Egli si convinse che, se sottratto al carcere e debitamente assistito, l’imputato avrebbe avuto la capacità di «tornare ad una vita di dignità e lavoro»; così, grazie ad una «deroga non ortodossa» concessa dal giudice, che condannò il reo ad una pena solo pecuniaria affidandolo alle cure del suo «improvvisato difensore» l’esperimento prese il via, per poi rivelarsi un successo, tanto che lo stesso Augustus, cimentatosi in tale attività sino alla sua morte, avvenuta nel 1859, «sottrasse alla prigione e assistette circa duemila soggetti», peraltro registrando l’andamento dei primi 1100 “casi”. In tal senso, ed anche per le successive iniziative legislative in materia, v.: G. DI GENNARO, *Op. cit.*, cit. p. 327 ss. Sugli stessi temi, più di recente, v.: F. PALOMBA, *Op. cit.*, p. 395 ss.

¹¹ Per una ricognizione, v.: G. DI GENNARO, *Op. cit.*, p. 333 ss.; F. PALOMBA, *Op. cit.*, p. 395 ss.

vero e razionale fondamento giustificativo della pena¹² – il *probation* si propone, secondo una visione apertamente pragmatica, quale efficace alternativa alla carcerazione¹³, già allora ritenuta foriera di notevoli carenze e disfunzioni in chiave rieducativa. A quest'ultima, infatti, si prese a prediligere, per i “protagonisti” di episodi criminosi non “seriali” e di non elevata gravità, l'applicazione di una misura connotata da un minor coefficiente di afflittività che, postulando un comportamento positivo da parte del reo affiancato ad un intervento statale *lato sensu* assistenziale, consentisse di sostituire «all'immagine del colpevole suppliziato o segregato» quella, più rasserenante, «del colpevole ravveduto». È così che, nell'ambito di un sinallagma avente ad “oggetto” lo *ius puniendi*, da un lato, e l'inclinazione a delinquere del reo, dall'altro, «l'autorità statale rinuncia all'indefettibilità ed alla certezza della pena in funzione di un recupero appena probabile, o forse solo possibile, del reo»¹⁴.

Ebbene, tornando all'istituto introdotto dalla l. n. 67 del 2014, sol che si consideri che la sospensione del procedimento prodromica alla messa alla prova – è bene anticipare – prescinde dall'adozione di un provvedimento di formale accertamento della penale responsabilità dell'imputato, potendo essere innescata, al più tardi, sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento *ex art.* 492 c.p.p., se ne coglie, già *prima facie*, una certa distanza dal modello poc'anzi delineato¹⁵.

Non appare superfluo, pertanto, aggiungere qualche pur breve considerazione circa la possibilità di ricondurre il recente istituto nel novero dei meccanismi di *probation*.

A tal fine, l'evidenza da cui muovere è rappresentata dall'estraneità della sospensione del procedimento con messa alla prova di cui alla l. n. 67 n.

¹² V.: G. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1829, *passim*. Per l'antitetica tesi fondata sulla categoricità della funzione retributiva della pena, v. invece: E. KANT, *La dottrina del diritto*, Trad. it., Milano, 1916, p. 144 ss.

¹³ In tal senso, anche per una pregevole ricostruzione della “fenomenologia” delle forme di *probation*, v.: E. FASSONE, voce *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986, cit. p. 783 ss.

¹⁴ Le efficaci osservazioni riportate negli ultimi due periodi si devono a: E. FASSONE, *Op. cit.*, cit. p. 784.

¹⁵ Per una complessiva ricostruzione v. *infra* par. 4; all'analisi approfondita dell'istituto saranno invece dedicati i Cap. II e III.

2014 all'area dell'esecuzione pena. Oltre alla fase "precoce" nella quale si colloca, in effetti, l'istituto dovrebbe contrapporsi ontologicamente all'idea stessa di pena, dal momento che, come si avrà modo di precisare, l'esito "positivo" del periodo di prova determina l'adozione di un provvedimento proscioglitivo da parte del giudice della cognizione. Ancora, è ben possibile che, ripresa l'ordinaria attività processuale in seguito alla conclusione "negativa" della prova, il procedimento parimenti si concluda con una pronuncia liberatoria, non intaccando il provvedimento con il quale si dà il via alla prova la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., che, come è noto, cede il passo solo innanzi alla condanna definitiva.

Ne emerge, dunque, una distonia con l'indole classica del *probation*, tradizionalmente collocato, pur nelle sue molteplici sfaccettature, nel precipuo alveo delle misure alternative alla pena detentiva¹⁶, e di cui, d'altro canto, pare ben più fedele rappresentazione – seppur non priva di tratti di originalità – l'istituto dell'affidamento in prova in prova al servizio sociale di cui all'art. 47 della l. 26 luglio 1975, n. 354¹⁷.

Nondimeno, se, come già prospettato nella letteratura consapevole dell'impossibilità di operare una vera e propria *reductio ad unum* della vasta

¹⁶ In tal senso, v. ancora: E. FASSONE, *Op. cit.*, p. 784.

¹⁷ Su tale istituto, v., *ex plur.*: A. PRESUTTI, sub *art. 47*, in F. DALLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, I, cit. p. 502. Non si ignora, peraltro, che sin dalla sua introduzione, la natura giuridica di tale istituto sia stata oggetto di controversa. Ad un orientamento che ne sosteneva la natura di alternativa integrale alla pena, se ne contrapponeva un altro incline considerare l'affidamento in prova quale vera e propria pena, in ultimo fatto proprio anche dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost., 12 giugno 1985, n. 185); a tal proposito, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali: *ibid.*. Ad ogni modo, la stessa Corte ne valorizzava la indole di alternativa al carcere, in quanto costituente una «alternativa alla detenzione, ovvero una modalità di esecuzione della pena, nel senso che viene sostituito a quello in istituto, il trattamento fuori dell'istituto, perché ritenuto più idoneo al raggiungimento delle finalità, di prevenzione e di emenda, proprie della pena»; a tal riguardo, v. *funditus*: L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Giuffrè, 2014, p. 91 ss. È bene segnalare, peraltro, che, allo stato, si attende l'attuazione della delega per la riforma del sistema penitenziario contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), che pare destinata ad incidere anche su alcuni tratti dell'istituto. Per una disamina dei tratti fondamentali della riforma, v. *ex plur.*: A. FURGIUELE, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, 2017 p. 325 ss.

fenomenologia del *probation*, vi si coglie un concetto di genere¹⁸, è ben possibile ricondurvi correttamente anche l'istituto di cui alla l. n. 67 del 2014.

Quest'ultimo, infatti, pare collocarsi tra quei meccanismi che, pur segnato da profonde differenze strutturali con l'archetipo, ne resta accomunato da alcuni tratti fondamentali. Esso presenta, in altri termini, le caratteristiche indefettibili del genotipo, che, seguendo l'insegnamento di autorevole dottrina, può ravvisarsi nella cumulativa presenza «[del]la sospensione del processo di criminalizzazione-punizione in un certo stadio del medesimo; [de]l'imposizione al reo di oneri più tenui rispetto alla sanzione criminale [...] intesi al suo reinserimento sociale» e dalla previsione di una qualche forma di «sostegno» al reo durante il periodo di sospensione¹⁹.

Del resto, è bene sottolineare che, nel corso degli anni, il concetto di «*probation*» ha fatto registrare una ragguardevole espansione della propria portata “semantica”. Ciò, invero, pare spiegabile alla luce della tendenza – giustificata dal notevole impatto icastico del vocabolo stesso – di mutuarne l'applicazione in relazione ad istituti che, anche in ragione della rispettiva collocazione lungo la sequenza procedimentale, rappresentano solo in via mediata ed indiretta “alternative” alla pena detentiva, rispondendo al contempo ad ulteriori finalità, e che esulano dunque dalla area dell'esecuzione in senso stretto²⁰.

Una volta, infatti, emerse esigenze diverse dallo stretto “recupero” del condannato, quali, in estrema sintesi, la deflazione del carico giudiziario, il ripristino della proporzionalità nell'intervento punitivo statutale e la effettiva soddisfazione della vittima del reato, e compresa la capacità dei meccanismi

¹⁸ Lo si può evincere anche dai tentativi di dare al fenomeno una ricostruzione unitaria. Si è detto, del resto, che «in molte legislazioni straniere si è affermato l'orientamento di ricercare alternative alla prigione nel maggior numero dei casi», giacché le forme di *probation* si sono poi differentemente sviluppate, nei vari ordinamenti, sulla scia dei «differenti modi di atteggiarsi di quell'unico orientamento»; v.: F. PALOMBA, *Op. cit.*, p. 396.

¹⁹ Tali considerazioni si devono a: E. FASSONE, *Op. cit.*, p. 784. Le riportate pregnanti osservazioni, peraltro, ben possono ritenersi tutt'ora attuali; in tal senso, v.: G. DI CHIARA, sub *art. 464 bis*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V. ed., Wolters Kluwer, 2017, II, p. 2172.

²⁰ Già in passato, allorché la diffusione dell'istituto era minore e, soprattutto, contenuta in buona misura all'area dell'“esecuzione”, un'attenta voce rilevava che il «concetto» di *probation* «si è talmente dilatato da perdere la caratteristica propria di ogni istituto giuridico e cioè quella della sua specialità, che è costituita da precisi elementi essenziali». Così: G. DI GENNARO, *Op. cit.*, cit. p. 340.

di *probation* di compendiarle efficacemente in quanto «fonda[ti] su una dimensione pragmatica più che giuridico-formale»²¹, in svariati ordinamenti, si è assistito alla proliferazione, sovente varata nel contesto del rito minorile, di istituti ad essi assimilabili, collocati, tuttavia, in stadi diversi del procedimento penale, talvolta persino “a monte” dell’esercizio dell’azione penale²².

Siffatto *trend*, intensificatosi nella seconda metà del secolo scorso e manifestatosi, seppure con un certo ritardo, anche nell’ordinamento giuridico italiano, si è reso ben percepibile allorché si è avvertito il bisogno, sorto, in ultimo, a livello sovranazionale, di elaborare una definizione unitaria di «*probation*». Ebbene, stando alla Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa recante le «Regole del Consiglio d’Europa di materia di *probation*»²³, «tale termine descrive l’esecuzione in area penale

²¹ Così: F. PALOMBA, *Op. cit.*, cit. p. 401 ss.

²² Oltre ai contributi già richiamati, merita menzionare, per la particolare attenzione ad istituti dell’ordinamento tedesco e portoghese: G. L. FANULI, *L’istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 428 ss., nt. 4 e 5. Nel corso del presente lavoro, peraltro, non si mancherà di cimentarsi, senza pretesa alcuna di esaustività, in un’opera di analisi comparatistica di alcuni istituti, che presentano profili di assonanza con il *probation* di cui alla l. n. 67 del 2014, propri degli ordinamenti tedesco e belga; v. *infra* Parte II.

²³ Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati membri del Consiglio d’Europa sulle «Regole del Consiglio d’Europa in materia di materia di *probation*», adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010 nel corso della 1075° riunione dei Delegati dei Ministri. La Raccomandazione, invero, pare rappresentare l’epilogo di un “lungo percorso” tracciato dal Consiglio d’Europa. Da tempo risalente, infatti, tale Organismo profonde considerevoli sforzi nella diffusione e nell’armonizzazione delle misure alternative alla detenzione. Si consideri, in primo luogo, la Risoluzione (1965)1 adottata il 22 gennaio 1965 in materia di «Suspended Sentence, Probation ant other Alternatives to Imprisonment». In tale atto, peraltro, si rinviene un primo riferimento, nel contesto del Consiglio d’Europa al *probation*, benché considerato prettamente nella dimensione della fase esecutiva, quale alternativa al carcere, come si evince dall’“invito” affinché che le legislazioni dei vari Stati membri «should authorise e judge, or other competent authority, to substitute for a sentence involving deprivation of liberty, or for the execution of such a sentence before it has been carried out, a conditional measure (suspended sentence, probation order, or similar measures) in the case of any person who is first offender and who has not committed an offence of special gravity», accompagnata dall’esortazione ai Governi degli Stati membri «to take all possible steps to ensure and extend the application of probation orders or similar measures [...]». In seguito, peraltro, la materia è stata resa oggetto di più organica “regolazione”, tra l’altro, con la Raccomandazione R(92)16 del Comitato dei Ministri agli Stati membri del Consiglio d’Europa sulle «Regole del europee sulle sanzioni e misure alternative alla detenzione», adottata dal Comitato dei Ministri il 19 ottobre 1992 nel corso della 482° riunione dei Delegati dei Ministri, di recente sostituita dalla Raccomandazione R(17)3 del Comitato dei Ministri agli Stati membri del Consiglio d’Europa sulle «Regole del europee sulle sanzioni di comunità», adottata dal Comitato dei Ministri il 22 marzo 2017 nel corso della 1282° riunione dei Delegati dei Ministri.

esterna di sanzioni e misure definite dalla legge e pronunciate nei confronti di un autore di reato. Esso consiste in tutta una serie di attività e di interventi, che comprendono supervisione, consiglio ed assistenza allo scopo di reintegrare socialmente l'autore di reato nella società e di contribuire alla sicurezza pubblica», con la significativa precisazione che per «autore di reato» deve intendersi «qualunque persona sospettata di aver commesso o che ha effettivamente commesso un reato» e che, pertanto, sia sottoposta ad un procedimento penale²⁴. È agevole comprendere, dunque, come a fronte delle proteiformi caratteristiche che i meccanismi in esame presentano, variegata persino all'interno dei medesimi ordinamenti giuridici, si è reso necessario, al fine di assicurare l'«armonizzazione delle legislazioni in materie di interesse comune»²⁵, adottare una definizione quanto più ampia di «*probation*», che altro non fa che fotografarne l'innegabile natura di concetto di genere di cui si è detto.

Ciò chiarito, dilatate a tal punto le “maglie” del termine «*probation*» – peraltro tutt'ora estraneo al gergo del legislatore nostrano – ben potrebbe sorgere il dubbio che, pur conservando una certa carica evocativa, esso si riveli in definitiva privo di una reale portata classificatoria, data l'eterogeneità del catalogo di misure idoneo ad abbracciare²⁶.

Si è così da tempo avvertita, in dottrina, l'esigenza di individuare, in ragione delle peculiarità che contraddistinguono le singole misure “apparse”

²⁴ Le citazioni sono tratte dall'Appendice II alla Rac.(2010)1 – Glossario dei termini utilizzati, nella versione tradotta in lingua italiana a cura del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, disponibile in <http://www.rassegnapenitenziaria.it/cop/119.pdf>. Il testo della Raccomandazione, pur privo della citata appendice, con traduzione in italiano a cura di F. DALLA CASA, in F. DALLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, p. 1375 ss.

²⁵ Cfr., ancora Appendice II alla Rac.(2010)1 – Glossario dei termini utilizzati. Si noti che, prima che definizione ivi contenuta e che qui si è riportata venisse elaborata, in letteratura, taluno ha fatto riferimento al «tentativo di razionalizzazione dell'istituto» del *probation* compiuto dalla American Bar Association (Cfr. AA.VV., *Standards Relating to Probation*, New York, Institute of Judicial Administration, 1970), stando al cui esordio «Con l'espressione *probation* si intende un provvedimento giudiziario che non comporti detenzione e che contenga prescrizioni di condotta, ferma restando la competenza del giudice a modificare o a giudicare nuovamente il delinquente che le violi». Lo riporta, in versione più estesa: F. PALOMBA, *Op. cit.*, cit. p. 402 ss. Per delle ulteriori, più risalenti, definizioni del *probation* v. sempre in lingua italiana: G. DI GENNARO, *Il probation. Aspetti operativi.*, in *Quad. crim. clin.*, n. 3, 1970, p. 54 ss.

²⁶ Si rimanda a *retro* nt. 20.

nell'ordinamento italiano ad esso assimilabili e così da restituire una certa pregnanza al termine «*probation*» al di fuori del bacino di *common law*, diverse *species* del descritto, ampio, *genus*.

Nel disimpegnarsi in tale opera, resa non sempre agevole a causa della frammentarietà degli interventi legislativi susseguitesesi in “materia”, pare essersi adottato, alla stregua di fondamentale criterio discretivo, quello, di natura eminentemente processuale, dello “stadio” dell'iter procedimentale all'interno del quale la parentesi sospensiva si inserisce, consentendo di svolgere il periodo di prova dell'“interessato”, prodromico ad un qualche effetto per quest'ultimo favorevole. Ciò, a ben vedere, ha consentito di mantenere una nitida ed efficace distinzione, già dal punto di vista descrittivo, tra istituti che, sebbene segnati da una certa omogeneità contenutistica, presentano natura giuridica e finalità profondamente diverse, contribuendo altresì alla “tenuta” ed alla perdurante utilità del concetto categoriale di *probation* nel nostro sistema²⁷.

Così, in un primo momento, si è definito il citato istituto di cui all'art. 47 l. n. 354 del 1975 alla stregua di *probation* «penitenziario», di modo tale da valorizzarne la particolarità insita nello svolgimento della prova – almeno in origine – a pena detentiva già iniziata, ed essendone, soprattutto, le varie fasi, dall'ammissione alla valutazione dell'esito, affidata agli “attori” ed alle “logiche” propri dell'ordinamento penitenziario²⁸. Ancora, facendo riferimento all'esperienza di alcuni Paesi stranieri, si è individuato il *probation* «amministrativo» o «di polizia», con ciò intendendosi quei meccanismi che, innescabili in una fase molto precoce del procedimento penale, consentono la

²⁷ Non è dato riscontrare, invero, un'opera monografica di respiro sistematico dedicata al *probation* nell'ordinamento italiano. Nondimeno, numerosi sono i contributi accademici dedicati alle singole “varianti” introdotte nel nostro ordinamento, dalla cui “lettura” congiunta è possibile ricavare le considerazioni esposte.

²⁸ V., anche per dei riferimenti bibliografici: A. PRESUTTI, sub *art. 47*, p. 502. V. anche: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, in G. CANZIO, R. BRICCHETTI, *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2017, II, p. 3437 ss. Sulla distinzione tra *probation* penitenziario e *probation* c.d. processuale v. *ex plur.*: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, p. 675; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, p. 1 ss. All'istituto di cui all'art. 47 ord. pen. pare d'altro canto accostabile – e così riconducibile nell'alveo dei meccanismi di *probation* – l'«affidamento in prova in casi particolari», attualmente disciplinato dall'art. 94 del t.u. n. 309 del 1990..

provvisoria astensione dall'esercizio dell'azione penale, la quale assume stabilità in caso di buon esito del periodo di prova²⁹.

Infine, si è più recentemente ritenuto di evidenziare i significativi tratti di novità presentati dall'istituto della sospensione del processo con messa alla prova di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 448 del 1988, che, come subito si vedrà, presenta particolare interesse nell'ottica del presente lavoro. Muovendo proprio dalla originale collocazione dell'istituto, che si iscrive *nel corso* del processo di cognizione a carico dell'imputato minorenni e, dunque, nella «fase antecedente alla sentenza», e inquadrandosene appieno l'innovativa portata sistematica, giacché all'impegno assunto del “giovane” reo mediante il programma di trattamento «non si contrappone la rinuncia dello Stato alla applicazione della pena detentiva, ma [...] la rinuncia alla pronuncia stessa di una condanna e persino alla prosecuzione del processo»³⁰, si è giunti ad individuarvi un *probation* «processuale»³¹, sino ad allora sconosciuto al nostro ordinamento.

Tale “declinazione” di *probation*, definito talvolta anche «giudiziale», consente di cogliere immediatamente i tratti salienti che lo distinguono tanto dall'antenato anglosassone – il *probation system* – quanto dal *probation* «penitenziario» ex art. 47 l. n. 354 del 1975 di cui si è detto³², discendenti direttamente, appunto, dalla collocazione in fase *stricto sensu* processuale. In particolare, è bene notare, sin d'ora, che al periodo di prova in cui si sostanzia il *probation* corrisponde non già la provvisoria sospensione dell'applicazione della sanzione già inflitta o l'esecuzione secondo modalità particolari della stessa, bensì la stasi pressoché integrale dell'attività processuale, in un momento precedente al “pieno” e formale accertamento della responsabilità

²⁹ Per l'impiego delle riportate, invero non troppo calzanti, espressioni, v.: F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, cit. p. 397; R. PICCIRILLO, sub art. 464 bis, cit. p. 3437.

³⁰ Così osserva in modo pregnante: C. LOSANA, sub art. 28, in M. CHIAVARIO (coordinato da) *Commento al Codice di procedura penale*, Utet, 1994, I, cit. p. 291.

³¹ Per un ricco catalogo di riferimenti bibliografici circa l'utilizzo di tale nomenclatura, si rimanda a: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Cedam, 2010, cit. p. 19, nt. 56.

³² Nonché, come si è osservato, da altri istituti pur accostabili al concetto di *probation* presenti nel nostro ordinamento, quali la sospensione condizionale della pena ex art. 167 c.p. e l'applicazione di sanzioni sostitutive della pena detentiva di cui all'art. 53, l. 24 novembre 1981, n. 689; in tal senso, v.: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 21 ss.

dell'imputato. In altre parole, il *probation*, allorché attuato tanto “precocemente”, dà luogo ad una fattispecie sospensiva del processo penale, che resta paralizzato per il tempo necessario all'espletamento della prova da parte dell'imputato. Va da sé che l'impianto di un istituto che, nonostante i debiti adattamenti, resta ispirato ai meccanismi propri della fase esecutiva, ha creato non poche frizioni con i cardini del processo di cognizione, essendosene posta in dubbio, come si vedrà, persino la tenuta costituzionale.

Ebbene, considerandone i pochi tratti che se ne sono anticipati, è proprio a tale *species* che può senz'altro ricondursi il *probation* di recente introdotto dalla l. n. 67 del 2014³³. Come si è concordemente affermato, infatti, anche viste le notevoli assonanze con il citato istituto di cui all'art. 28 del D.P.R. n. 448 del 1988, esso presenta tutti i crismi del *probation* processuale³⁴. Invero, nonostante, la denominazione adottata dal legislatore – sospensione del *procedimento* con messa alla prova – si è opportunamente fatto notare che, postulando il recente *probation* l'esercizio dell'azione penale anche allorché richiesto nel corso delle indagini preliminari, il campo esclusivo di applicazione dell'istituto resta confinato alla fase propriamente processuale³⁵.

³³ In sede di primo commento, alla citata legge, invero, preso atto che il neointrodotto *probation* «opera nella fase giudiziale e rimane, pertanto, estraneo alle dinamiche dell'esecuzione penale e penitenziaria», si è ritenuto opportuno precisare come, di conseguenza, «l'istituto della messa alla prova non potrà giovare della liberazione anticipata, disciplinata dalla legge di ordinamento penitenziario» e dall'art. 4 del d. l., 23 dicembre 2013, n. 146, conv., con modif., in l. 21 febbraio 2014, n. 10, giacché tale beneficio «trova applicazione, per espresso disposto di legge, esclusivamente al soggetto “condannato” in esecuzione di pena»; così: F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, cit. p. 67.

³⁴ V. su tutti: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2124. Per l'equipollente definizione di «*probation* giudiziale», v. G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 1 ss. Taluno, invero, ha proposto di definirlo quale «*probation* giudiziale nella fase istruttoria»; così: R. PICCIRILLO, *Op. cit.*, cit. p. 3437. Tuttavia, pare potersi osservare che il riferimento alla fase istruttoria, oltre che superfluo, risulta invero fuorviante o quantomeno atecnico, dal momento che, come meglio si vedrà, l'applicazione dell'istituto è preclusa nelle sotto-fasi processuali destinate allo svolgimento di attività istruttoria o in cui è comunque possibile l'assunzione di prove.

³⁵ Non è mancato, invero, chi, a proposito della denominazione dell'istituto adottata dal legislatore, ha parlato di vero e proprio «infortunio lessicale»; così: C. 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, n. 4, cit. p. 524. Altra dottrina, tuttavia, ha ritenuto l'opinione appena riportata frutto di eccessivo rigore, a fronte del “mero” «impiego del termine generale anziché di quello più specifico», dato che «se il “procedimento” include la fase del vero e proprio “processo” [...] con l'arresto di quest'ultimo si ha inevitabilmente anche la sospensione del primo»; v. G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2, cit. p. 2. Ad ogni modo, sembra certamente ravvisabile, nella denominazione dell'istituto qui

Con la l. 67 del 2014, dunque, si è introdotto un meccanismo di *probation* che, sebbene già ampiamente sperimentato nel contesto del rito minorile, si presenta come un'assoluta novità per il panorama processualpenalistico. A ciò si aggiunga che, accogliendo i suggerimenti provenienti da più parti, non si è optato per la mera, acritica "importazione" dell'istituto minorile, ma si è provveduto ad una profonda rivisitazione di alcune caratteristiche chiave del *probation*, così da renderlo consono al diverso contesto del processo a carico di imputati "adulti".

Pertanto, prima di intraprenderne lo studio, è bene soffermarsi pur brevemente sulla disciplina dell'archetipo minorile al fine di coglierne differenze e tratti comuni, giacché – come già emerso anche nel dibattito giurisprudenziale – da essa possono trarsi indicazioni preziose per la risoluzione di alcune significative problematiche sollevate dall'istituto di nuovo conio, la cui risoluzione è stata rimessa all'interprete³⁶.

3. L'avvento del *probation* processuale nell'ordinamento italiano: uno sguardo agli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988

Come detto, il recente istituto della messa alla prova "per adulti" introdotto con la l. n. 67 del 2014 rinvia nella sospensione del processo con messa alla prova di cui agli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988 il proprio archetipo, del quale ricalca alcuni tratti caratteristici, pur discostandone anche significativamente sotto diversi profili.

La comparsa, seppur limitata al contesto del rito minorile, di un simile congegno di *probation* processuale ha costituito un *novum* di assoluto rilievo, tanto che, secondo l'autorevole opinione della Corte costituzionale, in esso è

di interesse, un ulteriore esempio di quella tendenza, autorevolmente rilevata in relazione ad alcune fattispecie sospensive previste dell'abrogato c.p.p., secondo la quale «molto spesso, il legislatore penale indica il tutto in luogo della parte»; così: M. CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Giuffrè, 1967, cit. p. 39.

³⁶ Si è suggestivamente notato, del resto, che «Venticinque anni di pratica minorile sono a disposizione di chi vorrà "mettere alla prova" la "messa alla prova"»; v.: G. ZACCARO, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *Quest. Giust. (web)*, 29 aprile 2014, cit. p. 13.

addirittura ravvisabile «l'innovazione più significativa e coraggiosa operata dal nuovo codice di procedura penale»³⁷.

Con la previsione degli artt. 28 e 29³⁸, invero, si è giunti, dopo alcune iniziative parlamentari andate “a vuoto”³⁹, a colmare il notevole ritardo accumulato rispetto all'esperienza di altri Paesi⁴⁰, contribuendo altresì a dotare il sistema processuale di uno strumento che gli atti internazionali in materia già individuavano quale opportuna forma di risposta alla devianza minorile, stante l'acclarata inadeguatezza della “classica” reazione sanzionatoria.

Può dirsi, in prima approssimazione, che l'istituto permette al giudice di sospendere la prosecuzione del processo, già in udienza preliminare ovvero nel corso del dibattimento, allorché ritenga di dover valutare la personalità dell'imputato minorenni in seguito allo svolgimento di un periodo di prova, condotto sotto l'egida dei servizi minorili. Una volta trascorso il periodo di sospensione, la cui durata è prefissata dallo stesso giudice, quest'ultimo pronuncia sentenza di proscioglimento, dichiarando il reato estinto, ove ritenga che la prova si sia conclusa positivamente, tenuto conto, in particolare, del comportamento tenuto dal minore e dell'evoluzione della sua personalità. In caso contrario, anche allorché si pervenga alla revoca

³⁷ V.: Corte cost., sent. 29 settembre 1990, n. 412, cit. p. 2510. In dottrina, d'altro canto, ci si imbatte sistematicamente in affermazioni di tenore equipollente; v. ad esempio, F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, cit. p. 406.

³⁸ Con gli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988 si è provveduto a dare attuazione alla direttiva e) dell'art. 3 della l. 16 febbraio 1987, n. 81, recante la «Delega al Governo la Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale», stando a cui al «dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale, anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti» fa seguito la «facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti».

³⁹ A tal proposito, v.: G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. VII, *Il processo penale a carico di imputati minorenni*, a cura di G. LA GRECA, A. MONTALDI, Cedam, 1991, p. 33 ss. Più di recente, v.: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, p. 16 ss.

⁴⁰ In tal senso, v.: S. LARIZZA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, Giuffrè, 2011, cit. p. 280. L'A., peraltro, rileva come sollecitazioni in tal senso si rinvenissero in dottrina già all'inizio del secolo scorso, richiamando l'opera di: A. STOPPATO, *I tribunali speciali per i minorenni delinquenti*, in *Riv. pen.*, 1907, I, p. 416.

anticipata del provvedimento di sospensione, il processo riprende il suo normale iter dalla fase in cui era stato precedentemente “interrotto”⁴¹.

Mediante l'introduzione dell'istituto, dunque, si è inteso dare compiuto sfogo alle molteplici e diversificate esigenze che connaturano il peculiare contesto del processo minorile, in cui, come è noto, assume rilievo primario la considerazione riservata alla personalità in divenire dell'imputato minorenni⁴².

Come si è osservato, infatti, con la messa alla prova, si affida al giudice, nel corso del processo, «una valutazione discrezionale sulle possibilità di sviluppo positivo del minore che abbia commesso un reato, in modo tale da consentirne il rapido inserimento nel contesto sociale, attraverso un'adeguata attivazione di risorse affettive, sociali, istituzionali»⁴³. Si attua, dunque, un intervento calibrato sulle esigenze specifiche dello stesso minore imputato, impensabile secondo il tradizionale strumentario del processo penale. Così, se, da un lato, il descritto strumento consente al minore di porsi al riparo dalle conseguenze negative della condanna e del processo stesso, dall'altro, non è fondato su istanze puramente clemenziali, proprie di altri istituti del rito minorile, esigendo il «completamento di un percorso educativo che lo stesso minore deve avere attivamente contribuito, dapprima, ad organizzare e, poi, a realizzare»⁴⁴.

A differenza, quindi, di altri meccanismi pur presenti nell'ordinamento minorile, la messa alla prova ben si presta a fornire risposta tanto ad episodi criminosi «espressivi di un disagio temporaneo, ricollegabile alla variabilità adolescenziale»⁴⁵, quanto, stando ad una recente opinione, persino a vicende

⁴¹ Cfr. Artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988; in tal senso, v. anche: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 19; S. LARIZZA, *Op. cit.*, cit. p. 281.

⁴² In tal senso, v. su tutti, anche per ulteriori riferimenti bibliografici: C. CESARI, sub *art. 28*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. n. 448 del 1988*, Giuffrè, 2016, cit. p. 458.

⁴³ V. ancora: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 457.

⁴⁴ In tal senso: A. PULVIRENTI, *Il giudizio e le impugnazioni*, in A. PENNISI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, 2004, cit. p. 390.

⁴⁵ Tra i molti, v. ad esempio: G. MANERA, *Sull'applicabilità della 'probation' processuale nel giudizio d'appello*, in *Giur. it.*, 1991, III, p. 289 ss. In tal senso, peraltro, si schiera la dottrina maggioritaria. V. *ex plur.*: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, p. 457.

che paiano sintomatiche di una possibile deriva verso più allarmanti e stabili forme di devianza del minore⁴⁶.

Ben può ravvedersi, dunque, un «valore aggiunto»⁴⁷ in tale misura, tanto che, stando alla sapiente opinione della Consulta, la stessa «costituisce, nell'ambito degli istituti di favore tipici del processo penale a carico dei minorenni, uno strumento particolarmente qualificante, rispondendo, forse più di ogni altro, alle [...] finalità della giustizia minorile»⁴⁸. Difatti, muovendo dall'idea che «la personalità del minorenne evolve incessantemente e che questa evoluzione va assecondata con adeguati programmi di aiuto e di sostegno»⁴⁹, l'istituto di cui agli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988 risponde senz'altro ad una *ratio* poliedrica, debitamente messa in luce dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁵⁰.

Oltre, infatti, a scongiurare il ricorso alla sanzione detentiva per coloro che, mediante il *probation*, abbiano dato prova che il fatto commesso si risolva in «un episodio oramai superato da positive esperienze di vita ad esso seguite»⁵¹, l'istituto permette, in primo luogo, di attuare la «funzione educativa» del rito minorile. Il giudice, in effetti, pare chiamato a «processare educando»⁵², dal momento che il minore – della cui personalità è compiuto,

⁴⁶ Di tale ultimo avviso è: S. LARIZZA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, p. 285. La stessa A., peraltro, rileva il compatto orientamento attestatosi in senso contrario di cui alla nota precedente.

⁴⁷ V.: Cass. pen., sez. V, sent. n. 1600 del 7 aprile 1997, in *Riv. pen.*, 1998, p. 122. In particolare, tale «valore aggiunto» emerge, secondo la suprema Corte, da un raffronto tra l'istituto di cui all'art. 28 e quelli «limitrofi» del perdono giudiziale di cui all'art. 169 c.p. e della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto di cui all'art. 27 del D.P.R. n. 448 del 1988, dalla quale si ricava, tra l'altro, che il «beneficio prescinde infatti, dai precedenti penali e giudiziari, ostativi all'applicazione del perdono giudiziale, e dalla tenuità del reato e dall'occasionalità del comportamento delittuoso, che sono richieste, invece, per la pronuncia d'improcedibilità irrilevanza del fatto, postulando soltanto una prognosi di positiva evoluzione della personalità del soggetto».

⁴⁸ Così: Corte cost., sent. 5-14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, cit. p. 978. Per un commento, v.: L. SCOMPARIN, *Sospensione del processo minorile e "messa alla prova": limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili processuali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 509 ss.

⁴⁹ Tale autorevole osservazione si deve a: G. SPANGHER: *La pratica del processo penale*, vol. I, *I procedimenti speciali. Le impugnazioni. Il processo penale minorile. Accertamento della responsabilità degli enti*, Cedam, 2012, cit. p. 423.

⁵⁰ Per una complessiva ricostruzione, in cui peraltro particolare enfasi è attribuita alla funzione educativa dell'istituto, v.: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, p. 22 ss.

⁵¹ V.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 22.

⁵² In tal senso: A. PULVIRENTI, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit. p. 390; v. però, per un ridimensionamento della funzione educativa dell'istituto, ritenuto congeniale a logiche

come di consueto, un “preliminare” accertamento *ex art* 9 D.P.R. n. 448 del 1988⁵³ – attraverso il *probation*, è messo nelle condizioni di intraprendere un percorso di responsabilizzazione, all’esito del quale è rimandato l’apprrezzamento sull’eventuale evoluzione in positivo della sua personalità, pur sempre *in fieri*. Si auspica, in sostanza, che prendendo le mosse dalla rimeditazione del pregresso episodio criminoso, passando per il suo superamento attraverso un comportamento «in positivo»⁵⁴ del minore ed il sostegno offerto allo stesso, quest’ultimo possa giungere al definitivo inserimento sociale.

Ancora, l’istituto concretizza il fondamentale principio di minima offensività o *extrema ratio* che permea l’intero sistema del rito a carico dei minorenni, il quale postula «la rapida fuoriuscita» dal contesto processuale allorché il rito stesso appaia inutile o persino pregiudizievole per le esigenze educative del minore⁵⁵. È certo, infatti, che con la messa alla prova si risparmia, almeno in parte, la “penosa” esperienza del processo al minore imputato, così da contenere al minimo l’effetto etichettante e stigmatizzante che il suo completamento sovente comporta⁵⁶.

essenzialmente sanzionatorie: P. GAETA, *Il processo penale minorile: condanna o messa alla prova?*, in *Quest. giust.*, 1993, n. 1, p. 39 ss.

⁵³ Stando al quale: «Il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minore al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili. Agli stessi fini il pubblico ministero e il giudice possono sempre assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minore e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità».

⁵⁴ V. a proposito: C. LOSANA, sub *art. 28*, cit. p. 293. L’A. evidenzia che, contro la rinuncia alla condanna o alla stessa prosecuzione del rito, lo Stato richiede «al ragazzo non solo un mero comportamento “in negativo” (quale l’astenersi dal compiere altri reati)) bensì un impegno “in positivo”, quale l’adesione ad un progetto, secondo un itinerario di crescita e cambiamento, nel rispetto di attività precise e nella collaborazione con gli operatori dei servizi».

⁵⁵ A proposito, v.: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 458. Dello stesso avviso, ad esempio: L. FADIGA, *Riti speciali nel processo penale*, in M.P. CUOMO, G. LA GRECA, L. VIGGIANI (a cura di), *Giudici, psicologi e riforma penale minorile*, Giuffrè, 1990, p. 190; C. LOSANA, sub *art. 28*, cit. p. 293. Nondimeno, una dottrina, pur ravvisando nell’istituto una evidente espressione del richiamato canone di minima offensività del processo penale minorile, appare scettica sulla capacità dello stesso di assicurare la rapida fuoriuscita del minore dal circuito penale. Ciò in particolare, alla luce della possibile durata della prova – che può protrarsi fino a tre anni – e dell’esito solo eventualmente positivo della stessa; v.: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁶ Non pare revocabile in dubbio che – in definitiva, e nonostante quanto riportato nella nota precedente – l’istituto di cui all’art. 28 miri a ridurre il contatto del minore imputato «con gli

Ciò, consente, peraltro, di ottenere un pur indiretto effetto deflattivo, giacché l'esito positivo del *probation* comporta l'estinzione del reato, che si traduce, come detto, nella chiusura anticipata del processo⁵⁷.

Si può affermare, dunque, che la messa alla prova ex artt. 28 e 29 si colloca nel solco degli interventi di *diversion*, consentendo che la vicenda sia "trattata" al di fuori dell'ordinario iter processuale. Si attribuisce, infatti, un ruolo di primaria importanza all'operato dei servizi sociali minorili, chiamati in causa quali responsabili della supervisione del programma di trattamento. Al contempo, dal possibile contenuto di quest'ultimo – che può prevedere «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la riparazione con la persona offesa dal reato»⁵⁸ – si evince che l'istituto dà corpo ai principi della *restorative justice*. Come si vedrà, infatti, si è ritagliato, sebbene non espressamente, uno spazio alla mediazione penale, da tempo individuata quale perno del paradigma riparativo in campo penale⁵⁹. Non a caso, nella messa alla prova si è soliti rinvenire una netta linea di continuità con alcuni importanti atti internazionali – su tutti, le note Regole di Pechino – che auspicano l'attuazione di strategie di *diversion* in campo minorile, facendo anche ricorso agli strumenti della giustizia riparativa⁶⁰.

organi giudiziari strettamente intesi» e, in particolare, «con le strutture di segregazione», dal momento che la «deistituzionalizzazione costituisce caratteristica fondamentale della prova, sebbene non necessaria»; così: E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, 2003, cit. p. 41.

⁵⁷ In effetti gli artt. 28 e 29 trovano collocazione all'interno del capo del D.P.R. n. 448 del 1988, rubricato «Definizione anticipata del procedimento e giudizio in dibattimento». Ciò nonostante, in dottrina si è ritenuta non del tutto condivisibile la predetta qualificazione legislativa, atteso il carattere soltanto eventuale dell'estinzione del reato a seguito della prova. In sostanza, l'effetto deflattivo sarebbe aleatorio, dipendendo dal rispetto delle prescrizioni e dal buon esito della prova, la quale peraltro potrebbe allungare «il contatto del minore col l'apparato della giustizia» rispetto agli altri "epiloghi" del processo minorile, talché se ne è ribadita la natura di *probation*; v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 20 ss.

⁵⁸ Cfr. art. 28, co. 2, D.P.R. n. 448 del 1988.

⁵⁹ In tal senso e, più in generale sul tema, v. su tutti: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, Giuffrè, 2003, *passim*.

⁶⁰ Cfr., in primo luogo: Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile, approvate con la Risoluzione n. 40/33 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 novembre 1985 (c.d. «Regole di Pechino»); in D. VIGONI, *Codice della giustizia penale minorile. Il minore autore di reato. Raccolta normativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, 2005, p. 361. Per un commento a tale importante atto, v.: L. FADIGA, *Le regole di Pechino e la giustizia minorile*, in *Giust. e Cost.*, 1989, II, p. 9 ss.; L. POMODORO, *Le regole di Pechino nel codice di procedura penale minorile*, *ivi*, 1989, p. 5 ss. Ma si allude altresì alla Raccomandazione R(87)20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa relativa alle risposte sociali alla delinquenza minorile del 17 settembre 1987, in D. VIGONI, *Op. cit.*, p.

Alla luce di tutto ciò, in dottrina si è concordi nel ravvisare un solido ed articolato fondamento costituzionale all'istituto. Innanzitutto, esso si rinviene, come sembra riconoscere almeno in parte lo stesso Giudice delle leggi⁶¹, nel combinato disposto degli artt. 27, co. 3 e 31, co. 2 Cost., nella parte in cui rimettono al legislatore ordinario il compito di predisporre strumenti sanzionatori che consentano il recupero degli imputati minorenni, tenendo conto della loro peculiare condizione psicofisica. Non si manca, inoltre, di far richiamo agli artt. 2, 3 co. 2 e 4 co. 2 Cost., dai quali si è ricavato il diritto del minore ad un «pieno e completo sviluppo della persona e ad un proficuo inserimento sociale»⁶².

D'altro canto, tuttavia, non va dimenticato che la messa alla prova, congegnata quale fattispecie sospensiva del processo a cui si affianca un programma di trattamento che si sostanzia in una – pur limitata – restrizione della libertà personale del minore, non è priva di contenuto afflittivo. Ciò si deve, in particolare, all'insieme di prescrizioni – sulle quali si avrà modo di tornare – che il giudice può impartire al minore a corredo della sospensione. Si richiede, cioè, oltre alla “mera” astensione dalla commissione di ulteriori reati, un «fattivo impegno del minore sulla strada del cambiamento», a cui è condizionata la rinuncia alla prosecuzione del processo e, se del caso, alla condanna ed alla pena che ne conseguirebbe⁶³. Si ha così l'impressione, in ultima analisi, che il *probation* di cui all'art. 28 trasmetta l'immagine di un'Autorità statuale che depone provvisoriamente la «spada»⁶⁴,

391. In dottrina, v. *ex plur.*: C. CESARI, *Op. ult. cit.* cit. p. 458; N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 23 ss.

⁶¹ Si consideri, a proposito, che la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che i «peculiari aspetti dell'istituto in esame sottolineano il rilievo che esso assume nell'ambito del processo penale minorile, evidenziandone la stretta aderenza alla essenziale finalità di recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale (anche attraverso l'attenuazione dell'offensività del processo), cui la giustizia minorile - come più volte questa Corte ha affermato (cfr. sentenze nn. 125 del 1992, 206 del 1987 e 222 del 1983) - deve essere improntata, in ossequio al principio della tutela dei minori di cui all'art. 31 della Costituzione»; cfr.: Corte cost., sent. 5-14 aprile 1995, n. 125, cit.

⁶² In tal senso, v.: C. CESARI, *Op. ult. cit.* cit. p. 459. In termini analoghi, v. anche: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 23. Per il particolare riferimento agli artt. 2, 3 co. 2 e 4 co. 2 Cost., v., tra gli altri: G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di probation minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, cit. p. 2866 ss.

⁶³ In tal senso: S. LARIZZA, *Op. cit.*, cit. p. 285 ss.

⁶⁴ Su tale efficace rappresentazione allegorica, sebbene non riferita specificamente al *probation* di cui trattasi, v.: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada, passim*.

ma che, nondimeno, resta pronta a impugnarla nuovamente allorquando, sulla base della valutazione dell'esito della prova rimessa al giudice *ex art 29*, emerga che il reo non abbia saputo cogliere la *chance* offertagli di dimostrare il proprio «ravvedimento»; fallita la prova, infatti, si rimette in moto l'ordinario corso processuale che può sfociare, ove emerga "definitivamente" la responsabilità del reo⁶⁵, nell'applicazione delle "classiche" sanzioni penali. In tal caso, a ben vedere, l'esigenza di vera e propria repressione del reato viene recuperata, risultando non già «frustrata», bensì unicamente «posticipata»⁶⁶.

Così ricostruiti *ratio* e fondamento dell'istituto, e delineatene le linee di fondo, è ora bene passarne in rassegna i presupposti e l'iter applicativo.

3.1. Campo di applicazione e presupposti

A fronte dello scarso dettaglio del dato normativo elaborato dal legislatore, la definizione dell'esatto ambito di applicazione della sospensione del processo con messa alla prova di cui all'art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988, nonché di buona parte dei relativi presupposti, è stata demandata agli interpreti⁶⁷.

In effetti, dalla lettura combinata del citato art. 28 del D.P.R. n. 448 del 1988 e dell'art. 27 del d.lgs. n. 272 del 1989⁶⁸, si ricava esclusivamente – per quanto ora di interesse – che il giudice può sospendere il processo e dare

⁶⁵ Si allude, in particolare, all'eventualità che l'accertamento della responsabilità dell'imputato operato dal giudice al momento dell'ammissione della prova venga "confermato" una volta che il processo ha ripreso il suo corso ordinario in seguito al "fallimento" del *probation*. Si tenga presente, infatti, che si ritiene che simile *fumus* circa la colpevolezza dell'imputato ben possa – sebbene ciò non accada di frequente – essere sovvertito qualora emergano circostanze di segno contrario. Più in dettaglio, sul delicato tema, v. *infra* par. 3.1.

⁶⁶ In tal senso, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 20 e 22, a cui si devono le espressioni riportate tra virgolette nei periodi immediatamente precedenti.

⁶⁷ Del resto, «laconica» appare la stessa disposizione dell'art. 3, lett. e) della l. delega 16 febbraio 1987, n. 81, a cui, come detto, gli artt. 28 e 29 del D.P.R. n. 448 del 1988, danno attuazione. In tal senso, v.: M. G. COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit. p. 607. In chiave decisamente critica sulla formulazione *in parte qua* della legge di delega, v.: C. LOSANA, sub *art. 28*, p. 290.

⁶⁸ Cfr. d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272 recante «Norme in materia di attuazione, di coordinamento e transitorie del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 recante disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni» in Suppl. ord. alla *Gazzetta Ufficiale*, Serie gen., n. 182 del 5 agosto 1989, in vigore dal 24 ottobre 1989.

conseguentemente il la alla “prova” sulla base di un programma elaborato dai servizi minorili, quando ritiene di dover valutare la personalità dell'imputato minorene una volta conclusa la prova stessa⁶⁹.

Così, dottrina e giurisprudenza sono state chiamate a confrontarsi, con esiti che possono ritenersi proficui, al fine di meglio chiarire compiutamente i menzionati aspetti, a partire dal campo di applicazione dell'istituto.

A tale ultimo proposito, invero, l'originaria formulazione dell'art. 28, co. 1, in cui era fatta menzione unicamente alla pena della reclusione quale criterio per stabilire la durata massima del periodo di sospensione, lasciava trasparire l'intenzione del legislatore di favorire un ricorso generalizzato all'istituto, non precluso, cioè, dalla astratta gravità del reato. Nondimeno, una parte minoritaria della giurisprudenza intese il mancato riferimento alla pena dell'ergastolo quale indice dell'impossibilità di far ricorso al *probation* per i reati che prevedessero tale sanzione⁷⁰. A superare l'impasse fu così un intervento della Corte costituzionale, che chiarì come la formulazione della norma ben consentisse l'applicazione della messa alla prova anche per i reati puniti con l'ergastolo⁷¹. Seguì, peraltro, un intervento del legislatore che ne recepì repentinamente le indicazioni provvedendo a modificare, con il d.lgs. 12 gennaio 1991, n. 12, il co. 1 dell'art. 28. A scanso di equivoci, quest'ultimo attualmente consente espressamente la sospensione del processo per un periodo non superiore a tre anni «quando si procede per reati per i quali è

⁶⁹ V.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 609.

⁷⁰ Di tale avviso l'ordinanza del Trib. Min. Roma, 12 marzo 1990, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 19, 1° serie speciale, 9 maggio 1990. Non manca, peraltro, anche in dottrina, qualche rilievo critico circa la possibilità di far ricorso all'istituto anche per delitti gravissimi; v.: A. GHIARA, *La “messa alla prova” nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, p. 86.

⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. 29 settembre 1990, n. 412, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2505 ss. Con detta pronuncia il Giudice delle leggi ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata in relazione all'art. 3 Cost., degli artt. 28 D.P.R. n. 448 del 1988 e 30 D.lgs. n. 272 del 1989, nella parte in cui non prevedevano l'applicabilità della messa alla prova per i reati punibili con la pena dell'ergastolo, dal momento che «gli articoli impugnati già consentono l'applicabilità del *probation* anche allorché si proceda per reati punibili con l'ergastolo» sulla base del tenore della legge delega e della ratio dell'istituto stesso «risultando incomprensibile il divieto di applicazione del principio proprio nei casi più gravi. La gravità del reato non potendo escludere, nel minorene, un eccezionale, non più ripetibile, momento di anomalo sviluppo della personalità»

prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore a dodici anni» e per un periodo non superiore ad un anno «negli altri casi»⁷².

Nessun dubbio, dunque, residua circa la possibilità di applicare il *probation* di cui all'art. 28 per qualunque tipologia di reato, non essendo il “beneficio” previsto esclusivamente per la fascia di reati di gravità medio-bassa. Va rilevato, nondimeno, che la gravità del reato addebitato al minore, pur se in alcun modo preclusiva in astratto, recupera in concreto una notevole incidenza in punto di «valutazione dell'idoneità dell'istituto al conseguimento del fine educativo e di recupero sociale» del giovane imputato⁷³, tanto da escluderne, sovente, il ricorso.

A fronte di un campo “oggettivo” di applicabilità tanto vasto, d'altro canto, neppure sul versante soggettivo è prevista alcuna preclusione, essendo pacifico che la messa alla prova possa essere concessa per più di una volta, anche a fronte di precedenti fallimenti⁷⁴.

Va rilevato, piuttosto, che l'applicazione dell'istituto può essere in concreto preclusa per ragioni di ordine più squisitamente pratico. L'opinione

⁷² È bene rammentare, peraltro, che il riferimento alla pena dell'ergastolo assume attualmente “sapore” squisitamente teorico: la Corte costituzionale, infatti, con una nota sentenza (cfr. Corte cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1254 ss., con note di E. GALLO, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, e M. RUOTOLO, *Pena dell'ergastolo per i minori: davvero incostituzionale*), ha escluso l'applicabilità di tale sanzione nei confronti del minore imputabile, dichiarando costituzionalmente illegittimi gli artt. 17 e 22 c.p. per violazione degli artt. 31, co. 2 e 27 co. 3 Cost., imponendosi, alla stregua delle citate norme costituzionali, «un mutamento di segno al principio rieducativo immanente alla pena, attribuendo a quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale». A proposito, v. tra gli altri: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit. p. 121.

⁷³ In tal senso, v.: V.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 610. V, anche: C: CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 469 ss.; N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 28 ss.

⁷⁴ A proposito, v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici: C: CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 480 ss. Del pari, l'aver beneficiato del perdono giudiziale *ex art. 169 c.p.* non risulta preclusivo al ricorso all'istituto di cui all'art. 28, così come, del resto, l'aver riportato in precedenza condanna per altri reati. Nondimeno, i citati elementi ben possono essere valorizzati dal giudice, in senso ostativo, al momento della valutazione discrezionale sull'ammissione alla prova. In particolare, si è ritenuto il pregresso esito negativo della messa alla prova un elemento sintomatico da cui desumere la verosimile impossibilità di attendersi dal minore imputato l'evoluzione “in positivo” della personalità (Cfr. M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 610 ss.), orientata cioè verso «modelli socialmente adeguati», cui il *probation* tende (Così, tra le molte: Cass, sez. II, n. 2879 del 4 novembre 2003, in *Giust. pen.*, 2005, III, p. 309). In dottrina, v. anche: S. GIAMBRUNO, *Lineamenti di diritto processuale penale minorile*, Giuffrè, 2004, p. 72 ss. Rispetto a tale giudizio prognostico sulla personalità del minore ed agli elementi su cui lo stesso si fonda, v. su tutti: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 473 ss.

maggioritaria, in particolare, stima incompatibile con il *probation* qui in esame lo stato “custodiale” dell’imputato. Si ritiene, in primo luogo, che difficilmente le attività di cui consta la prova potrebbero essere svolte dal soggetto in *vinculis*⁷⁵; d’altro canto, ove il minore sia sottoposto a custodia cautelare – anche per un reato diverso da quello per cui si procede – il *periculum libertatis* ad essa sotteso sarebbe ostativo alla prognosi positiva di evoluzione della personalità del minore che, come subito si vedrà, la prova postula⁷⁶.

Peraltro, nonostante qualche iniziale incertezza nella giurisprudenza di merito⁷⁷, può oramai considerarsi pacifica l’applicabilità dell’istituto nei confronti di coloro che, infradiciottenni al momento della commissione del fatto per cui si procede, abbiano, “nelle more”, raggiunto la maggiore età, potendo dunque ammettersi che il *probation* prenda il via nei confronti di un soggetto già maggiorenne⁷⁸.

Pertanto, a fronte del vasto campo di applicazione di cui si è detto, in dottrina si è giunti a ravvisare nella messa alla prova un istituto di «indole generale», attivabile, in assenza di specifiche controindicazioni riferite al

⁷⁵ Si allude, in genere, a qualunque forma di detenzione cui può essere sottoposto il minore, comprese la custodia cautelare e le misure di sicurezza; sul punto, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 610.

⁷⁶ A tal proposito, più approfonditamente e per qualche osservazione critica alla contrapposta tesi, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 470 ss. Per contro, si rileva la compatibilità del *probation ex art. 28* con l’affidamento in prova ai servizi sociali di cui all’art. 47 ord. penit. per reati diversi da quello per cui si procede, dandosi luogo in tali peculiari casi ad una sorta di “sovrapposizione” tra i due istituti; v., anche per un riferimento ad una decisione di merito: *ibid.*, cit. p. 472.

⁷⁷ Cfr.: Corte app. Caltanissetta, Sez. min., 6 aprile 1991, S., in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 442; Corte app. Caltanissetta, Sez. min., 27 marzo 1990, *ivi*, 1990, III, c. 544, secondo cui «La sospensione del processo e la messa in prova del minore, importando osservazione, trattamento e sostegno del minore da parte di organi specializzati per minorenni ai fini della valutazione della personalità del minore stesso all’esito della prova, sono applicabili solo nei confronti di imputato ancora infradiciottenne e non dell’ultradiciottenne».

⁷⁸ In tal senso, v. su tutti: C. LOSANA, *sub art. 28*, cit. p. 296. L’A., a proposito, rileva efficacemente che «In verità tutte le norme processuali relative al processo minorile parlano di “minorenni” anche in casi ove è palese che il soggetto può non essere più minorenni al momento del processo»; ne discende la possibilità di «una regola generale secondo cui là dove le norme approvate con il d.P.R. 448/88 fanno riferimento al “minorenne”, in realtà intendono colui che ha commesso il reato da minorenni». Attualmente, dottrina e giurisprudenza sono unanimi sul punto; v. ad esempio, anche per riferimenti alla giurisprudenza della Suprema Corte: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 610 e nt. 157.

singolo imputato, ogniqualvolta il ricorso allo stesso appaia “costruttivo”⁷⁹. In altre parole, dal “vago” tenore dell’art. 28, secondo cui – si rammenta – il giudice può sospendere il processo «quando ritiene di dover valutare la personalità del minore all’esito della prova», pare possibile desumere che il campo di applicazione dell’istituto vada “ritagliato”, in concreto, dal giudice stesso, unicamente sulla base della «probabilità di un giudizio prognostico positivo sugli effetti della messa alla prova» nei termini poc’anzi descritti⁸⁰.

Ne emerge, in definitiva, un’ampia discrezionalità rimessa al giudice, a cui la giurisprudenza ha cercato di porre argine individuando una serie di elementi da porre a fondamento della descritta prognosi “in positivo”: si è soliti far riferimento al tipo di reato commesso, alle modalità esecutive, ai motivi a delinquere, agli eventuali precedenti penali, alla personalità ed al carattere dell’imputato. A nessuno degli stessi, cui si aggiunge «ogni altro elemento ritenuto comunque utile alla valutazione», è peraltro attribuito di per sé rilievo ostativo all’ammissione della prova⁸¹.

Il descritto quadro, caratterizzato dall’assenza di criteri applicativi ben definiti, pare del resto significativo dell’intento del legislatore di assecondare l’esigenza di individualizzazione tipica delle misure di *probation*, così come, più in generale, dello stesso processo minorile⁸².

⁷⁹ In tal senso: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 610; a tal proposito, si è anche rammentato che «le preclusioni alla messa alla prova devono essere interpretate restrittivamente, poiché l’istituto realizza gli scopi di cui agli artt. 27 e 31 Cost.»; così: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 463. Ne discende, dunque, che ogni limite frapposto alla sua operatività risulta giustificato unicamente se «finalizzato alla protezione di altri interessi costituzionalmente protetti»; v.: A. PULVIRENTI, *Sulla consensualità della messa alla prova*, in *Riv. pen.*, 1996, cit. p. 299.

⁸⁰ Tale giudizio – si osserva – rappresenta il presupposto fondamentale della messa alla prova; a proposito, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 30; in senso analogo, v. anche: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 610 ss. Sull’argomento, più approfonditamente, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 473 ss.

⁸¹ Lo rileva, tra gli altri: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 31 e nt. 50, cui si rimanda anche per i riferimenti giurisprudenziali.

⁸² Tra i molti, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 611. A tal proposito, a fronte degli ampi margini discrezionalità che, come detto, il dato legislativo rimette al giudice nella fase di ammissione della messa alla prova, si è efficacemente osservato come «Per un verso, si tratt[i] di una scelta che dà all’istituto flessibilità ed ampiezza operativa, consentendo al giudice minorile di svolgere efficacemente il suo compito di adeguamento della legge al caso concreto e così assicurando l’individualizzazione delle decisioni. Per altro verso, essa implica un alto rischio di applicazioni diseguali, incontrollabili a posteriori ed imprevedibili *ex antea*»; così: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 463.

A fronte di tutto ciò, anche per contenere l'immanente rischio di disparità applicative⁸³, ci si è sforzati di "recuperare" una serie di «presupposti» – verrebbe da dire impliciti – dell'istituto, dal quale lo stesso, per ragioni di ordine logico-sistematico, non può prescindere⁸⁴.

Tra questi ultimi, il principale è senz'altro rappresentato dall'accertamento della sussistenza del reato e della responsabilità dell'imputato.

Ciò discende, in particolare, dalla natura afflittiva del *probation* in esame, il cui contenuto si sostanzia pur sempre in una limitazione della libertà personale del minore imputato, ammissibile, alla stregua del principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost. e della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., sol che si premetta l'accertamento, almeno sommario, del fatto di reato⁸⁵. Tale presupposto di natura oggettiva, che parte della dottrina è avvezza a desumere dal tenore letterale dell'art. 28⁸⁶, ha peraltro trovato autorevole avallo nella giurisprudenza della Corte costituzionale. La Consulta, infatti, ha incidentalmente ma inequivocabilmente avuto modo di affermare che l'accertamento della responsabilità dell'imputato integra il «presupposto concettuale essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova»⁸⁷. Talché il ricorso all'istituto è da ritenersi precluso allorché ricorrano i presupposti tanto dell'immediata declaratoria di non punibilità *ex art.* 129 c.p., quanto del

⁸³ A tal proposito, v.: G. FUMU, *Le difficili scelte del legislatore minorile tra accertamento, educazione e sanzione*, in A. GAITO, G. PAOLOZZI, G. P. VOENA (a cura di), *Le riforme complementari, il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, Cedam, 1991, p. 80; M. MIEDICO: *La 'sospensione del processo e messa alla prova': fra prassi e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2468 ss.; nonché, in chiave più apertamente critica: G. SERGIO, *Discrezionalità e messa alla prova nel processo penale minorile*, in *Min. Giust.*, 2005, IV, p. 119.

⁸⁴ V.: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 101.

⁸⁵ La dottrina è compatta sul punto; a proposito, v., di recente N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 26.

⁸⁶ In particolare, nella parte in cui fa discendere la diversa durata della prova in ragione della gravità del reato; ancora, anche nel co. 2 è contenuto un riferimento alle «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato»; in tal senso, v.: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 103.

⁸⁷ Cfr.: Corte cost., sent. 5-14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, cit. p. 972.

proscioglimento in sede di udienza preliminare (art. 425 c.p.p.) ovvero in dibattimento (artt. 529 ss. c.p.p.)⁸⁸.

Diversamente, si ritiene non necessaria la confessione del fatto da parte dell'imputato, benché l'ammissione anche parziale dell'addebito sia talvolta valorizzata dalla giurisprudenza quale «elemento sintomatico da cui desumerne il ravvedimento» e, di conseguenza, su cui fondare la prognosi positiva sulla personalità del minore⁸⁹.

Ancora, da quanto detto circa il necessario accertamento della responsabilità dell'imputato, segue che un altro requisito indefettibile dell'istituto sia costituito dalla capacità di intendere e di volere del minore, che deve sussistere al momento della commissione del fatto e persistere alla data della messa alla prova⁹⁰. Qualora essa difetti, d'altro

⁸⁸ Allo stesso modo, dovrebbe ritenersi preferibile, in presenza delle rispettive condizioni, l'adozione di una sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto ex art. 27 co. 4, ovvero di proscioglimento per perdono giudiziale ai sensi dell'art. 169 c.p., in quanto provvedimenti più favorevoli, giacché privi, diversamente dalla messa alla prova ex art. 28, di contenuti afflittivi cui è condizionato l'esito liberatorio; in tal senso, tra i molti, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 26 ss. In senso analogo, e *funditus*, vedi la approfondita ricostruzione di C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 465 ss. Al contrario, peraltro, si osserva che dovrebbe sempre prediligersi l'applicazione del *probation* in esame alla sentenza di condanna, benché con concessione della sospensione condizionale della pena; in tal senso, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 612. Sulla medesima linea, chiarendo che è il principio del *favor rei* a suggerire simile soluzione, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 467. Si ravvisa, peraltro, un'opinione minoritaria di segno contrario; v.: A. ANCESCHI, *La tutela penale dei minori*, in P. CENDON (diretta da), collana *Fatto e diritto*, Giuffrè, 2007, p. 107.

⁸⁹ Cfr.: Cass., sez. III, 6 giugno 2008, n. 27754, in *C.E.D. Cass.* n. 240825. In dottrina, peraltro, non è mancato chi ha sostenuto l'abnormità della messa alla prova ove si costringesse l'imputato ad assumere obblighi comportamentali in relazione ad un reato per il quale lo stesso si professa innocente; in tal senso, v.: M. BOUCHARD, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. d. Pen.*, X, Utet, 1995, cit. p. 153. A ben vedere, ad ogni modo, considerare la confessione quale requisito imprescindibile del *probation*, oltre a stridere col silenzio serbato dall'art. 28 sul punto, si tradurrebbe nel *vulnus* a diversi principi sanciti dalla Carta costituzionale, quali, in particolare, la presunzione di non colpevolezza ex art. 27 co. 2 ed il diritto di difesa ex art. 24 Cost., stante l'inversione dell'*onus probandi* in punto di responsabilità che ne seguirebbe; in tal senso, v., anche per ulteriori riferimenti alla concorde dottrina, *ex plur.*: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 27. V. anche: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 108, la quale aderisce all'opinione di chi ritiene che sarebbe in «contrasto con l'art. 3 Cost. pretendere la confessione per l'applicazione di questa misura, visto che essa non è richiesta per la concessione di benefici diversi (come il perdono) ancorché privi di qualsivoglia contenuto afflittivo; confliggerebbe altresì con gli art. 27 e 31 co. 3, Cost. in ordine all'efficacia rieducativa della pena, poiché sembrerebbe presupporre un'evoluzione della personalità che è obiettivo e non condizione della misura»; così: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 467. V. anche: M. MIEDICO, *La confessione del minore nella «sospensione del processo con messa alla prova»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1306.

⁹⁰ In tal senso, si è ritenuto peraltro di precisare che «la sospensione del processo non può essere disposta per valutare, all'esito della prova, la capacità di intendere e di volere» del minore; cfr.: S. LARIZZA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit. p. 227. V.

canto, si imporrebbe l'adozione di un provvedimento proscioglitivo ai sensi dell'art. 98 co. 1 c.p., non essendo il soggetto imputabile⁹¹.

Infine, benché il dato incontri tutt'ora qualche resistenza⁹², in dottrina si individua concordemente nel consenso del minore un ulteriore presupposto indefettibile della messa alla prova. Ciò, in particolare, nonostante gli artt. 28 e 29 nulla prevedano in tal senso e, soprattutto, sebbene la Corte costituzionale, in un *obiter dictum* – del quale si dubita oggi la perdurante attualità⁹³ – della sentenza n. 125 del 1995 abbia affermato che «il legislatore non ha condizionato il provvedimento *de quo* alla prestazione del consenso da parte del minore (né del pubblico ministero), ma ha rimesso al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minore all'esito della prova, prescrivendo soltanto che tale decisione sia adottata sentite le parti»⁹⁴. A fondamento dell'assunto, in dottrina si invocano sia argomenti di tipo logico che letterali. In primo luogo, implicando il *probation* in esame il compimento in prima persona di una serie articolata di attività – individuate nel programma – da parte del minore, si osserva come «non avrebbe senso sottoporre alla prova chi dissente dal progetto o addirittura dalla misura»⁹⁵; quest'ultima, d'altro canto, richiede altresì una «attività di osservazione, trattamento e sostegno»⁹⁶ al minore da parte dei servizi sociali, che, in effetti, giocoforza ne presuppone la collaborazione; in tal senso, del resto, depone il tenore letterale dello stesso

anche le precisazioni di: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 613. Per contro, si ritiene indispensabile, ai fini dell'ammissione alla messa alla prova, l'accertamento della «maturità» del giovane imputato; su tale concetto, profondamente diverso da quello di imputabilità di cui si è detto, e sulla rilevanza quale presupposto dell'istituto, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 475.

⁹¹ In tal senso, v. *ex plur.*: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p.612; a proposito, per ulteriori considerazioni, v. anche: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 109 ss.

⁹² Sottolinea, ad esempio, la natura non "pattizia" della misura: P. C. PAZÈ, *Un riesame complessivo della messa alla prova per i minorenni*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2173.

⁹³ Più in particolare, in seguito alla modifica dell'art. 111 Cost. operata dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, si è osservato – in riferimento alla pronuncia di cui alla nota seguente – che «comunque la pronuncia della Corte, allo stato superata quanto meno nella ricordata prospettiva dell'art. 111 Cost., sovvertiva a tal punto l'orientamento consolidatosi in senso opposto che già si suggeriva di applicarne solo il dispositivo, prescindendo dalle statuizioni incidentali in tema di consenso del minore nel quadro generale dell'istituto»; così: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 478 ss.

⁹⁴ Corte cost., sent. 5-14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, cit. p. 978.

⁹⁵ In tal senso, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 37.

⁹⁶ Cfr. art. 28 co. 2 del D.P.R. n. 448 del 1988.

art. 27, co. 2, D.lgs. n. 272 del 1989, il quale, menzionando «gli impegni specifici che il minorenne *assume*», pare postulare una qualche forma di adesione del minore al programma di trattamento che ingloba gli stessi⁹⁷. Ancora, a conferma della necessità del consenso dell'imputato si è invocato l'art. 32 D.P.R. n. 448 del 1998, come modificato dall'art. 22 della l. 1° marzo 2001, n. 63, nella parte in cui richiede che il giudice, prima dell'inizio della discussione in sede di udienza preliminare, acquisisca l'eventuale consenso del minore alla definizione anticipata del processo⁹⁸.

Ad ogni modo, e soprattutto, può ritenersi che sia proprio il consenso del minore a “puntellare” la tenuta costituzionale dell'istituto stesso. In effetti, la *ratio* e la natura del *probation*, che, come visto, si risolve in una misura dal contenuto comunque afflittivo volta a soddisfare esigenze ad un tempo educative e preventive, esigono che sia rispettato, in primo luogo, il diritto di difesa (art. 24 Cost.). Se, in effetti, il giudice potesse ricorrervi prescindendo totalmente dall'assenso dell'imputato, quest'ultimo vedrebbe illegittimamente compromessa la possibilità di esplicitare a pieno le proprie difese al fine di ottenere un proscioglimento nel merito anziché la “mera” dichiarazione di estinzione del reato *ex art. 29*⁹⁹. Ancora, dal punto di vista processuale, il consenso dell'imputato può ritenersi richiesto secondo i canoni del *fair trial* risultanti dal combinato disposto degli artt. 111, co. 4 Cost. e art. 6, co. 3, lett. d), CEDU, che, come è noto, disciplinano il diritto al contraddittorio sulla formazione della prova. Non va dimenticato, invero, che la messa alla prova presuppone – come visto poc'anzi – l'accertamento, pur

⁹⁷ Lo ravvisa: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 111 ss.

⁹⁸ Di tale opinione: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 38. In chiave critica, però: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 112 ss. Non è mancato, pertanto, chi ha propositato a ritenuto di precisare che «Sembrerebbe non bastare, a tal fine, il disposto dell'art. 32, che comunque richiede la prestazione del consenso prima che venga emessa la sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato all'esito della prova: nella misura in cui l'accertamento della responsabilità è già contenuto nell'ordinanza sospensiva, infatti, è a monte di questa che deve collocarsi l'adesione del minorenne imputato all'uso degli atti di indagine per la statuizione di responsabilità»; al più, dunque, «una volta prestato, il consenso per l'esito proscioglitivo finale (almeno a completamento di questa fattispecie) può ritenersi superfluo, come sembra ammettere lo stesso art. 32, là dove consente al giudice di non chiedere ulteriori manifestazioni di volontà quando “il consenso sia stato validamente prestato in precedenza”»; così: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 477.

⁹⁹ Su tutti, v. in tal senso: A. PULVIRENTI, *Sulla consensualità della messa alla prova*, cit. p. 299.

sommario e provvisorio, della responsabilità dell'imputato, che ne legittima la sottoposizione ad un trattamento *lato sensu* sanzionatorio. Ebbene, considerato il carattere "precoce" di tale accertamento, effettuato elettivamente in sede di udienza preliminare e, dunque, sovente sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, da più parti si è ritenuta una così vistosa eccezione al principio del contraddittorio difficilmente accettabile, se non sulla base di una previa scelta "effettiva" e "consapevole" dell'imputato¹⁰⁰.

3.2. Iter e contenuto della messa alla prova

Sussistendo i presupposti che si sono passati in rassegna, dunque, il giudice può sospendere il processo e mettere alla prova l'imputato sulla base di un programma di trattamento elaborato dai servizi sociali minorili, secondo cadenze e con contenuti che è ora bene ripercorrere brevemente.

Va chiarito, innanzitutto, che l'area applicativa dell'istituto coincide con la fase processuale. Nonostante, infatti, l'assenza di esplicite indicazioni legislative in tal senso, si è concordi nell'escludere la possibilità di far ricorso all'istituto durante le indagini preliminari¹⁰¹. Lo stesso dato normativo, invero, pare fornire importanti elementi a suffragio di tale assunto. In primo luogo, infatti, nell'art. 28 si prevedono – rispettivamente ai co. 1 e 2 – la

¹⁰⁰ In tal senso, e più approfonditamente, v. ancora: C. CESARI, Sub art. 28, cit. p. 477. Non è mancato, peraltro, chi, nella prospettiva dell'art. 24 cost., ha ipotizzato – isolatamente – la necessità di un'adesione esplicita alla messa alla prova anche da parte del difensore dell'imputato; di tale ultimo avviso: S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2001 ss. La necessità che il minore imputato esprima un consenso "effettivo" e "consapevole" a tale definizione del rito, peraltro, sembra richiedersi, come detto, anche in base al richiamato art. 6, co. 3, lett. d), CEDU. Nell'interpretazione fornita dalla Corte e.d.u., infatti, sono proprio le menzionate caratteristiche del consenso a legittimare istituti che, in deroga al principio del contraddittorio, consentono la definizione anticipata del procedimento penale; in tal senso, in riferimento ad un istituto assimilabile al "patteggiamento" di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.; v.: Corte e.d.u., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia*. Su tale decisione, v.: M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 208 ss.; F.S. CASSIBBA, *Il "patteggiamento" supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell'equità processuale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2014; L. MILANO, *La conventionnalité de principe de la procédure de «plaider coupable»*, in *La semaine juridique*, n. 21-22, 26 maggio 2014; S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla CEDU? (Corte EDU, 29 aprile 2014, Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia)*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3488 ss.

¹⁰¹

possibilità di sospendere il «processo» – e non, più genericamente, il *procedimento* – e la facoltà di impugnare il provvedimento stesso da parte dell'«imputato». Ancora, l'art. 27 co. 4 disp. att. individua nel «presidente del collegio che ha disposto la sospensione» il destinatario delle relazioni periodiche dei servizi sociali, essendo, come è noto, la composizione collegiale estranea, nel rito minorile, al solo g.i.p. Infine, e soprattutto, l'art. 29 del D.P.R. n. 448 del 1988, prevede che, in caso di esito negativo del *probation*, il procedimento riprenda il suo corso e che si provveda «a norma degli articoli 32 e 33», i quali disciplinano lo svolgimento e i possibili epiloghi dell'udienza preliminare, l'uno, e del dibattimento, l'altro¹⁰².

Si è osservato, del resto, che tale assetto è coerente con la natura stessa dell'istituto, che – come visto – postula un accertamento, pur sommario e provvisorio, della responsabilità dell'imputato, oltre a quello sulla personalità del minorenne, secondo alcune cadenze procedurali che difficilmente sarebbero conciliabili con la fase delle indagini¹⁰³.

Si ritiene, dunque, con il conforto della prassi, che sia l'udienza preliminare la *sedes* “ideale” o “privilegiata” per dare applicazione alla messa alla prova¹⁰⁴, così da favorire un “intervento” quanto più immediato che possa assicurare il reinserimento del minore, al quale, d'altro canto, va risparmiata, per quanto possibile, la negativa esperienza del processo¹⁰⁵.

¹⁰² La dottrina è unanime sul punto; v., ad esempio: M. G. COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit. p. 615. *Funditus*: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 489 ss.

¹⁰³ Ne rileva la coerenza con la *ratio* stessa dell'istituto: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 615. In senso analogo, *ex plur.*: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit. p. 185, la quale, oltre a far riferimento ad oltre opinioni dottrinali nel predetto senso, aggiunge che la scelta della sede processuale sia stata imposta anche alla stregua del principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. La precisazione, peraltro, non pare del tutto calzante giacché non tiene conto della possibilità di attuare un meccanismo analogo a quello previsto, per la “irrelevanza del fatto”, dal limitrofo art. 27, co. 1, D.P.R. n. 448 del 1988.

¹⁰⁴ Di tale opinione: G. SPANGHER, *Lineamenti del processo penale minorile riformato*, in *Giust. pen.*, 1992, III, p. 207. In senso analogo, più di recente, anche per ulteriori riferimenti dottrinali: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova per adulti*, cit. p. 33 e nt. 54.

¹⁰⁵ Ciò, invero, nonostante le perplessità che desta l'ipotesi in cui si debba procedere “allo stato degli atti” all'accertamento del fatto pur a fronte di un quadro indiziario lacunoso, non potendo il ricorso ai meccanismi “integrativi” di cui agli artt. 421-*bis* e 422 c.p.p. «essere giustificato sulla base dell'intenzione di disporre la prova»; di tale avviso: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 490. Tuttavia, la stessa dottrina rileva la possibilità che si proceda comunque all'integrazione istruttoria ai sensi delle disposizioni citate prima dell'ammissione alla prova. Sull'argomento v. anche: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 187.

Per converso, l'avvio della prova in fase dibattimentale pare di norma contenuto alle ipotesi in cui sia parso opportuno soprassedere in sede di udienza preliminare, vuoi per permettere al minorenne una scelta più consapevole sulla misura, vuoi per consentire un accertamento meglio ponderato della sua personalità, ovvero del fatto per cui si procede, potendo l'ordinanza di sospensione intervenire anche una volta avviata o persino completata l'istruttoria dibattimentale¹⁰⁶.

Vale la pena notare, in ultimo, che grazie ad un intervento della Corte costituzionale è caduta la preclusione contenuta nel co. 4 dell'art. 28, che impediva la possibilità di applicare la messa alla prova in seguito a richiesta dell'imputato di procedere con le forme del rito abbreviato o del giudizio immediato¹⁰⁷.

Tutt'ora controversa, invece, è la possibilità di far ricorso all'istituto di cui all'art. 28 nel corso del giudizio di appello. Nel silenzio del legislatore, si erano inizialmente contrapposti due antitetici orientamenti, entrambi facenti leva sulla asserita *ratio* primaria del *probation* in esame¹⁰⁸. Ad ogni modo, pare essersi affermata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, una tesi intermedia, atta cioè a “calmierare” il ricorso alla messa alla prova in appello con i principi tipici di tale fase di impugnazione, tra cui spicca quello devolutivo¹⁰⁹. Ebbene, ancorché non manchi qualche opinione tutt'ora

¹⁰⁶ In tal senso: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 187. Stando ad un'opinione, peraltro, in fase dibattimentale, il requisito della colpevolezza – che, come visto, la misura postula – impone che l'ammissione alla prova avvenga solo una volta completata la fase istruttoria; di tale avviso: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 617. Taluno, tuttavia, precisa che la sospensione ben possa intervenire prima della conclusione dell'istruzione, qualora sulla base atti (già) contenuti nel fascicolo del dibattimento possano ritenersi sussistenti i presupposti della misura; così: S. DI NUOVO, G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile: profili giuridici, psicologici e sociali*, Giuffrè, 2005, cit. p. 344 ss.

¹⁰⁷ Cfr.: Corte cost., sent. 5-14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, p. 972 ss. Per qualche ulteriore considerazione a riguardo, v. ad esempio: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, p. 34. Più in generale, sui rapporti tra messa alla prova ed altri procedimenti speciali, v. M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, p. 189 ss.

¹⁰⁸ Così, ad una “corrente” che riteneva incompatibile con l'applicazione dell'istituto in fase di appello la finalità di contenere al minimo del minore con il sistema penale, un'altra e più avveduta opinione obiettava che le istanze di risocializzazione che il *probation* assicura al minore, in assenza di una preclusione legislativa, ben potrebbero trovare sede nel corso del secondo grado di giudizio; in tal senso e per una esaustiva ricostruzione della tematica, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 492 ss.

¹⁰⁹ Cfr.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 618.

favorevole all'applicabilità generalizzata dell'istituto in appello¹¹⁰, anche la giurisprudenza maggioritaria limita il potere del giudice di seconde cure di sospendere il processo *ex art. 28* ai casi in cui «l'impugnazione sia stata proposta contro la decisione che l'ha negata in primo grado»¹¹¹, ritenendosi di contro inammissibile la richiesta presentata per la prima volta in fase d'appello¹¹².

Risulta pacifica, per contro, l'impossibilità di disporre la messa alla prova nel corso del giudizio innanzi alla Corte di cassazione, stante il giudizio eminentemente di merito che su cui l'attivazione dell'istituto si fonda¹¹³.

Ciò chiarito, tralasciando la peculiare ipotesi da ultimo descritta, nel corso dell'udienza preliminare o del dibattimento – come detto – il giudice può disporre la sospensione del processo quando ritiene opportuno valutare la personalità del minorenne all'esito della prova.

L'art. 28, invero, nulla dispone in merito all'iniziativa volta ad attivare la messa alla prova, che pertanto può essere assunta da entrambe le parti, sia, cioè, dal pubblico ministero che dall'imputato, personalmente o, come più di frequente occorre, tramite il proprio difensore¹¹⁴. Indipendentemente dal contegno delle parti, peraltro, il giudice – è bene sottolineare – può provvedere anche d'ufficio alla messa alla prova, valutata la sussistenza dei presupposti indicati dalla legge e contestualmente richiedendo ai servizi sociali di elaborare il progetto di intervento cui sottoporre il minore imputato¹¹⁵. Ciò che conta, invero, è che l'attivazione della prova sia disposta una volta «sentite le parti», previa cioè instaurazione del contraddittorio, affinché queste possano confrontarsi sui presupposti, sull'opportunità e sulle

¹¹⁰ Di tale avviso, ad esempio: C. LOSANA, *Sub art. 28*, cit. p. 295. Per ulteriori riferimenti a tale posizione dottrinale, nonché per una disamina approfondita delle argomentazioni sulle quali si fonda, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 496.

¹¹¹ V.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 618.

¹¹² In tal senso, e per dei riferimenti giurisprudenziali dell'avviso qui riportato, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, p. 34 e nt. 59.

¹¹³ In tal senso, tra i molti, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 443; N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, p. 36.

¹¹⁴ Così, *ex plur.*: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 33.

¹¹⁵ In tal senso, v.: M. COLAMUSSI, *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la «messa alla prova». Profili controversi della disciplina*, in *Cass. pen.*, 1996, cit. p. 2816 ss. Si ritiene, peraltro, che il giudice potrebbe disporre la prova persino contro il parere sfavorevole dei servizi sociali minorili; di tale avviso: M. COLAMUSSI, A. MESTIZ, voce *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, V, Utet, 2010, cit. p. 573.

modalità della prova stessa¹¹⁶. In difetto di tale «condizione essenziale»¹¹⁷, del resto, si ritiene si determini una nullità di ordine generale a regime intermedio per violazione delle disposizioni concernenti la partecipazione del pubblico ministero al procedimento (art. 178 lett. *b* c.p.p.) e, nella prospettiva dell'imputato, del diritto all'intervento e all'assistenza difensiva (art. 178 lett. *c* c.p.p.)¹¹⁸.

Una volta espletato tale "incombente", e in ogni caso acquisito – come visto – senza forme particolari il consenso dell'imputato al trattamento che si appresta ad applicargli¹¹⁹, stando al combinato disposto degli artt. 28, co. 1, D.P.R. n. 448 del 1998 e 27, co. 1, disp. att. «il giudice *può* disporre la sospensione del processo» al fine di valutare la personalità dell'imputato, provvedendovi sulla base «di un progetto di intervento elaborato dai servizi minorili».

Come ben si evince dallo stesso tenore letterale del citato art. 28, dunque, l'applicazione della messa alla prova è subordinata all'esercizio di un potere discrezionale rimesso al giudice, cui spetta esclusivamente la verifica circa la necessità «di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova»¹²⁰. È quest'ultimo, come visto, a costituire il vero presupposto della misura. Stante la descritta elasticità – per non dire genericità – dei parametri su cui tale delicato giudizio prognostico sull'evoluzione caratteriale del minore si basa¹²¹, è facile ravvisarvi un coefficiente di discrezionalità tanto elevato da spiegare l'accostamento all'area della vera e propria «facoltà» giudiziale¹²².

¹¹⁶ Sul punto, v. ad esempio: A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2014, cit. p. 612. V. più approfonditamente anche: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 486. Non è prevista, invece, la necessità di sentire l'esercente della posta genitoriale; a proposito, tuttavia, in dottrina se ne mette in luce comunque l'opportunità di un relativo coinvolgimento nella fase di ammissione alla messa alla prova. Di tale avviso: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 618.

¹¹⁷ In tal senso, v.: C. LOSANA, *Sub art. 28*, cit. p. 297.

¹¹⁸ A proposito, si riscontra uniformità di vedute in dottrina. V., ad esempio, anche per un richiamo alla giurisprudenza della Suprema Corte in materia: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 36 e nt. 62.

¹¹⁹ Sul punto, v. *retro* par. 3.1.

¹²⁰ Cfr.: art. 28, co. 1, D.P.R. n. 448 del 1998.

¹²¹ A proposito, v. ancora *retro* par. 3.1.

¹²² L'espressione si rinviene, tra l'altro, in: Cass., Sez. V, n. 21181 del 9 maggio 2006, in *C.E.D. Cass.* n. 234206. Rileva l'ampiezza del potere discrezionale del giudice, ad esempio: N.

Ben si attaglia, dunque, la collocazione, riconducibile ad autorevole dottrina, dell'istituto di cui all'art. 28 nel novero delle fattispecie di sospensione c.d. improprie facoltative del processo penale, delle quali presenta i tratti fondamentali¹²³.

Con il provvedimento di ammissione alla messa alla prova, infatti, il giudice sospende il corso del processo per un periodo predeterminato, la cui durata massima varia da tre anni allorché si proceda per reati puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni ad un anno negli altri casi, nel corso del quale, ai sensi dell'art. 28 co. 1, è sospeso il corso della prescrizione.

Il provvedimento *de quo* assume le forme dell'ordinanza, che deve dare contro – tra l'altro – dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, essendosi risolto in senso positivo il contrasto registratosi sul punto, in seguito all'avallo della Corte costituzionale¹²⁴, sebbene residuino vedute difformi sul relativo grado di approfondimento¹²⁵. Inoltre, è tuttora dibattuta, in dottrina, la necessità che la stessa ordinanza faccia proprio o quantomeno richiami il progetto di intervento predisposto dai servizi minorili *ex art* 27 disp. att.¹²⁶. Così come, d'altro canto, è controversa, nel silenzio della legge, la possibilità che la medesima ordinanza di sospensione – della quale, alla luce dei peculiari effetti e del variegato contenuto, si è affermata la natura di «atto complesso»¹²⁷ – possa incidere, modificandolo, sul citato progetto di intervento. A tal riguardo, è bene notare che, come si vedrà, il legislatore del

TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 29. A proposito, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 463.

¹²³ Collocava il *probation* in esame in tra tali istituti: M. CHIAVARIO, voce *Sospensione del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, 1993, cit. p. 3. In senso analogo, tra i molti, v.: C. LOSANA, *Sub art. 28*, cit. p. 291; il quale non manca di ravvisarne qualche peculiarità. Sul punto si rimanda altresì a quanto si dirà; cfr. *infra* par. 4.

¹²⁴ Si allude al noto *obiter dictum* contenuto in Corte cost., sent. 5-14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, cit. p. 972, secondo cui – si rammenterà – l'accertamento della responsabilità dell'imputato integra il «presupposto concettuale essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova».

¹²⁵ Sull'argomento, e per un'approfondita disamina dei contenuti di tale provvedimento, v.: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit. p. 170 ss.

¹²⁶ In senso affermativo, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 615.

¹²⁷ Così: F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, cit. p. 473.

2014 ha espressamente contemplato un potere siffatto rispetto alla messa alla prova “per adulti”¹²⁸.

Quanto al sistema delle impugnazioni, l’art. 28 co. 3 si limita a statuire che «contro l’ordinanza» è ammesso il ricorso per cassazione da parte del pubblico ministero, dell’imputato e del suo difensore, prevedendo dunque un sindacato limitato a questioni di legittimità e vizi motivazionali del provvedimento di messa alla prova¹²⁹, senza tuttavia precisare di quale ordinanza si tratti. Così, a fronte dell’assenza di “specificazioni” nel dato normativo, si è registrato un contrasto circa l’oggetto di tale impugnazione. Da un lato, è pacifica la ricorribilità dell’ordinanza con la quale il giudice ammette l’imputato alla prova. In tal caso, peraltro, si ritiene che il ricorso sospenda l’esecutività del provvedimento impugnato *ex art. 588 c.p.p.*, talché tanto l’avvio della prova quanto la ripresa dell’ordinaria attività processuale sono inibiti sino alla pronuncia della Cassazione¹³⁰. Dall’altro lato, è invece controversa la ricorribilità per cassazione dell’ordinanza reiettiva, con la quale, cioè, il giudice non ammette l’imputato alla prova dispone che il processo prosegua nelle forme ordinarie. È bene solo notare che, a fronte dell’orientamento dottrinario incline ad ammettere il ricorso immediato per cassazione anche contro tale provvedimento¹³¹, la giurisprudenza pare essersi attestata su posizioni diametralmente opposte. Sulla base di un’esegesi coordinata dei co. 1 e 3 dell’art. 28 e valorizzando il principio di cui all’art.

¹²⁸ Sul tema, v. *infra*, Cap. III, parr. 2 ss. E’ giusto il caso di notare, a proposito, che l’esplicita previsione del potere di modifica giudiziale del progetto di intervento in materia di messa alla prova “per adulti” potrebbe, da un lato, essere valorizzata quale indice della sussistenza di analogo potere del giudice rispetto all’affine ipotesi del *probation* minorile, ad onta del silenzio sul punto dell’art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988; dall’altro, però, ben vi si potrebbe ravvisare un elemento sintomatico della necessità che sia un intervento del legislatore – che, peraltro, con la l. n. 67 del 2014, si è curato di precisarne anche presupposti e limiti – a munire il giudice del potere modificativo *de quo* nel contesto del rito minorile.

¹²⁹ In tal senso, v. *ex plur.*: C. CESARI, Sub art. 28, cit. p. 513.

¹³⁰ Sull’argomento, ed in tal senso, v.: M. G. BASCO, S. DE GENNARO, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Giappichelli, 1997, cit. p. 64; A. GHIARA, *La «messa alla prova» nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, cit. p. 91. Ne ripercorre le opinioni: C. CESARI, Sub art. 28, cit. p. 514 ss., che rileva anche come, stante il principio di tassatività di cui all’art. 586 c.p.p., il ricorso per cassazione rappresenti l’unico rimedio avverso l’ordinanza di ammissione alla prova.

¹³¹ Lo esprime, ad esempio: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 621; v. anche, per una critica al contrapposto orientamento maggioritario: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit. p. 179 ss.

586 c.p.p. si giunge così ad affermare che l'ordinanza di rigetto della messa alla prova è impugnabile solo congiuntamente alla sentenza di primo grado¹³².

Ad ogni modo, è con l'ordinanza di sospensione, peraltro, che il minore viene «affidato» ai servizi minorili per lo svolgimento della prova.

Questi, ultimi, invero, assumono un ruolo centrale per tutta la durata della stessa, essendo deputati all'organizzazione ed all'espletamento delle attività di cui il *probation* consta, nonché all'osservazione ed al sostegno del minore nel corso dello stesso.

Ancor prima, tuttavia, agli stessi è attribuito il compito chiave di elaborare, anche alla luce degli esiti degli accertamenti sulla personalità del minore *ex art. 9 D.P.R. n. 448 del 1988*¹³³, il programma di trattamento sulla base del quale, come detto, il giudice dispone la messa alla prova¹³⁴. Con il provvedimento di sospensione, dunque, il giudice fissa, almeno *per relationem*, i contenuti e le modalità operative della prova, tra cui, tra l'altro, si collocano «le modalità di coinvolgimento del minore, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita», «gli impegni specifici» che lo stesso «assume», nonché le eventuali prescrizioni «dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa del reato»¹³⁵. È sulla base di tale ultimo inciso, nonostante il tenore non chiarissimo, che peraltro si ritiene esperibile, sussistendone le condizioni, la

¹³² A proposito, anche per dei riferimenti giurisprudenziali, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 40 e nt. 73. V. anche: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 515.

¹³³ Si è rilevato, infatti, che tali accertamenti risultano indispensabili per comprendere, innanzitutto, «se il compimento del reato sia frutto di una scelta deviante radicata ovvero nata in un contesto che non offre appigli ad un possibile recupero» o, ancora – in particolare – se sia «inutile l'attivazione di un programma rieducativo o più proficua l'opzione per altre formule di proscioglimento», quale, ad esempio, la declaratoria di improcedibilità per irrilevanza del fatto; così: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 462, la quale richiama altresì: M. COLAMUSSI, *Una risposta alternativa alla devianza minorile*, cit. p. 2811. In generale, sugli accertamenti della personalità del minore *ex art. 9*, v.: V. PATANÈ, *sub art. 9*, in F. DALLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, I, p. 133 ss.

¹³⁴ Tanto che, in dottrina, si è osservato che l'esistenza del progetto elaborato dei servizi minorile costituisce «condizione ineludibile della prova»; in tal senso, e per ulteriori approfondimenti circa le conseguenze della relativa mancanza, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 613 ss.

¹³⁵ Cfr. art. 27, co. 2. D.P.R. n. 448 del 1988. A proposito, v. ancora: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 620. M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit. p. 620. Approfonditamente, sul contenuto del progetto, v. su tutti: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 503 ss.

mediazione tra autore e vittima del reato in seno al *probation*¹³⁶. Ad ogni modo, dalla formulazione del citato art. 27, si comprende la significativa flessibilità che connota, in base alle circostanze del caso, il contenuto della prova, in ossequio all'esigenza di individualizzazione tipica delle misure di *probation*. Si mira, in definitiva, al coinvolgimento del minore «in un programma che non abbia finalità (esclusivamente) afflittive, ma che lo aiuti a sviluppare le proprie potenzialità e ad intraprendere un percorso di crescita e di adesione a modelli socialmente condivisibili, attraverso attività di studio, lavoro, sport, volontariato, ecc.»¹³⁷.

Inoltre, agli stessi servizi minorili è affidata, tra l'altro, la redazione della relazione finale sull'andamento della prova, che viene trasmessa al giudice una volta concluso il *probation*, in vista della valutazione dei relativi esiti.

Durante la prova, pertanto, è inibita la ordinaria attività processuale¹³⁸ in attesa di conoscere gli esiti del *probation*, che si svolge sotto l'egida dei servizi minorili, determinandosi, dunque, una stasi dell'ordinario iter tipica delle menzionate fattispecie sospensive. Alla fine della prova, come di seguito si vedrà, è infatti lo stesso giudice che ha disposto la sospensione del processo a valutarne gli esiti, talché il processo riprende dal punto nel quale si era interrotto, se del caso, al solo fine di certificare l'esito positivo del *probation* e la conseguente chiusura definitiva del processo.

3.3. Gli epiloghi e la controversa natura dell'istituto

Durante l'intero arco di svolgimento della prova, come anticipato, l'imputato è affidato ai servizi sociali, che sovrintendono lo sviluppo del *probation*. Sono dunque gli stessi servizi minorili, in questa fase, gli

¹³⁶ In tal senso, tra i molti, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit., p. 38 ss. Per dei rilievi critici circa la rispondenza di tale forma di mediazione agli standard previsti dalla normativa internazionale in materia, v. però: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 501 ss.

¹³⁷ Così osserva efficacemente: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit., p. 39.

¹³⁸ In dottrina, si è ritenuto «impensabile che [l'ordinanza di sospensione *de qua*] congeli ogni attività processuale» talché devono ritenersi pur sempre acquisibili sia le prove non rinviabili, sia quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato, benché già ammesso alla prova; così: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 621. Scettico, al riguardo, è tuttavia: M. CHIAVARIO, voce *Sospensione del processo*, cit. p. 7.

interlocutori privilegiati del giudice, essendo tenuti, ai sensi dell'art. 27 co. 4 disp. att, ad informarlo periodicamente circa l'attività svolta dal minore e l'evoluzione del caso¹³⁹.

Tale dovere di informazione, cui i servizi danno corso mediante l'invio di relazioni periodiche al presidente del collegio¹⁴⁰, risulta peraltro prodromico altresì ad alcune "vicende" che possono interessare la prova nel corso del suo svolgimento. In particolare, in primo luogo, su proposta degli stessi servizi minorili, delle parti o su iniziativa del giudice¹⁴¹, è possibile modificare il progetto in corso d'opera¹⁴², consentendo, in linea con la flessibilità che connota la misura stessa, di preservarne l'utilità e la fattibilità a fronte di sopravvenienze quali «elementi oggettivi o difficoltà individuali di adeguamento» al programma, nonostante i quali tuttavia persistono «i presupposti che rendono il destinatario meritevole del beneficio»¹⁴³. Del pari, è prevista espressamente la possibilità di abbreviare il periodo di prova inizialmente fissato con l'ordinanza di sospensione¹⁴⁴, allorché, ad esempio, la prova abbia precocemente dato esito positivo¹⁴⁵. Per contro, nel silenzio della legge, non è chiaro se sia legittima l'adozione di provvedimenti con cui si proroghi la durata della prova inizialmente stabilita dal giudice, pur sempre nel rispetto dei limiti temporali di cui all'art. 28, co. 1, D.P.R. n. 448 del 1988¹⁴⁶.

¹³⁹ Sul ruolo dei servizi minorili in questa fase, v. più approfonditamente: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 519 ss.

¹⁴⁰ Cfr. art. 27, co. 4 disp. att. È il presidente del collegio, invero, che resta incaricato di seguire il complessivo andamento della prova: quest'ultimo, oltre ad essere destinatario delle relazioni periodiche di cui si è detto, del resto, può provvedere, direttamente o delegando, altro componente del collegio, all'audizione degli operatori dei servizi o dello stesso minore «senza formalità di procedura» per tutta la durata della prova. A proposito, v., ancora: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 521 ss.

¹⁴¹ In tal senso, v.: S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali*, cit. p. 2013.

¹⁴² Cfr. art. 27, co. 3 disp. att.

¹⁴³ In tal senso, v.: M. G. BASCO, S. DE GENNARO, *La messa alla prova nel processo penale minorile*, cit. p. 68.

¹⁴⁴ Cfr. art. 27, co. 3 disp. att.

¹⁴⁵ A proposito, v. ancora: M. G. BASCO, S. DE GENNARO, *Op. cit.*, cit. p. 68.

¹⁴⁶ Si esprime in termini contrari a tale eventualità: M. G. COPPETTA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit. p. 622. Diversamente, si ritiene che, con il consenso dell'imputato, la durata della sospensione possa essere estesa, senza sforare i limiti di cui all'art. 28 co.1, allorché i risultati raggiunti non siano ancora del tutto soddisfacenti, nel senso di non consentire un giudizio finale positivo, e, purtuttavia, sussistano fondate

Soprattutto, infine, è prevista la possibilità per il giudice di disporre la revoca anticipata del provvedimento di sospensione¹⁴⁷. Tale eventualità si registra a fronte di «gravi e ripetute trasgressioni alle prescrizioni imposte»¹⁴⁸. A tal fine si richiede la verifica non già di semplici “lievi” violazioni, sebbene ripetute, o di una sola violazione, seppure rilevante, del programma¹⁴⁹, bensì l’insorgenza di episodi reiterati e volontari che disvelino «il rifiuto del minore a quel cambiamento di vita inizialmente accettato»¹⁵⁰. Pertanto, in proposito, si è fatto notare che anche la commissione di un nuovo reato da parte dell’imputato nel corso del periodo di prova possa non imporre la revoca. Per contro, ove l’episodio di devianza venga ritenuto incompatibile con la prosecuzione del *probation*, non si stima necessario che il nuovo reato sia accertato con sentenza passata in giudicato, essendo rimesso all’apprezzamento incidentale del giudice “della” prova¹⁵¹. Ad ogni modo, oltre che su proposta dei servizi, i quali sono tenuti in tale eventualità a far pervenire una relazione sulla prova al presidente del collegio, il procedimento di revoca può essere innescato su istanza del pubblico ministero al quale pure è inoltrata la relazione, o secondo un’opinione, anche d’ufficio¹⁵². A tal fine, pur non essendosi previste, analogamente alle ipotesi di modifica o abbreviazione della prova, particolari cadenze procedurali, anche in giurisprudenza si ritiene che la decisione sulla revoca della messa alla prova debba avvenire previa fissazione di apposita udienza camerale, a cui gli

aspettative che, mediante la prosecuzione della prova, il minore possa raggiungere i risultati auspicati; in tal senso, v.: S. DI NUOVO, G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile*, cit. p. 390; A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, 2009, cit. p. 194. La prassi, per vero, pare oramai orientata in tale ultimo senso; v.: *La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88). Anno 2016*, a cura del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità–Servizio Statistica (https://giustizia.it/resources/cms/documents/minori_messa_prova_2016.pdf), p. 22.

¹⁴⁷ Cfr. artt. 28, co. 5 D.P.R. n. 448 del 1988 e 27, co. 3 disp. att.

¹⁴⁸ Cfr. artt. 28, co. 5 D.P.R. n. 448 del 1988.

¹⁴⁹ In tal senso, v.: L. PEPINO, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, 1997, cit. p. 486. Analogamente, v.: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova per adulti*, cit. p. 42. V. anche, nello stesso senso e *funditus*: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, cit. p. 220 ss.

¹⁵⁰ Così: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 623.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² In tal senso, ad esempio: G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di probation minorile*, cit. p. 2873. Di avviso contrario, pero: F. PALOMBA, *Il sistema del processo penale minorile*, cit. p. 481 ss.

interessati hanno diritto di partecipare, consentendo un confronto in contraddittorio sui presupposti e l'opportunità della revoca¹⁵³. Ove venga disposta, in effetti, la revoca della misura comporta la ripresa del processo dalla fase in cui era stato in precedenza sospeso¹⁵⁴.

Ove non si registrino le predette vicende, decorso il periodo di sospensione fissato inizialmente dal giudice, è prevista la celebrazione di un'apposita udienza, finalizzata alla valutazione sul risultato della prova, che costituisce lo "sbocco naturale" del *probation*. Benché l'art. 29 D.P.R. n. 448 del 1988 nulla dica a riguardo, si ricava dal dato sistematico che tale udienza è celebrata secondo le forme dell'udienza preliminare o di un'udienza dibattimentale a seconda della fase in cui era stata disposta la sospensione del processo, assicurandosi in ogni caso il rispetto del contraddittorio, anche vista la delicatezza della valutazione¹⁵⁵. In effetti, la norma citata si limita ad individuare il «comportamento del minorenne» e l'«evoluzione della sua personalità» quali criteri su cui basare la valutazione del giudice sull'esito del *probation*, talché se ne è rimarcata l'ampia discrezionalità circa il peso da attribuire ad eventuali comportamenti inosservanti del minore¹⁵⁶. A tal proposito, sebbene non manchi un'opinione di segno contrario¹⁵⁷, si ritiene che l'esito positivo della prova non consegua automaticamente al mancato intervento della revoca precoce della misura, bensì presupponga l'effettivo mutamento in positivo della personalità del minore, talché esso appaia aver

¹⁵³ V., in tal senso, *ex plur.*; N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 42. E. LANZA, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenne*, p. 127 ss. Quanto alla giurisprudenza, è frequente il riferimento a: Cass., Sez. I, 6 maggio 1991, G., in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 981, ove efficacemente si afferma che «la necessità della previa audizione delle parti è prevista espressamente [...] dall'art. 27 disp. att., che al co. 5°, con esplicito richiamo "ai fini di quanto previsto dagli artt. 28, co. 5°, e 29", contempla l'iniziativa del pubblico ministero per la fissazione dell'udienza prevista dall'art. 29, la quale è dunque correlata, testualmente, non solo con la scadenza del periodo di sospensione, ma anche con la prospettazione di una eventuale necessità di revoca di questa».

¹⁵⁴ Non si ritiene peraltro, che sia preclusa una successiva valutazione difforme della personalità del minorenne, sulla base della quale venga in seguito disposta nuovamente la messa alla prova; in tal senso e più approfonditamente, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 529.

¹⁵⁵ In tal senso, v., *ex plur.*: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 623 ss. L'A., peraltro, paventa frizioni con il dettato costituzionale – per via del contrasto con gli artt. 3, 24, co. 2°, 111, co. 2° e 3°, 31, co. 2° Cost. – legate alla possibile soluzione di segno contrario, che prescindano cioè dalla celebrazione secondo le garanzie del contraddittorio dell'udienza *de qua*.

¹⁵⁶ A proposito, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 624.

¹⁵⁷ V.: F. PALOMBA, *Op. cit.*, cit. p. 483.

riassorbito e metabolizzato il disvalore del fatto di reato ed essersi ben avviato lungo il percorso di risocializzazione intrapreso¹⁵⁸. Al fine di compiere la descritta valutazione, il giudice¹⁵⁹ si servirà principalmente della relazione finale sull'andamento della prova fatta pervenire dai servizi minorili, nonché delle eventuali osservazioni delle parti e dell'audizione del minore¹⁶⁰.

Qualora ritenga che la prova abbia avuto esito negativo, il giudice pronuncia ordinanza motivata, non autonomamente impugnabile, con la quale è disposta la prosecuzione del processo. Quest'ultimo, dunque, riprende dall'udienza preliminare o dal dibattimento – a seconda della fase in cui era stata disposta la sospensione – e resta aperto ad ogni possibile esito, compreso quello del proscioglimento “nel merito” dell'imputato, allorché si giunga a ribaltare il sommario accertamento della responsabilità dell'imputato che la messa alla prova presuppone¹⁶¹. Ove, invece, in seguito alla ripresa del processo, si pervenga alla condanna dell'imputato, si è in passato precisato che il periodo di prova comunque espletato non possa essere “scomputato”, ai sensi dell'art. 657 c.p.p., dalla pena inflitta, stante la non assimilabilità del *probation* alle misure cautelari¹⁶².

¹⁵⁸ Così: F. RIZZO, Sub *artt.* 28-29 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448, in A. GAITO, M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Utet, 2009, cit. p. 1844 p. 43. Analogamente, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 43.

¹⁵⁹ Chiamato a tale valutazione è – si rammenta – il medesimo organo giudicante che ha disposto la sospensione del processo, pur non essendo necessario che operi con identica composizione; di tale avviso, ad esempio: A. GHIARA, *La “messa alla prova” nella legge processuale minorile*, p. 89; di diverso avviso, però: E. LANZA, *Op. cit.*, p. 159.

¹⁶⁰ A proposito, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 625. A tal proposito, peraltro, va precisato che si ritiene che il comportamento tenuto dall'imputato in seguito alla conclusione della prova possa essere valutato solo a favore dello stesso, quali elementi, cioè, sui cui fondare la valutazione positiva dell'esito della prova. In tal senso, e per approfondimenti, v.: C. CESARI, Sub *art.* 28, cit. p. 540 ss.

¹⁶¹ In tal senso, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 44. V. *funditus* sui possibili esiti del processo in seguito al fallimento della prova: C. CESARI, Sub *art.* 28, cit. p. 548 ss. Si ritiene, peraltro, difficilmente pronosticabile il menzionato esito proscioglitivo.

¹⁶² In tal senso, v.: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 626; più in dettaglio, v.: C. CESARI, Sub *art.* 28, cit. p. 552. Tale impostazione, dettata dall'inequivocabile silenzio del legislatore del 1988 sul punto, pare destinata ad essere superata in seguito all'introduzione dell'art. 657-bis c.p.p. ad opera della l. n. 67 del 2014, che – come si vedrà – ha espressamente previsto il meccanismo di “scomputo” dalla pena inflitta del periodo di prova espletato dall'imputato nel quadro del neo introdotto istituto della messa alla prova “per adulti”, secondo i criteri di conguaglio ivi stabiliti. Riferendosi genericamente tale norma al «caso di esito negativo o di revoca della messa alla prova», da essa ben pare potersi ricavarne la disciplina applicabile alle affini ipotesi di fallimento del *probation* minorile, giusta il disposto dell'art. 1, co. 1, del D.P.R. n. 448 del 1988, il quale – come è noto – rende applicabili, in assenza di apposita previsione del medesimo decreto, le disposizioni del codice di procedura

Ove, al contrario, il giudice riscontri la descritta evoluzione in positivo della personalità del minorenne, tanto da ritenere che la prova si sia conclusa positivamente, sempre ai sensi dell'art. 29, dichiara con sentenza l'estinzione del reato. Tale provvedimento, a ben vedere, assume la forma della sentenza di non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.* ove ci si trovi in fase di udienza preliminare, ovvero di sentenza di non doversi procedere *ex art. 531 c.p.p.* allorché la sospensione sia stata in precedenza disposta in fase dibattimentale. In entrambi i casi – si badi – il provvedimento, sindacabile con gli ordinari mezzi di impugnazione¹⁶³, non viene iscritto nel casellario giudiziale¹⁶⁴.

Ciò detto, resta da svolgere qualche considerazione circa la natura dell'istituto, attorno alla quale, sin dalla sua introduzione, si è innescato un acceso dibattito. Dalla pur sommaria descrizione della disciplina che si è sin qui fornita, invero, sembrano potersi cogliere ad un tempo tratti di natura sostanziale e di carattere squisitamente processuale, ben amalgamati ed indissolubilmente legati.

Si è visto, infatti, che il *probation* in esame consente di sottoporre il minore, al quale può almeno sommariamente attribuirsi la responsabilità per un fatto penalmente rilevante, ad un intervento articolato, composto da una serie di misure individuate sulla base delle esigenze e delle circostanze specifiche del caso. Ebbene, nel loro insieme, tali misure senz'altro incidono – sebbene in maniera pur sempre “attenuata” – sulla libertà personale del minore, potendo il “programma di trattamento” includere, tra l'altro, tanto attività volte alle eliminazione delle conseguenze del reato ed alla riparazione del danno patito dalla vittima, quanto prescrizioni comportamentali più marcatamente “restrittive”, del cui carattere afflittivo

penale. E, invero, ragionando diversamente – non ritenendo, cioè, il meccanismo di scomputo di cui all'art. 657-*bis* c.p.p. operativo in campo minorile – sembrerebbe adombrarsi, al netto delle peculiarità che connotano i due istituti, qualche dubbio di legittimità costituzionale sulla norma citata, sotto i profili del principio di uguaglianza e ragionevolezza.

¹⁶³ A proposito, v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 552 ss.

¹⁶⁴ In tal senso, v. N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 43.

non è dato dubitare¹⁶⁵. Ne segue che, secondo parte della dottrina, la messa alla prova rappresenterebbe a tutti gli effetti una «misura di natura penale»¹⁶⁶. Ciò, del resto, spiega come il *probation* in esame, oltre a rispondere, al pari di altri “benefici” di natura più apertamente clemenziale¹⁶⁷, a finalità di educazione ed inserimento sociale del minore garantendo al contempo la minima offensività del processo, non manchi di farsi altresì carico di istanze di prevenzione. È solo in seguito all’esito positivo dell’“intervento”, infatti, che si accetta di astenersi dal proseguire il processo e si rinuncia definitivamente all’inflizione della “vera” e “propria” sanzione penale. Ciò si traduce, vieppiù, nell’evidente effetto sostanziale – sebbene appunto eventuale e non immediato – dell’istituto, che, alla stregua dell’art. 29, opera come causa di estinzione del reato¹⁶⁸.

D’altro canto, tuttavia, non può che convenirsi sul fatto che «gli indubbi profili sostanziali [...] non eliminano il carattere essenzialmente processuale dell’istituto»¹⁶⁹. Si è visto, infatti, che esso, costruito come *probation* processuale, è qualificabile come fattispecie sospensiva c.d. impropria del processo penale, di carattere facoltativo. Per di più, in seguito alla sospensione, al fine di consentire lo svolgimento della prova, si verifica un netto scostamento dal normale iter del processo, talché vi si è ravvisato un

¹⁶⁵ Su tali contenuti, su cui, peraltro, si sono prospettati profili di attrito con il principio di cui all’art. 13 Cost. stante la genericità dell’art. 27 disp. att., v.: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 508 ss.

¹⁶⁶ In tal senso, v.: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 30; M. BOUCHARD, voce *Processo penale minorile*, cit. p. 152; G. DI PAOLO, *Riflessioni in tema di probation minorile*, cit. p. 2867; P. GIANNINO, *Il processo penale minorile*, Cedam, 1997, p. 233; A. GHIARA, *Op. cit.*, p. 92; più in generale, sui profili sostanziali dell’istituto, v.: S. LARIZZA, *La sospensione del processo con messa alla prova*, p. 284 ss.

¹⁶⁷ Si pensi, in particolare, al perdono giudiziale di cui all’art. 169 c.p. e, seppur più “velatamente”, rispondendo altresì a logiche ulteriori, alla sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto di cui all’art. 27 D.P.R. n. 448 del 1988.

¹⁶⁸ Proprio rimarcando i marcati tratti sostanziali della messa alla prova, del resto, se ne era addirittura dubitata la legittimità costituzionale, tra l’altro, sotto il profilo dell’art. 76 Cost., essendosi sostenuto che la legge di delega autorizzasse il legislatore delegato ad operare solo in ambito processuale; più approfonditamente, sulla questione, prima dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost., sent. 29 settembre 1990, n. 412, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2505 ss.), poi ritenuta, una volta riproposta, manifestatamente infondata dalla Corte di cassazione (cfr. Cass, sez. VI, 14 settembre 1994, Chiodanza, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 844), v. *ex plur.*: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 24 e nt. 27.

¹⁶⁹ Così: M. G. COPPETTA, *Op. cit.*, cit. p. 608; dello stesso avviso: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 460; M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 33; A. GHIARA, *Op. cit.*, p. 92.

rito alternativo proprio del rito minorile¹⁷⁰. In effetti, pur non mancando caratteri di eccentricità rispetto a tale *genus*, la messa alla prova si articola secondo complesse cadenze processuali che, muovendo dal vaglio discrezionale del giudice sull'ammissibilità, passando per lo svolgimento della prova in seguito alla sospensione del processo, sino alla valutazione – anch'essa discrezionale – sugli esiti del *probation*, rendono il descritto effetto sostanziale dell'istituto contraddistinto anche da una certa "aleatoreità". Non si manca, peraltro, di sottolineare come il requisito del consenso dell'imputato, sebbene richiesto solo implicitamente, denoti l'indole negoziale o pattizia dell'istituto¹⁷¹, in quanto tale ulteriormente accostabile ad altri meccanismi processuali "speciali".

Anche alla luce della collocazione sistematica degli artt. 28 e 29, pertanto, si giustifica l'opinione incline a riconoscere la natura prevalentemente processuale dell'istituto, pur non elidendone i nitidi tratti sostanziali. Nondimeno, non è mancato chi ha di recente proposto una soluzione di sintesi – di sicuro pregio classificatorio ma non risolutiva dal punto di vista "pratico"¹⁷² – intravedendo un punto di equilibrio nella natura «ancipite» dell'istituto della messa alla prova, in quanto «caratterizzato da un *iter* prevalentemente processuale e da una traccia (eventualmente) [...] dall'indubbio rilievo sostanziale»¹⁷³.

Come si vedrà¹⁷⁴, si tratta – al pari di alcune questioni problematiche che hanno interessato la descritta disciplina della messa alla prova di cui all'art. 28 D.P.R., n. 448 del 1988 – di una *querelle* ripropostasi, in termini

¹⁷⁰ In tal senso: L. FADIGA, *Riti speciali nel processo penale*, in M.P. CUOMO, G. LA GRECA, L. VIGGIANI (a cura di), *Op. cit.*, cit. p. 190. V. anche: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 460.

¹⁷¹ In tal senso, v. ancora: C. CESARI, *Sub art. 28*, cit. p. 460.

¹⁷² Ad ogni modo, i risvolti della problematica ricostruzione dell'effettiva natura della messa alla prova dell'imputato minorenni sono stati attenuati notevolmente dalla previsione della norma transitoria di cui all'art. 30, co. 2, disp. att., secondo cui «le disposizioni degli artt. 28, 29 [...] del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 si applicano ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore dello stesso», la cui portata è stata agevolmente e prontamente chiarita anche in giurisprudenza (cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, n. 5399 del 23 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1990, VI, p. 167). Diversamente può dirsi, come si vedrà infra par. 4.1, quanto all'istituto della messa alla prova "per adulti" recentemente introdotto dalla l. n. 67 del 2014.

¹⁷³ Così, suggestivamente: M. COLAMUSSI, *Op. cit.*, cit. p. 33.

¹⁷⁴ V. *infra*, par. 4.1.

non dissimili, anche per l'istituto della messa alla prova "per adulti" recentemente introdotto dalla l. n. 67 del 2014, al quale ora ci si dedicherà.

4. Un primo inquadramento della messa alla prova introdotta dalla l. n. 67 del 2014

Forte della pluridecennale esperienza maturata nel contesto del rito minorile, nel quale è emerso il «positivo riscontro» dell'istituto della messa alla prova dell'imputato minorenn¹⁷⁵, con la legge 28 aprile 2014, n. 67, come anticipato, il legislatore ha introdotto un inedito meccanismo di *probation* c.d. processuale nel quadro del procedimento penale "ordinario", così colmando, peraltro, il notevole ritardo maturato rispetto ad altri ordinamenti europei, da tempo già dotatisi di strumenti affini¹⁷⁶.

La citata novella, invero, rappresenta l'epilogo di un lungo e travagliato "percorso" parlamentare, segnato da svariati tentativi di introdurre l'istituto della messa alla prova "per adulti", posti in essere nel corso delle diverse Legislature susseguitesi nell'ultimo quindicennio. Se, infatti, una prima, poco articolata, proposta in materia fu presentata già in data 4 dicembre 2002¹⁷⁷,

¹⁷⁵ In questi termini: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit. p. 675. Di analogo avviso, dando atto di come l'istituto minorile abbia dato «di buona prova di sé»: M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014, cit. p. 1; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla deflazione giudiziaria*, Wolters Kluwer-Cedam, 2014, cit. p. 376. D'altronde, anche la Relazione finale elaborata dalla Commissione Pisapia – istituita il 30 luglio 2006 dal Ministro della Giustizia Mastella con il compito di predisporre uno schema di disegno di legge delega di riforma del codice penale – teneva conto dei dati ministeriali secondo cui la messa alla prova nel rito minorile si concludeva positivamente nell'85% circa dei casi, così optando per l'estensione dell'istituto al sistema ordinario; v.: *ibid.* Scettico, sull'impatto della messa alla prova nel rito minorile, è invece: A. MARTINI, *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, cit. p. 237. Per un'analisi degli ultimi dati statistici disponibili in materia, v.: *La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88). Anno 2016*, a cura del Dipartimento per la Giustizia minorile e di comunità - Servizio Statistica (https://giustizia.it/resources/cms/documents/minori_messa_prova_2016.pdf), p. 23, da cui si evince che, «Per l'anno 2016, le messe alla prova definite al momento dell'analisi dei dati erano circa il 43% del totale dei provvedimenti disposti; di queste circa l'81% ha avuto esito positivo».

¹⁷⁶ In tal senso, per tutti: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit. p. 510.

¹⁷⁷ Cfr.: M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, p. 129 ss. E nt. 27, ove, in particolare, si rinviene un riferimento alla prima

seguita da svariati progetti di legge presentati nelle successive Legislature¹⁷⁸, va rilevato che il testo della proposta A.C. 331-927-B, definitivamente approvato alla Camera dei deputati in data 2 aprile 2014¹⁷⁹ e poi “sfociato” nella l. n. 67 del 2014, riproduce essenzialmente il testo del disegno di legge A.C. 5019-*bis*¹⁸⁰, presentato già nel corso della XVI legislatura, senza tuttavia vedere poi la “luce”.

Senza soffermarsi su tale articolato iter, ciò che rileva, al di là delle differenze, anche sensibili – specie quanto al grado di dettaglio – che segnano le varie iniziative legislative negli anni sottoposte allo studio del Parlamento, è il dato di fondo dal quale le stesse sembrano muovere, frutto della consapevolezza di dover fuggire la tentazione di “importare” *sic et simpliciter* il *probation* minorile nel diverso contesto del sistema ordinario¹⁸¹. La dottrina più attenta, infatti, metteva in luce le criticità che si sarebbero innescate in seguito alla «semplicistica traslazione della disciplina vigente sulla messa alla prova dal campo della giustizia minorile»¹⁸², le cui evidenti

proposta di legge in materia, recante «Disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato», presentata il 4 dicembre 2002 (*XIV Leg., Atti parlamentari, Camera dei Deputati*, stampato n. 3452).

¹⁷⁸ Le quali, peraltro, non hanno mancato di attirare l'attenzione della dottrina; si vedano, a proposito, i riferimenti bibliografici contenuti retro, par. 1, nt. 7. Per una approfondita ricostruzione complessiva dell'articolato iter, v., su tutti: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, p. 45 ss.

¹⁷⁹ Tale proposta, invero, ha assunto tale denominazione in seguito alle modifiche apportate in Senato al testo, approvato in sede di prema lettura alla Camera, è frutto delle proposte di legge unificate AC 331 e 927.

¹⁸⁰ Nato dallo stralcio dal più ampio disegno di legge A.C. 5019; in tal senso, v.: F. VIGANO', *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 1300.

¹⁸¹ In tal senso, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 46.

¹⁸² Così: C. CESARI, *Trasferire alla messa alla prova nel processo penale per adulti: condizioni e limiti di una riforma possibile*, in S. MORDEGLIA, I. MASTROPASQUA (a cura di), *Esperienze di probation in Italia e in Europa*, cit. p. 151. L'A., più in dettaglio, rileva due ordini di problemi: «Per un verso si aggraverebbero limiti e difficoltà applicative che gli artt. 28 e 29 d.P.R. n. 448/88 hanno già evidenziato nel loro ventennio di vita», le quali peraltro emergerebbero con maggior vigore, dal momento che, sotto il profilo quantitativo, si manifesterebbero «in un numero di casi statisticamente assai più rilevante dell'attuale». «Per altro verso, l'impatto dell'istituto con il sistema della giustizia per adulti è destinato a creare problemi inediti, essendo per definizione denso di incognite l'innesto su un nuovo ceppo di una “creatura” nata con un codice genetico parzialmente “alieno” così rischiando di ingenerare «ragioni difficili da fronteggiare nel sistema ordinario, che ha connotati e principi ispiratori totalmente diversi da quelli su cui si fonda la giustizia minorile».

peculiarità facevano decisamente propendere per l'«inesportabilità automatica nell'universo della giustizia ordinaria» dell'istituto minorile¹⁸³.

Ebbene, il legislatore del 2014 sembra aver inteso far tesoro di tali preziose indicazioni. Contro la scarna cornice normativa della messa alla prova dell'imputato minorenni, composta – come si è visto – da pochissimi e non sempre dettagliati articoli, il Capo II della l. n. 67 del 2014 si rivela infatti figlio di un approccio di più ampio “respiro”, già sul piano sistematico. Si tratta, a ben vedere, di un intervento ben più “ambizioso” e, soprattutto, organico, avendo il legislatore predisposto una disciplina molto articolata, la quale, sebbene – come si vedrà – non scevra di profili di criticità e qualche lacuna, non manca di esprimersi su alcuni delicati aspetti che, per converso, nel quadro del rito minorile, stante il silenzio del novellatore del 1988, sono stati chiariti solo grazie al lavoro interpretativo di accademici e Corti¹⁸⁴.

La novella disegnata dal Capo II della l. n. 67 del 2014, interamente dedicato alla “Sospensione del procedimento con messa alla prova”, si sviluppa lungo quattro principali direttrici, incidendo, in maniera anche significativa, su altrettanti contesti normativi.

L'art. 3 della citata legge, innanzitutto, apporta modifiche al Libro I del codice penale, introducendovi, nel quadro del Capo II del Titolo VI, dedicato all'estinzione del reato, gli artt. 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater*, in cui si fissano, in estrema sintesi, i presupposti, i contenuti e gli effetti del nuovo istituto¹⁸⁵.

Inoltre, l'art. 4 della l. n. 67 del 2014, interviene incisivamente sul Libro VI del codice di procedura penale, dedicato ai procedimenti speciali, introducendo *ex novo* il Titolo V *bis*. In quest'ultimo, intitolato “Sospensione del procedimento con messa alla prova”, trovano collocazione gli artt. da 464 *bis* a 464 *novies*, in cui si descrivono dettagliatamente le “modalità” applicative – per così dire – dell'istituto. Si introduce, altresì, l'art. 657 *bis*,

¹⁸³ V.: G. DI CHIARA, *Le forme della semplificazione avanzata: dall'irrelevanza del fatto alla mediazione*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, cit. p. 338.

¹⁸⁴ Si può a proposito rimandare a *retro* parr. 3 e ss. Nell'analisi della disciplina dell'istituto introdotto *ex lege* n. 67 del 2014, ad ogni modo, non si mancherà di richiamare, se opportuno, i tratti essenziali delle problematiche già emerse in sede minorile, nonché delle relative soluzioni interpretative.

¹⁸⁵ In tal senso, v. ad esempio: M. MONTAGNA, *Op. cit.*, cit. p. 374.

recante la disciplina in materia di computo del periodo di messa alla prova in caso di successiva esecuzione della pena.

Ancora, l'art. 5 della l. n. 67 del 2014, introduce il capo X bis del Titolo I delle norme attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, composto dagli artt. 141 *bis* e 141 *ter*. L'art. 6 della l. 67 del 2014, infine, prevede l'aggiunta della lett. *i-bis* all'art. 3 (L), co. 1, del T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, consentendovi l'iscrizione dell'ordinanza che dispone la messa alla prova¹⁸⁶.

Emerge già dall'inquadramento sistematico delle norme riportate – suddivise principalmente tra codice penale e codice di rito – la natura complessa dell'istituto, divisa, in maniera non dissimile da quanto visto per la messa alla prova di cui all'art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988, tra un'indole sostanziale e tratti marcatamente processuali.

Con quest'ultima, del resto, l'istituto introdotto *ex lege* n. 67 del 2014 condivide altresì la “spina dorsale”, retta dalla sequenza sospensione del processo/svolgimento della prova/estinzione del reato in caso di esito positivo¹⁸⁷, riconducibile alla comune appartenenza al *genus* del *probation* c.d. processuale di cui si è detto¹⁸⁸.

Ridotto ai minimi termini, infatti, l'istituto della messa alla prova “per adulti” si risolve nello svolgimento, in seguito alla sospensione del processo all'uopo disposta dal giudice previa richiesta dell'imputato – in presenza di determinati presupposti e sulla base di una prognosi preventiva di non

¹⁸⁶ Va rilevato, per completezza, che gli artt. 7 e 8, che completano il Capo II della l. n. 67 del 2014, sono dedicati, rispettivamente, alle “Disposizioni in materia di pianta organica degli uffici locali di esecuzione penale esterna del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia” ed al “Regolamento del Ministro della giustizia per disciplinare le convenzioni in materia di lavoro di pubblica utilità conseguente alla messa alla prova dell'imputato”

¹⁸⁷ Cfr.: L. PULITO, *Messa alla prova per adulti, anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 1, cit. p. 100. In senso analogo: G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, cit. p. 428.

¹⁸⁸ Sul punto, v., tra gli altri: F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, cit. p. 65 ss.

recidivanza – di una serie di condotte individuate in un “programma di trattamento”. In quest’ultimo, elaborato ed attuato sotto la supervisione dell’Ufficio dell’esecuzione penale esterna (d’ora in poi, u.e.p.e.), si coniugano, come si vedrà, finalità propriamente riparative, da un lato, e istanze più marcatamente repressive, dall’altro, non essendo alcune prescrizioni prive di carattere afflittivo. Ciò che conta, invero, è che tali attività sono destinate a svolgersi «fuori dal procedimento penale»¹⁸⁹, talché, come si è efficacemente osservato, l’istituto «comporta l’apertura nel corso del procedimento penale di una parentesi risocializzante la cui gestione è affidata alle agenzie del *welfare*»¹⁹⁰. Decorso il periodo di sospensione, durante la quale si sviluppa la “prova”, il giudice è chiamato a verificarne gli esiti, pronunciando, in caso “successo” della stessa, un provvedimento proscioglitivo per avvenuta estinzione del reato. Vi si ravvede, pertanto, un «nuovo percorso procedimentale alternativo alla sequenza ordinaria del rito»¹⁹¹, il cui effetto, in caso di esito positivo, consiste, al pari dell’archetipo di cui all’art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988, nella precoce chiusura del processo e nella non applicazione della sanzione penale per essere il reato estinto.

Nondimeno, è bene subito sgombrare il campo dalla suggestione, indotta anche dalla quasi identica denominazione, secondo cui i due istituti sarebbero piattamente assimilabili¹⁹². Nonostante, infatti, la «chiara assonanza»¹⁹³ con la messa alla prova minorile, l’istituto introdotto con la l. n. 67 del 2014 se ne discosta significativamente sotto diversi punti di vista, a partire da *ratio* e finalità¹⁹⁴.

In effetti, se, come si è visto, l’istituto minorile risulta caratterizzato dalla sua vocazione educativa e socializzante, pur presentando un “velato”

¹⁸⁹ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 427.

¹⁹⁰ Lo rileva: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga del dell’esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit. p. 511.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² In tal senso, tra gli altri: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 428. Dello stesso avviso anche: G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 2.

¹⁹³ Così: A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 675. Non si dubita, in altre parole, che l’istituto minorile abbia rappresentato il «punto di riferimento della regolamentazione di nuovo conio»; lo rileva: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, in G. CONSO, G. ILLUMINATI (a cura di), *Op. cit.*, cit. p. 2123. Analogamente, tra gli altri: F. FIORENTIN, *Op. cit.*, cit. p. 65 ss.

¹⁹⁴ Come subito si vedrà, anche a riguardo il panorama dottrinale è omogeneo.

contenuto afflittivo e rispondendo altresì all'esigenza di evitare al minore l'esperienza del processo e, in estrema ipotesi, del carcere, la messa alla prova di cui alla l. n. 67 del 2014 sembra invece apparentemente vocato, in primo luogo, ad istanze di deflazione, tanto della "popolazione" carceraria, quanto del carico di lavoro degli uffici giudiziari.

Si è anticipato, infatti, che la novella del 2014 si inserisce espressamente nel quadro degli interventi legislativi attuati al fine di dare risposta alla deprecabile situazione di sovraffollamento carcerario, stigmatizzata dalla Corte di Strasburgo con la nota sentenza-pilota Torreggiani dell'anno precedente, la quale imponeva al nostro Paese di approntare soluzioni concrete entro un termine stringente¹⁹⁵. Si è così ravvisato, nell'istituto, lo strumento mediante il quale attuare «un'equilibrata decarcerizzazione», espressivo altresì del principio del minor sacrificio per libertà personale¹⁹⁶.

Al contempo, d'altro canto, in quanto congegnato per operare, come si vedrà, alle prime "battute" della fase processuale, il *probation* giudiziale delineato dalla l. n. 67 del 2014 si colloca a pieno titolo tra le tecniche di *diversion*, offrendo all'imputato una «via di fuga dal processo»¹⁹⁷. Quest'ultima passa attraverso un percorso risocializzante, il quale, a ben vedere, essendo imperniato su un'attività dai contenuti marcatamente afflittivi – il lavoro di pubblica utilità – si presta ad essere visto come una forma di "espiazione" per il crimine commesso. Così, si è osservato che l'istituto consente di dare risposta alla oramai improcrastinabile necessità di ricalibrare il sistema processuale e sanzionatorio, incentivando il «ricorso a sanzioni non penali o comunque alternative alla detenzione» e, al contempo, predisponendo «un più efficace meccanismo di doppio binario processuale, idoneo a selezionare per la trattazione con il rito ordinario i procedimenti

¹⁹⁵ V. a proposito, *retro* par. 1; è bene altresì rimandare alla nt 4 per i riferimenti dottrinali in materia.

¹⁹⁶ Cfr.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, *Op. cit.*, cit. p. 3438, ove si fa menzione ad alcuni estratti dei lavori parlamentari. Aderisce all'opinione anche: G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 3. Su tutti, quanto alle esigenze di deflazione carceraria sottese all'istituto, v.: F. VIGANO', *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 1301.

¹⁹⁷ V.: F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, cit. p. 3.

afferenti a fatti (veramente) meritevoli dell'accertamento dibattimentale, implementando, per tutte le altre ipotesi, modalità alternative di definizione degli affari penali»¹⁹⁸.

A fronte della descritte finalità perseguite – in via primaria – dal legislatore però, tra i primi commentatori della novella, da più parti si sono avanzati dubbi circa la reale portata deflattiva dell'istituto. Quanto alla riduzione del flusso “in entrata” verso il carcere, preso atto che, per espressa scelta legislativa, l'area di applicazione dell'istituto «copre in gran parte reati “bagatellari” procedibili ad istanza di parte»¹⁹⁹, si è portata in luce la scarsa “competitività” della messa alla prova. Raramente, difatti, gli autori di simili reati sono destinati a varcare le soglie del carcere, essendo verosimile che essi beneficino, nell'eventualità di una condanna, della sospensione condizionale della pena o di altre alternative alla detenzione dai contenuti parimenti meno gravosi della messa alla prova, se del caso, previo ottenimento delle “riduzioni” di pena che l'accesso ai riti c.d. premiali assicura²⁰⁰. Si temeva, quindi, che il *probation* processuale si sarebbe rivelato appetibile solo per coloro ai quali risulti precluso l'accesso ad altri “benefici”, o piuttosto per chi miri all'esenzione dalle pene accessorie che la messa alla prova garantisce, essendo interessato, ad esempio, a porre in essere contratti con la pubblica amministrazione²⁰¹.

Dal punto di vista, invece, dell'impatto “decongestionante” sull'ingolfata macchina giudiziaria, non si è mancato di sottolineare, del pari, come l'istituto postuli in realtà il compimento di una serie di attività anche

¹⁹⁸ Così: F. FIORENTIN, *Op. cit.*, cit. p. 63. In senso analogo, v.: F. GIUNCHEDI, *Op. cit.*, cit. p. 2; G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 3.

¹⁹⁹ F. GIUNCHEDI, *Op. cit.*, cit. p. 3. Si rimanda, per più approfondite considerazioni circa lo “spettro” applicativo dell'istituto, a quanto si dirà *infra* Cap. II, par. 1 e ss.

²⁰⁰ In tal senso, per tutti, v.: R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2014, p. 745. Si consideri, in ultimo, che la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 41 del 6 febbraio 2018, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. art. 656, comma 5, del codice di procedura penale, nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni. A tale ultimo proposito, v.: V. ALBERTA, *Con l'affidamento allargato pena sospesa fino a 4 anni: incostituzionale il quinto comma dell'articolo 656 c.p.p.*, in *Giur. pen. (Web)*, 2018, n. 3.

²⁰¹ In tal senso, per tutti, v.: F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit. p. 11 ss.

complesse da parte dell'autorità giudiziaria, che richiedono la celebrazione di una pluralità di udienze, nell'auspicio di una definizione anticipata del rito peraltro soltanto eventuale²⁰². Se ciò non ha di certo scoraggiato il ricorso all'istituto, di cui i dati statistici più recenti rilevano un impiego considerevole nella prassi giudiziaria²⁰³, in modo ancor più pregnante, da altra prospettiva, si è notato come l'atteso effetto deflattivo del carico giudiziario sarebbe realizzato a costo di un sovraccarico dell'U.e.p.e., il quale, nell'ambito della messa alla prova, gioca un ruolo centrale. Il problema, in definitiva, sarebbe semplicemente spostato al di fuori delle aule di giustizia, con pesantissime ricadute, però, su tutta l'area delle misure alternative, stante l'inevitabile allungamento dei tempi di "trattazione" dell'U.e.p.e.²⁰⁴, a mala pena "equipaggiato" per far fronte agli ampi compiti già in precedenza ad esso conferiti²⁰⁵.

Emersi simili dubbi sulla reale "efficacia" deflattiva dell'istituto, non è mancato, tuttavia, chi ne ha saputo mettere in risalto la reale portata innovativa, ravvisabile nell'apertura verso un modello "alternativo" di giustizia penale, non imperniato, in altre parole, sul "mero" paradigma retributivo²⁰⁶. I possibili contenuti del programma di intervento che l'imputato volontariamente intraprende, infatti, disvelano la finalità riparativa sottesa all'istituto. Più in particolare, la previsione di condotte

²⁰² Rileva la concreta possibilità che sia richiesta la celebrazione di una pluralità di udienze, ad esempio: V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015, cit. p. 3 ss.

²⁰³ Stando ai dati statistici in materia di «Misure alternative, lavoro di pubblica utilità, misure di sicurezza, sanzioni sostitutive e messa alla prova» resi disponibili dal Ministero della Giustizia, infatti, alla data del 30 settembre 2018, risultano 13.571 applicazioni dell'istituto della messa alla prova "per adulti", a fronte di un totale riferibile all'"area" complessiva delle misure alternative di 52.451 applicazioni; i dati, aggiornati periodicamente, sono consultabili su: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST141774&previousPage=mg_1_14.

²⁰⁴ A proposito, ad esempio, v.: M. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit. p. 676 ss.

²⁰⁵ In tal senso, v., *ex plur.*: A. DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, cit. p. 144; F. FIORENTIN, *Necessaria una nuova pianta organica degli uffici di esecuzione esterna*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, cit. p. 85.

²⁰⁶ Ciò, in particolare, già in sede di primo commento alla novella; v., *sin d'ora*: F. FIORENTIN, *Op. cit.*, cit. p. 63 ss. In generale, sul tema della giustizia riparativa, si rimanda a *retro* par. 3, nt. 58.

volte a rimuovere le conseguenze negative del reato e a riparare il danno da esso arrecato e, soprattutto, l'apertura di un'inedita "finestra" per la mediazione penale nel contesto del rito ordinario²⁰⁷, da un lato, nonché la possibilità di svolgere attività di volontariato e – sebbene più velatamente – il lavoro di pubblica utilità presso enti con finalità pubblicistiche, dall'altro, svelano l'intento di dar luogo ad un significativo avvicinamento ai paradigmi della *restorative justice*, già da tempo assimilati in altri ordinamenti giuridici²⁰⁸. Con la messa alla prova, invero, si riconosce all'imputato la possibilità di intraprendere un vero e proprio "percorso alternativo", volto a ricomporre la "frattura" dell'ordine sociale generata con il reato tanto nei confronti della collettività, quanto, ed in specie, nei confronti della vittima, passando attraverso la riparazione, anche in forma simbolica, del danno da reato. Ad un'inusitata attenzione alla effettiva "soddisfazione" della vittima, d'altro canto, si affianca la possibilità per il reo di assumere un ruolo di spicco nel procedimento di risposta all'illecito, passando da soggetto meramente passivo del processo di accertamento-inflizione, a protagonista di una «parentesi risocializzante»²⁰⁹ attraverso la quale "guadagnarsi", oltre che la stessa sottrazione al processo ed alla sanzione penale, il reinserimento sociale. Così, stante la capacità dell'istituto di fornire un "nuovo" modello di reazione all'illecito penale, spezzando – finalmente – le catene di un sistema polarizzato sul binomio reato-pena, in dottrina se ne è condivisibilmente valorizzata la prorompente portata sistematica, preannunciando la vera e

²⁰⁷ Ne rileva però, non senza un certo "rammarico", gli angusti spazi: G. MANNOZZI, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 782.

²⁰⁸ Di tale avviso, circa la vocazione dell'istituto ai canoni propri della giustizia riparativa, tra i molti, sebbene con le rispettive puntualizzazioni: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit. p. 512; F. FIORENTIN, *Op. cit.*, cit. p. 63 ss.; F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa, passim*; M. MARANDOLA, *Op. cit.*, p. 676; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 371 ss.; L. PULITO, *Messa alla prova per adulti, anatomia di un nuovo modello processuale*, cit. p. 97 ss.; *id.*, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, cit. p. 87 ss.; G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 4; N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 62. V. però: G. MANNOZZI, *Op. ult. cit.*, p. 782; v. anche, con qualche considerazione in chiave critica: R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, cit. p. 164 ss.

²⁰⁹ L'efficace espressione è di: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2124.

propria «rivoluzione copernicana»²¹⁰ verso il paradigma riparativo cui la sospensione del processo con messa alla prova – ove debitamente implementata – aprirebbe la via, «dando cittadinanza nell’ambito del rito penale a tecniche di risoluzione dei conflitti sottesi al reato ovvero, più in generale, metodi di reazione istituzionale all’illecito penale radicalmente alternativi a quelli tradizionali capaci di obliterare non solo il ricorso alla sanzione criminale “classica”, ma anche l’impiego dello strumentario processuale ad esso normalmente collegato»²¹¹.

Pertanto, pare senz’altro corretto, in linea con l’opinione prevalente, ravvisare nell’istituto una *ratio* “poliedrica”, non ridotta, cioè a “mere” finalità deflattive – immediatamente riconoscibili negli intenti del legislatore – bensì incline ad assecondare effettivamente anche l’“animo nobile” del *probation* in esame, che, come visto, si rifà agli ideali della *restorative justice*.

Merita segnalare, conclusivamente, che nonostante un certo scetticismo sul possibile successo applicativo che ha accompagnato l’introduzione della messa alla prova *ex lege* n. 67 del 2014²¹², si è autorevolmente constatato che questa «ha avuto un indiscutibile successo», presentandosi attualmente come «un istituto particolarmente vitale»²¹³. Stando agli ultimi dati statistici messi

²¹⁰ Così: F. FIORENTIN, *Op. cit.*, cit. p. 64.

²¹¹ Cfr.: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit. p. 512.

²¹² Simile, poco rosea aspettativa si doveva, in particolare, alla assenza di investimenti in materia di personale e risorse da destinare ai servizi sociali, rimandati, stando alla l. n. 67 del 2014, solo ad un successivo ed eventuale intervento legislativo *ad hoc*, tanto che – si rileva – «la riforma rischi[a] di collassare ancor prima di entrare a regime»; in tal senso: A. DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, cit. p. 144; v. anche: F. FIORENTIN, *Necessaria una nuova pianta organica degli uffici di esecuzione esterna*, p. 85. Al contempo, sotto diverso profilo – ma con analoghe perplessità circa la scarsità delle risorse finanziarie – si individuava un’ulteriore criticità nell’aver incentrato la messa alla prova sul lavoro di pubblica utilità nonostante quest’ultimo – che, come si vedrà, costituisce contenuto indefettibile del *probation* in esame – già previsto in vari contesti normativi, si sia rivelato «sin qui fallimentare»; per tutti, v.: F. CAPRIOLI, *Op. cit.*, p. 8 ss.

²¹³ Così, testualmente: R. BARTOLI, *La “novità” della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, cit. p. 6 ss. In particolare, secondo l’A., l’inaspettato successo della messa alla prova si deve al fatto che «la disciplina dell’istituto, basata sulla richiesta del soggetto e sulla presenza di contenuti afflittivi, ha permesso l’incontro di due esigenze. Da un lato, dalla prospettiva del richiedente, si deve considerare che l’imputato non vuole giocarsi la sospensione condizionale della pena, o comunque gli istituti sospensivi che trovano applicazione nella fase cognitiva, con la conseguenza che la gamma dei destinatari della misura risulta molto ampia. [...] Dall’altro lato, dalla prospettiva del concedente, si deve osservare che proprio perché la messa alla prova è dotata di contenuti afflittivi, il giudice tende a considerare la sua applicazione il momento di effettività del sistema mancante in sede di cognizione».

a disposizione dal Ministero della Giustizia, in effetti, al 28 febbraio 2018 risultano ben 11.662 applicazioni della messa alla prova, a fronte di un totale di 49.626 provvedimenti inerenti, in generale, «Misure alternative, lavoro di pubblica utilità, misure di sicurezza, sanzioni sostitutive e messa alla prova»²¹⁴.

4.1. (segue)..ed un primo dilemma: la natura dell'istituto e le conseguenti problematiche di diritto intertemporale

Le “forze” concorrenti che si agitano in seno all'istituto della «sospensione del procedimento con messa alla prova», introdotto dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, si ripercuotono sulla controversa natura del meccanismo di *probation* di recente introduzione. Dalla esatta individuazione di quest'ultima, per vero, dipende la risoluzione di delicate questioni di diritto intertemporale, sorte a fronte della scelta del legislatore di astenersi dal predisporre una disciplina transitoria che regoli l'applicazione dell'istituto nei processi pendenti alla data di entrata in vigore della citata legge. Sul tema, da subito, si è innescato un acceso dibattito, che ha diviso in modo piuttosto netto la platea degli interpreti ed il formante giurisprudenziale, finendo persino per richiedere, come si vedrà, l'intervento – forse solo provvisoriamente risolutivo – della Corte costituzionale.

La novella del 2014, mossa dall'impellente esigenza di introdurre “misure idonee” a fronteggiare la deprecabile situazione degli istituti penitenziari italiani già stigmatizzata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo con la nota sentenza *Torreggiani* dell'8 gennaio 2013²¹⁵, ha

²¹⁴ Per i dati statistici, disponibili sul sito istituzionale del Ministero della Giustizia v.: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=1_5_40&contentId=SST99724&previousPage=mg_1_14.

²¹⁵ Corte e.d.u., Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*; con note, tra gli altri, di: G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, n. 2, p. 948 ss. Sulla “relazione” tra l'introduzione dell'istituto in esame e la citata pronuncia della Corte di Strasburgo, v. sia pure *en passant*: F. VIGANO'; *Op. cit.*, cit. p. 1301. Più in dettaglio, v.: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 16 ss. V. anche: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 6, 2014, p. 662 ss. Non è mancato, peraltro, chi, a proposito, ha opportunamente richiamato

previsto una disciplina piuttosto sofisticata dell'istituto, di cui si sono messe in luce le linee essenziali²¹⁶.

Si rammenterà che, *in nuce*, la messa alla prova comporta, oltre all'adozione, da parte dell'imputato, di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, e, ove possibile, al risarcimento del danno, l'affidamento al servizio sociale per l'esecuzione di un programma di intervento. Si è prevista, quale contenuto indefettibile di quest'ultimo, la prestazione di lavoro di pubblica utilità, al cui svolgimento la messa alla prova è dunque subordinata. In caso di esito positivo del *probation*, il reato per cui si procede è estinto²¹⁷.

D'altro canto, se ne sono definite articolate cadenze procedurali. La messa alla prova si sviluppa integralmente nel corso della fase processuale²¹⁸, in un momento antecedente, pertanto, all'esecuzione della pena ed alla stessa pronuncia della sentenza di condanna. Al più tardi entro la dichiarazione di apertura del dibattimento²¹⁹, infatti, su espressa richiesta

anche la precedente sentenza Sulejmanovic (Corte e.d.u., Sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, in *Rass. pen. e crim.*, 2009, p. 175); v.: F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Arch. Pen. (web)*, 2014, n. 3 cit. p. 1 ss.; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, *ivi*, 2015, n. 1, cit. p. 2 ss e nt. 7.

²¹⁶ V. *retro*, par. 4.

²¹⁷ Cfr. artt. 168-bis e 168-ter c.p. Negli stessi termini: Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1482 ss., con note di: J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, *ivi*, p. 1488 ss.; G. L.: *La Corte costituzionale esclude l'applicazione della messa alla prova nei dibattimenti già aperti all'epoca della sua introduzione (e nega l'illegittimità della relativa disciplina intertemporale)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2015; e F. PICCICHÈ, *La messa alla prova per adulti alla consulta*, in *Quest. giust. (web)*, 10 febbraio 2016.

²¹⁸ Invero, nonostante, la denominazione adottata dal legislatore – sospensione del *procedimento* con messa alla prova – si è opportunamente fatto notare che, postulando il recente *probation* l'esercizio dell'azione penale anche allorché richiesto nel corso delle indagini preliminari, il campo esclusivo di applicazione dell'istituto resta confinato alla fase propriamente processuale. Non è mancato, a tal riguardo, ha parlato di vero e proprio «infortunio lessicale»; così: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga del dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in *Leg. pen.*, 2014, n. 4, cit. p. 524. Altra dottrina, tuttavia, ha ritenuto l'opinione appena riportata frutto di eccessivo rigore, a fronte del “mero” «impiego del termine generale anziché di quello più specifico», dato che «se il “procedimento” include la fase del vero e proprio “processo” [...] con l'arresto di quest'ultimo si ha inevitabilmente anche la sospensione del primo»; v. G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2, cit. p. 2.

²¹⁹ Più precisamente, ai sensi dell'art. 464-bis, co. 2, c.p.p.: «Nei casi previsti dall'articolo 168-bis del codice penale l'imputato può formulare richiesta di sospensione del procedimento con

dell'imputato e previa valutazione del giudice dell'ammissibilità della stessa, il processo è sospeso per consentire la prova. L'istituto, invero, è riconducibile al concetto di *probation* c.d. processuale o giudiziale²²⁰ e, al pari dell'archetipo della messa alla prova per imputati minorenni di cui all'art. 28 del D.P.R. 448/1988, costituisce una fattispecie di sospensione c.d. impropria del processo penale²²¹.

Già da queste prime coordinate, a ben vedere, pare riduttivo collocare l'istituto nell'orizzonte delle misure definite "svuotacarceri" predisposte da precedenti provvedimenti legislativi²²².

messa alla prova. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422 o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio. Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta è formulata entro il termine e con le forme stabiliti dall'articolo 458, comma 1. Nel procedimento per decreto, la richiesta è presentata con l'atto di opposizione».

²²⁰ In tal senso, tra i molti, v.: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, in G. CONSO, G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, 2015, cit. p. 2124.; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, n. 1, cit. p. 1 ss.

²²¹ Si determina, infatti, una paralisi quasi assoluta dell'attività processuale, previa adozione di un provvedimento *ad hoc* da parte del giudice procedente; con quest'ultimo, viepiù, si apre una fase incidentale che si sviluppa davanti allo stesso giudice che ha disposto la sospensione e che si conclude con un'udienza dedicata al compimento di una valutazione *in itinere*. In tal senso e più nel dettaglio: M. CHIAVARIO, voce *Sospensione del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, 1993, cit. p. 3; G. UBERTIS, voce *Sospensione del processo penale*, in *Enc. Dir, Agg. I*, 1997, p. 940 ss.

²²² Sul tema, v.: A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, 2014, *passim*. Difatti, si era da subito fortemente dubitato dell'effettivo impatto sulla popolazione carceraria, temendosi cioè, che il *probation* processuale si sarebbe rivelato appetibile solo per coloro ai quali risulti precluso l'accesso ad altri "benefici", piuttosto per chi miri all'esenzione dalle pene accessorie che la messa alla prova garantisce, essendo interessato, ad esempio, a porre in essere contratti con la pubblica amministrazione; in tal senso, per tutti: F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 11 ss. Così, in dottrina la *ratio* dell'istituto è apparsa di portata ben più ampia. In esso, congegnato quale strumento idoneo a consentire la "precoce" fuoriuscita dal processo penale e la relativa chiusura "anticipata", si ravvedono, da un lato, i tratti salienti dei meccanismi di *diversion*. A ben vedere, consentendo all'imputato di intraprendere un «percorso di reinserimento alternativo» (Cfr.: *Relazione alla p.d.l. AC 331/2013*, cit. p. 3.) incentrato sulla riparazione del danno da reato, tanto nei confronti della collettività, quanto, soprattutto, della vittima, dall'altro se ne coglie l'essenza di "innovativa" forma di reazione all'illecito penale, idonea a ripensare il dogma retributivo, rigidamente imperniato sul binomio reato-pena. Nella messa alla prova, dunque, si incontrano finalità squisitamente deflative, stante l'auspicato impatto "decongestionante" sul carico di lavoro degli uffici giudiziari²²², e l'esigenza di rivisitare l'arcaico sistema sanzionatorio, inaugurando una «rivoluzione copernicana» (Così: F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, cit. p. 63), che, se colta, potrebbe finalmente «traghetta[re] l'ordinamento processualpenalistico verso le logiche della giustizia riparativa» (Lo rileva efficacemente: C. CESARI, *La sospensione del processo con*

La ratio poliedrica dell'istituto si rispecchia, come anticipato, nella natura complessa o “anfibia” della sospensione del processo con messa alla prova. In essa, infatti, in maniera non dissimile dall'omologo istituto previsto nel rito minorile²²³, un animo di matrice strettamente sostanziale convive con caratteri senza dubbio processuali²²⁴.

Ciò, invero, si ricava già dalla collocazione sistematica dell'istituto. Il Capo II della l. n. 67 del 2014, recante la disciplina della messa alla prova, infatti, è intervenuto su diversi contesti normativi. Per quanto di interesse, in primo luogo, l'art. 3 apporta modifiche al Libro I del codice penale, introducendovi, nel quadro del Capo II del Titolo VI, dedicato all'estinzione del reato, gli artt. 168 *bis*, 168 *ter* e 168 *quater*, in cui si fissano, in estrema sintesi, i presupposti, i contenuti e gli effetti del nuovo istituto. Inoltre, l'art. 4 della l. n. 67 del 2014, interviene incisivamente sul Libro VI del codice di procedura penale, dedicato ai procedimenti speciali, introducendo *ex novo* il Titolo V *bis*. In quest'ultimo, intitolato «sospensione del procedimento con messa alla prova», trovano collocazione gli artt. da 464 *bis* a 464 *novies*, in cui se ne descrivono le articolate “modalità” applicative²²⁵.

A fronte della natura “dichiaratamente” complessa dell'istituto, dunque, risulta decisivo stabilire a quale “faccia” – sostanziale o processuale – vada riconosciuto rilievo preponderante. Lungi dall'assumere sapore meramente classificatorio, la questione ha importanti ricadute dal punto di vista pratico. Da essa, in mancanza di una norma di diritto transitorio, dipende invero l'individuazione dell'esatto principio di diritto intertemporale mediante cui risolvere il problema della controversa applicabilità dell'istituto nei

messa alla prova, cit. p. 512). Più in generale, sul tema della giustizia riparativa e delle sue sfaccettature, v., su tutti: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, Giuffrè, 2003. Ne valorizza l'influsso sulla messa alla prova: A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1265 ss.

²²³ Sul tema, v. *ex plur.*: M. COLAMUSSI, *La messa alla prova*, Cedam, 2010, p. 27 ss., la quale, in ultimo, sembra propendere per la natura sostanziale del *probation* minorile.

²²⁴ A proposito si registrano, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, vedute assolutamente uniformi.

²²⁵ La novella ha inciso su ulteriori cornici normative che, a ben vedere, presentano scarso interesse nell'ottica del presente lavoro. A tal proposito, quindi, v. ad esempio: M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla deflazione giudiziaria*, Wolters Kluwer-Cedam, 2014, p. 374.

procedimenti che, al momento dell'entrata in vigore della novella, abbiano già superato le rigide soglie che l'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p. fissa, a pena di decadenza²²⁶, per la presentazione della richiesta di messa alla prova da parte dell'imputato²²⁷.

Se, dunque, alla sospensione del processo con messa alla prova – per la quale, a differenza di quanto avvenuto in campo minorile, non si è prevista alcuna norma di diritto intertemporale²²⁸ – si attribuisse (prevalente) natura processuale, l'applicazione dell'istituto risulterebbe preclusa nei procedimenti che abbiano (già) superato le soglie di cui all'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p. al momento dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014. Per converso, se si

²²⁶ In tal senso, *ex plur.*: G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, cit. p. 440.

²²⁷ A proposito, in generale, è bene solo rammentare che il legislatore, nella sua attività di *law-making*, può decidere se predisporre o meno una specifica disciplina di carattere “transitorio”. In assenza di essa, la successione tra norme nel tempo è invece regolata dai principi di diritto intertemporale. Come è noto, tuttavia, questi ultimi operano diversamente a seconda della “materia” interessata dall'intervento legislativo (la letteratura sul tema è imponente; per tutti, v.: O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Giuffrè, 1999, *passim*; più di recente: M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013, p. 30 ss.). L'ordinamento processuale, infatti, è dominato dal principio del *tempus regit actum* di cui all'art. 11 delle preleggi, secondo il quale la legge non dispone che per l'avvenire ed è priva di effetto retroattivo. Ne deriva, in estrema sintesi, che gli atti in precedenza compiuti preservano la propria efficacia malgrado l'avvento di una nuova legge processuale. Inoltre, stante la generale efficacia immediata del *novum* normativo, tutti gli atti successivi all'entrata in vigore della nuova legge sono da essa regolati. Ove, invece, la modifica legislativa intervenga nel “campo” del diritto penale sostanziale, i profili temporali dell'avvicendamento tra norme sono regolati diversamente a seconda che la novella incida positivamente o meno sulla “posizione” del reo (in tal senso e più nel dettaglio: *ibid.*). Per quanto di interesse, allorché la nuova normativa sortisca effetti favorevoli per l'accusato – come si sostiene per il caso della messa alla prova che qui ci occupa – vige il principio di retroattività della *lex mitior* di cui all'art. 3, co. 4, c.p. (sul tema, per tutti: F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013). A quest'ultimo, peraltro, si riconosce fondamento costituzionale nell'art. 3 Cost. e, da tempi più recenti, nell'art. 117 Cost., integrato dall'art. 7 CEDU nell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo a partire dalla nota sentenza Scoppola del 17 settembre 2009 (cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 ss., con note di G. ICHINO, *L'“affaire Scoppola c. Italia” e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*; e M. GAMBARDELLA, *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, *ivi*, p. 2020 ss.; nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010 p. 832 ss., Con nota di C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*).

²²⁸ Si allude all'art. 30, co. 2 del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272, secondo cui «Le disposizioni degli articoli 28, 29 e 30 del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988 n. 448 si applicano ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore dello stesso». In giurisprudenza, a proposito, v. *ex plur.*: Cass., Sez. I, n. 5399 del 23 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1990, VI, p. 167.

considerasse dominante la matrice sostanziale, l'applicazione dell'istituto sarebbe possibile oltre tali "barriere" ed, anzi, in presenza della richiesta dell'imputato, sarebbe persino imposta in quanto avente effetti *in bonam partem*.

4.1.1. I profili sostanziali dell'istituto: le prime pronunce di merito e lo "spiraglio" aperto dalla Cassazione

Muovendo dai nitidi tratti sostanziali dell'istituto, gran parte della dottrina si è schierata in tale secondo senso, optando, cioè per la possibilità di applicare retroattivamente la disciplina della messa alla prova ai procedimenti in cui, all'avvento della l. n. 67 del 2014, si fosse già superata la fase segnata dai limiti di cui all'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p.

Si è posta enfasi, in particolare, sull'effetto sostanziale che la messa alla prova produce, in quanto configurata espressamente alla stregua di una nuova causa di estinzione del reato²²⁹. Non va dimenticato, d'altro canto, che la prova comporta l'applicazione di una serie di prescrizioni comunque invasive della libertà personale dell'imputato, postulando pur sempre un accertamento della relativa responsabilità per il fatto addebitatogli, sebbene allo stato degli atti e sommario, secondo la regola di giudizio "rovesciata" di cui all'art. 129 c.p.p. Il "programma" di cui consta il *probation*, persegue finalità rieducative e, non essendo privo di contenuto afflittivo, soddisfa al contempo esigenze di prevenzione speciale e generale, al pari, cioè, di misure propriamente penali²³⁰. Comportando l'istituto effetti di indubbio favore per il reo, al quale si consente di evitare la sanzione criminale, l'art. 2, co. 4, c.p. ne imporrebbe dunque l'applicazione ai procedimenti pendenti. Secondo taluno, invero, l'applicazione della messa alla prova sarebbe preclusa solo innanzi alla Corte di cassazione, mal conciliandosi le valutazioni di stretto

²²⁹ Sul punto, tra i molti, v.: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 6, 2014, cit. p. 672.

²³⁰ Alla luce di ciò, invero, non è mancato chi, in chiave critica, ha parlato di «criptocondanna»; v.: F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento*, cit. p. 9 ss.

merito che l'ammissione alla prova postula con la "struttura" del giudizio di legittimità²³¹.

A sostegno di tale opinione, peraltro, si adducono argomenti di ordine costituzionale e convenzionale. In primo luogo, si stigmatizza la disparità di trattamento che si verificherebbe se si facesse dipendere la possibilità di accedere al beneficio nei processi pendenti dal superamento delle soglie di cui all'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. In particolare, le posizioni – sostanzialmente omogenee – dei soggetti imputati al momento di entrata in vigore della novella sarebbero irragionevolmente differenziate in ragione del dato, meramente formale, della diversa fase processuale in cui versa il rispettivo procedimento, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.²³². Soprattutto, ancora, il concetto di «retroattività europea» imporrebbe di non considerare operative tali preclusioni quanto ai procedimenti pendenti²³³. Il principio di retroattività *in mitius*, invero, già previsto dall'art. 15 del patto di New York e dall'art. 49 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, oltre a costituire, nella prospettiva della Corte di Giustizia, un principio fondamentale comune agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, ha trovato da ultimo riconoscimento nell'art. 7 CEDU. Tale norma, secondo la Corte europea dei diritti dell'Uomo, «non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa»²³⁴. Come è noto, le norme della CEDU, nell'interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo, assumono il rango di parametro interposto nel giudizio di costituzionalità della legislazione interna per il tramite dell'art. 117 Cost.,

²³¹ Di tale avviso: R. BARTOLI, *Op cit.* cit., p. 673. Favorevole all'applicazione dell'istituto anche in Cassazione, invece: N. PASCUCCI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e questioni di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1150.

²³² In tal senso, ad esempio, si veda l'ordinanza con la quale il Tribunale di Torino ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 464-bis, co. 2 c.p.p.; cfr. Trib. di Torino, ord. 28 ottobre 2014, in *Gazz. Uff.*, 1° Serie Speciale – Corte costituzionale, n. 5 del 4 febbraio 2015, p. 16 ss.

²³³ In tal senso, per tutti, v. ancora: R. BARTOLI, *Op cit.*, cit. p. 673, al quale si deve l'espressione riportata.

²³⁴ Cfr. Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 109. Secondo la Corte, inoltre, «questo principio si traduce nella norma secondo cui, 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».

talché anche tale ultima disposizione della Carta fondamentale risulterebbe vulnerata ove si precludesse l'applicazione retroattiva della disciplina della messa alla prova²³⁵.

Così, nei mesi immediatamente successivi all'avvento della l. n. 67 del 2014, facendo leva sull'art. 2, co. 4 c.p. ed invocando proprio i citati parametri costituzionali, alcune pronunce di merito sono pervenute ad applicare l'istituto *de quo* nonostante il procedimento si trovasse in uno "stadio" successivo rispetto a quelli in cui l'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. ammette la richiesta dell'imputato.

Innanzitutto, il Tribunale di Torino, con ordinanza del 21 maggio 2014, ha accolto una richiesta di sospensione del processo con messa alla prova, con riserva di allegazione del programma di trattamento la cui elaborazione era già stata richiesta all'U.e.p.e., presentata pur essendo stato in precedenza dichiarato aperto il dibattimento²³⁶. A tal fine, si è fatto ricorso all'istituto della restituzione del termine *ex art. 175 c.p.p.*, dal momento che il rispetto dei termini decadenziali fissati dall'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. era risultato impossibile per cause di forza maggiore (ravvisate nel *c.d. factum principis*), essendo la legge entrata in vigore solo in seguito al superamento di tali soglie. Sebbene, tra i primi commentatori della novella, si fosse paventata siffatta possibilità²³⁷, la soluzione adottata dal giudice torinese è stata sottoposta a critiche in dottrina, poiché pare piegare l'istituto di cui all'art. 175 c.p.p. a finalità molto diverse da quelle che gli sono proprie²³⁸, aprendo

²³⁵ In tal senso, e per una ricostruzione del tema, completa dei riferimenti alle norme ed alle pronunce delle Corti europee, v.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, in G. CANZIO, R. BRICCHETTI, *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2017, II, cit. p. 3452 ss.

²³⁶ Cfr.: Trib. di Torino, ord. 21 maggio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014, con nota di M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*; e in *Quest. giust. (web)*, 22 maggio 2014, con nota di G. ZACCARO, *Prima applicazione della messa alla prova per adulti*.

²³⁷ Sul punto, v.: V. BOVE, *Messa alla prova per adulti: un punto sulla L. 67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014, cit. p. 26. Secondo l'A., invero, «in questo modo non è il singolo giudice che individua il momento in cui poter presentare la richiesta, ma è pur sempre il legislatore che fornisce 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 fase processuali dell'art. 464 bis co 2 c.p.p. siano state superate».

²³⁸ Di tale avviso, ad esempio: C. PECORELLA, *Il Tribunale di Genova ammette la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014 n. 67*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2014, cit.

ad «una sorta di retroattività a richiesta [...] della legge processuale»²³⁹. Oltre che per il risultato, peraltro, il ricorso all'art. 175 c.p.p. pare esporre il fianco ad un'obiezione di metodo. In presenza, infatti, di una norma, quale l'art. 464-*bis* c.p.p., che – come si dirà – ben si presta ad esprimere una precisa opzione legislativa per la definizione del regime di applicabilità della messa alla prova nei processi pendenti, invocare il *factum principis* per consentirne il ricorso oltre le soglie stabilite pare risolversi in un *escamotage* per aggirare la volontà dello stesso legislatore. In ogni caso, il ricorso all'istituto di cui all'art. 175 c.p.p., sarebbe precluso decorso il rigoroso termine di dieci giorni dalla cessazione del caso fortuito o della forza maggiore di cui al co. 1, che, nel caso che ci occupa, sarebbe venuta meno al momento dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014²⁴⁰.

A distanza di alcuni mesi, poi, anche il Tribunale di Genova, con ordinanza del 7 ottobre 2014, ha ritenuto ammissibile una richiesta di messa alla prova presentata nel corso del dibattimento di primo grado²⁴¹. Per giungere a simile esito, tuttavia, non si è intrapresa la “tortuosa” via della restituzione del termine *ex art. 175 c.p.p.*, essendosi adottata un'opzione ermeneutica più “diretta”. Fatto richiamo, al pari del Tribunale di Torino, alla necessità di applicare la *regola iuris* di cui all'art. 2, co. 4, c.p., visto l'effetto sostanziale di favore che, sebbene in via eventuale, la messa alla prova produce, il giudice genovese ha ritenuto di dover fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 464-*bis* c.p.p. Così, muovendo dalla premessa che da tale norma non potrebbe ragionevolmente discendere alcuna preclusione all'applicazione retroattiva del nuovo istituto, il principio della *lex mitior* di cui si è detto impone, in via transitoria, di consentire all'imputato di formulare la richiesta anche dopo la scadenza dei termini fissati dal legislatore, purché nel solo ambito del giudizio di primo

²³⁹ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 441.

²⁴⁰ Nello stesso senso: C. PECORELLA, *Op. cit.*, cit. A ben vedere, il Tribunale non prende posizione sul punto, limitandosi a constatare che la richiesta di messa alla prova era stata avanzata «alla prima occasione utile». Rileva l'«inconveniente», pur condividendo la soluzione adottata dal giudice torinese: N. PASCUCCI, *Op. cit.*, cit. p. 1149.

²⁴¹ Cfr.: Trib. di Genova, ord. 7 ottobre 2014, in n. *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2014, con nota di C. PECORELLA, *Op. cit.*

grado²⁴². Ciò, peraltro, si giustificerebbe anche alla luce del canone di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost. e, d'altro canto, non si porrebbe in contrasto con quanto già affermato dalla Corte di cassazione circa l'inapplicabilità della messa alla prova nel corso del giudizio di legittimità²⁴³. Dall'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 464-*bis* c.p.p., pertanto, discende – sempre secondo il giudice genovese – la possibilità per l'imputato di formulare la richiesta «nel primo momento processualmente utile immediatamente successivo alla data di entrata in vigore dell'istituto di favore e quindi soltanto all'inizio della prima udienza successiva a tale data»²⁴⁴. Orbene, benché meno “eccentrica” rispetto all'opzione fondata sull'art. 175 c.p.p., anche l'approdo del tribunale ligure non è andato esente da critiche. Oltre alle riserve di chi, come si vedrà, pone in risalto la preponderante indole processuale dell'istituto, sulla stessa linea si è efficacemente osservato che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 464-*bis* c.p.p. si giustificerebbe solo postulando la contrarietà a Costituzione dell'applicazione letterale dei termini ivi previsti²⁴⁵. Considerate le peculiari caratteristiche dell'istituto della messa alla prova, non potrebbe infatti ritenersi irragionevole la modulazione del principio di retroattività in relazione al diverso stadio raggiunto dal procedimento²⁴⁶, atteso che, secondo la Corte Costituzionale, il principio di uguaglianza costituisce ad un tempo «non solo il limite ma anche il fondamento dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior*» e, d'altro canto, neppure la Corte di Strasburgo, nella prospettiva dell'art. 7 CEDU, si sia spinta ad

²⁴² In tal senso, v.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3453 ss.

²⁴³ La Suprema Corte, come si vedrà, valorizzando gli “aspetti” processuali della messa alla prova, con una prima sentenza del 31 luglio 2014, aveva ritenuto inapplicabile l'istituto ai giudizi pendenti innanzi alla Cassazione; v. *infra* par. 4.1.2.

²⁴⁴ Cfr.: Trib. di Genova, ord. 7 ottobre 2014, cit.

²⁴⁵ Cfr.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3454.

²⁴⁶ In tal senso, e più nel dettaglio, v.: A. DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, cit. p. 141 ss., che riporta altresì le argomentazioni della Corte costituzionale che seguono.

«escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività *in mitius* subisca deroghe o limitazioni»²⁴⁷.

Merita segnalare, infine, che, preso atto anche del contesto di incertezza applicativa che si andava delineando²⁴⁸, con ordinanza del 9 luglio 2014, la questione dell'applicabilità del *probation* ai processi che, alla data di entrata in vigore della l. n. 67 del 2014, avessero superato i termini di decadenza previsti dall'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. è stata rimessa alle Sezioni unite²⁴⁹. Benché il Supremo consesso non abbia poi avuto modo di pronunciarsi sul quesito²⁵⁰, alcuni passaggi dell'ordinanza sembravano deporre a favore di una generalizzata applicazione retroattiva dell'istituto. Valorizzando gli effetti sostanziali dello stesso, infatti, si apriva all'applicazione dell'art. 2, co. 4, c.p. alla stregua del descritto principio di retroattività della *lex mitior*, concludendosi, pur a fronte dei profili processuali dell'istituto di cui subito si dirà, che «la soluzione più garantista, che meglio coniuga le esigenze difensive con un portato normativo non leggibile in modo inequivoco», andrebbe ravvisata nella «immediata applicabilità dell'istituto

²⁴⁷ Cfr., con riferimento alla c.d. legge *ex Cirielli*: Corte cost., 22 luglio 2011 n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2011. Per un commento, v.: C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3047 ss. In tal senso, v. ancora: A. DIDI, *Op. cit.*, cit. p. 141 ss.

²⁴⁸ Oltre alle due pronunce di cui si è detto, si consideri altresì: Trib. di Brindisi, ord. 11 giugno 2014, in *Arch. pen. (web)*, 2014. Con tale provvedimento, in particolare, il Tribunale ha disposto il rinvio dell'udienza richiesto dall'imputato al fine di valutare la possibilità di applicare la messa alla prova pur essendo il dibattimento già stato in precedenza dichiarato aperto. Ciò, secondo il giudice brindisino, apparrebbe necessario – ove sussista l'interesse dell'imputato alla richiesta della messa alla prova – in virtù del principio della retroattività della legge più favorevole.

²⁴⁹ Cfr.: Cass., Sez. IV, n. 30559 del 9 luglio 2014, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3260 ss., con nota di: G. PECORELLA, *La messa alla prova ... alla prova delle Sezioni Unite*; in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 949 ss., con osservazioni di G. GARUTI, *Messa alla prova e norma transitoria*; in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2014, con nota di F. PICCICHÈ, *Alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso*. La Sezione rimettente, in particolare, era stata chiamata valutare l'ammissibilità di una richiesta di messa alla prova presentata dall'imputato presso la cancelleria della Cassazione, trovandosi il procedimento già pendente in tale fase al momento dell'entrata in vigore della l. n. 67 del 2014.

²⁵⁰ In seguito, infatti, il Primo Presidente della Corte di cassazione ha cancellato la causa dal ruolo delle Sezioni unite, dal momento che l'imminente scadenza dei termini di prescrizione del reato oggetto del procedimento non avrebbe consentito la trattazione della causa innanzi al massimo Consesso.

della messa alla prova anche ai fatti pregressi e per i processi pendenti, pur in assenza di una disciplina transitoria»²⁵¹.

4.1.2. L'“animo” processuale della messa alla prova e la successiva “chiusura” della Suprema Corte

Come anticipato, d'altro canto, nell'istituto sono altresì ravvisabili evidenti “tratti” processuali. Per vero, nel codice di rito si sono dettagliatamente descritti i profili operativi della messa alla prova, secondo l'articolata disciplina di cui agli artt. 464-*bis* ss. c.p.p., significativamente collocata nel Libro VI, dedicato ai procedimenti speciali.

Così, oltre alla previsione dei rigorosi termini decadenziali di cui si è detto, può dirsi, in sintesi, che la messa alla prova si sviluppa lungo un complesso iter incidentale²⁵². Dalla richiesta dell'imputato e – nella sola fase delle indagini preliminari – dall'acquisizione del consenso del p.m., si passa al compimento, in udienza, di una serie di delicate valutazioni da parte del giudice. Quest'ultimo, infatti, esaminata l'ammissibilità della richiesta, è chiamato ad apprezzare l'idoneità del programma di trattamento elaborato dall'U.e.p.e. ed a compiere una prognosi di non recidivanza dell'imputato, se del caso previa acquisizione di ulteriori informazioni o modifica del programma. Sempreché non sussistano ragioni di proscioglimento immediato ex art. 129 c.p.p., il procedimento è quindi sospeso. Durante lo svolgimento della prova, tuttavia, si è prevista la possibilità di ulteriori interventi del giudice, che, previa instaurazione del contraddittorio, può disporre la modifica del programma o, in caso di grave o reiterata violazione, la revoca della sospensione. Infine, sempre in apposita udienza, il giudice svolge una valutazione discrezionale sull'esito della prova, disponendo, in caso negativo, la ripresa del processo.

²⁵¹ Cfr.: Cass., Sez. IV, n. 30559 del 9 luglio 2014, cit. p.7; Propende per tale soluzione, ad esempio: F. PICCICHÈ, *Op. cit.*, cit.

²⁵² Per una ricostruzione degli snodi procedurali della messa alla prova, v.: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. e proc.*, n.6, 2014, p. 674. L'A., peraltro, conviene con chi prospettava l'applicazione retroattiva dell'istituto (cfr. *ibid*, cit. p. 684). Più in dettaglio, sulla disciplina processuale dell'istituto, v.: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, p. 520 ss.

Proprio prendendo le mosse da tali caratteristiche, la Corte di cassazione si è così progressivamente assestata su una posizione di chiusura verso la possibilità di applicare la disciplina della messa alla prova nei procedimenti pendenti che, alla data di entrata in vigore della l. n. 67 del 2014, avessero già superato le soglie di cui all'art. 464-*bis*, co. 2 c.p.p.²⁵³. Se, invero, già la citata ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite dava atto della possibilità di ritenere pur sempre ragionevole una soluzione della questione improntata al principio del *tempus regit actum*²⁵⁴, la Suprema Corte ha di lì a poco varato una linea di più netto rigore.

Dapprima, con la sentenza n. 35717 del 31 luglio 2014²⁵⁵, pronunciandosi sull'ammissibilità di una richiesta di messa alla prova presentata "direttamente" presso la cancelleria della Corte di cassazione con allegata richiesta di elaborazione del programma all'U.e.p.e., la Suprema corte ha negato con fermezza la possibilità di ricorrere all'istituto nella fase di legittimità, benché si trattasse della prima "finestra" utile in seguito alla novella. Secondo la Corte, il nuovo rito si rivela incompatibile con il giudizio di legittimità. Ammettendo la soluzione opposta, infatti, si finirebbe per attribuire alla Cassazione «ripetute e invasive attività proprie del giudice di merito, con reiterati apprezzamenti di fatto», frustrando così la natura stessa del giudizio di legittimità. Parimenti impercorribile, d'altro canto, risulta l'opzione dell'annullamento con rinvio della sentenza impugnata. Quest'ultima, invero priva di vizi, sarebbe "rimossa" sulla base della mera eventualità che la richiesta di accesso dell'imputato alla messa alla prova trovi accoglimento da parte del giudice del rinvio, del quale, peraltro, sarebbe difficile l'individuazione tra il giudice di primo o secondo grado. Viepiù, sempre secondo la Corte, insuperabile risulta l'impasse che si determinerebbe in caso di esito negativo del *probation*, giacché si tratterebbe

²⁵³ Per una panoramica complessiva sulla giurisprudenza della Suprema Corte in materia, anche relativa a questioni diverse da quella di cui ci sta occupando, v.: P. BERNAZZANI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen., suppl.* n. 6, 2016, p. 370 ss.

²⁵⁴ Cfr.: Cass., Sez. IV, n. 30559 del 9 luglio 2014, cit. p. 6.

²⁵⁵ Cfr.: Cass., Sez. fer., n. 35717 del 31 luglio 2014, in *Guida dir.*, 2014, n. 37, p. 71 ss. Con note di: C. MINNELLA, *Il beneficio non può essere richiesto nel giudizio di cassazione*, in *Dir. e giust. (web)*, 5 settembre 2014; G. ZACCARO, *No alla "messa alla prova" in Cassazione*, in *Quest. giust. (web)*, 24 settembre 2014.

di riprendere un procedimento in realtà già legittimamente conclusosi in precedenza. Benché, in dottrina, taluno si sia invece mostrato favorevole alla possibilità dell'annullamento con rinvio "prodromico" alla messa alla prova²⁵⁶, non pare in effetti potersi dubitare del fatto che l'innesto di un meccanismo tanto singolare in seno al giudizio di rinvio avrebbe richiesto una disciplina transitoria *ad hoc* dettata dal legislatore per i processi pendenti. Il silenzio di quest'ultimo – ritenuto dalla Corte tutt'altro che casuale – impone di valorizzare la *ratio* deflattiva dell'istituto, che emerge dalla stretta connessione tra le peculiari cadenze procedurali della messa alla prova ed il relativo effetto sostanziale. Fugata la possibilità che la mancanza di una disciplina transitoria si traduca in un *vulnus* ai principi di uguaglianza e di retroattività della *lex mitior*, la Corte ha ritenuto che la messa alla prova rappresenti, in definitiva, una «procedura e opportunità assolutamente incompatibile con alcun giudizio di impugnazione». Peraltro, già in tale occasione, la Cassazione – nel cui solco si è subito collocata la successiva giurisprudenza circa l'incompatibilità della messa alla prova con il giudizio di legittimità²⁵⁷ – si è mostrata incline ad escludere l'applicazione retroattiva dell'istituto in tutti i procedimenti in cui si siano già superate le soglie di cui all'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p.²⁵⁸.

Così, in seguito, condividendo l'affermazione della citata sentenza secondo cui la messa alla prova è stata congegnata quale «radicale alternativa alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito, già dal primo grado»²⁵⁹, la Cassazione si è "definitivamente" assestata su tale

²⁵⁶ In tal senso, in riferimento ad una successiva decisione della Cassazione che riprendeva integralmente il percorso argomentativo di cui si è detto, v.: PASCUCCI, *Op. cit.*, p. 1150 ss. L'A., invero, non pare considerare lo scenario che seguirebbe l'esito negativo della messa alla prova in sede di rinvio.

²⁵⁷ Cfr: Cass., Sez. fer., n. 42318 del 9 settembre 2014, in *C.E.D. Cass.* n. 261096; Cass., Sez. II, n. 48025 del 4 novembre 2014, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1142, con nota di: N. PASCUCCI, *Op. cit.*; Cass., Sez. II, n. 26761 del 9 settembre 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264221. Nello stesso senso, anche circa le richieste avanzate in grado di appello: Cass., Sez. III, n. 22104 14 aprile 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 263666; Cass., Sez. II, n. 18265 del 16 ottobre 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 263792.

²⁵⁸ Di tale avviso: F. MARTELLA, *Messa alla prova 'per adulti': la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2015, cit. p. 8.

²⁵⁹ Cfr. ancora: Cass., Sez. fer., n. 35717 del 31 luglio 2014.

posizione di chiusura. Con la sentenza n. 47587 del 22 ottobre 2014²⁶⁰, la Corte si è pronunciata sulla legittimità di un'ordinanza del giudice dibattimentale che aveva respinto la richiesta dell'imputato di accedere al nuovo rito, in quanto avanzata oltre il termine di cui all'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. Ebbene, ripercorrendo le linee argomentative della precedente decisione, la sentenza si segnala per una più netta «espulsione dall'istituto dall'area applicativa del principio di retroattività della *lex mitior*»²⁶¹, che interessa le sole modificazioni inerenti la pena e la fattispecie incriminatrice e non quindi un istituto, quale la messa alla prova che, «configurandosi come un percorso del tutto alternativo rispetto all'accertamento penale», «non incide affatto sulla valutazione sociale del fatto, la cui valenza negativa rimane anzi il presupposto per imporre all'imputato [...] un programma di trattamento» alla cui osservanza è subordinata l'estinzione del reato²⁶². Proponendo argomentazioni che, come meglio si vedrà, verranno in seguito condivise dalla Consulta, la Corte ha altresì respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. sollevata dal procuratore generale in relazione all'art. 3 Cost., nella parte in cui non ammette la richiesta neppure nei procedimenti pendenti in cui non sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado²⁶³. Considerato il carattere “alternativo” del procedimento di messa alla prova, invero, così si invaderebbe lo spazio di discrezionalità del legislatore, ribaltandone una scelta legittima e vanificandone in parte gli obiettivi. Riconoscendo la possibilità di richiedere la messa alla prova nei processi pendenti oltre le soglie di cui all'art. 464-bis, co. 2, c.p.p., si finirebbe, secondo la Corte, per

²⁶⁰ Cfr.: Cass., Sez. VI, n. 47587 del 22 ottobre 2014, in *C.E.D. Cass.* n. 261255.

²⁶¹ Così osserva: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3456.

²⁶² Cfr.: Cass., Sez. VI, n. 47587 del 22 ottobre 2014, cit. p. 3 ss.

²⁶³ La massima ufficiale recita infatti: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464 bis, comma secondo, cod. proc. pen., per contrasto all'art. 3 Cost., nella parte in cui non consente l'applicazione dell'istituto della sospensione con messa alla prova ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014, n. 67, quando sia già decorso il termine finale da esso previsto per la presentazione della relativa istanza, in quanto trattasi di scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore e non palesemente irragionevole, come tale insindacabile».

«collegare l'esercizio della facoltà a un termine in realtà mobile»²⁶⁴, determinando «una grave compromissione delle ragioni di economia processuale e in potenziale contrasto anche con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo, il quale dovrebbe riprendere in caso di esito negativo» del *probation*²⁶⁵.

4.1.3. L'intervento "risolutivo" della Corte costituzionale

Proprio mentre l'orientamento della Cassazione di cui si è detto – fondato sulla prevalente "indole" processuale della messa alla prova – si andava consolidando, muovendo dalla natura comunque "mista" dell'istituto e preso atto dell'impossibilità di un'automatica applicazione della disciplina ai processi pendenti in fase dibattimentale – pur operata in altre pronunce²⁶⁶ – si è ritenuto necessario sottoporre la questione all'esame della Corte costituzionale²⁶⁷.

²⁶⁴ Ciò, sempre secondo la Corte, «posto che la prima udienza successiva alla novella ben potrebbe aver luogo ad istruttoria avanzata o addirittura conclusa, durante la discussione, o addirittura potrebbe coincidere con quella fissata per la lettura del dispositivo»; cfr.: Cass., Sez. VI, n. 47587 del 22 ottobre 2014, cit. p. p. 4 ss.

²⁶⁵ *ibid.* Diverse sono le pronunce successive che hanno aderito a tale univoco orientamento (V. ad esempio: Cass., Sez. III, n. 27071 del 24 aprile 2015, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4543 ss., secondo cui: «*In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova ai sensi della L. 28 aprile 2014, n. 67, deve ritenersi tardiva - in assenza di una specifica disciplina transitoria - l'istanza di sospensione proposta successivamente alla dichiarazione di apertura del dibattimento, pur se tale dichiarazione sia anteriore all'entrata in vigore della predetta L. n. 67*»). Tra queste, merita un cenno Cass., Sez. II, n. 18265 del 16 gennaio 2015, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 96 ss. Inquadrata la questione dei profili intertemporali della disciplina della messa alla prova – stante la prevalente natura processuale – nell'alveo del principio del *tempus regit actum*, la Corte ne ha infatti precisato gli effetti, rifacendosi all'insegnamento delle Sezioni Unite "Pinna" del 2014 (Cfr.: Cass., Sez. Un. pen., sent. n. 44895 del 17 luglio 2014, Pinna, in *Quest. giust. (web)*, 18 novembre 2014, con nota di: L. BARONE, M. BRANCACCIO, *Le Sezioni Unite tornano a pronunciarsi sugli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sulla legislazione vigente*). Allora il Supremo Consesso, aveva fatto riferimento al concetto di rapporto esaurito per chiarire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti²⁶⁵ non poteva sortire effetti "ora per allora" circa la individuazione dei termini massimi "di fase" della custodia cautelare dei segmenti procedurali che si fossero già esauriti, nel rispetto della previgente disciplina, alla data della nota pronuncia della Consulta n. 32 del 2014. Da ciò si ricaverebbe, secondo la recente decisione della Cassazione, un ulteriore argomento a favore dell'inapplicabilità della messa alla prova oltre le soglie di cui all'art. 464-bis, co. 2, dovendosi ritenere esaurito il rapporto regolato dalla nuova disciplina nel momento stesso in cui si sia registrato il passaggio del procedimento alla fase dibattimentale (di tale avviso, e più in dettaglio: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3457).

²⁶⁶ A proposito, v. *retro* par. 4.1.1.

²⁶⁷ Cfr. Trib. di Torino, ord. 28 ottobre 2014, cit.; nonché Trib. di Brindisi, ord. 17 dicembre 2014, in *Arch. pen. (web)*, 2015. Quello relativo all'assenza di una norma transitoria *ad hoc*, non è, per vero, l'unico profilo della disciplina della messa alla prova che ha generato dubbi

Quest'ultima, in particolare, è stata chiamata ad affrontare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464-*bis*, co. 2 c.p.p., «nella parte in cui, in assenza di una disciplina transitoria, analoga a quella di cui all'art. 15-bis co. 1 della legge 11 agosto 2014, n. 118, preclude l'ammissione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati di processi pendenti in primo grado, nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della legge 67/2014», sollevata dal Tribunale di Torino²⁶⁸. Secondo il giudice *a quo*, invero, la norma censurata si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. In primo luogo, proprio alla luce della natura mista dell'istituto, a causa dell'individuazione, da parte del legislatore, di un unico termine per accedere all'istituto tanto per i processi “nuovi” quanto per quelli già in corso, soggetti che si trovano nella medesima situazione sostanziale verrebbero irragionevolmente trattati in modo difforme. Si paleserebbe così, nella prospettiva del giudice rimettente, un *vulnus* all'art. 3 Cost. Ancora, l'impossibilità di applicare l'istituto ai processi pendenti oltre le soglie di cui dell'art. 464-*bis* c.p.p., si tradurrebbe in un'ingiustificata deroga al principio costituzionale della retroattività della *lex mitior*, emergente dal combinato disposto degli artt. 117 Cost. e 7 CEDU. Ciò, infine, determinerebbe un pregiudizio al diritto di difesa ed al diritto ad essere sottoposto ad un giusto processo, con conseguente violazione degli artt. 24 e 111 della Costituzione²⁶⁹.

Ebbene, la Consulta si è pronunciata con la sentenza n. 240 del 7 ottobre 2015²⁷⁰, dichiarando infondate tutte le questioni sollevate e ponendo, secondo alcuni osservatori, una «pietra tombale» sulla possibilità di applicare

di legittimità costituzionale, con conseguente rimessione alla Consulta della relativa questione. Per una panoramica sul tema, v.: J. DELLA TORRE, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2016. Sugli esiti delle varie questioni sollevate, v.: R. MUZZICA, *Sospensione del processo con messa alla prova e 'materia penale': tra Corte EDU e Corte costituzionale nuovi scenari pro reo sul versante intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 4, p. 1436 ss.

²⁶⁸ Cfr. Trib. di Torino, ord. 28 ottobre 2014, cit.

²⁶⁹ Cfr. Trib. di Torino, ord. 28 ottobre 2014, cit. In tal senso, v.: F. PICCICHÈ, *La messa alla prova per adulti alla consulta*, cit.

²⁷⁰ Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1482 ss. Per i commenti sull'importante pronuncia, v. *retro* par. 4.1..

l'istituto della messa alla prova nei processi pendenti oltre le fasi di cui all'art. 464-*bis*, co. 2 c.p.p.²⁷¹.

A ben vedere, per dissolvere definitivamente ogni dubbio circa le problematiche intertemporali della messa alla prova, la Corte costituzionale muove dal “tranciante” e decisivo presupposto logico-giuridico, relativo alla controversa natura dell'istituto. Secondo i Giudici delle leggi, pur producendo «effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato», la messa alla prova è invero connotata «da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un procedimento speciale, alternativo al giudizio»²⁷². Così inquadrato l'istituto, in una «prospettiva processuale» la scelta del legislatore di fissare un termine per l'ammissibilità della richiesta di accedere al rito valido sia per i processi pendenti che per quelli “nuovi” si rivela senz'altro giustificata. Tale termine, invero, risulta «collegato alle caratteristiche e alla funzione dell'istituto, che è alternativo al giudizio e destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo»²⁷³. Pertanto, la scelta di precludere l'accesso al rito nei processi pendenti che si trovino in stadio avanzato ed in cui peraltro potrebbe esser già intervenuta la costituzione della parte civile risulta coerente con la natura del procedimento, senza che sia ravvisabile alcun *vulnus* dell'art. 3 Cost. Difatti, essendosi fatta dipendere suddetta preclusione dallo stato in cui i processi si trovano, secondo la Corte, viene in gioco l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nello stabilire la disciplina temporale dei nuovi istituti, il cui unico limite è rappresentato, come è noto, dalla manifesta irragionevolezza delle scelte operate. A ulteriore sostegno del proprio ragionamento, la Corte richiama anche un proprio precedente, relativo all'analogha questione postasi in passato per il regime transitorio del giudizio abbreviato di cui all'art. 247 disp. att. c.p.p. A proposito, con la sentenza n. 277 del 1990²⁷⁴, la Corte ebbe modo di escludere la violazione dell'art. 3 Cost., ipotizzata proprio in ragione della limitazione dell'accesso al rito ai soli procedimenti in corso in cui il dibattimento non

²⁷¹ L'espressione riportata si deve a: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3457; nello stesso senso, v., ad esempio: P. BERNAZZANI, *Op. cit.*, cit. p. 376.

²⁷² Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, cit. p. 5.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Cfr.: Corte cost., sent. 31 maggio 1990, n. 277, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1673 ss.

fosse stato ancora aperto, ritenuta coerente con lo scopo deflattivo del giudizio abbreviato.

Ciò detto, la Corte passa a prendere in esame l'ulteriore censura sollevata dal giudice rimettente, secondo cui la mancanza di una disciplina transitoria, impedendo l'applicazione retroattiva della *lex mitior*, darebbe luogo al contrasto con gli artt. 117 Cost. e 7 CEDU. Secondo la Corte, tuttavia, l'assenza di una norma transitoria non è censurabile sotto il crisma dell'art. 7 CEDU, dal momento che «la preclusione di cui [il giudice *a quo*] lamenta gli effetti non è conseguenza della mancanza di retroattività della norma penale ma del normale regime temporale della norma processuale»²⁷⁵. Il riferimento al principio di retroattività, che «attiene al rapporto tra un fatto e una norma sopravvenuta», non risulta peraltro conferente, giacché il censurato art. 464-*bis* c.p.p. ben consente l'applicazione della messa alla prova ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, costituendo legittima espressione del principio *tempus regit actum*. A sostegno di ciò, la Corte rammenta che, secondo la stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo invocata dal giudice rimettente, il principio di retroattività della *lex mitior* incontra dei limiti, concernendo le sole «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono»²⁷⁶. Come i Giudici delle leggi hanno in passato chiarito, ne restano dunque estranee «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»²⁷⁷. Il ragionamento svolto, secondo la Corte, trova ulteriore conferma nella decisione della Corte e.d.u. nel caso *Morabito c. Italia*, ove il ricorrente ebbe a dolersi della violazione degli artt. 7 e 6 CEDU poiché il regime intertemporale fissato per la riforma che eliminava la necessità del consenso del pubblico ministero per l'accesso al giudizio abbreviato gli aveva precluso lo “sconto” di pena che tale rito assicura. In quell'occasione, i giudici europei hanno distinto le norme sostanziali da quelle

²⁷⁵ Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, cit. p. 6. V. anche per la citazione di cui al periodo immediatamente successivo,

²⁷⁶ Cfr.: Corte e.d.u., Sez. XII, decisione sulla ricevibilità 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*; Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

²⁷⁷ Cfr.: Corte cost., 22 luglio 2011 n. 236, cit.; v. *retro* nt. 254.

processuali nell'ambito della disciplina del giudizio abbreviato, escludendo qualsivoglia violazione del "tessuto" convenzionale dovuta all'applicazione delle nuove modalità di accesso al rito alternativo ai soli processi pendenti in cui il dibattimento non avesse ancora avuto luogo.

La Corte, infine, richiama le ragioni già esposte per rigettare succintamente le ulteriori questioni sollevate in relazione agli artt. 24 e 117 Cost., giacché formulate, a ben vedere, «nell'erroneo presupposto che nei processi in corso al momento dell'entrata in vigore della norma impugnata dovrebbe riconoscersi all'imputato, come espressione del diritto di difesa e del diritto a un giusto processo, la facoltà di scegliere il nuovo procedimento speciale»²⁷⁸.

4.1.4. Alcuni rilievi conclusivi

Sebbene, tra le righe della motivazione della Consulta, traspaia una considerazione del rito in chiave schiettamente premiale, con scarsa considerazione degli aspetti specialpreventivi pure propri della messa alla prova²⁷⁹, l'approdo della sentenza n. 240 del 2015 appare nel complesso ragionevole²⁸⁰. Esso, a ben vedere, si salda con l'univoco orientamento formatosi nella giurisprudenza di legittimità²⁸¹, che ha contribuito a mettere a fuoco le cadenze e gli snodi, di indubbio carattere processuale, che contraddistinguono l'articolato iter della messa alla prova²⁸².

Tenendo a mente simili caratteristiche, ben si comprende, tra l'altro, che l'effetto estintivo proprio dell'istituto non discende in via automatica dalla richiesta dell'imputato e neppure consegue, come avviene in virtù di altri meccanismi processuali pur connotati da effetti sostanziali premiali²⁸³,

²⁷⁸ Così: Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, cit. p. 7.

²⁷⁹ Sul tema, per tutti: R. BARTOLI, *Op. cit.*, p. 663 ss.

²⁸⁰ Certo, non mancano degli aspetti non del tutto convincenti. Per delle osservazioni in chiave critica sulla pronuncia de qua, v.: F. PICCICHÈ, *Op. cit.*, cit.; J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova*, cit. p. 1492 ss.

²⁸¹ A proposito, v. *retro* par. 4.1.2.

²⁸² Sul tema, v. *retro* par. 4.1. e 4.1.2.

²⁸³ Si allude, in particolare, agli istituti del giudizio abbreviato e del "patteggiamento" di cui, rispettivamente, agli artt. 438 ss. e 444 ss. c.p.p. Sebbene, infatti, l'accoglimento della richiesta ed i benefici siano intervallati dalla "fase" dell'accertamento – secondo diverse modalità e regole di giudizio – della responsabilità dell'imputato, il "legame" con l'effetto

dall'accoglimento della stessa in seguito ad una valutazione di “mera” ammissibilità-legittimità. Piuttosto, oltre a presupporre un vaglio giudiziale ispirato ad ampia discrezionalità, l'istituto «richiede uno svolgimento complesso e attento, governato e controllato dal giudice che dispone la misura per tutta la sua (anche lunga) durata»²⁸⁴, al termine del quale, peraltro, l'estinzione del reato a cui l'imputato ambisce è soltanto eventuale²⁸⁵.

Senza altro significativo, a riguardo, è il parallelismo con il giudizio abbreviato. Si tratta, invero, di un modulo processuale per il quale, almeno nella sua forma “semplice”, si «riconosce oramai ad ogni accusato un diritto di accesso incondizionato»²⁸⁶ da cui discende, alla stregua di un vero e proprio automatismo, un effetto diretto sull'entità o sulla specie di pena applicabile. Ebbene, come ricordato dalla Consulta, anche in tale contesto è necessario, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, distinguere tra le norme «che descrivono il campo di applicazione e le tappe procedurali» del rito, da quelle «dedicate alla severità della pena da infliggere»²⁸⁷, alle quali solamente si applica il principio di retroattività della *lex mitior*. Evidente come simile ragionamento sia replicabile, *a fortiori*, nel quadro della disciplina della messa alla prova, in cui, come visto, all'effetto – eventuale – di estinzione del reato di cui all'art. 168-ter c.p. si accompagna il corredo di norme processuali di cui al Titolo V-bis del Libro VI del codice di rito, il quale, peraltro, descrive un'intelaiatura ben più complessa di quella del giudizio abbreviato²⁸⁸.

D'altro canto, al superamento, in nome del principio “europeo” di retroattività *in mitius*, delle barriere di cui all'art. 464-bis c.p.p. nei processi in corso all'avvento della l. n. 67 del 2014 parrebbe ostare un ulteriore dato, parimenti ricavabile dalla stessa giurisprudenza sovranazionale. Tanto in

sostanziale “favorevole” appare evidente, discendendo quest'ultimo direttamente dalla “instaurazione” del procedimento speciale.

²⁸⁴ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 444.

²⁸⁵ Sulla diversa portata che il vaglio giudiziale sugli esiti del *probation* in esame assumerebbe a seconda che l'istituto venga letto secondo una connotazione prevalentemente specialpreventiva o, per converso, schiettamente premiale, v.: R. BARTOLI, *Op. cit.*, cit. p. 664.

²⁸⁶ Corte e.d.u., Sez. XII, decisione sulla ricevibilità 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, cit. p. 3.

²⁸⁷ Cfr.: *ibid.*, p. 7. Nello stesso senso: Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 111.

²⁸⁸ *Contra*: R. MUZZICA, *Op. cit.*, p. 1450.

dottrina quanto in giurisprudenza, l'effetto sostanziale della messa alla prova – pienamente considerabile, anche alla luce della collocazione sistematica, alla stregua di una causa di estinzione del reato – è il principale argomento sui cui si fonda il richiamo al principio di cui agli artt. 7 CEDU e 49 della c.d. Carta di Nizza. Tuttavia, è necessario confrontarsi con i “principi” elaborati dalle corti europee rispetto alla disciplina della prescrizione, altra causa di estinzione del reato della quale, peraltro, in chiave “nazionale” non si dubita l'appartenenza al campo del diritto penale sostanziale²⁸⁹. Ebbene, a tal proposito, i giudici sia di Strasburgo che di Lussemburgo si sono sempre “trincerati” in una visione strettamente processuale della prescrizione, la cui disciplina, pertanto, sfugge al principio della retroattività della *lex mitior*²⁹⁰, risultando i legislatori nazionali liberi di regolare i profili “temporali” degli avvicendamenti normativi in materia, con l'unico limite della non arbitrarietà delle scelte adottate²⁹¹.

Non va dimenticato, infine, che a voler ritenere la disciplina della messa alla prova soggetta al principio di retroattività *in bonam partem*, si dovrebbe accettare l'ulteriore “precipitato” di tale principio: l'“ultrattività”²⁹² della legge penale più favorevole. Si immagini che, per qualsivoglia ragione, il legislatore decida un giorno di tornare sui propri passi, “eliminando” l'istituto della messa alla prova. Sebbene tale eventualità si presenti al momento

²⁸⁹ Si consideri, da ultimo, l'ordinanza con la quale la Corte costituzionale ha rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione sorta sull'interpretazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE, sorta nell'ambito della notissima vicenda “Taricco”; cfr. Corte cost., ord. 23 gennaio 2017, n. 24, in *Dir. Pen. cont.*, 30 gennaio 2017, con nota di: C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla corte di giustizia*.

²⁹⁰ V. ad esempio, quanto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, v.: Corte e.d.u., Sez. II, 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*; nella quale è 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; più di recente: Corte e.d.u., Sez. III, 8 luglio 2014, *Biagioli c. San Marino*. Quanto, invece, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, v. da ultimo la seconda sentenza resa dalla Grande Camera nell'ambito dell'*affaire Taricco*: Corte Giust. EU, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, in curia.europa.eu; a proposito, per tutti, v. E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. per. cont.*, 22 dicembre 2017.

²⁹¹ In tal senso, ad esempio, v.: Corte e.d.u., Sez. XII, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, cit. p. 7.

²⁹² Sebbene dogmaticamente non del tutto conferente, sia consentito il ricorso a tale termine per esprimere il concetto che segue.

scarsamente verosimile, visto il successo applicativo riscontrato²⁹³, lo scenario che ne seguirebbe appare singolare. L'intervento abrogante andrebbe invero considerato sottoposto all'inderogabile principio di irretroattività della legge penale "deteriore" di cui all'art. 25 Cost., dal momento che si sottrarrebbe al reo la possibilità di ambire all'estinzione del reato²⁹⁴. Nel tempo successivo, dunque, si dovrebbe continuare ad applicare l'istituto per tutti i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge di abrogazione, compresi quelli per i quali a tale data non sia neppure iniziato il procedimento penale. Va tenuto conto, però, delle ingenti risorse economiche e di personale che la messa alla prova richiede nell'"ambito" dell'U.e.p.e.²⁹⁵, al quale sono integralmente rimessi, ad esempio, l'elaborazione del programma, il reperimento e la "vigilanza" sul lavoro di pubblica utilità e la supervisione dell'eventuale attività di mediazione con la vittima del reato. Ebbene, se si considera che venuto meno l'istituto, lo Stato verosimilmente interromperebbe l'esborso di tali – già risicate – risorse, ci si esporrebbe, in definitiva, al rischio di dover applicare per un tempo imprecisato e per un numero indefinito di volte, su richiesta dell'imputato, una disciplina nel frattempo divenuta una "scatola vuota".

L'art. 464-*bis* c.p.p., invero, si può leggere quale soluzione data dal legislatore alle contrapposte esigenze che, dal punto di vista "temporale", sorgevano al momento dell'introduzione dell'istituto della messa alla prova. L'assenza di una norma transitoria *ad hoc*, d'altro canto, non pare frutto – come pure si è sostenuto – di una semplice "dimenticanza", tenuto conto del vistoso precedente della messa alla prova minorile e, viepiù, dell'intervento legislativo con cui si è prevista, sebbene *ex post*, una specifica disciplina di tal fatta per le sole disposizioni di cui al Capo III della l. n. 67 del 2014, relative, come è noto, alla «sospensione del procedimento nei confronti degli

²⁹³ Così, testualmente: R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, cit. p. 6.

²⁹⁴ Lo stesso, del resto, può dirsi per quanto riguarda eventuali modifiche al "catalogo" di reati per i quali l'art. 168-*bis* c.p. ammette il ricorso all'istituto della messa alla prova, richiamando, peraltro, anche l'art. 550 co. 2 c.p.p.

²⁹⁵ Tanto che si sono espresse perplessità circa le possibilità di effettivo successo dell'istituto; sul punto, per tutti: A. DIDI, *Op. cit.*, cit. p. 144.

irreperibili»²⁹⁶. Per vero, come sottolineato dalla Corte costituzionale, l'art. 464-*bis* c.p.p. non preclude l'applicazione della messa alla prova per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella. La norma, dunque, si limita a “modulare” l'efficacia retroattiva dell'istituto, in ragione delle considerazioni che si giustificano alla luce della “veste” processuale della messa alla prova, cucita attorno all'eventuale effetto sostanziale.

Certo, restano alcuni aspetti non del tutto convincenti.

Se, però, davvero si volesse stigmatizzare la scelta del legislatore di contenerne l'applicazione retroattiva, si dovrebbe passare, a parere di chi scrive²⁹⁷, per la via della completa assimilazione del *probation* alla vera e propria pena²⁹⁸. Più che enfatizzarne l'eventuale effetto estintivo, si tratterebbe, in altre parole, di porre l'accento sul contenuto afflittivo, reso ben visibile dal ruolo centrale attribuito al lavoro di pubblica utilità – che altrove gode già della qualifica di sanzione penale – e dalla possibilità di imporre all'imputato altre prescrizioni comunque impattanti sulla libertà personale. Equiparando l'ordinanza di ammissione alla prova ad un provvedimento di condanna «formale», stante il contenuto sostanzialmente condannatorio²⁹⁹ – già stigmatizzato in dottrina³⁰⁰ – e preso atto della funzione punitiva dell'istituto, si aprirebbe così la possibilità di invocare le garanzie che, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, presidiano la

²⁹⁶ Si fa riferimento alla legge 11 agosto 2014, n. 118 (*Introduzione dell'articolo 15-bis della legge 28 aprile 2014, n. 67, concernente norme transitorie per l'applicazione della disciplina della sospensione del procedimento penale nei confronti degli irreperibili*), pubblicata sulla *G.U.* del 21 agosto 2014 (serie generale, n. 193).

²⁹⁷ Nello stesso senso, e per considerazioni più approfondite, v.: J. DELLA TORRE, *Op. cit.*, cit. p. 1495 ss.; R. MUZZICA, *Op. cit.*, p. 1448 ss.

²⁹⁸ È giusto il caso di segnalare che, del resto, a simile esito si è pervenuti in relazione al *probation* “penitenziario” di cui all'art. 47 ord. pen. assimilato a tutti gli effetti alla pena. La Corte costituzionale, infatti, chiarì che si tratta di una «alternativa alla detenzione, ovvero una modalità di esecuzione della pena, nel senso che viene sostituito a quello in istituto, il trattamento fuori dell'istituto, perché ritenuto più idoneo al raggiungimento delle finalità, di prevenzione e di emenda, proprie della pena»; cfr.: Corte cost., 12 giugno 1985, n. 185. Sul punto, v.: A. PRESUTTI, sub *art. 47*, in F. DALLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, I, cit. p. 502.

²⁹⁹ Sui diversi concetti di condanna “formale” e “sostanziale”, v.: C. cost., 31 marzo – 4 aprile 2015, n. 49, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2200 ss., con nota di V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*.

³⁰⁰ Si è parlato, a proposito, di «cripto-condanna»; V. per tutti, le efficaci osservazioni di: F. CAPRIOLI, *Op. cit.*, cit. p. 9.

matière pénale, quale appunto quella di cui all'art. 7 CEDU³⁰¹. A quel punto, però, anche a tacere della difficoltà di individuare il trattamento sanzionatorio in concreto più favorevole a fronte degli ampi margini di discrezionalità rimessi al giudice in materia di messa alla prova³⁰², si finirebbe con lo scaricare sul consenso dell'imputato e sull'accertamento della responsabilità "in negativo" ex art. 129 c.p.p. le frizioni con altri fondamentali principi costituzionali, quali la presunzione di innocenza di cui all'art. 27 e il diritto giusto processo di cui all'art. 111 Cost³⁰³. Ancora, equiparando la messa alla prova alla pena, si metterebbe in disparte l'animo "nobile" dell'istituto, rispondente agli ideali della giustizia riparativa, stante la difficile convivenza tra questi ultimi ed una vera e propria sanzione penale inflitta *ope iudicis*, sebbene previa richiesta dell'imputato.

Nondimeno, va segnalato che una possibile lettura in tal senso pare trovare conforto in una recente decisione delle Sezioni Unite, chiamate a chiarire l'eventuale rilevanza delle circostanze c.d. autonome e di quelle ad effetto speciale ai fini dell'accesso alla messa alla prova³⁰⁴. Il Supremo Consesso, fornendo una ricostruzione in chiave eminentemente sostanziale della messa alla prova³⁰⁵, ha infatti ritenuto coerente un'applicazione della messa alla prova pure «a reati astrattamente gravi», anche «In considerazione delle finalità specialpreventive dell'istituto [...] e, di

³⁰¹ A proposito, tra le molte, v. ancora: Corte e.d.u., Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*,

³⁰² In tal senso, v.: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 441, il quale, trattando della questione dell'assenza di una normativa transitoria, osserva che «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 afflittiva, 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».

³⁰³ In maniera non dissimile, peraltro, da quanto avviene in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti ex artt. 444 ss. c.p.p. Sul tema, in chiave critica, v.: E. GALLO, *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Ed. Scientifiche Italiane, 1998, p. 11 ss.

³⁰⁴ Cfr.: Cass., Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4334 ss., con note di: M. C. AMOROSO, *La disciplina della messa alla prova al vaglio delle Sezioni Unite*, *ivi*, p. 4340 ss.; e L. PAOLONI, *Il limite edittale per l'accesso alla messa alla prova. Dalle Sezioni Unite una soluzione attesa, che favorisce il ricorso alla probation processuale*, *ivi*, p. 4352 ss.

³⁰⁵ In tal senso, v.: L. PAOLONI, *Op. cit.*, cit. p. 4365, secondo la quale «si scorge allora una tensione tra la pronuncia della Consulta [n. 240 del 2015] e la decisione» delle Sezioni Unite.

conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione»³⁰⁶. Sebbene non sembri sostenibile che si sia così “spensieratamente” inteso ribaltare l’autorevole opinione espressa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 240 del 2015, si ha l’impressione che le Sezioni Unite, esonerate dalla spinosa questione della retroattività della disciplina della messa alla prova, appaiano ben più inclini a dare risalto ai profili sostanziali dell’istituto, sbrigliandolo così dalla sua pesante cornice processuale.

In conclusione, non può escludersi che in futuro, passata l’“onda di piena” innescata dalle problematiche di diritto intertemporale – rispetto alle quali può comunque ritenersi che l’art. 464-*bis* c.p.p. dia una sistemazione legittima – si approdi ad una differente soluzione della *querelle* sulla natura “ibrida” della messa alla prova, fondata su di una “gerarchia” tra i profili sostanziali e processuali dell’istituto diversa da quella fatta propria dalla Consulta e dalla prevalente giurisprudenza della Cassazione.

³⁰⁶ Cfr.: Cass., Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, cit. p. 4339.

Capitolo II

I “PROFILI” SOSTANZIALI DELLA MESSA ALLA PROVA

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il campo di applicazione dell’istituto tra preclusioni *ratione delicti* e *ratione auctoris*. – 2.1. La gravità in astratto del reato ed i delitti di cui all’art. 550, co. 2 c.p.p. – 2.1.1 La problematica (ir)rilevanza delle circostanze aggravanti. – 2.1.2. I reati connessi o collegati: è ammissibile il *probation* “parziale”? – 2.2. Il protagonista del *probation*: l’autore (presunto) del reato. – 2.2.1. Le limitazioni “per tipi” di autore e la “regola” del “*one shot*”. – 2.2.2. Lo *status libertatis* quale ulteriore presupposto? – 2.2.3. Messa alla prova ed ente giuridico: margini applicativi del *probation* nel quadro del d.lgs. n. 231 del 2001. – 3. La difficile “convivenza” con altri istituti di recente introduzione: cenni – 4. Il contenuto della prova tra “punizione” e “riparazione”. – 4.1. Il “cuore” sanzionatorio del *probation*: il lavoro di pubblica utilità. – 4.2. (*segue*)...e l’apertura alla *Restorative Justice*: le condotte riparatorie e la mediazione penale (I reati senza vittima: cenni.). – 5. Gli effetti della messa alla prova. – 5.1 *Probation* e confisca: brevi riflessioni nel silenzio del legislatore.

1. Premessa

L’*excursus* compiuto sulle finalità e sulla natura dell’istituto della messa alla prova c.d. per adulti introdotta dalla l. n. 67 del 2014 ha consentito di fissarne alcuni tratti essenziali, la cui conoscenza risulta di preliminare rilievo per un esame più approfondito della disciplina dell’istituto.

Nel cimentarsi in simile opera, è bene, dal punto di vista metodologico, sviluppare l’analisi sulla falsariga della descritta natura “ancipite” del *probation* processuale di recente introduzione, il cui “animo”, come visto, è diviso tra “profili” sostanziali e caratteri processuali.

Si intende, pertanto, prendere le mosse dalla disciplina di matrice sostanziale, collocata significativamente del legislatore del 2014 nel Titolo IV del codice penale, dedicato all’estinzione del reato, mediante l’interpolazione degli artt. 168-*bis*, *ter* e *quater*.

Oltre che agevolare l’esposizione, ciò, in particolare, consente di mettere meglio in luce le peculiarità dell’istituto. Nondimeno, d’altro canto, non si mancherà di porne in risalto i punti di contatto con la disciplina processuale,

che descrive le modalità applicative della messa alla prova. Va tenuto a mente, invero, che – come visto³⁰⁷ – i “tratti” dell’istituto, benché ripartibili, dal punto di vista classificatorio, in “processuali” e “sostanziali”, risultano intimamente legati tra loro, talché gli aspetti procedurali ed i profili sostanziali dell’istituto formano, dal punto di vista operativo, un *unicum* difficilmente scindibile.

2. Il campo di applicazione dell’istituto tra preclusioni *ratione delicti* e *ratione auctoris*

Uno degli aspetti su cui, in dottrina, si era posta l’attenzione allorché si valutava la possibilità di “estendere” l’istituto della messa alla prova di cui all’art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988 nel contesto del rito ordinario – a carico cioè di autori di reato già “adulti” – era la necessità di individuare degli elementi che ne limitassero il campo di applicazione³⁰⁸.

Si è visto, infatti, come nel rito minorile, in considerazione della personalità *in fieri* del minore e dando pieno “respiro” alla fondamentale finalità educativa del processo, l’istituto della messa alla prova non incontra preclusioni di sorta, essendo attivabile, almeno astrattamente, per qualsivoglia tipologia di reato e da qualunque “reo”, non rilevando, peraltro, che quest’ultimo ne abbia già precedentemente usufruito³⁰⁹.

Di contro, in linea con i “suggerimenti” della dottrina di cui si è detto, il legislatore del 2014 ha predisposto una serie di “presupposti” o condizioni ostative, di natura oggettiva – in quanto attinenti al reato – e soggettiva – inerenti invece all’imputato – volti a contenere sensibilmente lo “spettro” applicativo della messa alla prova “per adulti”. Così, nello “scenario” del rito ordinario, anche alla luce della diversa finalità dell’istituto³¹⁰, si è inteso contemperare maggiormente le istanze di risocializzazione sottese alla messa

³⁰⁷ Si rimanda alle considerazioni compiute sulla *ratio* e sulla natura dell’istituto; v. *retro* Cap. I, par. 4 ss.

³⁰⁸ A proposito, per tutti, v.: D. VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell’ordinamento*, Giuffrè, 2011, cit. p. 312.

³⁰⁹ A riguardo, v. *retro* Cap. I, par. 3.1.

³¹⁰ Sul punto, v. *retro* Cap. I, par. 4 e 4.1.

alla prova con esigenze propriamente preventive, avendo riguardo alla gravità del reato ed alla persona dell'imputato³¹¹.

Ebbene, è alla disciplina di stampo sostanziale che è rimessa la definizione dell'esatto campo di applicazione del *probation* processuale. Stando all'art. 464-*bis* c.p.p., difatti, la richiesta dell'imputato volta ad innescare l'iter della messa alla prova³¹² è ammessa nei soli casi di cui all'art. 168-*bis* c.p.

2.1. La gravità *in astratto* del reato ed i delitti di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p.

Innanzitutto, il co. 1 dell'art. 168-*bis* c.p. fissa le condizioni oggettive di applicazione dell'istituto. Il legislatore, invero, ha tenuto a compiere una valutazione *ex ante* circa la soglia di gravità dei reati per i quali ammettere il ricorso al *probation* processuale.

L'opzione legislativa, a tal riguardo, segna una prima, macroscopica, differenza con la messa alla prova minorile³¹³, essendosi limitata l'applicazione del recente istituto a fattispecie delittuose, nel complesso, di gravità medio-bassa³¹⁴.

Al fine di operare una simile "selezione" *ratione delicti*, il legislatore si è servito, secondo modalità non inconsuete, di un duplice criterio, di natura "quantitativa" e "qualitativa" o nominale.

In primo luogo, infatti, l'art. 168-*bis*, co. 1, c.p. ha riguardo all'entità della sanzione comminata per l'illecito, ammettendo la messa alla prova «nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria».

³¹¹ Così: N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 47; nello stesso senso: F. FIORENTIN, *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, cit. p. 68.

³¹² Al quale sarà interamente dedicato il successivo capitolo del presente lavoro; v. *infra* Cap. III.

³¹³ Sul punto, v. *ex plur.*: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit. p. 677.

³¹⁴ A tal proposito, parla di «reati sostanzialmente bagatellari»: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga del dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit. p. 513; nello stesso senso: F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, cit. p. 3.

Merita segnalare, per vero, che la fissazione del “tetto” massimo in quattro anni di pena detentiva, si deve in buona parte alle sollecitazioni espresse dalla dottrina a fronte di progetti legislativi, precedenti a quello che ha portato all’approvazione della l. 67 del 2014, che riservavano uno spazio applicativo alla messa alla prova ancora più ristretto, circoscrivendolo ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a tre³¹⁵ o, addirittura, a due anni³¹⁶.

Con scelta parimenti “innovativa”, al contempo, l’art. 168-*bis*, co. 1, c.p. delinea il campo di applicazione dell’istituto *ratione materiae*. Stando alla citata disposizione, infatti, la messa alla prova è altresì ammissibile «per i delitti indicati dal comma 2 dell’art. 550» c.p.p.

Si tratta, come è noto, dell’elenco di delitti³¹⁷ per i quali è previsto che il pubblico ministero eserciti l’azione penale mediante citazione diretta nonostante si tratti di fattispecie punite con la reclusione superiore nel massimo a quattro anni, “limite” in base al quale l’art. 550, co. 1, c.p.p. fissa la competenza per materia del tribunale in composizione monocratica.

Mediante il rinvio “nominale” all’art. 550, co. 2, c.p.p. si segna, dunque, una significativa – sebbene pur sempre limitata – “apertura” all’applicazione dell’istituto, giacché si è consentito il ricorso alla messa alla prova per delitti non solo di rilievo statistico notevole nella prassi, ma anche espressivi di un certo disvalore, in quanto puniti con pene piuttosto severe³¹⁸.

³¹⁵ Cfr., da ultimo, il d.d.l. C. 3291 del 9 marzo 2010 presentato alla Camera dei Deputati dall’allora Ministro della Giustizia Angelino Alfano.

³¹⁶ Cfr. d.d.l. C. 2664 del 16 maggio 2007 presentato alla Camera dei Deputati dall’allora Ministro della Giustizia Mastella, ove peraltro si individuavano ulteriori preclusioni *ratione materiae*. A proposito, più in dettaglio, v.: N. TRIGGIANI, *Op. cit.*, cit. p. 48 ss.

³¹⁷ Che di seguito si riporta: a) violenza o minaccia a un pubblico ufficiale prevista dall’articolo 336 del codice penale; b) resistenza a un pubblico ufficiale prevista dall’articolo 337 del codice penale; c) oltraggio a un magistrato in udienza aggravato a norma dell’articolo 343, secondo comma, del codice penale; d) violazione di sigilli aggravata a norma dell’articolo 349, secondo comma, del codice penale; e) rissa aggravata a norma dell’articolo 588, secondo comma, del codice penale, con esclusione delle ipotesi in cui nella rissa taluno sia rimasto ucciso o abbia riportato lesioni gravi o gravissime; e *bis*) lesioni personali stradali anche se aggravate a norma dell’art. 590 *bis* del codice penale; f) furto aggravato a norma dell’articolo 625 del codice penale; g) ricettazione prevista dall’articolo 648 del codice penale.

³¹⁸ Si pensi, a proposito, ai delitti di ricettazione o di furto aggravato *ex art. 625 c.p.*, a cui, secondo giurisprudenza consolidata, può parificarsi l’ipotesi di furto “con strappo”, benché non espressamente menzionato dall’art. 550 c.p.p. (cfr., *ex plur.*: Cass., Sez. VI, n. 29815 del 24 aprile 2012, in *C.E.D. Cass.* n. 253173); in tal senso, già tra i primi commentatori della novella del 2014, v.: GIUS. AMATO, *L’impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in

Per quanto possa ritenersi encomiabile la sensibilità mostrata dal legislatore ai suggerimenti provenienti dalla dottrina, che, come visto³¹⁹, temeva che la misura sarebbe stata appetibile, stante la concorrenza di altri “benefici”, solo per coloro che intendessero evitare lo stigma della condanna o gli effetti accessori ad essa, la scelta di limitare il ricorso alla messa alla prova sulla base di un criterio quantitativo generale, con il limite massimo di quattro anni di detenzione, non sembra del tutto soddisfacente.

Le perplessità di chi rimarcava la cautela tenuta del legislatore nel «delineare gli spazi operativi dell’istituto»³²⁰, per vero, paiono aver trovato ulteriore riscontro nell’attuazione di diverse deleghe contenute nella stessa l. n. 67 del 2014, ovvero di proposte legislative all’epoca già allo studio del Parlamento.

Ad oggi, pertanto, va tenuto a mente che l’ambito di applicazione – di per sé non sconfinato – del *probation* processuale pare ulteriormente “eroso”, come si vedrà, da altri istituti aventi margini applicativi talvolta più estesi o caratteristiche persino simili alla messa alla prova³²¹. Si consideri, a tal proposito, che l’art. 131-*bis* c.p. introdotto dal d.lgs. n. 28 del 2015, prevede la non punibilità tenuta del fatto per i reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni³²². Ancora, va sottolineato che numerose fattispecie rientranti nel campo di applicazione della messa alla prova descritto dall’art. 168-*bis*, co. 1, c.p. sono state oggetto di una “radicale” opera

Giuda dir., 2014, n. 21, cit. p. 89. Con una recente pronuncia, peraltro, la Corte di cassazione ha ritenuto applicabile, anche secondo un’interpretazione storico-sistematica, il citato principio di diritto al contesto specifico della messa alla prova. Secondo la Suprema corte, infatti, «La fattispecie incriminatrice di furto in abitazione (art. 624-*bis* cod. pen.) rientra nel novero dei reati per i quali è ammessa l’operatività dell’istituto della sospensione del processo per messa alla prova, applicabile ai reati per i quali si procede con citazione diretta»; così: Cass., Sez. V, n. 43958 del 12 maggio 2017, in *C.E.D. Cass.* n. 271610.

³¹⁹ V., più in dettaglio, *retro* par. 4.

³²⁰ Così: C. CESARI, *Op. cit.*, cit. p. 513.

³²¹ A proposito, v. più nel dettaglio *infra* par. 3.

³²² La cui introduzione era prevista dalla delega contenuta nell’art. 1, lett. *m*, della l. n. 67 del 2014. L’istituto, peraltro, sebbene con alcune differenze, era già previsto dall’art. 34 d.lgs. 28.8.2000, n. 274 (esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto) e dall’art. 27 del D.P.R. n. 448 del 1988 (Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto). Sui meccanismi di irrilevanza del fatto, per tutti, v.: C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005.

di decriminalizzazione o di depenalizzazione³²³. Infine, va evidenziato che per tutti i reati procedibili a querela soggetta a remissione, il nuovo art. 162-ter c.p., introdotto dalla l. n. 103 del 2017 (c.d. riforma Orlando), ha previsto la possibilità per il giudice, sentite le parti e la persona offesa, di dichiarare l'estinzione del reato quando l'imputato ha riparato integralmente il danno cagionato dal reato ed abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose dello stesso³²⁴.

Oltre ad uno spazio applicativo piuttosto contenuto, peraltro, l'aver affiancato al descritto criterio quantitativo un richiamo alle fattispecie di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p. sembra ingenerare qualche "disfunzione".

In dottrina, invero, tenuto conto che – come visto – tale disposizione include fattispecie di considerevole gravità, si è efficacemente evidenziato che in tal modo «paradossalmente restano esclusi, invece quei reati che, pur essendo puniti con una pena detentiva superiore ai quattro anni, non manifestano una particolare pericolosità sociale»³²⁵. Pur consapevoli dell'ampio margine di discrezionalità di cui gode il legislatore nel compimento di scelte di "politica criminale" di tal fatta, pare lecito, in effetti, interrogarsi sulla ragionevolezza di simile soluzione.

Non è mancato, del resto, chi avrebbe optato per una diversa soluzione, prevedendo un generale potere discrezionale del giudice di valutare l'ammissibilità della messa alla prova nei casi in cui reati puniti con pena detentiva superiore ai quattro anni si presentino in concreto «scevri da connotazioni di particolare pericolosità sociale»³²⁶.

Al di là di tale drastica opzione, a parere di chi scrive, sarebbe opportuno, al fine di "puntellare" la ragionevolezza della delimitazione del campo operativo della messa alla prova *ratione delicti*, aggiungere un

³²³ Si allude, rispettivamente, al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 recante «Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili» ed al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, recante «Disposizioni in materia di depenalizzazione [...]». I due provvedimenti sono stati adottati in attuazione delle deleghe contenute nell'art. 2, co. 2 e 3 della l. n. 67 del 2014.

³²⁴ Lo rileva, da ultimo: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3439 ss.

³²⁵ In tal senso: G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 7.

³²⁶ Così: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3440; nello stesso senso: G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 7.

riferimento alla pena edittale minima. Si tratterebbe, cioè, di prevedere l'ammissibilità del *probation* (anche) per reati puniti con pena detentiva non superiore nel minimo ad una certa soglia, indipendentemente dal superamento del limite massimo dei quattro anni o dell'inclusione nell'elenco di cui all'art. 550, co. 2, c.p.p. In tal modo, si consentirebbe di far ricorso all'istituto in quelle ipotesi "limite", in cui, pur a fronte di reati astrattamente gravi, il fatto – già per come descritto nel capo di imputazione e senza "sconfinare" nelle logiche della particolare tenuità – risulti espressivo di un disvalore comunque modesto, che ben si presta ad essere riassorbito mediante il *probation*. Si consideri, peraltro, che la Corte costituzionale, chiamata di recente a pronunciarsi sulla legittimità dell'esclusione dell'ipotesi di ricettazione "tenue" di cui all'art. 648, co. 2 c.p. dall'ambito di applicazione dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., ha dato risalto ad una simile opzione³²⁷. La Corte ha avuto cura di rilevare che a fronte di fattispecie – quali quella di cui all'art. 648, co. 2 c.p. – caratterizzate da una cornice edittale di pena molto ampia con soglia minima molto bassa³²⁸ – «non è difficile immaginare casi concreti in cui [...] potrebbe operare utilmente la causa di non punibilità», allo stato tuttavia preclusa dal limite applicativo di cui all'art. 131-*bis* c.p., fissato in ragione del solo massimo edittale di pena. Ebbene, pur dando atto che gli ampi margini di discrezionalità riservati al legislatore in materia precludono una declaratoria di incostituzionalità, la Consulta ha esplicitamente affermato che «per ovviare a una situazione di questo tipo, oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, potrebbe prevedersi anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possono comunque essere considerati di particolare tenuità».

A bene vedere, le considerazioni della Corte costituzionale testé riportate, potrebbero valere, *mutatis mutandis*, rispetto all'istituto della messa alla prova. Sono diverse, invero, le fattispecie che, pur presentando

³²⁷ Cfr. Corte cost., n. 270 del 24 maggio 2017, in *Dir. Pen. cont.*, 18 settembre 2017, cit., con nota di S. SANTINI, *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*.

³²⁸ Nella specie, quanto alla pena detentiva, da 15 giorni a 6 anni di reclusione.

una pena edittale minima molto bassa e potendo dunque rivelarsi in concreto espressive di un disvalore modesto, non rientrano nell'ambito applicativo della messa alla prova a causa di una pena massima che supera il tetto dei quattro anni di reclusione fissato dall'art. 168-*bis*, co. 1, c.p.³²⁹. Simile soluzione, quantomeno, consentirebbe di arginare il descritto problema, coerentemente, peraltro, con la ricostruzione sistematica del reato alla stregua di "entità" entro la quale è possibile sussumere "fatti" – intesi in prospettiva storica – diversificati in ragione della «situazione reale e irripetibile» in concreto realizzata dall'agente, ed espressivi, pertanto, di un complessivo disvalore anche significativamente disomogeneo³³⁰.

2.1.1 La problematica (ir)rilevanza delle circostanze aggravanti

Si è poc'anzi visto che il legislatore, nell'individuare il criterio "quantitativo" per stabilire il campo di applicazione della messa alla prova, ha preso a parametro la pena massima stabilita per il reato per cui si procede.

Nel fare ciò, come detto, ha fatto riferimento alla «pena edittale»³³¹.

Sebbene l'espressione, nella sua semplicità, non dia adito a dubbi circa la necessità di far riferimento alla comminatoria di pena prevista in astratto, l'inedita formula di cui si è servito il legislatore ha dato il la ad una intricata controversia interpretativa.

In effetti, come si è osservato, «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»³³², mentre, di contro, l'art. 168-*bis*, co. 1, c.p. si limita a far riferimento alla pena prevista, talché ci si è interrogati sulla possibile rilevanza delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione del campo applicativo della messa alla prova.

³²⁹Si pensi, ad esempio, al delitto di violenza o minaccia per costringere taluno a commettere un reato di cui all'art. 611 c.p., punito con la reclusione fino a cinque anni.

³³⁰ Esulando il tema dal campo del presente lavoro, sia consentito rimandare a quanto affermato in ultimo, sempre in tema di particolare tenuità del fatto, da: Cass., Sez. Un., n. 13618 del 25 febbraio 2016, in *C.E.D. Cass.* n. 266589 ss., cit. p. 8 ss.

³³¹ Cfr. art 168-*bis*, co. 1, c.p.

³³²Così: G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014*, n. 67. *Inquadramento teorico e problematiche applicative*, cit. p. 429.

L'accesso dibattito, in particolare, si è incentrato sul rilievo da attribuire alle circostanze per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria (circostanze c.d. autonome) e quelle per le quali è previsto un aumento di pena in misura superiore ad un terzo (circostanze c.d. ad effetto speciale)³³³.

Nonostante, per vero, la dottrina fosse incline a ritenere che il richiamo alla pena edittale deponesse a favore dell'irrelevanza degli *accidentalialia delicti* in materia³³⁴, in giurisprudenza si sono registrate notevoli oscillazioni, tanto da richiedere l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Stando ad un primo, più consistente, orientamento, infatti, la *littera legis* non può che far ritenere che il parametro "quantitativo" di cui all'art. 168-*bis*, co. 1, c.p. si riferisca unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie di reato "base", dovendosi così prescindere dalla contestazione di qualsivoglia aggravante, incluse quelle ad effetto speciale³³⁵.

Per contro, l'opposta opinione trovava espressione in alcune pronunce, ove i giudici di legittimità hanno statuito che «quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del combinato disposto dagli artt. 168-*bis*, co. 1, c.p., e 550, co. 2, c.p., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale»³³⁶.

Ciò, in particolare, dal momento che, pur nel silenzio sul punto dell'art. 168-*bis*, co. 1, c.p., da un esame sistematico del dato normativo emergerebbe

³³³ Sull'argomento, per tutti, v.: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, p. 444.

³³⁴ In tal senso, *ex plur.*: V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, cit. p. 6 ss.; G. L. FANULI, *Op. cit.* cit. p. 429; A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 677.

³³⁵ V., tra le altre: Cass., Sez. II, n. 33461 del 14 luglio 2014, in *C.E.D. cass. n.* 264154; Cass., sez. VI, n. 6483 del 9 dicembre 2014, in *C.E.D. cass. n.* 26234.

³³⁶ In tal senso, in particolare: Cass., Sez. VI, n. 36687 del 30 giugno 2015, in *C.E.D. cass. n.* 264045, secondo cui «In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del combinato disposto dagli artt. 168 bis, primo comma, cod. pen., e 550, comma secondo, cod. proc. pen., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale»; annotata da: A. MARANDOLA, *Il criterio quantitativo della pena per l'ammissione alla messa alla prova*, in *Giur. it.*, 2015, n. 10, p. 2226 ss. Lo stesso principio è stato in seguito ribadito da: Cass. Sez. VI, n. 46795 del 6 ottobre 2015, in *C.E.D. Cass. n.* 265484.

un criterio unitario di determinazione della pena ai fini dell'applicazione di svariati istituti, stando al quale, appunto, va attribuito rilievo a siffatte circostanze aggravanti. Si pensi, ad esempio, all'art. 4 c.p.p., in materia di competenza, all'art. 278 in materia di misure cautelari, al quale fa peraltro richiamo l'art. 379 c.p.p. in materia di arresto in flagranza e all'art. 550, co. 1, c.p.p. per l'individuazione dei reati per cui si procede mediante citazione diretta. Nello stesso senso, ancora, depongono alcune norme sostanziali, quali l'art. 157, co. 2, c.p. in materia di prescrizione e, da ultimo, l'art. 131-*bis* c.p. per l'individuazione dei reati per i quali è applicabile l'istituto della particolare tenuità del fatto. L'esigenza di attribuire rilievo alle circostanze aggravanti di cui all'art. 63, co. 3, c.p. in materia di messa alla prova deriverebbe, peraltro, anche da un'esigenza sistematica tutta "interna" all'art. 168-*bis* c.p. Secondo l'orientamento in esame, il criterio "quantitativo" dovrebbe, invero, operare sinergicamente con quello "qualitativo". Mediante il richiamo ai delitti di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p., il legislatore avrebbe infatti inteso delimitare le ipotesi nelle quali non rilevano le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria o quelle ad effetto speciale. L'opposto criterio "generale", così, non opererebbe solo per le fattispecie aggravate ivi previste³³⁷. Ciò, per vero, sarebbe coerente con la stessa *voluntas legis*, dal momento che, nel fissare il criterio "quantitativo", il legislatore avrebbe inteso tener conto della regola di cui all'art. 550, co. 1 c.p.p., il quale, richiamando espressamente l'art. 4 c.p.p., impone di non dar considerazione alle circostanze aggravanti, fatte salve – appunto – quelle di cui all'art. 63, co. 3, c.p. Si colmerebbe, così, una «lacuna di notevole importanza per l'operatività dell'istituto», rendendo la messa alla prova applicabile «per tutti quei delitti per i quali si procede per citazione diretta a giudizio innanzi al giudice in composizione monocratica»³³⁸.

Ebbene, pur chiamate a pronunciarsi su di un ricorso ritenuto inammissibile³³⁹, vista l'importanza della questione, le Sezioni Unite hanno

³³⁷ Trattasi dei delitti indicati dall'art. 550, co. 2, lett. *c, d, e, f*, c.p.p.

³³⁸ Così: Cass., Sez. VI, n. 36687 del 30 giugno 2015, cit. p. 3-4.

³³⁹ Si trattava, invero, di un ricorso per cassazione presentato in via autonoma contro un'ordinanza di rigetto emessa. Sul tema, v. *infra* Cap. III.

tenuto a risolvere la disputa interpretativa, confermando la legittimità del primo orientamento e prendendo con decisione le distanze dalle argomentazioni dell'opposto filone giurisprudenziale di cui si è detto³⁴⁰.

Secondo il Supremo Consesso, innanzitutto, il tenore dell'art. 168-*bis*, co. 1, c.p., rende lecito dubitare dell'esistenza dell'asserito vuoto normativo da colmare in via interpretativa. A tal fine, peraltro, non sarebbe possibile servirsi di un «criterio normativo unitario»³⁴¹. Da tutte le richiamate disposizioni che danno rilievo alle circostanze di cui all'art. 63, co. 3, c.p., infatti, non potrebbe ricavarsi alcun criterio di ordine generale, bensì, al più, una mera «linea di tendenza»³⁴². Trattasi di norme speciali, riferite ai singoli istituti per i quali sono dettate, che fissano criteri di determinazione della pena per finalità diverse e peraltro secondo canoni non del tutto sovrapponibili. D'altronde, la stessa l. n. 67 del 2014 contiene espressi riferimenti, in relazione a diversi istituti, al criterio fissato dall'art. 278 c.p.p., così emergendo la chiara *voluntas legis* di non dar rilievo alle circostanze di cui all'art. 63, co. 3, c.p. al fine di individuare i reati per i quali è applicabile la messa alla prova³⁴³. Del pari, va escluso che il richiamo che l'art. 168-*bis*, co. 1 c.p. fa all'art. 550, co. 2 c.p. possa ritenersi esteso al co. 1 di tale disposizione e, di conseguenza, all'art. 4 c.p.p. in esso menzionato. Oltre a cozzare con la chiarezza della *littera legis*, dagli stessi lavori parlamentari si evince la volontà di non dar rilievo alle circostanze speciali o ad effetto speciale, giacché nella formulazione originaria dell'art. 168-*bis* c.p. vi era un riferimento ad esse, poi eliminato nella versione definitivamente approvata³⁴⁴. Ancora, le Sezioni Unite tengono a smentire la tesi della coincidenza del campo di applicazione della messa alla prova con il novero dei reati per cui si procede mediante citazione diretta al tribunale monocratico.

³⁴⁰ Cass., Sez. Un., n. 36262 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4334 ss.; con note di M. C. AMOROSO, *La disciplina della messa alla prova al vaglio delle Sezioni unite*, p.4340 ss.; e di L. PAOLONI, *Il limite edittale per l'accesso alla messa alla prova. Dalle Sezioni unite una soluzione attesa che favorisce il ricorso alla probation processuale*, p. 4352 ss.

³⁴¹ Cfr. Cass., Sez. Un., n. 36262 del 31 marzo 2016, cit. p. 5.

³⁴² *Ibid.*, cit. p. 6.

³⁴³ Già nello stesso senso, in dottrina, v.: G. L. FANULI, *Op. cit.* cit. p. 430.

³⁴⁴ Cfr. Disegno di legge n. 111, Dossier n. 89, XVII Legislatura, in www.senato.it.

Se così fosse, per vero, si sarebbe richiamato l'art. 550 c.p.p. nella sua interezza. Il richiamo al co. 1, tuttavia, avrebbe comportato l'esclusione dell'ammissibilità della richiesta di messa alla prova per reati puniti con pena edittale inferiore nel massimo a quattro anni, la cui competenza nondimeno è attribuita al tribunale in composizione collegiale *ex art 33-bis* c.p.p., così dando adito a dubbi di legittimità costituzionale di simile limitazione. Viepiù, il dettato dell'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p., che, nel fissare i termini per l'ammissibilità della richiesta, fa riferimento alla formulazione delle conclusioni in udienza preliminare ai sensi degli artt. 421 e 422 c.p.p., conferma che il novero dei reati per i quali è consentita la messa alla prova è più ampio di quelli di cui all'art. 550 c.p.p.³⁴⁵. Ne consegue, peraltro, una diversa lettura del rapporto tra il criterio "qualitativo" e "quantitativo" individuati dall'art. 168-*bis*, co. 1, c.p. Questi ultimi, infatti, sono pensati per operare non già congiuntamente – come affermato da parte della giurisprudenza precedente – bensì in via autonoma o alternativa tra loro³⁴⁶, senza che l'uno rappresenti l'eccezione dell'altro. Diversamente, invero, i due criteri entrerebbero in irrimediabile contraddizione tra loro, dal momento che mediante il richiamo all'art. 550, co. 2, c.p.p. si è espressamente previsto il ricorso alla messa alla prova per reati anche aggravati da circostanze ad effetto speciale³⁴⁷.

Nessun dubbio, a seguito della decisione delle Sezioni Unite, residua dunque sul fatto che «ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-*bis* c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e

³⁴⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., n. 36262 del 31 marzo 2016, cit. p. 8.

³⁴⁶ Nello stesso senso, v. I. GUERINI, *In claris (non) fit interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016, cit. p. 8.

³⁴⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., n. 36262 del 31 marzo 2016, cit. p. 9.

quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato»³⁴⁸.

L'importante decisione, a ben vedere, segna consapevolmente un importante “ampliamento” del campo di applicazione della messa alla prova.

Secondo la Corte, infatti, dal dato normativo emerge un generale *favor* per l'applicazione dell'istituto, giacché il legislatore, conscio delle perplessità della dottrina circa l'effettivo impatto della messa alla prova, ha optato per non limitarla ai reati di gravità medio-bassa.

Il riferimento alla pena edittale, che, come visto, non consente di dar rilievo alle circostanze di cui all'art. 63, co. 3, c.p., permette, difatti, di includere nello spettro applicativo del *probation* processuale anche fattispecie di gravità medio-alta. Con ciò, sempre secondo il Supremo Consesso, il legislatore avrebbe inteso rendere l'istituto della messa alla prova più “competitivo” rispetto ad altri meccanismi, quali, in particolare, la sospensione condizionale della pena, nonché ad evitare irragionevoli sovrapposizioni con l'ambito applicativo di altri istituti, quali la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.³⁴⁹. Va dunque respinta, a detta della Corte, una lettura della messa alla prova in chiave schiettamente “premiale”, poiché l'istituto presenta una spiccata vocazione specialpreventiva, talché è pienamente coerente il ricorso all'istituto, che dà luogo ad un esperimento trattamentale sulla base di una prognosi di non recidivanza, anche in relazione a fattispecie di gravità astratta elevata³⁵⁰. Trattasi, a ben vedere, di un istituto che neppure disdegna finalità di prevenzione generale, risolvendosi comunque nell'applicazione di «un trattamento sanzionatorio»³⁵¹, le quali, tuttavia, non giustificano un'interpretazione volta ad “anticipare” la valutazione della gravità del reato «nel momento dell'astratto rilievo dei criteri di ammissibilità», recuperando

³⁴⁸ Così recita la massima ufficiale della sentenza in commento.

³⁴⁹ Sul punto v. *infra* par. 3.

³⁵⁰ Per giungere alla medesima soluzione, valorizza invece la *ratio* deflattiva dell'istituto: L. ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. e processo*, 1, 2016, cit. p. 110. Convergono sul punto, ad esempio: L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, cit. p. 103; G. ZACCARO, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, cit. p. 9.

³⁵¹ Così: Cass., Sez. Un., n. 36262 del 31 marzo 2016, cit. p. 11.

per contro importanza al momento della valutazione sull'idoneità del programma che il giudice è chiamato a svolgere in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p.³⁵².

2.1.2. I reati connessi o collegati: è ammissibile il *probation* “parziale”?

Chiarito che, ai fini della determinazione del limite di quattro anni di pena detentiva fissato dall'art. 168-*bis*, co. 1, c.p., è necessario aver riguardo alla sola pena edittale, senza che assumano rilievo alcuno eventuali circostanze aggravanti di qualsivoglia natura, un'altra problematica legata al “tema” della tipologia di reati per i quali si procede sembra destinata ad occupare gli interpreti nel prossimo futuro.

Si tratta, in particolare, di stabilire i limiti di ammissibilità della richiesta di messa alla prova nell'ambito dei processi c.d. oggettivamente cumulativi³⁵³. Sovente, difatti, la vicenda processuale presenta un “oggetto” composito, dal momento che, per svariate ragioni, ci si trova a procedere simultaneamente per diversi reati, talvolta “connessi”, talaltra “semplicemente” collegati.

Va precisato, innanzitutto, che, in simili eventualità, non sembra possibile dubitare della legittimità della richiesta di accedere alla messa alla prova per tutti i reati che “compongono” la regiudicanda, allorché questi ultimi presentino una cornice edittale di pena che non superi il limite di cui all'art. 168-*bis*, co. 1, c.p., ovvero rientrino nel catalogo dei delitti di cui all'art. 550, co. 2, c.p.p.³⁵⁴.

³⁵² *Ibid.* Sul tema, più in dettaglio, v. *infra* Cap. III.

³⁵³ Sul tema, tra i primi commentatori della novella del 2014, v., con soluzioni diverse: V. BOVE, *Messa alla prova per adulti: un punto sulla L. 67/2014*, cit. p. 18; G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova*, cit. p. 430; M. L. GALATI, L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Giuffré, 2015, cit., p. 86.

³⁵⁴ Secondo taluno, peraltro, l'accesso alla messa alla prova dovrebbe ritenersi precluso ove la pena edittale dei più reati oggetto del processo, «complessivamente considerata», superi la soglia indicata dall'art. 168-*bis*, co. 1, c.p.; in tal senso: G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 8. *Contra*, v. l'ordinanza del Tribunale di Milano che subito si passerà in rassegna. Sul punto, in generale, v. anche: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 664; F. FIORENTIN, *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, p. 68.

In tal senso, oltre alla maggior parte della dottrina³⁵⁵, sembra essersi altresì orientata la giurisprudenza di merito. Una ordinanza del Tribunale di Milano³⁵⁶, infatti, ha condivisibilmente ritenuto ammissibile la richiesta di messa alla prova presentata dall'imputato per tutti i tre reati per i quali si procedeva, dal momento che gli stessi – singolarmente considerati – presentavano i requisiti di cui all'art. 168-*bis*, co. 1, c.p. In assenza di espressa preclusione, invero, secondo il giudice meneghino, non è possibile ritenere che l'art. 168-*bis*, co. 4, c.p., secondo cui «la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa per più di una volta», renda di per sé inammissibile la richiesta avente ad oggetto più reati. Diversamente, si perverrebbe ad un'indebita equiparazione delle locuzioni «per più reati» e «per più di una volta», forzando con effetti in *malam partem* la lettera della legge. Simile ermeneusi, viepiù, si porrebbe in aperto contrasto con la *ratio* della messa alla prova, che, oltre a perseguire istanze deflative, offre «all'imputato l'occasione per intraprendere una diversa ed onesta condotta di vita, sul presupposto che il diritto penale è l'*extrema ratio* e il processo penale deve anzitutto essere connotato da una funzione rieducativa e di aiuto sociale della persona»³⁵⁷. Significative, infine, sono le considerazioni conclusive del Tribunale, che prende in esame l'ipotesi di più reati “avvinti” dal vincolo della continuazione. L'istituto di cui all'art. 81, co. 2, c.p. nasce, per vero, come istituto espressivo del *favor rei*, che dunque «impone di considerare il reato continuato come unico reato o come pluralità di reati a seconda che l'una o l'altra qualificazione risulti in concreto più favorevole per l'imputato». Neppure allorché si tratti di più reati “commessi” in continuazione tra loro, pertanto, la richiesta di messa alla prova “cumulativa” potrebbe ritenersi per ciò solo inammissibile, in piena analogia, peraltro, con la consolidata opinione giurisprudenziale stando alla quale l'identica espressione – «per più

³⁵⁵ In tal senso, ad esempio: G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 8; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit. p. 678.

³⁵⁶ Cfr. Trib. di Milano, ord. 28 aprile 2015, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2015, con nota di S. FINOCCHIARO, *Secondo il Tribunale di Milano, la richiesta di messa alla prova è ammissibile anche 'per più reati'*.

³⁵⁷ Cfr. Trib. di Milano, ord. 28 aprile 2015, cit.

di una volta» – contenuta nell'art. 164, co. 4, c.p. in materia di concessione della sospensione condizionale della pena, non preclude l'applicazione del beneficio in «ipotesi di condanna “per reato continuato”»³⁵⁸.

Più intricato, invece, il nodo interpretativo sorto circa la possibilità di richiedere la messa alla prova per alcuni soltanto dei reati oggetto di contestazione “cumulativa”. Nel silenzio della legge, infatti, ci si è divisi circa l'ammissibilità del *probation* “parziale”.

Va rammentato che, a ben vedere, l'interesse ad una richiesta di tal fatta potrebbe parimente sorgere in due diversi “scenari”, entrambi di non infrequente verifica nella prassi. Da un lato, uno o più reati oggetto del processo potrebbero “sforare” i limiti edittali di cui all'art. 168-*bis*, co. 1, c.p., talché l'imputato potrebbe avere interesse ad ottenere il beneficio della messa alla prova solo per quei reati che invece presentino i requisiti della citata norma. Dall'altro, analoga evenienza può verificarsi nel caso in cui tutti i reati per i quali si procede rientrino tra quelli per cui è ammesso il *probation*, ma la richiesta di messa alla prova “parziale” si spieghi alla luce di scelte di strategia processuale dell'imputato³⁵⁹.

In entrambe le ipotesi, ad ogni modo, l'ammissione al *probation* per alcuni soltanto dei reati contestati determinerebbe la parziale sospensione del processo³⁶⁰, il quale, previa separazione, dovrebbe essere destinato a

³⁵⁸ *Ibid.* Nondimeno, conclude l'ordinanza in commento, «la pluralità di contestazioni a carico dell'imputato è un dato che il giudice può – anzi deve – considerare nella formulazione della prognosi in ordine al futuro comportamento della persona e all'astensione di quest'ultima dal commettere ulteriori reati». Potrà quindi essere l'esito negativo di tale valutazione - al più - a determinare il rigetto dell'istanza di messa alla prova dell'imputato, ma non già la mera sussistenza di una pluralità di reati contestati a quest'ultimo, sempreché per ciascuno di essi sia pacificamente ammissibile; in tal senso, v.: S. FINOCCHIARO, *Op. cit.*, cit.

³⁵⁹ A proposito, basti pensare, ad esempio, all'imputato che miri ad ottenere una pronuncia pienamente liberatoria per alcuni soltanto dei reati contestati, non avendo interesse, al contempo, a difendersi “nel merito” rispetto alle altre accuse avanzategli Sul punto, v.: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 430.

³⁶⁰ Salvo – può ritenersi – che per i reati per i quali non sia avanzata la richiesta di messa alla prova sussistano “ragioni” per il proscioglimento immediato ai sensi dell'art. 129 c.p.p. Ciò, del resto, in analogia da quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di “patteggiamento parziale”; v., tra le altre: Cass., Sez. II, n. 28225 dell'8 luglio 2010, in *C. E.D.* Cass. n. 248209, secondo cui «In tema di patteggiamento, poiché l'accordo tra le parti e la conseguente sentenza possono limitarsi ad alcuni dei reati contestati solo a condizione che per gli ulteriori sussistano cause di non punibilità rilevanti ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., l'eventuale annullamento della decisione di proscioglimento comporta l'annullamento

proseguire con riguardo all'accertamento giudiziale delle fattispecie non rientranti nella sfera di applicazione dell'istituto³⁶¹, ovvero nella richiesta dell'imputato.

Ebbene, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, si sono registrate opinioni diametralmente opposte circa l'ammissibilità del *probation* parziale.

Stando ad un primo orientamento, che ha trovato eco in una pronuncia del Tribunale di Torino³⁶², nulla escluderebbe la legittimità di una richiesta di ammissione alla prova per alcuni soltanto dei reati oggetto del processo. Non ravvisandosi alcun dato ostativo nella legge, non potrebbe invocarsi l'orientamento giurisprudenziale maturato in materia di inammissibilità del c.d. "patteggiamento parziale", che, come noto, nega la possibilità di separazione del processo nel caso in cui, per questioni edittali, sia ammissibile il patteggiamento solo in relazione ad alcuni tra i reati contestati all'imputato³⁶³. Ciò, invero, poiché tale opinione si fonda su argomentazioni non conferenti con l'istituto della messa alla prova. Più in particolare, la peculiare *ratio* di quest'ultimo, che – come visto – va ben oltre l'obiettivo di deflazione processuale, imporrebbe di ridimensionare il principale elemento a sostegno della tesi dell'inammissibilità del "patteggiamento parziale", stando al quale, in sintesi, i benefici ricollegabili a tale rito trovano giustificazione soltanto a seguito di un completo effetto deflattivo, che si può realizzare solo attraverso la definizione simultanea di tutti i reati contestati³⁶⁴. Ma,

della stessa sentenza di patteggiamento per gli ulteriori reati da considerarsi pronunciata in violazione del divieto di definizione parziale del procedimento ed in potenziale elusione dei requisiti di applicabilità del rito».

³⁶¹ In tal senso: L. ANNUNZIATA, *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, cit. p. 110.

³⁶² Cfr.: Trib. di Torino, ord. 21 maggio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014, con nota di M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*; e in *Quest. giust. (web)*, 22 maggio 2014, con nota di G. ZACCARO, *Prima applicazione della messa alla prova per adulti*. Trattasi del medesimo provvedimento esaminato in materia di profili intertemporali della disciplina della messa alla prova; sul punto, v. *retro* Cap. I, par. 4.1.1.

³⁶³ Per una ricostruzione, di recente, v.: L. CERCOLA, *Patteggiamento parziale: ancora resistenze dai giudici di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2581 ss.; A. REMELLI, *Deflazione dibattimentale e parcellizzazione dei riti speciali: un mosaico di difficile composizione*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 963 ss.

³⁶⁴ In tal senso, da ultimo, v.: Cass., Sez. III, n. 41138 del 7 ottobre 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2581, con nota di L. CERCOLA, *Op. cit.* Invero, la giurisprudenza si è interrogata anche sulla richiesta parziale di giudizio abbreviato, consentendo la separazione solo nelle ipotesi di processi soggettivamente cumulativi (cfr. *ex plur.*, Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, *Di Paola*, in

soprattutto, si è osservato che «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 [...] è proprio una conseguenza della messa alla prova»³⁶⁵. Stando all'orientamento in parola, dunque, la richiesta di *probation* parziale non cadrebbe sotto la "scure" dell'inammissibilità, dovendosi, piuttosto, vagliare la concreta accoglibilità anche – e in particolare – alla luce dell'art. 18 c.p.p. Il rigetto della richiesta parziale, dunque, si imporrebbe ogniqualvolta il giudice ritenga impossibile dar luogo alla separazione dei processi – prodromica allo svolgimento del *probation* per alcuni soltanto dei reati contestati – poiché la riunione appare «assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti»³⁶⁶.

E, per vero, proprio in tale solco si è collocata altra pronuncia di merito che, una volta sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione, ha però dato occasione ai giudici di legittimità di avallare l'opposto orientamento in materia³⁶⁷.

Pur dando atto della correttezza ed esaustività della motivazione del giudice *a quo* circa l'incompatibilità della separazione del processo con l'esigenza di accertamento del fatto *ex art. 18, co. 1, c.p.p.* posta alla base del rigetto della richiesta di messa alla prova avanzata per parte dei reati contestati, i giudici di legittimità si sono infatti impegnati in articolate

Cass. pen., 2009, p. 2531). Di contro, si ritiene inammissibile la richiesta di giudizio abbreviato proposta dall'imputato relativamente a parte soltanto dei reati oggetto di contestazione nel medesimo processo, salvo il caso in cui, per le restanti imputazioni, l'imputato richieda l'applicazione della pena concordata (cfr. *Cass.*, Sez. VI, 5 ottobre 2010, *F. ed altri*, in *C.E.D. Cass.* n. 248792).

³⁶⁵ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 430. Nello stesso senso: Trib. di Torino, ord. 21 maggio 2014, cit.

³⁶⁶ Cfr. art. 18, co.1, c.p.p.

³⁶⁷ Cfr. *Cass.*, sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2015, con nota di J. DELLA TORRE, *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*; e in *Arch. pen. (web)*, 2015, n. 2, con nota di O. MURRO, *Le criticità della richiesta "parziale" di messa alla prova: oscillazioni giurisprudenziali*.

argomentazioni a suffragio dell'inammissibilità della richiesta di *probation* "parziale".

In particolare, preso atto dell'assenza di indicazioni a riguardo nel dato normativo e del fatto che l'unica potenziale soluzione a fronte di una richiesta di sospensione del processo con messa alla prova "parziale" sarebbe quella della separazione *ex art 18 c.p.p.*, la Cassazione giunge a negare l'ammissibilità di simile richiesta muovendo dalla *ratio* del recente istituto. Quest'ultima, invero, appare decisamente incentrata su istanze di risocializzazione e di rieducazione dell'imputato, talché, ove il *probation* sia ammissibile solo per alcuni dei reati contestati, «appare stridente con la struttura del sistema e [...] con gli stessi presupposti dell'istituto che possa avvenire una "parziale" risocializzazione del soggetto interessato»³⁶⁸. Ad ostare all'ammissione alla prova per parte soltanto dei reati oggetto del processo non sarebbe, dunque, tanto l'effetto deflattivo solamente parziale – come in ambito di "patteggiamento parziale" – quanto piuttosto l'impossibilità di immaginare che «taluno possa essere "risocializzato" solo per alcuno dei fatti in contestazione e nel contempo continui a rispondere di ben più gravi fatti-reato connessi per i quali l'accesso all'istituto *de qua* non è consentito»³⁶⁹. Secondo la Suprema Corte, peraltro, simili considerazioni troverebbero conforto – come già suggerito in dottrina³⁷⁰ – in un argomento di natura letterale. Il legislatore, difatti, nella formulazione dell'art. 168-*bis* c.p., non ha fatto riferimento ai «reati» ma ai «procedimenti per reati», così lasciando intendere «una visione unitaria e complessiva della prospettiva di risocializzazione del soggetto che potrà realizzarsi attraverso la messa alla prova previa sospensione dell'intero "procedimento" ma solo quando ciò sia possibile in relazione a tutti i reati in contestazione»³⁷¹. L'accesso alla messa alla prova – prosegue la Corte – non costituisce, del resto, esito automatico della presentazione della richiesta, ma presuppone l'attivazione di un potere valutativo da parte del giudice. La concessione del beneficio, infatti,

³⁶⁸ Così: Cass., sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, cit. p. 5-6.

³⁶⁹ *Ibid.*, cit. p. 6.

³⁷⁰ Sul punto: A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 678.

³⁷¹ Cfr. Cass., sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, cit. p. 6.

presuppone «un giudizio prognostico positivo sulla rieducazione del soggetto interessato, per la cui formulazione non può prescindersi dal tipo di reato commesso, dalle modalità di attuazione dello stesso e dai motivi a delinquere», al fine di valutare se il fatto contestato debba considerarsi un episodio del tutto occasionale³⁷². Ove, di contro, siano contestati all'imputato anche reati per cui non sia astrattamente concedibile la messa alla prova, sussisterebbero indici ostativi «ad un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità dell'imputato verso modelli socialmente adeguati»³⁷³, «che rappresenta il vero ed unico motivo fondante dell'istituto»³⁷⁴.

Le argomentazioni della Corte, per vero, sono state svolte in relazione ad una fattispecie in cui la messa alla prova sarebbe stata astrattamente ammissibile solo per alcuni dei delitti contestati. Nondimeno, sembra agevole ritenere che le trancianti considerazioni svolte siano estendibili al caso in cui la richiesta “parziale” sia avanzata in un processo avente ad oggetto reati tutti rientranti nei limiti di cui all'art. 168-*bis*, co. 1, c.p. Anche in tale contesto, d'altro canto, può immaginarsi che le vere «radici» dell'istituto, che, secondo la Cassazione, «tendono all'eradicazione completa delle tendenze di condotta antiggiuridica del soggetto e [...] contrastano con l'idea di un individuo semi-risocializzato»³⁷⁵, ostino all'ammissibilità di simile richiesta.

La decisione della Suprema Corte, sebbene, allo stato, “isolata”, ha dunque sbarrato con decisione la strada al *probation* parziale. Tale pronuncia, per vero, ha suscitato reazioni contrastanti in dottrina³⁷⁶. Sembra, invero, potersi convenire con chi ha rilevato l'eccessivo rigore della soluzione proposta dalla Corte, ravvisandovi altresì alcuni profili di criticità. In effetti, la Cassazione giunge ad individuare una esplicita condizione di (in)ammissibilità della richiesta di accesso al nuovo rito, pur a fonte di una norma che non ha previsto alcuna preclusione assoluta nell'ipotesi in cui siano contestati plurimi reati. Con ciò, pare forzarsi in *malam partem* il

³⁷² *Ibid.*, cit. p. 4-5.

³⁷³ *Ibid.*, cit. p. 4.

³⁷⁴ *Ibid.*, cit. p. 6.

³⁷⁵ *Ibid.*, cit. p. 7.

³⁷⁶ In senso adesivo alla soluzione adottata dalla Suprema Corte con la sentenza in esame, v.: L. ANNUNZIATA, *Op. cit.*, p. 111 ss. In chiave critica, invece: J. DELLA TORRE, *Op. ult. cit.*; O. MURRO, *Op. cit.*, p. 6 ss.

dettato normativo, in spregio al generale principio di legalità e, più in particolare, del principio di tassatività vigente in materia di inammissibilità³⁷⁷.

Ancora, come rilevato dall'opposto orientamento di cui si è detto, proprio la *ratio* rieducativa della messa alla prova dovrebbe spingere verso il riconoscimento all'imputato della possibilità di fruire di quella «parentesi risocializzante» che l'istituto offre, così da poter orientare il proprio *modus vivendi* verso modelli socialmente adeguati³⁷⁸. Del resto, come rilevato dall'orientamento di merito poc'anzi descritto, bisogna fare i conti con la conseguenza paradossale che si produrrebbe qualora, a seguito del rigetto della richiesta di messa alla prova parziale e all'esito dell'inevitabile giudizio, l'imputato venga assolto per i soli reati che precludevano l'accesso alla prova e condannato per quei reati per i quali avrebbe avuto diritto alla sospensione del processo³⁷⁹. Viepiù, l'inammissibilità di siffatta richiesta non sembra neppure compatibile con la finalità deflattiva che l'istituto pur sempre persegue, dato che anche in tale ipotesi esso verrebbe almeno in parte attuato, conferendo «al giudice il potere di concentrare lo sforzo decisionale e motivazionale su un numero più limitato di reati»³⁸⁰.

Peraltro, la “secca” preclusione individuata in via interpretativa dalla Corte di cassazione, pare prestare il fianco ad obiezioni di carattere costituzionale. Si è visto, invero, che la Consulta ha di recente optato per una lettura in chiave prevalentemente processuale dell'istituto della messa alla prova, che dunque si colloca a tutti gli effetti nel novero dei riti “premiali”³⁸¹. Ne segue, come è noto, che le “scelte” dell'imputato inerenti all'accesso a tali riti si declinano quale diretta “propagazione” del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. Se, come riconosciuto dalla Cassazione nella sentenza poc'anzi esaminata, la legge non prevede un «diritto di accesso» automatico al rito – visto che rimette alla valutazione in concreto del giudice l'accoglimento della richiesta – è altrettanto vero che il dato normativo prevede espressamente un diritto di presentare la

³⁷⁷ In materia, per tutti, v.: P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 18^a ed., Giappichelli, 2017, p. 199 ss.

³⁷⁸ In tal senso: O. MURRO, *Op. cit.*, cit. p. 5.

³⁷⁹ Cfr.: Trib. di Torino, ord. 21 maggio 2014, cit.

³⁸⁰ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 430.

³⁸¹ Sul punto, v. *retro* Cap. I, par. 4.1.3.

richiesta³⁸². La “compressione” di tale diritto, pertanto, deve ritenersi di pertinenza esclusiva del legislatore, al quale spetta l’individuazione dei casi in cui è “ragionevole” la limitazione delle prerogative difensive. Ancora, la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione non sembra tener conto la “variabilità” ed imprevedibilità della realtà processuale. È noto, infatti, che fatti di reato “connessi” – perché ad esempio commessi in esecuzione di un unico disegno criminoso – ben possono essere accertati, per le più svariate ragioni, in procedimenti del tutto separati, così come illeciti “slegati” ben possono, al contrario, essere oggetto di trattazione contestuale nel medesimo processo. La possibilità di perseguire quella risocializzazione “unitaria” dell’imputato postulata dalla Cassazione è subordinata, dunque, a variabili difficilmente controllabili. Così, però, la possibilità di accedere alla messa alla prova finisce per dipendere da circostanze meramente congiunturali, a seconda, cioè, che il procedimento inglobi tutti i reati addebitabili ad un soggetto, ovvero, per le più svariate ragioni, includa uno o alcuni soltanto di essi. Talché, in definitiva, difficilmente spiegabile appare la disparità di trattamento tra l’imputato chiamato a rispondere contestualmente di “tutti” i reati commessi e quello che, al contrario, sia destinatario di accuse “parcellizzate” pur a fronte di una pluralità di illeciti, che ben potrebbe dunque essere ammesso ad una prova pur sempre “parziale”³⁸³.

Più corretto e aderente al dato normativo pare, pertanto, l’orientamento a favore dell’ammissibilità della richiesta di *probation* parziale, che “rimanda” al momento della valutazione in concreto del giudice sull’accogliibilità della richiesta ogni considerazione circa le fattive possibilità di risocializzazione dell’imputato, consentendo di apprezzare ogni circostanza del caso di specie senza pregiudicare, al contempo, la valutazione della

³⁸² Cfr. Cass., sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, cit. p. 6.

³⁸³ Chi scrive, per vero, non ignora che simili obiezioni devono fare i conti con i citati orientamenti giurisprudenziali in materia di “patteggiamento” e “abbreviato” “parziali”, prestandosi, almeno in parte, le considerazioni testé espresse ad essere estese a tali riti speciali, dei quali tuttavia non si dubita della legittimità costituzionale sotto questi punti di vista.

compatibilità della separazione *simultaneus processus* con le esigenze del rito ai sensi dell'art. 18 c.p.³⁸⁴.

2.2. Il protagonista del *probation*: l'autore (presunto) del reato e le preclusioni *ratione personae*

Definito, dal punto di vista oggettivo, il novero dei reati per i quali è possibile accedere alla messa alla prova, è bene ora soffermarsi sul “protagonista” del *probation*: l'autore del reato.

Come subito si vedrà, infatti, il legislatore del 2014, a differenza di quanto avviene in campo minorile, ha previsto una serie di preclusioni che, pur avendo natura comunque oggettiva, attengono alla persona del soggetto richiedente.

Non si intende, per ora, addentrarsi nel tema relativo all'*an*, al *quantum* ed al *quomodo* dell'accertamento della responsabilità che l'ammissione al *probation* presuppone. La trattazione della questione, invero, pur consentendo di comprendere in che misura si possa effettivamente parlare di autore del reato, solleva questioni delicatissime, reggendosi su di esso – come si vedrà più in dettaglio nel prosieguo³⁸⁵ – la stessa “tenuta” costituzionale del recente istituto.

Basti qui anticipare, in proposito, che l'ammissione alla prova presuppone un vaglio giudiziale secondo la regola di giudizio “rovesciata” di cui all'art. 129 c.p.p. Un accertamento, dunque, non già della responsabilità per il fatto addebitato, bensì della non innocenza per lo stesso.

Difficile, dunque, che si possa “serenamente” parlare di autore del reato. Nondimeno, oltre che per comodità espositiva, consentendo di compendiare la situazione di chi, al momento della richiesta, sia imputato o anche solo indagato³⁸⁶, il riferimento al reo sembra legittimato anche dal lessico

³⁸⁴ In tal senso, e più in dettaglio, v.: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 430; J. DELLA TORRE, *Op. cit.*, cit.; O. MURRO, *Op. cit.*, cit. p. 6 ss. *Contra*: L. ANNUNZIATA, *Op. cit.*, p. 111 ss.

³⁸⁵ V. *infra* Cap. III.

³⁸⁶ Sul punto, v. *infra* Cap. III.

legislativo, che in più di un passaggio pare dare per assodato che un reato sia stato effettivamente commesso³⁸⁷.

Ad ogni modo, è proprio tale soggetto a rivestire un ruolo centrale nell'ambito della messa alla prova. Tralasciando, al momento, il potere d'impulso ad esso attribuito³⁸⁸, e pur tenendo conto che il vaglio giudiziale sull'ammissione alla prova è incentrato – mediante il richiamo all'art. 133 c.p. – su parametri di natura oggettiva³⁸⁹, emerge infatti un'attenzione particolare alla persona del reo.

Basti pensare, a tale riguardo, che l'avvio della prova è subordinato alla possibilità di svolgere positivamente una prognosi sull'astensione dal compimento di ulteriori reati, talché se ne possa preventivare l'«evoluzione della personalità dell'imputato verso modelli socialmente adeguati»³⁹⁰. Sebbene, al contrario della messa alla prova “minorile” di cui all'art. 28, D.P.R. n. 448 del 1988, tale prognosi vada svolta *ex ante* – così chiudendosi gli spazi per un vero giudizio “sulla persona” dell'imputato, del resto difficilmente compatibile con la struttura del rito a carico di imputati adulti – l'indole risocializzante e rieducativa della messa alla prova ha imposto di dare rilievo, già in uno stadio “precoce” del processo di cognizione, ad aspetti che sinora venivano considerati, al più, nella fase di esecuzione della pena. Ciò ha reso necessaria, peraltro, la predisposizione di strumenti idonei a consentire al giudice penale simile vaglio preventivo sulla personalità dell'imputato, anche al fine di calibrare il contenuto del *probation*, tanto che, in modo del tutto inedito, gli si è attribuito il potere di «acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, tutte le ulteriori informazioni

³⁸⁷ Cfr., ad esempio, l'art. 168-*quater*, co. 1, n. 1), c.p., secondo cui «la sospensione del procedimento con messa alla prova è revocata in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un delitto della stessa indole rispetto a quello per cui si procede». Cfr. anche art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p. Nello stesso senso: L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, cit. p. 100.

³⁸⁸ Sul punto, e per la dinamica degli aspetti procedurali dell'istituto, v. *infra* Cap. III.

³⁸⁹ Cfr. art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p.; nello stesso senso, L. PULITO, *Op. cit.*, cit. p. 105.

³⁹⁰ Cfr. Cass., sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, cit. p. 6. Sul punto, v.: N. TRIGGIANI, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, p. 139.

necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare ed economica dell'imputato»³⁹¹.

In ciò, del resto, si intravede, con tutte le dovute cautele, un punto di contatto con l'omologo istituto proprio del rito minorile. Stanti, tuttavia, le diverse esigenze tipiche del rito "ordinario", ove – come è noto – non viene in rilievo la personalità *in fieri* dell'imputato, nonché in considerazione del "primario" obiettivo deflattivo del recente istituto, il legislatore ha ritenuto di individuare talune ipotesi in relazione alle quali la risocializzazione del reo appare impossibile, improbabile od anche solo "non conveniente". Si registrano, così, anche sul versante dei soggetti ai quali è concesso richiedere la messa alla prova, aspetti di significativa differenza rispetto all'archetipo minorile. Come anticipato, infatti, si sono predisposte alcune condizioni ostative, di natura oggettiva ma attinenti all'autore del reato, che, operando già sul piano dell'ammissibilità della richiesta, contribuiscono a definire il campo di applicazione dell'istituto in sinergia con quanto stabilito dall'art. 168-bis, co. 1, c.p. circa i reati per i quali è applicabile la messa alla prova.

2.2.1. Le limitazioni per "tipi" d'autore e la regola del "one shot"

Si è visto che nell'ambito del rito minorile, la messa alla prova non incontra preclusioni dal punto di vista soggettivo. Almeno in astratto, infatti, può essere concessa per più di una volta ed è applicabile anche allorché il minore abbia già in precedenza riportato una o più condanne ovvero abbia beneficiato del perdono giudiziale³⁹². È giusto il caso di precisare, peraltro, che nemmeno il raggiungimento della maggiore età prima dell'avvio o durante lo svolgimento della prova comporta l'inammissibilità del *probation* di cui all'art. 28, D.P.R. n. 448 del 1988³⁹³.

Allorché si è trattato di introdurre l'istituto nel contesto del rito a carico di soggetti già maggiorenni al momento del fatto, viceversa, si è optato per un

³⁹¹ Cfr. art. 464-bis, co. 5, c.p.p.

³⁹² Sul punto v. *retro* Cap. 1, par. 3.1.

³⁹³ A proposito, anche per i riferimenti all'orientamento giurisprudenziale consolidatosi in tale senso, v. *ex plur.*: R. PICCIRILLO, sub art. 464-bis, cit. p. 3436. L'A., pertanto, precisa, riferendosi alla messa alla prova introdotta *ex lege* n. 67 del 2014, che la «novità non consiste nell'aver reso applicabile a soggetti maggiorenni l'istituto già presente nel rito minorile».

restringimento dello spettro applicativo dell'istituto, operato in riferimento ad alcune categorie di soggetti.

La materia, in particolare, è regolata dai co. 4 e 5 dell'art. 168-*bis*, c.p. E, si badi, l'intervento in tal senso è stato tanto incisivo che non è mancato chi, a fronte della rigidità delle esclusioni introdotte, ha rilevato che è proprio «sotto il profilo delle preclusioni soggettive che si profila nella prassi applicativa l'insidia maggiore per l'efficacia dell'istituto»³⁹⁴.

In primo luogo, stando al co. 5 della citata disposizione, si è esclusa l'applicabilità della messa alla prova in tutte le ipotesi di c.d. delinquenza “qualificata”. Ciò, in particolare, mediante il richiamo agli artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p., che, come è noto, prevedono i “casi” di delinquenza abituale, professionale o per tendenza.

Si tratta, dunque, di una preclusione assoluta, ancorata al peculiare *status* del soggetto imputato. I casi di delinquenza qualificata, come è noto, presuppongono una valutazione di pericolosità sociale – sulla base di presupposti e dalla portata variabile – dell'individuo³⁹⁵, cui il legislatore ha evidentemente ricollegato una presunzione assoluta di incompatibilità con l'accesso alla messa alla prova³⁹⁶. Simile preclusione, verosimilmente, si fonda non solo su istanze “securitarie”, secondo le quali, rispetto al delinquente “qualificato”, non risulta appropriata la rinuncia alla *potestas puniendi* che il *probation* comporta, ma altresì su di una prognosi negativa circa le possibilità di “risocializzazione” di soggetti che “vantino” una certa “storia” criminale alle spalle.

Fondandosi su criteri assolutamente astratti, e risultando invero insuperabile, siffatta preclusione non è andata tuttavia esente da critiche. In relazione all'ipotesi di delinquenza abituale, infatti, attenta dottrina ne ha sottolineato l'eccessiva rigidità, non perdendo il carattere di assolutezza

³⁹⁴ Così: L. PULITO, *Op. cit.*, cit. p. 105.

³⁹⁵ In materia, e per l'inquadramento delle varie categorie di reo qui in rilievo, v. tra i molti: E.M. AMBROSETTI, sub *artt. 102-108 c.p.*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p. 737 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 352 ss.; G. PAVAN, *Le figure tradizionali di pericolosità sociale*, in M. RONCO (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, III, Bologna, 2006, p. 191 ss.

³⁹⁶ In tal senso, v.: F. FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, cit. p. 71.

neppure allorché tale declaratoria sia risalente nel tempo e dunque non più espressiva di un'effettiva pericolosità soggettiva. Ne discende, pertanto, una certa «distonia», atteso che «non appare irragionevole che il decorso del tempo e l'eventuale percorso di recupero sociale possano avere *medio tempore* ridotto o, addirittura, esaurito la carica antisociale dell'interessato»³⁹⁷.

Ad ogni modo, la descritta preclusione per “tipi” di autore, segna un nitido parallelismo con la disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, laddove l'art. 444, co. 1-*bis* c.p.p., esclude i medesimi soggetti dal “patteggiamento” c.d. allargato. Emerge, nondimeno, una significativa differenza rispetto a tale istituto, per il quale vige una specifica preclusione per i soggetti dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, co. 4 c.p.³⁹⁸.

Nell'ambito della messa alla prova, diversamente, non si è introdotta alcuna limitazione rispetto al “recidivo”, comunque qualificato³⁹⁹.

In astratto, dunque, l'aver riportato precedenti condanne non comporta l'impossibilità di accedere al *probation*. Anzi, come si è osservato, proprio il recidivo, in quanto verosimilmente “escluso” da altri benefici⁴⁰⁰, potrebbe rivelarsi particolarmente propenso ad avanzare la richiesta di messa alla prova⁴⁰¹. L'assenza di preclusioni all'accesso alla prova per il recidivo, del resto, è stata ritenuta pienamente coerente con la parziale eliminazione, ad opera della l. 9 agosto 2013, n. 94⁴⁰², «di quegli “automatismi carcerari” che impedivano, o rendevano particolarmente difficile, l'accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione» ai recidivi “reiterati”⁴⁰³.

Nondimeno, lo “*status*” di recidivo ben potrebbe rappresentare, in concreto, un ostacolo all'accoglimento della richiesta di messa alla prova⁴⁰⁴.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ In tal senso: L. PULITO, *Op. cit.*, cit. p. 106.

³⁹⁹ Cfr.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464-bis*, cit. p. 3443.

⁴⁰⁰ Si pensi, su tutti, alla sospensione condizionale della pena.

⁴⁰¹ Così, ancora: L. PULITO, *Op. cit.*, cit. p. 106.

⁴⁰² Che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 1° luglio 2013, n. 78.

⁴⁰³ In tal senso, v.: G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 9 ss.

⁴⁰⁴ Di tale avviso, e più in dettaglio sul punto, v. per tutti: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit., p. 668.

Questo, così come, in generale, l'aver riportato condanna per precedenti reati, si presta infatti ad essere valorizzato quale elemento ostativo alla prognosi positiva di non recidivanza che il giudice è chiamato a svolgere per l'ammissione al rito⁴⁰⁵. È proprio in tal senso, per vero, che pare essersi orientata la prassi giurisprudenziale, ove si mostra, a tal fine, particolare attenzione ai "precedenti" del richiedente⁴⁰⁶.

Considerazioni analoghe, d'altro canto, valgono per il soggetto che abbia usufruito in precedenza della sospensione condizionale della pena. Nel silenzio della legge, che non ha previsto, diversamente da alcuni progetti di riforma⁴⁰⁷, alcun coordinamento tra le discipline, il rapporto tra tale istituto e la messa alla prova è di reciproca autonomia. In astratto, dunque, un soggetto che abbia goduto della sospensione condizionale ben potrebbe accedere al *probation* processuale e viceversa⁴⁰⁸. Nondimeno, in giurisprudenza, si è ravvisato nella commissione di un nuovo reato in seguito alla *chance* di risocializzazione già offerta con la sospensione condizionale un indice negativo delle possibilità di evoluzione positiva della personalità dell'imputato che la messa alla prova postula⁴⁰⁹.

Passando all'altra preclusione *ratione personae*, l'art. 168-bis, co. 4, c.p. prevede che «la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa per più di una volta». Dal chiaro tenore della disposizione, ben si comprende che il legislatore ha voluto costruire il *probation* come una «*chance*» unica per l'imputato adulto, che dunque non può

⁴⁰⁵ In tal senso, tra gli altri: R. PICCIRILLO, sub *art.* 464-bis, cit. p. 3443.

⁴⁰⁶ Cfr. Cass., sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, cit. In tal senso, v.: R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 5.

⁴⁰⁷ A ben vedere, invero, l'art. 47 del progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione "Pisapia" impediva di concedere per più di una volta la sospensione condizionale della pena al soggetto che avesse già usufruito del *probation* processuale per un reato punito con la pena detentiva.

⁴⁰⁸ Sul punto, v.: G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 11.

⁴⁰⁹ Cfr. Cass., sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, cit., che ha ritenuto esente da vizi la motivazione con cui «la Corte di Appello ha evidenziato come l'imputato, pur avendo già beneficiato della sospensione condizionale, fosse nuovamente caduto nel delitto dimostrando di non aver tratto alcun insegnamento dalla pregressa esperienza giudiziaria [atteso che] la stessa sospensione condizionale può costituire per il condannato una contropinta al delitto»; in chiave fortemente critica, a proposito, v.: BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 5.

in ogni caso usufruirne per più di una volta⁴¹⁰. Ciò, in particolare, indipendentemente dal fatto che la precedente messa alla prova si sia conclusa con esito positivo, negativo o con provvedimento di revoca anticipata. Per far scattare lo sbarramento, ciò che conta, invero, è che l'imputato sia stato in precedenza "semplicemente" ammesso alla prova⁴¹¹.

Anche tale preclusione, peraltro, non trova riscontro nell'omologo istituto minorile e risulta ben più stringente di quella inizialmente prevista nel progetto di legge che ha portato all'emanazione della l. n 67 del 2014, il quale, prima del "passaggio" al Senato, contemplava la possibilità di usufruire per due volte della messa alla prova, salvo il caso in cui il secondo procedimento avesse ad oggetto reati della stessa indole di quello precedente⁴¹².

Sebbene volto ad evitare strumentalizzazioni dell'istituto, anche tale divieto, nella sua rigidità, è stato oggetto di critiche in dottrina, dal momento che, oltre a rivelare una presunzione assoluta di impossibilità del recupero dell'imputato⁴¹³ "non primario", pare minare la stessa *ratio* deflattiva dell'istituto, precludendone l'accesso alla «platea di autori di reati di modesta gravità ma tendenzialmente ripetitivi»⁴¹⁴. Essendosi altresì riscontrata una contraddizione con l'abolizione del divieto *ex art* 94, co. 5, D.P.R. n. 309 del 1990 di una terza concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale in casi particolari⁴¹⁵, non è mancato, per vero, chi ha ravvisato l'opportunità di concedere la messa alla prova una seconda volta, almeno nei casi in cui la precedente "esperienza" si sia conclusa positivamente⁴¹⁶.

Peraltro, al fine di assicurare il rispetto della preclusione *de qua*, si è previsto un apposito regime di "pubblicità" dell'ordinanza che, ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p., dispone la sospensione del processo con messa alla

⁴¹⁰ In tal senso, tra i molti: V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, cit. p. 9.

⁴¹¹ Sul punto, ad esempio, v.: L. PULITO, *Op. cit.*, cit. p. 104.

⁴¹² A tal proposito, v.: R. PICCIRILLO, sub *art.* 464-*bis*, cit. p. 3437.

⁴¹³ In tal senso, v.: L. PULITO, *Op. cit.*, cit. p. 104.

⁴¹⁴ Così: F. FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, cit. p. 70.

⁴¹⁵ Attuata ad opera dell'art. 2, co. 1, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146. In tal senso, v. ancora: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 70.

⁴¹⁶ In tal senso, v.: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit. p. 669.

prova. Ai sensi della neointrodotta lett. *i-bis* dell'art. 3, D.P.R. n. 313 del 2002, tale provvedimento va infatti iscritto nel casellario giudiziario, il cui controllo, dunque, scongiurerà l'eventualità di una seconda concessione della messa alla prova⁴¹⁷.

Complessivamente, in effetti, mediante l'esclusione dei soggetti che abbiano già usufruito del beneficio e del riferimento a quelli di cui agli artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p., pare che si sia inteso precludere l'accesso alla messa alla prova sulla base di criteri aprioristici e di carattere formale, che sottendono una presunzione assoluta di "inutilità" od anche solo di "inopportunità" del percorso risocializzante. Va rilevato, da ultimo, che una limitazione così rigida, oltre alle riserve già espresse della dottrina, pare difficilmente conciliabile – come si è osservato⁴¹⁸ – con le logiche della giustizia riparativa sottese all'istituto, giacché osta all'accesso della misura proprio di quei soggetti che, per la loro intrinseca condizione di fragilità, dovrebbero ritenersi i destinatari elettivi di un percorso di accompagnamento e reinserimento sociale, in luogo della tradizionale risposta punitivo-retributiva⁴¹⁹.

Pertanto, opportuno, forse, sarebbe ripensare le rigidi preclusioni incentrate sulla persona del reo, magari rimettendo alla valutazione del giudice la possibilità di concedere a tali soggetti la *chance* di recupero che la messa alla prova offre, laddove, in concreto, ne ravvisi la "percorribilità".

⁴¹⁷ Nondimeno, va segnalato che per prevenire la possibilità che, presentando plurime richieste nell'ambito di diversi procedimenti contemporaneamente pendenti – specie se presso diversi uffici giudiziari – il soggetto venga "contestualmente" ammesso più di una volta al *probation*, le linee guida emanate da alcuni uffici giudiziari hanno individuato una soluzione originale, non prevista dalla legge. Si richiede, in particolare, alla parte interessata di autocertificare nell'istanza di ammissione, sotto la propria responsabilità, l'eventuale presentazione di altre richieste, con specificazione degli estremi del relativo procedimento e dell'autorità giudiziaria precedente; in tal senso, tra gli altri, v.: V. BOVE, *Op. ult cit.*, cit. p. 9. Quanto, in particolare, al vademecum elaborato dal Tribunale di Torino, v.: A. SALVADORI, R. ARATA, *La scommessa "culturale" della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale*, in *Quest. giust.*, 17 ottobre 2014.

⁴¹⁸ A proposito, v.: B. BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in A. MARANDOLA, K. LA REGINA, R. APRATI (a cura di), *Verso un processo penale accelerato, riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Jovene, 2015, cit. p. 38.

⁴¹⁹ Cfr. R. PICCIRILLO, sub *art. 464-bis*, cit. p. 3443.

2.2.2. Lo *status libertatis* quale ulteriore presupposto?

Nessuna preclusione esplicita, invece, è stata prevista dal legislatore per il caso in cui il soggetto richiedente si trovi in stato di restrizione della libertà personale. Ci si è chiesti, così, se nel silenzio della legge possa ritenersi che la messa alla prova sia ammissibile qualora l'interessato sia sottoposto a pena detentiva, o, ancora, a misura cautelare personale nell'ambito dello stesso procedimento nel quale è avanzata la richiesta ovvero in diverso procedimento.

A tal proposito, sembra esservi, tra gli interpreti, una certa uniformità di vedute circa il carattere ostativo di simili situazioni rispetto all'accesso alla prova. Ad ogni modo, stante l'assenza di espressa previsione in tal senso, pare corretto ritenere che lo *status libertatis* del richiedente non operi sul piano dell'ammissibilità dell'istanza, quanto, piuttosto, su quello dell'accogliibilità della richiesta stessa⁴²⁰. E, in tal senso, pare invero orientata la dottrina, in seno alla quale si sono formate opinioni differenziate circa la concreta operatività di un simile "presupposto tacito". Così, secondo taluno, la messa alla prova sarebbe preclusa allorché lo svolgimento delle attività trattamentali – in particolare, il lavoro di pubblica utilità – risulti impedito dalla condizione detentiva del richiedente⁴²¹. Altri, invece, sottolineano l'antinomia tra la prognosi favorevole che il giudice dovrebbe formulare per ammettere il soggetto alla prova con quella, di segno evidentemente opposto, posta alla base del provvedimento cautelare⁴²². Sempre rispetto all'ipotesi di soggetto sottoposto a misura cautelare, infine, non è mancato chi ha tenuto a precisare che la descritta antinomia dovrebbe ritenersi circoscritta alle ipotesi in cui il provvedimento *de libertate* si fonda sull'esigenza di evitare il pericolo di "reiterazione" del reato di cui all'art. 273, co. 1, lett. c), c.p.p., mentre la messa alla prova non dovrebbe essere preclusa rispetto a misure disposte sulla base delle altre esigenze cautelari di cui all'art. 273, co. 1, lett. a) e b),

⁴²⁰ Cfr. note immediatamente seguenti.

⁴²¹ Sul punto, v.: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit. p. 678.

⁴²² In tal senso, v.: V. BOVE, *Messa alla prova per adulti: un punto sulla L. 67/2014*, cit. p. 16.

c.p.p., purché la natura della prescrizioni connesse al provvedimento cautelare non osti allo svolgimento delle attività del programma di *probation*⁴²³.

Ad ogni modo, se, rispetto al soggetto attinto da misura cautelare, pare arduo dissentire da chi ha osservato che tutte le esigenze cautelari «possono essere, in concreto, difficilmente compatibili con l'orizzonte valutativo del giudice chiamato ad ammettere la sospensione con messa alla prova»⁴²⁴, uno scenario parzialmente diverso potrebbe aprirsi per il soggetto che stia scontando una pena “definitiva”.

In tal caso, sempreché possa operarsi una prognosi positiva favorevole rispetto al soggetto già condannato⁴²⁵, in assenza di un attuale *periculum libertatis*, ad ostare all'avvio della messa alla prova sembrano essere “inconvenienti” di ordine prettamente pratico, superabili in via interpretativa. Innanzitutto, quanto al soggetto prossimo al “fine pena” potrebbe così immaginarsi, in assenza di particolari esigenze processuali, un rinvio dell'udienza di ammissione alla prova in attesa della scarcerazione, che – disposto su richiesta dell'imputato *ex art. 159, co. 1, n. 3) c.p.p.* – non sortirebbe in ogni caso effetti negativi sul decorso della prescrizione. In ogni altra ipotesi, in secondo luogo, se davvero si tratta di un problema di compatibilità tra il regime restrittivo e lo svolgimento delle attività trattamentali della messa alla prova – su tutte il lavoro di pubblica utilità – si potrebbe far ricorso ai meccanismi propri dell'ordinamento penitenziario. Si consideri, in particolare, che l'art 21, co. 4-ter ord. pen. di recente introduzione⁴²⁶, già prevede espressamente la possibilità di svolgere, nell'ambito del «lavoro all'esterno», «attività a titolo volontario e gratuito [...] nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività da

⁴²³ A proposito, v.: F. TRAPELLA, F. BARDELLE, *Il protocollo rodigino sulla messa alla prova per adulti*, in *Cass. pen.*, 2015, cit. p. 3339 ss.

⁴²⁴ Così: R. PICCIRILLO, *sub art. 464-bis*, cit. p. 3445.

⁴²⁵ Sul punto, v. *retro* par. 2.2.1.

⁴²⁶ Il comma è stato aggiunto dall'art. 2, co. 1, lett. a) del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 94. Per un inquadramento dell'istituto di cui all'art. 21 ord. pen., v.: L. CASTELLUCCI, *Sub art. 20 l. 26 luglio 1975, n. 354*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Ipsoa, 2017, p. 2275 ss.

svolgere presso lo Stato, [gli altri enti locali], le aziende sanitarie locali o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato»⁴²⁷. A fronte dell'evidente assonanza, quanto a contenuto, modalità e destinatari, con l'attività di cui l'art. 168-*bis*, co. 3, c.p. – e nonostante la differente natura giuridica delle due ipotesi di lavoro di “pubblica utilità”⁴²⁸ – l'art 21, co. 4-*ter* ord. pen ben si presterebbe, sulla scorta di un'applicazione analogica⁴²⁹, a consentire l'adempimento del lavoro in favore della collettività su cui si incentra il programma trattamentale posto alla base della messa alla prova⁴³⁰.

Ad ogni modo, allo stato, visto il silenzio del legislatore in materia – forse colpevole, a fronte della delicatezza della questione – è tutt'altro che certo che la messa alla prova possa essere intrapresa da un soggetto che si trovi *in vinculis*.

Pur in assenza di una disciplina di coordinamento, invece, nessuna preclusione dovrebbe ravvisarsi – sempre in astratto – nell'ipotesi in cui il soggetto sia affidato al servizio sociale per lo svolgimento del *probation* penitenziario di cui all'art. 47 ord. pen. Nulla sembra ostare, infatti, allo svolgimento contestuale delle due “misure”, difficilmente potendosi ravvisare nelle prescrizioni – pur sempre “restrittive” – di cui all'art. 47, co. 6, ord. pen. un dato ostativo all'esecuzione della messa alla prova, anche vista la parziale omogeneità contenutistica dei due istituti⁴³¹.

⁴²⁷ Più problematica, invece, appare la possibilità di svolgere il lavoro di pubblica utilità nell'ambito della messa alla prova all'interno dell'istituto penitenziario, stante il carattere necessariamente remunerato del lavoro penitenziario ai sensi dell'art. 20, co. 2 ord. pen.

⁴²⁸ L'art 21, co. 4-*ter* ord. pen, peraltro, già contiene un richiamo ad un'altra *species* di lavoro di pubblica utilità, dal momento che sancisce espressamente alle nuove forme di lavoro extramurario ivi previste si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate dall'art. 54, d.lgs. n. 274 del 2000, che, come è noto, disciplina il lavoro sostitutivo quale sanzione applicabile, su richiesta dell'interessato, da parte del giudice di pace; sul punto, v.: L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *I benefici penitenziari*, cit. p. 79.

⁴²⁹ L'ordinanza di ammissione alla prova disposta dal giudice nell'ambito del procedimento in corso ben si presterebbe, del resto, a titolo da sottoporre al vaglio del magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 21, co. 4, ord. pen.; in generale, su tale procedura, v., ancora: L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *I benefici penitenziari*, p. 81 ss.

⁴³⁰ Si noti, inoltre, che la disposizione citata prevede altresì la possibilità di svolgere «attività a titolo volontario e gratuito a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati» commessi.

⁴³¹ Si consideri, del resto, che l'art. 141-*ter* disp. att. c.p.p. sancisce un vero e proprio collegamento tra la messa alla prova ed il *probation* penitenziario, richiamando espressamente l'art. 72 ord. pen. (sul quale, v.: L. CASTELLUCCI, sub *art. 72*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, p. 2669 ss.).

2.2.3. Messa alla prova ed ente giuridico: margini applicativi del *probation* nel quadro del d.lgs. n. 231 del 2001

Un altro aspetto del quale il legislatore non si è occupato riguarda la possibilità di “mettere alla prova” l’ente giuridico nell’ambito del procedimento a suo carico ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231⁴³².

Quid, dunque, nel caso in cui l’ente chiamato a rispondere a titolo di responsabilità amministrativa “da reato” commesso dai soggetti di cui all’art. 5, d.lgs. n. 231 del 2001 avanzi richiesta di ammissione alla messa alla prova?

A tal proposito, da un lato, si potrebbe ritenere che il silenzio della legge sul punto sia significativo della volontà di escludere siffatta possibilità. Si tratterebbe, del resto, di un’opzione ermeneutica tutt’altro che nuova, atteso che, sovente, la giurisprudenza ha adottato simile approccio a fronte di tentativi “creativi” di “importare” nell’“sistema 231” istituti ivi non espressamente previsti.

Dall’altro, tuttavia, uno sforzo interpretativo più intenso parrebbe essere imposto dallo stesso d.lgs. n. 231 del 2001. Attesa, infatti, la natura ibrida della messa alla prova – che, come visto, è stata congegnata quale modulo processuale “alternativo” disciplinato nel Libro VI del codice di rito⁴³³ – non può non considerarsi che l’art. 34, d.lgs. 231/2001 prevede espressamente l’applicabilità, in quanto compatibili, delle disposizioni del codice di procedura penale nel procedimento a carico della *societas*.

Non sembra, dunque, potercisi esimere da una pur breve indagine di stampo “sistematico” volta a verificare l’effettiva applicabilità della messa alla prova nel quadro del d.lgs. 231/2001.

Mediante il rinvio a tale disposizione, infatti, si individuano le funzioni dei servizi sociali in campo di messa alla prova per adulti. In tal senso, L. PULITO, *Op. cit.*, cit. p. 107.

⁴³² Non è questa la sede, ovviamente, per un’approfondita disamina della disciplina di cui al d.lgs. n. 231 del 2001; a proposito, per una panoramica sui profili sostanziali, v.: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 6^a ed., Giuffrè, 2017, p. 807 ss. Per una disamina in chiave più marcatamente processuale, v.: A. GIARDA, *Procedimento di accertamento della «responsabilità amministrativa degli enti» (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 8^a ed., Wolters Kluwer, 2016, p. 1149 ss.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, p. 902 ss.; a Giarda p. 1149 ss.

⁴³³ A proposito, v. *retro* Cap. I, par. 4 ss.

A tal fine, conviene però muovere da un recente arresto registratosi nella giurisprudenza di merito⁴³⁴, il quale, prendendo le distanze da un'autorevole e "pionieristica" voce⁴³⁵, ha posto un fermo rifiuto alla possibilità di figurare il *probation* dell'ente.

Nell'ambito del *simultaneus processus* avente ad oggetto sia il delitto di lesioni personali colpose gravissime con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro contestato ai soggetti di cui all'art. 5 d.lgs. 231/2001, sia l'illecito amministrativo di cui all'articolo 25-septies comma 3 a carico dell'ente, il Tribunale di Milano si è trovato a decidere dell'ammissibilità della richiesta di messa alla prova avanzata, tramite il difensore, dall'ente giuridico, peraltro corredata dall'attestazione della disponibilità dell'U.E.P.E. a redigere un possibile programma di trattamento *ad hoc*⁴³⁶.

Sebbene, allo stato, isolato, il provvedimento *de quo* si segnala per le argomentazioni addotte a sostegno dell'inapplicabilità della messa alla prova nel procedimento a carico dell'ente, che parrebbero ergere un ostacolo insuperabile all'applicazione della messa alla prova nel "procedimento 231".

Il Giudice meneghino, infatti, è andato ben oltre il richiamo al "mero" argomento letterale – dal quale pur prende le mosse – fondato sulla mancanza di apposita disposizione che preveda l'applicabilità della messa alla prova nel "sistema 231"⁴³⁷. Sulla scia delle affermazioni delle Sezioni Unite "Sorcinelli" del 2016, che – come visto – distanziandosi dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 240 del 2015⁴³⁸, hanno ravvisato nell'istituto una preponderante indole sostanziale sottolineandone il contenuto sanzionatorio-afflittivo, il Tribunale di Milano giunge ad equiparare la messa alla prova alla sanzione penale. Ciò, in particolare, poiché il recente istituto risulta "polarizzato" sul lavoro di pubblica utilità, che, per vero, rientra a pieno titolo

⁴³⁴ Cfr. Trib. di Milano, ord. 27 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2017, con esteso commento di: M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*

⁴³⁵ V., sin d'ora: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista 231*, 2016, n. 4.

⁴³⁶ Cfr. M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *Op. cit.*, cit. p. 51 e 68.

⁴³⁷ Cfr. Trib. di Milano, ord. 27 marzo 2017.

⁴³⁸ A proposito, v. *retro* Cap. I, par. 4 ss.

in tale *genus*. Non può che discenderne, sempre secondo l'ordinanza in esame, la stretta sottoposizione della disciplina della messa alla prova al principio di legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost., segnatamente, nella sua "declinazione" della riserva di legge. Pertanto, se, come è noto, quest'ultima ha carattere assoluto quanto all'individuazione della specie e dell'entità della sanzione applicabile ad un fatto qualificato come reato, «in assenza, *de jure condito*, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168-*bis* [ss.] c.p. alla categoria degli enti, ne deriva che l'istituto in esame [...] non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001»⁴³⁹.

Ebbene, l'esito al quale è pervenuto il Tribunale di Milano, benché suffragato da pregevoli argomentazioni, non è andato esente dalla critica di chi, per contro, intravede diversi «spiragli», per l'applicazione della messa alla prova nel procedimento a carico dell'ente⁴⁴⁰.

Per vero, già dal punto di vista delle finalità della messa alla prova, connotata da marcate esigenze specialpreventive, emerge una certa assonanza con la *ratio* di fondo del "sistema 231", fortemente incentrata su finalità preventive⁴⁴¹. In estrema sintesi, infatti, può dirsi che l'intero meccanismo di responsabilità degli enti è imperniato sulla capacità dei modelli di organizzazione e di gestione – la cui predisposizione è rimessa all'ente – di prevenire la commissione dei reati indicati nello stesso d.lgs. 231/2001. Tanto che, ove adottati *ante delictum* e ritenuti "idonei" a tal fine, gli artt. 6 e 7 addirittura escludono la responsabilità dell'ente. Viepiù, comune alla messa alla prova ed al "sistema 231" pare altresì essere l'attenzione alle istanze riparative⁴⁴², che si coniuga con la citata finalità preventiva. Si consideri, a proposito, che l'adozione *post delictum* dei citati *compliance programs*, se congiunta con le ulteriori condotte riparatorie contemplate dagli artt. 12, co. 2, lett. a) e 17, co. 1, lett. a) determina l'attenuazione della risposta sanzionatoria all'illecito, precludendo, nel secondo caso,

⁴³⁹ Cfr. Trib. di Milano, ord. 27 marzo 2017, cit.

⁴⁴⁰ V. M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *Op. cit.*, *passim*.

⁴⁴¹ A proposito, v.: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 5 ss.

⁴⁴² Quanto alla messa alla prova, v., in particolare, *infra* par. 4 ss.

l'applicazione delle “temute” sanzioni interdittive a carico dell'ente⁴⁴³. Già sotto il profilo funzionale, dunque, la messa alla prova sembra coerente con il “sistema” della responsabilità «amministrativa» degli enti, non essendo anzi mancato chi vi ha ravvisato un'incredibile strumento per restituire attualità ed effettività alla filosofia special-preventiva di tale peculiare sistema⁴⁴⁴.

Ciò chiarito, la “chiave” per aprire all'applicazione della messa alla prova nel procedimento “231” sembra ravvisabile, come si è osservato, nell'inquadramento della vera natura del *probation* introdotto *ex lege* n. 67 del 2014⁴⁴⁵. Si è visto, a proposito, che il Tribunale ha ravvisato nell'istituto, muovendo in prospettiva eminentemente sostanziale, i tratti della vera e propria sanzione penale. Nondimeno, l'impostazione pare trascurare eccessivamente l'insegnamento della Corte costituzionale, che – come visto – con la sentenza 240 del 2015 ha inequivocabilmente attribuito all'istituto natura prevalentemente processuale⁴⁴⁶.

Correttamente intesa la messa alla prova – come suggerito già dalla stessa collocazione sistematica di cui si è detto – quale vero e proprio modulo processuale, il citato art. 34 ben potrebbe fungere da “volano” per dare il là al *probation* dell'ente. Non va dimenticato, per vero, che simile soluzione sembra già stata “metabolizzata” rispetto ad altri procedimenti “speciali” non contemplati nel d.lgs. n. 231 del 2001, il quale, agli art. 62 ss., si “limita” a prevedere il giudizio abbreviato, il “patteggiamento” ed il procedimento per decreto. Nonostante tale silenzio, infatti, si è ritenuto che il processo all'ente possa celebrarsi tanto nelle forme del giudizio immediato⁴⁴⁷, quanto del giudizio direttissimo, benché nella sola ipotesi in cui tale rito prenda il via dalla confessione del legale rappresentante dell'ente circa i fatti concernenti

⁴⁴³ Sul punto, v.: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 5.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, cit. p. 4 ss.

⁴⁴⁵ In tal senso, v.: M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *Op. cit.*, cit. p. 54 ss.

⁴⁴⁶ Sul punto, v. *retro* Cap. I, par. 4.1.3.

⁴⁴⁷ In tal senso, v: Trib. di Milano, 25 giugno 2005, in *Foro ambr.*, 2005, n. 2, p. 198; GIP Trib. Milano, 23 marzo 2004, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3789 ss., con nota di T. BUCCELLATO, *Sull'ammissibilità del giudizio immediato nel procedimento relativo alla responsabilità amministrativa delle società*. In tema, v. anche: G. SPANGHER, *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 55 ss.; G. PIZIALI, *Procedimenti speciali*, *ivi*, p. 346 ss.

l'illecito amministrativo⁴⁴⁸. Se, dunque, rispetto a tali fattispecie processuali – già esistenti all'avvento del d.lgs. n. 231 del 2001 – si è stimata non significativa l'assenza di disciplina *ad hoc*, ad analoga conclusione potrebbe pervenirsi rispetto alla messa alla prova di recente introdotta, la quale, peraltro, si colloca a pieno titolo tra i riti “premiali”, in quanto avente effetti di “favore” per l'imputato ed attivabile su esclusiva richiesta di quest'ultimo.

A ben vedere, inoltre, il procedimento *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 già prevede alcuni istituti “affini” alla messa alla prova⁴⁴⁹, parimenti operanti, per vero, come meccanismi “sospensivi”. Si pensi, in primo luogo, all'istituto di cui all'art. 49, che prevede la sospensione delle misure cautelari allorché l'ente richieda di poter svolgere gli adempimenti di cui all'art. 17. In tale ipotesi, se ritiene la richiesta accoglibile, il giudice determina una somma di denaro da versare a titolo di cauzione e fissa all'ente un termine per l'esecuzione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17. In caso di inadempimento, la misura cautelare viene ripristinata, altrimenti viene definitivamente revocata e la cauzione è restituita. In secondo luogo, soprattutto, va sottolineato che, ai sensi dell'art. 65, il giudice, prima dell'apertura del dibattimento, può disporre la sospensione del processo su richiesta dell'ente che non abbia potuto provvedere in precedenza ai medesimi adempimenti di cui all'art. 17⁴⁵⁰. Si registra, così, una vera e propria stasi dell'attività processuale per il tempo concesso all'ente per darvi corso⁴⁵¹.

Alla luce di ciò, dunque, ben potrebbe ritenersi che la disciplina della messa alla prova, pur in assenza di una norma di coordinamento, sia adattabile al contesto del procedimento a carico delle persone giuridiche. Il campo di applicazione dell'istituto, innanzitutto, sarebbe ben definibile in base all'art. 168-*bis* c.p. Il richiamo alla pena edittale massima di quattro

⁴⁴⁸ Cfr. Relazione ministeriale al D. Lgs n. 231/2001, secondo la quale (punto 19), «per quanto concerne il giudizio direttissimo lo stesso sarà applicabile nell'ipotesi in cui l'ente – a mezzo del proprio rappresentante – abbia confessato la commissione dell'illecito dipendente da reato».

⁴⁴⁹ In tal senso, v.: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 15.

⁴⁵⁰ I quali, se svolti, legittimano una mitigazione del trattamento sanzionatorio applicabile all'ente in caso di condanna; sul punto, v. ancora: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 15.

⁴⁵¹ L'art. 65 prevede espressamente che si applichino le disposizioni di cui all'art. 49.

anni di reclusione, infatti, andrebbe semplicemente riferito al reato “presupposto” dal quale sorge la responsabilità amministrativa dell’ente, così consentendo il ricorso al *probation* per buona parte delle fattispecie menzionate nel catalogo di cui agli artt. 24 ss., d.lgs. n. 231 del 2001⁴⁵². Lo stesso dicasi, del resto, per i requisiti soggettivi, ben potendo escludersi il *probation* per gli enti che ne abbiano già usufruito⁴⁵³, residuando qualche difficoltà di adattamento, al più, rispetto al riferimento al delinquente “qualificato”⁴⁵⁴. Viepiù, sarebbe agevole “plasmare” il giudizio di idoneità del programma e di non recidivanza in base alle peculiari caratteristiche della persona giuridica. Il giudizio di ammissione alla prova, così, potrebbe configurarsi, come si è osservato, secondo una «prognosi favorevole sulla struttura dell’ente, ossia [...] sulla sua “pericolosità organizzativa”», talché il *probation* sarebbe precluso alle *societas* del tutto prive del modello di gestione del rischio di reato o che ne avessero adottato uno di mera “facciata”⁴⁵⁵. Al contempo, la valutazione di idoneità del programma ben potrebbe impostarsi tenendo conto delle possibilità e garanzie offerte dall’ente circa la propria “virtuosa” riorganizzazione secondo modelli di gestione e prevenzione del reato adeguati, in linea con la *ratio* di fondo del d.lgs. n. 231 del 2001⁴⁵⁶. Anche dal punto di vista procedurale, si è osservato, non sarebbero ravvisabili particolari problematiche, ben potendosi ricalcare le scadenze di cui agli artt. 464-*bis* ss. c.p.p. nel procedimento a carico dell’ente⁴⁵⁷. Si consideri, in particolare, che l’art. 35 del d.lgs. n. 231 del 2001 prevede che all’ente si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni relative all’imputato. A soccorrere, inoltre, sarebbero le norme dettate in materia di rappresentanza

⁴⁵² In tal senso, v.: M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *Op. cit.*, cit. p. 60 ss. Si è rilevato, però, che, in tal modo, la *chance* del *probation* sarebbe limitata ai reati «meno allarmanti del catalogo “231”, talché, per evitare di «escludere i casi sulla cui prevenzione si dovrebbe puntare di più», sarebbe preferibile improntare la selezione su criteri meno “meccanici”, prendendo a parametro la gravità della condotta e del danno o del pericolo; così: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 14 ss.

⁴⁵³ Così, ancora: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 17.

⁴⁵⁴ Sul punto, più in dettaglio, v.: M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *Op. cit.*, cit. p. 62 ss.

⁴⁵⁵ In tal senso, v.: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 13.

⁴⁵⁶ *Ibid.*; Rispetto, invece, all’operatività dei parametri di cui all’art. 133 c.p. rispetto all’illecito dell’ente, v., in dettaglio: M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *Op. cit.*, cit. p. 68 ss.

⁴⁵⁷ A tal proposito, v.: G. FIDELBO, R. A. RUGGIERO, *Op. cit.*, cit. p. 16 ss.

dell'ente e per gli altri procedimenti speciali, in particolare rispetto alle modalità di presentazione della richiesta di ammissione alla prova.

Ad ostare alle messa alla prova in tale contesto, dunque, residuerebbero questioni di carattere “pratico”, legate al concreto svolgimento del *probation* e dovute, in sostanza, all'intrinseca “immaterialità” dell'ente. Anche queste, tuttavia, sembrano tutt'altro che insormontabili, avendo riguardo agli stessi contenuti del programma trattamentale descritto dall'art. 168-*bis* c.p.⁴⁵⁸. Infatti, posto che nessuna difficoltà suscita lo svolgimento da parte dell'ente delle condotte riparatorie e del risarcimento del danno stante l'esistenza degli istituti a ciò improntati di cui si è detto nel “sistema 231”, anche il “cuore” del *probation*, consistente nell'affidamento ai servizi sociali per il lavoro di pubblica utilità ben potrebbe immaginarsi, con i dovuti adattamenti, rispetto alla persona giuridica. Avendo conto della componente “sociale” di tale misura, con la indispensabile collaborazione dell'U.e.p.e., invero, l'ente potrebbe infatti essere chiamato – come si è osservato – ad «una serie di iniziative e attività di contenuto atipico [...] che apportino un concreto contributo in termini, appunto, di “socialità” e di riparazione dei costi che la collettività ha sopportato a causa della commissione del fatto illecito, anche in riferimento agli interessi che quest'ultimo ha leso o posto in pericolo»⁴⁵⁹.

Stando alla suesposta opinione dottrinale, ammettendo l'applicabilità della messa alla prova nel quadro del procedimento *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, in definitiva, non si farebbe altro che assicurare all'ente l'esercizio di quella che, rispetto all'imputato-persona fisica, è configurata come specifica prerogativa difensiva e che, in presenza delle condizioni di ammissibilità e se debitamente “sfruttata”, consente di guadagnare l'estinzione dell'illecito, con evidenti benefici in termini di deflazione del carico giudiziario, nonché, al contempo, per l'eventuale vittima del reato e la collettività. Tale soluzione, da raggiungere in via interpretativa o, più auspicabilmente, mediante un intervento del legislatore, sarebbe peraltro perfettamente coerente con i sistemi americano ed inglese – antesignani in materia di responsabilità

⁴⁵⁸ Sul tema, v. più in dettaglio *infra* par. 4 ss.

⁴⁵⁹ Così: M. RICCIARDI, M. CHILOSI, *Op. cit.*, cit. p. 67, a cui si rimanda per considerazioni più dettagliate sul tema.

“penale” delle *societas* – ove istituti analoghi alla messa alla prova, operanti quali meccanismi diversivi in fase pre-processuale, sono da tempo fruibili anche dalle *corporations*⁴⁶⁰. D’altro canto, tuttavia, non può tacersi come gli stessi indici normativi adottati a sostegno della tesi dell’ammissibilità del *probation* dell’ente – sintomatici, come visto, della comune *ratio* preventivo-riparativa e dell’esistenza di affini meccanismi sospensivi nel quadro del d.lgs. n. 231 del 2001 – ben si presterebbero ad assicurare, in opposta prospettiva, ad ostacolo all’esportabilità della messa alla prova. Invero, proprio l’esistenza di un reticolato di norme volte ad ammettere lo sforzo riparativo della *societas* in determinati “passaggi” del procedimento ed a specifici – e limitati – fini, potrebbe disvelare la completezza del “sistema 231”, il quale, in ossequio al principio di specialità, risulterebbe refrattario all’estensione analogica della disciplina del *probation* di cui alla l. n. 67 del 2014, stante l’assenza di esplicita opzione legislativa in tal senso.

3. La difficile “convivenza” con altri istituti di recente introduzione: cenni

Preso contezza del campo di applicazione della messa alla prova, definito dall’art. 168-*bis*, co. 1, c.p. secondo i descritti parametri della gravità astratta del reato – mediante il limite edittale di pena di quattro anni di reclusione ed il richiamo ai reati di cui all’art. 550, co. 2 c.p. – e le preclusioni relative al soggetto richiedente⁴⁶¹, resta da dedicare qualche cenno al rapporto con alcuni istituti “limitrofi” recentemente introdotti.

Si è visto, invero, che già nel corso dei lavori parlamentari che hanno portato all’emanazione della l. n. 67 del 2014, la dottrina aveva messo in luce le possibili interferenze tra lo spazio applicativo del *probation* ed alcuni “meccanismi” che ci si apprestava ad introdurre ovvero a potenziare⁴⁶².

⁴⁶⁰ Si allude, in particolare all’istituto del *Deferred prosecution agreement* americano ed all’omologo meccanismo previsto nel sistema inglese; sul tema, per tutti, v.: FED. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione “negoziata” per l’ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, p. 737 ss.

⁴⁶¹ A proposito, v. *retro* par. 1 ss.

⁴⁶² Per tutti, v.: C. CESARI, *Audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati*, 29 maggio 2013.

Ebbene, va segnalato che, in seguito all'avvento della messa alla prova, tali iniziative legislative sono andate "in porto", dando luogo all'introduzione di istituti almeno in parte affini ad essa⁴⁶³. Ferme evidenti differenze dal punto di vista della disciplina sia processuale che sostanziale, trattasi di istituti che presentano una qualche similitudine con la messa alla prova, condividendone la *ratio* deflattiva, nonché, ora la finalità riparativa, ora l'esigenza di un ripensamento degli strumenti di risposta all'illecito penale.

Si allude, innanzitutto, all'istituto dell'«estinzione del reato per condotte riparatorie» di cui all'art. 162-ter c.p., di recente introdotto dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando). Quest'ultimo, in sintesi, prevede che il giudice dichiari estinto il reato allorché l'imputato, prima dell'apertura del dibattimento, abbia riparato interamente il danno cagionato dal reato e ne abbia eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose. Inoltre, qualora dimostri di non aver potuto risarcire il danno entro tale termine, l'imputato può chiedere che il giudice gli assegni un ulteriore termine per adempiervi, nel corso del quale il processo ed il decorso della prescrizione del reato sono sospesi⁴⁶⁴. Evidenti, dunque, le similitudini con la messa alla prova, essendo i due istituti accomunati, quanto a contenuti, dalle prestazioni riparatorie, e quanto ad effetti, dall'estinzione del reato e dalla possibile stasi processuale. Tuttavia – semplificando al massimo – la messa alla prova, oltre ad un contenuto più ampio e senz'altro afflittivo, si caratterizza per un iter molto più articolato, nonché, implicando il coinvolgimento dei servizi sociali e la celebrazione di più udienze, più "dispendioso"⁴⁶⁵. Non v'è dubbio, dunque, che tra i due meccanismi viga un rapporto di specialità. L'istituto di cui all'art. 162-ter c.p., del resto, rappresenta la trasposizione in sede ordinaria – pur con significative differenze – dell'omologo meccanismo previsto dall'art. 35, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 per i reati di competenza del giudice di pace, rispetto al quale, vagliandone l'applicabilità nel rito "minorile", la dottrina

⁴⁶³ Sul punto, v.: R. PICCIRILLO, sub art. 464 bis, cit. p. 3439.

⁴⁶⁴ Per una più approfondita disamina dell'istituto, v., tra gli altri: R. G. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Quest. giust. (web)*, 20 giugno 2017.

⁴⁶⁵ Sui temi, v., più in dettaglio, *infra* par. 4 ss. quanto ai contenuti della prova e *infra* Cap. III quanto alle cadenze procedurali della messa alla prova.

maggioritaria aveva già messo in luce la prevalenza della disciplina “speciale” del *probation* di cui all’art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988⁴⁶⁶. Nondimeno, ai fini del presente lavoro, è di interesse evidenziare il campo di applicazione dell’art. 162-ter c.p., destinato ad operare in tutti i «casi di procedibilità a querela soggetta a remissione»⁴⁶⁷. Se si considera, inoltre, il recente ampliamento del regime di procedibilità a querela di parte⁴⁶⁸, sembra agevole ritenere che l’estinzione del reato per condotte riparatorie ricopra, quasi per intero, lo “spettro” dei reati bagatellari. Simili fattispecie, pertanto, sembrano verosimilmente destinate ad essere sottratte dall’area applicativa del *probation*, senz’altro meno “appetibile” per contenuto afflittivo e “tempistiche”, il quale potrà al più venire in causa nelle poche ipotesi di fatti di bassa gravità procedibili d’ufficio⁴⁶⁹.

Ad “erodere” significativamente il campo applicativo della messa alla prova è, inoltre, l’istituto, introdotto dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, di cui all’art. 131-bis c.p., che prevede la non punibilità del fatto nelle ipotesi di particolare tenuità. Sempre in estrema sintesi, tale “strumento” consente la rapida espunzione dal “circuito” penale di fatti qualificati come reato allorché, per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo, l’offesa è di particolare tenuità e il comportamento non risulta abituale. Si è attuato, secondo la logica del *de minimis non curat praetor*, un intervento di depenalizzazione “in concreto” dei fatti che, pur ponendosi in contrasto con il precetto penale, si rivelino in realtà scarsamente offensivi, esprimendo dunque un disvalore tanto contenuto da non meritare alcuna risposta

⁴⁶⁶ Sul tema, anche per i riferimenti dottrinali, v., per tutti: C. CESARI, sub *art. 28*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. n. 448 del 1988*, cit. p. 346.

⁴⁶⁷ Cfr. art. 162-ter c.p.

⁴⁶⁸ Cfr. d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36 recante «Disposizioni di modifica della disciplina del regime di procedibilità per taluni reati in attuazione della delega di cui all’articolo 1, commi 16, lettere a) e b), e 17, della legge 23 giugno 2017, n. 103», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2018.

⁴⁶⁹ Si pensi, solo per fare qualche esempio, alle ipotesi, che in concreto si rivelino di bassa gravità, di violenza o minaccia (art. 336) e di resistenza a pubblico ufficiale (art. 337 c.p.), o di detenzione di sostanze stupefacenti ex art 73, co. 5, D.P.R. n. 309 del 1990. E sempreché, tuttavia, non venga in rilievo – come subito si vedrà – l’istituto di cui all’art. 131-bis c.p.

sanzionatoria⁴⁷⁰. Emerge, dunque, una netta differenza con il *probation*, il quale, di contro, consente – in sostanza – di riassorbire il disvalore del fatto mediante l’adempimento del programma di trattamento e la sottoposizione a misure di tipo afflittivo, con attenzione dunque ad esigenze di prevenzione. Almeno sulla carta, pertanto, il rapporto tra i due meccanismi di *diversion* dovrebbe svilupparsi in maniera non dissimile da quello messo in luce dalla dottrina rispetto ai due omologhi istituti di cui agli artt. 27 e 28, D.P.R. n. 448 del 1988 in ambito minorile⁴⁷¹. Così, idealmente, in presenza dei relativi presupposti, la declaratoria *ex art. 131-bis c.p.*, andrebbe prediletta, in quanto il contenuto afflittivo del *probation* imporrebbe di riservarne l’attivazione solo rispetto a fatti espressivi di un disvalore non “modestissimo”. Ancora, attenendo la particolare tenuità alle caratteristiche del fatto per come “storicamente” verificatosi, non potrebbe immaginarsi il “recupero” della declaratoria di non punibilità in seguito ad una messa alla prova che, pur conclusasi “negativamente”, si consideri aver in parte riassorbito il disvalore del fatto, inizialmente ritenuto non “tenue”.

Nondimeno, sembrano ravvisabili alcuni elementi che paiono incrinare la linearità del rapporto coerentemente descritto dalla dottrina rispetto agli istituti “minorili” di cui agli artt. 27 e 28, D.P.R. n. 448 del 1988, per i quali non è prevista alcuna astratta preclusione in base alla gravità del reato e non è necessaria una “formale” richiesta di parte. Nell’ambito del rito ordinario, in primo luogo, alcune distonie emergono dall’individuazione del campo di applicazione dei due istituti. Si è consentito, infatti, di pervenire alla declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto per reati puniti con pena edittale non superiore nel massimo a cinque anni, mentre – come è oramai noto – l’omologo limite è più stringente in materia di messa alla prova, in quanto fissato a quattro anni. In maniera non del tutto logica, dunque, si è previsto che la fascia di reati puniti con pena detentiva edittale

⁴⁷⁰ Per una ricostruzione dell’istituto, tra i molti, v.: S. QUATTROCOLO, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, in M. DANIELE, P. P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, 2015, p. 97 ss. V. anche, sul “versante” processuale: G. GARUTI, *L’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, profili processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 1 ss.

⁴⁷¹ A proposito, più nel dettaglio, v. ancora: C. CESARI, *sub art. 28*, cit. p. 348 ss.

massima compresa tra i quattro anni ed un giorno ed i cinque anni di possa, in concreto, rivelarsi di gravità tanto contenuta da andare esente da qualsiasi “reazione” statuale, ma, al contempo, sia eccessivamente “allarmante” per giustificare una risposta “tangibile” ed anche afflittiva attraverso il *probation*. Più di un dubbio, dunque, sorge circa la ragionevolezza della scelta attribuire alla messa alla prova uno spazio operativo più limitato. Tali perplessità, per vero, possono ritenersi solo in parte fugate dal richiamo ai reati di cui all’art. 550, co. 2, c.p.p. e dalle Sezioni Unite “Sorcinelli”, le quali, come visto, hanno chiarito che a tal fine non debba tenersi conto delle aggravanti autonome e ad effetto speciale, la cui rilevanza in materia di particolare tenuità del fatto, per contro, è espressamente sancita dall’art. 131-*bis*, co. 4, c.p., così scongiurando una «sostanziale sovrapposizione» tra il campo di applicazione dei due istituti⁴⁷². Da altro punto di vista, inoltre, vanno considerati alcuni “aspetti” procedurali che, in concreto, potrebbero ostare alla prevalenza – quale istituto maggiormente di favore – della declaratoria *ex art. 131-bis* c.p. rispetto al *probation*. Si consideri, in particolare, che, l’art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p. consente all’imputato di richiedere la messa alla prova sino all’apertura del dibattimento. In tale fase, tuttavia, il giudice è notoriamente all’oscuro del contenuto del fascicolo del p.m., non disponendo, salvo accordo “acquisitivo” delle parti, di alcun elemento sulla base del quale apprezzare le concrete caratteristiche del fatto oggetto di contestazione. Così, come osservato puntualmente in dottrina, benché l’art. 467, co. 1-*bis*, c.p.p. preveda la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto in fase predibattimentale, questa si presenta come eventualità quasi esclusivamente teorica⁴⁷³, anche considerato, peraltro, che, pur nel silenzio della legge, si va affermando la tesi che postula a tal fine la necessità

⁴⁷² Così: Cass., Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, cit. p. 9.

⁴⁷³ In tal senso, esplicitamente: E. MARZADURI, *L’ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l’interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziari e declaratoria di non punibilità ai sensi dell’art. 131-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, cit. p. 7. Dello stesso avviso, tra gli altri: A. MANGIARACINA, *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2015, cit. p. 6.

dell'assenso del p.m.⁴⁷⁴. D'altro canto, ai fini dell'accoglimento della richiesta di messa alla prova, il giudice deve limitarsi ad escludere la sussistenza di ragioni di proscioglimento immediato *ex art. 129 c.p.p.*, tra le quali, secondo parte della giurisprudenza, non rientra la particolare tenuità del fatto⁴⁷⁵. Nei giudizi instaurati mediante citazione diretta⁴⁷⁶, pertanto, l'imputato è posto innanzi ad una secca alternativa: astenersi definitivamente dal richiedere la messa alla prova nell'auspicio che, svolto il dibattimento, si giunga alla più favorevole declaratoria *ex art. 131-bis c.p.*, ovvero sottoporsi al ben più afflittivo *probation* per non perdere la *chance* di estinguere il reato pur di non correre il rischio che il giudice successivamente non ravvisi i presupposti della particolare tenuità del fatto⁴⁷⁷. Stando così le cose, dunque, pare tutt'altro che inverosimile che, per scelte di strategia processuale, si ricorra al *probation* pur a fronte di fatti presentanti i crismi della particolare tenuità⁴⁷⁸.

Emerge, dal quadro sinteticamente delineato, uno scenario non del tutto lineare circa la non facile “convivenza” della messa alla prova con gli istituti menzionati. Ciò che sembra chiaro, ad ogni modo, è che il campo elettivo di

⁴⁷⁴ Cfr. Cass., Sez. III, n. 47039 dell'8 ottobre 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 26544; nonché Cass., Sez. II, n. 12305 del 23 marzo 2016, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 139 ss., con nota di M. LOCATELLI, *Proscioglimento predibattimentale per tenuità del fatto: portata e limiti dell'opposizione del pubblico ministero*.

⁴⁷⁵ Significativa, in tal senso:, Cass., Sez. IV, n. 43874 del 6 ottobre 2016, in *C.E.D. Cass.*, n. 267926, che ha escluso tale eventualità in relazione all'analoga valutazione in materia di patteggiamento. In particolare, secondo la Corte «È inammissibile il ricorso per cassazione avverso sentenza di patteggiamento sul motivo del mancato riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in quanto siffatta causa di non punibilità non rientra nel novero delle ragioni di immediato proscioglimento previste dall'art. 129 cod. proc. pen., alla cui insussistenza è subordinata la pronuncia che accoglie la richiesta di applicazione di pena concordata. (In motivazione, la S.C. ha osservato che l'istituto introdotto dall'art. 131-bis cod. proc. esige un apprezzamento di merito, finalizzato al riscontro dei presupposti applicativi, incompatibile con la natura del rito)». *Contra*, per quanto riguarda le cause di non punibilità in generale: Cass., Sez. VI, n. 48765 del 6 dicembre 2012, in *C.E.D. Cass.*, n. 254104; Cass., Sez. V, n. 25155 del 15 febbraio 2005, in *C.E.D. Cass.*, n. 231896.

⁴⁷⁶ Che, per vero, possono ben ritenersi il campo elettivo di applicazione degli istituti *de quibus*, dal momento che, come è noto, l'art. 550, co. 1, c.p.p. prevede, in generale e salvo le eccezioni di cui all'art. 33-bis c.p.p., che si proceda con tali forme per tutti i reati puniti con pena edittale non superiore nel massimo a 4 anni di reclusione.

⁴⁷⁷ Scenario parzialmente diverso si registra, di contro, in sede di udienza preliminare, ove il g.u.p., come è noto, ha accesso agli atti contenuti nel fascicolo del p.m., potendo dunque avere contezza delle caratteristiche del fatto anche prima che l'imputato avanzi la richiesta di accesso alla prova al termine della discussione.

⁴⁷⁸ Nei casi, ovviamente, in cui la particolare tenuità del fatto non sia stata “rilevata” dal pubblico ministero già in fase di indagini preliminari, ove è previsto apposito “motivo” di archiviazione.

applicazione del *probation* processuale pare destinato a collocarsi ben al di sopra del “bacino” della “bagatellarietà” – rispetto alla quale si prediligerà il ricorso agli istituti di cui agli artt. 131-*bis* e 162-*ter* c.p. – coincidendo piuttosto con fatti di media gravità, specie se contestati in forma aggravata⁴⁷⁹.

4. Il contenuto della prova tra “punizione” e “riparazione”

Ciò detto quanto al campo di applicazione della messa alla prova ed ai rapporti con altri istituti di recente introduzione, è ora bene soffermarsi, sempre sul “versante” sostanziale”, sul contenuto del *probation*, prima di analizzarne conclusivamente gli effetti.

A tal proposito, può agevolmente constatarsi come il legislatore abbia prestato particolare “cura”, in linea con le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, nel definire il contenuto sostanziale della messa alla prova, così registrandosi, peraltro, una notevole differenza rispetto al rito a carico di imputati minorenni, laddove la disciplina dettata in materia risulta piuttosto scarsa⁴⁸⁰.

L’attenzione del legislatore, a ben vedere, è significativa della importanza del tema e della delicatezza di alcune questioni sottese ai contenuti concreti della messa alla prova. Attraverso essi, infatti, passa – in sintesi – la capacità dell’istituto di ergersi ad effettivo percorso di risocializzazione mirante all’inclusione del reo⁴⁸¹, alla soddisfazione della vittima e, più in generale, al ripristino della “quiete” sociale infranta dal reato. Ma, allo stesso tempo, la “concretezza” dei contenuti del *probation* è cruciale sul campo della prevenzione, risultando un trattamento in definitiva solo apparente incompatibile con l’esigenza, tenuta in conto dal legislatore, di fornire una risposta al reato alternativa a quella tradizionale, ma pur sempre “tangibile” ed apprezzabile, tanto da parte dell’autore dell’illecito, quanto da parte della comunità.

⁴⁷⁹ In tal senso: Cass., Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, cit.

⁴⁸⁰ In tal senso, v.: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit. p. 680.

⁴⁸¹ Sul punto, v.: L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, cit. p. 87.

Così, si è optato per l'introduzione di una disciplina alquanto articolata circa i contenuti della messa alla prova, collocata sul "crinale" tra la normativa sostanziale e processuale. Il tenore della stessa, che, nonostante il dettaglio, lascia spazio a più di un interrogativo, sembra figlio della volontà di contemperare l'esigenza di assicurare l'"individualizzazione" dell'intervento trattamentale, immanente rispetto al concetto stesso di *probation*⁴⁸², con la necessità di fissare uno "standard" di legalità rispetto a misure pur sempre afflittive.

A tal fine, il dettato dell'art. 168-*bis*, co. 2 e 3, c.p. si coniuga – nonostante qualche imperfezione nel coordinamento⁴⁸³ – con l'art. 464-*bis*, co. 4, c.p.p., individuando i contenuti del «programma di trattamento» alla base della messa alla prova, la cui elaborazione, come si vedrà, è demandata, all'u.e.p.e.⁴⁸⁴.

Dal combinato disposto delle due norme, emerge una serie di "prescrizioni" piuttosto eterogenee tra loro, aventi caratteristiche e finalità differenziate. La presenza nel programma delle singole prescrizioni, peraltro, si declina, secondo la ricostruzione della dottrina, in facoltativa, tendenzialmente obbligatoria – non potendo mancare in presenza di determinate condizioni – ed indefettibile⁴⁸⁵.

Ad ogni modo, è bene subito chiarire che il "catalogo" di prescrizioni predisposto dal legislatore è considerato privo del crisma della tassatività, talché si ritiene che il giudice e l'u.e.p.e. possano "ritagliare" discrezionalmente il concreto atteggiarsi delle singole prescrizioni sulla base delle caratteristiche della persona dell'imputato⁴⁸⁶. Ciò, del resto, in linea con la "flessibilità" propria delle misure di *probation* di cui si è detto, che si traduce nella necessaria "individualizzazione" dei relativi contenuti.

⁴⁸² Per tutti, v.: E. FASSONE, voce *Probation e affidamento in prova*, cit. p. 783 ss.

⁴⁸³ Cfr., tra gli altri, A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 680.

⁴⁸⁴ Sul tema, v. *infra* Cap. III.

⁴⁸⁵ A proposito, per tutti, v.: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, in G. CONSO, G. ILLUMINATI (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit. p. 2130 ss.

⁴⁸⁶ In tal senso, v.: F. FIORENTIN, *Volontariato quale forma di "riparazione sociale"*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, cit. p. 78; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Op. cit.*, cit. p. 389.; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 22.

Significativo, in tal senso, è che l'elaborazione del programma, secondo l'art. 141-ter, co. 3, disp. att., va preceduta da un'apposita indagine socio-familiare svolta dall'u.e.p.e. riguardo le possibilità economiche dell'imputato, la capacità la possibilità di svolgere attività riparatorie nonché la possibilità di svolgimento di attività di mediazione⁴⁸⁷, evidentemente prodromica all'individuazione dei contenuti del *probation*. Nondimeno, al contempo, il legislatore non ha rinunciato a definire alcuni contenuti essenziali – poiché in ogni caso indefettibili – del programma di trattamento, che dunque restituiscono una certa rigidità all'"intelaiatura" della messa alla prova, tra i quali, come si vedrà in dettaglio, spicca il lavoro di pubblica utilità.

Si delinea, così, un contenuto della messa alla prova dai connotati eterogenei, ove la primaria finalità riparativa propria di alcune prescrizioni convive con una serie di misure impostate su logiche *lato sensu* sanzionatorie, delle quali è bene fornire una complessiva panoramica.

A tal proposito, come anticipato, punto di riferimento essenziale è l'art. 464-bis, co. 4, c.p.p., che individua espressamente le prescrizioni che «in ogni caso» il programma di trattamento deve includere, salvo al contempo prevedere che alcune di esse vadano disposte solo «ove possibile». Dal raffronto di tale disposizione con l'art. 168-bis, co. 2, c.p., poi, si evince altresì il contenuto propriamente facoltativo della messa alla prova.

Innanzitutto, la lett. a dell'art. 464-bis, co. 4, c.p.p., prevede, quale contenuto essenziale del programma di trattamento, le modalità di coinvolgimento dell'imputato. La formula, che riecheggia quanto disposto in sede minorile dall'art. 27 disp. att., dovrebbe alludere, secondo la dottrina, alla fissazione della cadenza degli incontri periodici tra imputato e servizi sociali, volti alla verifica periodica dell'andamento della prova⁴⁸⁸. Maggiori perplessità desta la parte della norma in cui si prevede il coinvolgimento anche del nucleo familiare e dell'ambiente di vita dell'imputato. Pienamente giustificato dalla necessità di condivisione "allargata" del progetto educativo alla base del *probation* minorile, il coinvolgimento dell'*entourage* familiare

⁴⁸⁷ Cfr. art. 141-ter, co. 3, disp. att.

⁴⁸⁸ In tal senso, v.: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2130.

dell'imputato sembra infatti di difficile attuazione e forse addirittura superfluo nel contesto del rito a carico di adulti, tanto che la stessa norma in parola lo prevede solo "ove possibile"⁴⁸⁹.

È la lett. *b* dell'art. 464-*bis*, co. 4, c.p.p., poi, a configurare i contenuti «cruciali» del programma di trattamento⁴⁹⁰. La norma, infatti, contempla, da un lato, le prescrizioni comportamentali e gli impegni specifici che l'imputato assume al fine di provvedere alla riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ed al risarcimento del danno; condotte che, – come si vedrà più in dettaglio a breve – ai sensi dell'art. 168-*bis*, co. 2, c.p., rappresentato il contenuto tendenzialmente obbligatorio della messa alla prova⁴⁹¹. Ancora, dall'altro lato, la citata lett. *b*, contempla la prestazione del lavoro di pubblica utilità, il quale, come si evince, tra l'altro, dal raffronto con l'art. 168-*bis*, co. 3, c.p., rappresenta il vero e proprio contenuto indefettibile del *probation*, ergendosi a condizione a cui la concessione della messa alla prova è subordinata⁴⁹². Peraltro, sempre dalla lett. *b* è possibile ricavare, come osservato in dottrina, anche alcuni contenuti solo eventuali del programma posto a base della prova. La genericità del riferimento alle "prescrizioni comportamentali", consente, infatti, di ritenere che il programma possa ritenere prescrizioni di segno negativo, coniugandosi con il divieto di frequentare alcuni locali e con il riferimento alle prescrizioni attinenti alla libertà di movimento o alla dimora menzionati dall'art. 168-*bis*, co. 2, c.p. Così, il programma ben potrebbe contenere misure e divieti "atipici", quali il divieto di portare armi o di frequentare determinati luoghi o soggetti⁴⁹³. Ciò – si è condivisibilmente affermato – fintantoché simili prescrizioni non vulnerino la libertà personale dell'imputato in maniera tanto incisiva da trasformarsi in misure para-detentive, come nel caso di obbligo di

⁴⁸⁹ A proposito, tra gli altri, v.: R. PICCIRILLO, sub art. 464 *bis*, cit. p. 3463; L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1755 ss. Mette in guardia, peraltro, dalle possibili disfunzioni di simile coinvolgimento: M. MONTAGNA, *Op. cit.*, cit. p. 389.

⁴⁹⁰ Così: In tal senso, v.: C. CESARI, sub art. 464-*bis*, cit. p. 2130.

⁴⁹¹ A proposito, v. *infra* par. 4.2.

⁴⁹² Di tale avviso, *ex plur.*, v.; R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit. p. 669; sul punto, più in dettaglio, v. *infra* par. 4.1.

⁴⁹³ Sul tema, più in dettaglio, v.: G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 22.

permanenza in casa, a cui osterebbe la garanzia di cui all'art. 13 Cost., o di obbligo di indossare il braccialetto elettronico, non configurabile in assenza di apposita disposizione di legge⁴⁹⁴. Infine, sempre dal raffronto tra la lett. *b* dell'art. 464-*bis*, co. 4, c.p.p. e l'art. 168-*bis*, co. 2, c.p. si delinea il contenuto propriamente facoltativo del programma, che «può implicare, tra l'altro», lo svolgimento da parte dell'imputato di attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero prescrizioni attinenti i rapporti con una struttura sanitaria, che verranno in rilievo allorché le peculiari condizioni psico-fisiche dell'imputato – si pensi all'impegno al recupero da uno stato di dipendenza da sostanze stupefacenti od alcoliche – rendano opportuno un intervento di tipo specialistico⁴⁹⁵.

Da ultimo, la lett. *c* dell'art. 464-*bis*, co. 4, c.p.p., dispone che il programma preveda, ove possibile, le condotte volte a promuovere la mediazione con la persona offesa dal reato. Trattasi, dunque, di un contenuto del *probation* che, sebbene – correttamente – non configurato quale indefettibile, ne esalta l'attitudine riparativa. Come si vedrà più nel dettaglio⁴⁹⁶, infatti, simile eventualità è subordinata all'individuazione della persona offesa, e soprattutto, alla disponibilità di quest'ultima ad intraprendere il percorso di riconciliazione con l'autore del reato, che l'u.e.p.e. è tenuto a “raccolgere” nel corso dell'indagine “esplorativa” prodromica all'elaborazione del programma, in cui eventualmente saranno definite anche cadenze e modalità dell'iter di mediazione⁴⁹⁷.

Passate in rassegna le principali prescrizioni oggetto del *probation*, è bene spendere qualche ulteriore considerazione circa i contenuti che presentano maggior interesse dal punto di vista sistematico, ossia il lavoro di pubblica utilità – sul quale la prova è peraltro incentrata – e le condotte riparatorie, compresa, in particolare, la mediazione con la vittima del reato, da includere nel programma “ove possibile”.

⁴⁹⁴ In tal senso, v. F. FIORENTIN, *Volontariato quale forma di “riparazione sociale”*, cit. p. 79.

⁴⁹⁵ *Ibid.*; nello stesso senso: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2131.

⁴⁹⁶ Cfr. *infra* par. 4.2.

⁴⁹⁷ A proposito, v.: L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, cit. 88 ss. Sul tema, v. più in dettaglio, *infra* par. 4.2.

4.1. Il “cuore” sanzionatorio del *probation*: il lavoro di pubblica utilità

Si è detto che l'unico contenuto “realmente” indefettibile della messa alla prova è costituito dalla prestazione del lavoro di pubblica utilità. Ciò, si evince, in particolare, non solo dal combinato disposto degli artt. 464-*bis*, co. 4, lett. *b* c.p.p. e 168-*bis*, co. 3, c.p., ma anche dalla previsione dell'168-*quater* c.p. che individua quale autonoma causa di revoca⁴⁹⁸ della sospensione del processo con messa alla prova il rifiuto opposto dall'imputato a svolgere tale attività, nonché dall'art. 141-*ter*, co. 3, disp. att., stando al quale l'u.e.p.e., redatto il programma di trattamento, è tenuto ad acquisire il consenso dell'imputato e l'adesione dell'ente o del soggetto presso il quale l'imputato è chiamato a svolgere le proprie prestazioni⁴⁹⁹.

A fronte della centralità attribuita a tale misura, il legislatore si è astenuto dall'operare un mero richiamo alle svariate disposizioni che già contemplano – benché con significative peculiarità – il lavoro di pubblica utilità, prevedendone così una base giuridica *ad hoc* ed una definizione che, sebbene ritagliata sulla falsariga delle ipotesi già previste, presenta alcuni tratti di originalità.

Secondo l'art. 168-*bis*, co. 3, c.p., infatti, il lavoro di pubblica utilità cui la messa alla prova è subordinata consiste in una prestazione non retribuita a favore della collettività, affidata tenendo conto delle specifiche professionalità e attitudini lavorative dell'imputato, da svolgere presso enti pubblici o privati – purché aventi in questo secondo caso finalità “assistenziali” – per una durata di almeno dieci giorni. Tale attività, inoltre, deve articolarsi secondo modalità tali da non pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato, secondo un'articolazione che non superi le otto ore giornaliere⁵⁰⁰.

Si è così concordi nel ravvisare nella prescrizione indefettibile del lavoro di pubblica utilità il “nucleo” affittivo della messa alla prova, al quale

⁴⁹⁸ A proposito della revoca dell'ordinanza di sospensione del processo con messa alla prova, v. *infra*, Cap. III, par. 3.1.

⁴⁹⁹ In tal senso, tra i molti, v.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3464.

⁵⁰⁰ Cfr. art. 168-*bis*, co. 3, c.p.

l'imputato è tenuto a sottoporsi allorché intenda giovare dell'estinzione del reato che il *probation* consente⁵⁰¹.

Proprio in simile previsione, peraltro, si “annidano”, come opportunamente rilevato dalla dottrina, alcune delle principali criticità dell'istituto, la cui portata è tale da aver suscitato persino dubbi sulla tenuta costituzionale della messa alla prova.

In primo luogo, già nel corso dei lavori parlamentari, si erano sollevate perplessità rispetto alla scelta di legare indissolubilmente la messa alla prova con un istituto – il lavoro di pubblica utilità appunto – «rivelatosi sin qui fallimentare» sul piano operativo⁵⁰², talché, specie considerato il «rischio che il lavoro non si trovi», se ne suggeriva la configurazione in termini meno rigorosi⁵⁰³ al pari delle altre prescrizioni di cui si è detto, come del resto previsto nell'iniziale formulazione del progetto di legge⁵⁰⁴. Nonostante simili considerazioni, per vero, il legislatore ha optato – come visto – per l'indefettibilità del lavoro a favore della collettività nel quadro del *probation*, allargando, al contempo, la platea dei soggetti presso i quali è possibile svolgere l'attività lavorativa non retribuita⁵⁰⁵. Stando all'art. 168-*bis*, co. 3, c.p., infatti, questa può essere svolta presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia. Viepiù, benché l'art. 8 della l. n. 67 del 2014 abbia previsto, nel termine di tre mesi dall'entrata in vigore, l'adozione da parte del Ministero della giustizia o dei presidenti dei tribunali delegati di apposite convenzioni con i citati soggetti, il chiaro tenore dell'art. 168-*bis*, co. 3, c.p. faceva propendere per la possibilità di svolgere l'attività anche presso enti non convenzionati, posto il mancato richiamo all'art. 3, d. m. 26 marzo 2001, secondo cui, invece, il giudice è tenuto ad “attingere” dall'elenco degli

⁵⁰¹ Ad esempio, la messa alla prova è definita «sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo» da: F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit. p. 9.

⁵⁰² *Ibid.*, cit. p. 8.

⁵⁰³ In tal senso, v.: C. CESARI, *Audizione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati*, 29 maggio 2013. V. anche: F. CAPRIOLI, *Op. cit.*, cit. p. 7.

⁵⁰⁴ Sul punto, v.: A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 680.

⁵⁰⁵ Così, tra i molti: R. PICCIRILLO, *sub art. 464 bis*, cit. p. 3466.

enti convenzionati allorché debba disporre il lavoro di pubblica utilità⁵⁰⁶. Nondimeno, si sono giustamente stigmatizzate le possibili ricadute derivanti dal carattere indefettibile del lavoro di pubblica utilità nell'ambito della messa alla prova. L'impossibilità di reperire un'opportunità di svolgere tale attività da parte dell'imputato, sovente dovuta a ragioni del tutto congiunturali e esulanti dalla "sfera" di controllo di quest'ultimo – si pensi al contesto territoriale ovvero all'inefficienza dell'u.e.p.e. nell'attivarsi – osterebbe categoricamente, infatti, alla possibilità di ottenere il beneficio sostanziale dell'estinzione del reato, così dando luogo ad irragionevoli disparità di trattamento⁵⁰⁷. Va segnalato, peraltro, che l'entrata in vigore del d.m. 8 giugno 2015, n. 88⁵⁰⁸, sembra aver acuito la problematica. Tale atto normativo, infatti, pare postulare – specie all'art. 2⁵⁰⁹ – che lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità richieda una convenzione in essere con l'ente interessato, al quale peraltro sono integralmente addossati gli oneri assicurativi, così riducendo, di fatto, le concrete possibilità di reperire opportunità lavorative⁵¹⁰. Per ovviare a simili criticità, autorevole dottrina ha così auspicato che si pervenga, in via interpretativa, a dar rilievo, in sede di ammissione alla prova, allo sforzo meritorio dell'imputato che «si sia attivato per tempo e seriamente per trovare l'occasione lavorativa senza tuttavia riuscirci»⁵¹¹, approvando dunque il programma sulla base delle altre

⁵⁰⁶ In tal senso, per tutti, v.: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 670. Nello stesso senso, tra gli altri: G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 24.

⁵⁰⁷ Ad esempio, parla di «difficoltà pragmatiche e logistiche, che esulano dall'ambito di azione del reo e dallo sforzo di diligenza da lui esigibile»: R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, cit. p. 168.

⁵⁰⁸ *Regolamento recante disciplina delle convenzioni in materia di pubblica utilità ai fini della messa alla prova dell'imputato, ai sensi dell'articolo 8 della legge 28 aprile 2014, n. 67*, in G.U., Serie Generale n. 151 del 2 luglio 2015.

⁵⁰⁹ Secondo cui, in particolare, «L'attività non retribuita in favore della collettività è svolta secondo quanto stabilito nelle convenzioni stipulate con il Ministero della giustizia o, su delega di quest'ultimo, con il presidente del tribunale, nell'ambito e a favore delle strutture esistenti in seno alle amministrazioni, agli enti o alle organizzazioni indicati nell'articolo 1, comma 1. Tali convenzioni sono sottoscritte anche da amministrazioni, enti ed organizzazioni che hanno competenza nazionale, regionale o interprovinciale, con effetto per le rispettive articolazioni periferiche»; sul punto, più nel dettaglio, v.: R. PICCIRILLO, *sub art. 464 bis*, cit. p. 3465 ss.

⁵¹⁰ A proposito, v.: V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, cit. p. 16 ss.

⁵¹¹ Così: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 670.

prescrizioni imposte e “recuperando” il lavoro di pubblica utilità solo non appena resosi disponibile⁵¹². Non mancano, tuttavia, autori che, a fronte del rigore della *littera legis*, stimano insuperabile l’indisponibilità del lavoro di pubblica utilità, innanzi alla quale, pertanto, il giudice dovrebbe respingere la richiesta di accesso alla messa alla prova⁵¹³.

Ma, a ben vedere, dubbi ancor più seri sono stati sollevati circa la legittimità della scelta stessa di prevedere il lavoro di pubblica utilità nel quadro di un istituto la cui operatività prescinde dal pieno accertamento della responsabilità dell’imputato per il fatto addebitatogli, esigendo – come si vedrà in dettaglio⁵¹⁴ – un “mero” giudizio sulla non innocenza ai sensi dell’art. 129 c.p.p. Stante l’evidente connotazione afflittiva, dal punto di vista contenutistico, la prescrizione prevista nell’ambito della messa alla prova si presenta, per vero, senz’altro omogenea rispetto a “forme” di lavoro di pubblica utilità previste a titolo di pena sostitutiva – si pensi agli artt. 54 del d.lgs. 274/2000, 189, co. 9-*bis* e 187, co. 8-*bis* del c.d.s., nonché all’art. 73, co. 5-*bis*, del d.lgs. 309/1990 – ovvero quale obbligo “accessorio” alla sospensione condizionale della pena *ex art.* 165 c.p.⁵¹⁵. Persino le Sezioni unite Sorcinelli, del resto, hanno avuto modo di affermare – benché in un *obiter dictum* – che l’istituto della messa alla prova si connota per l’applicazione all’imputato di un «trattamento sanzionatorio non detentivo», che persegue «scopi specialpreventivi»⁵¹⁶. Così, secondo più di un’opinione, il provvedimento di ammissione alla prova andrebbe assimilato ad una vera e propria «cripto-condanna»⁵¹⁷, talché sarebbero ravvisabili profili di incompatibilità con la presunzione di innocenza di cui all’art. 27, co. 2, Cost., non essendosi previsto un pieno e definitivo accertamento della penale responsabilità

⁵¹² In tal senso, v.: F. CAPRIOLI, *Op. cit.*, cit. p. 9.

⁵¹³ Di tale avviso: F. FIORENTIN, *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, cit. p. 72; R. PICCIRILLO, *sub art. 464 bis*, cit. p. 3464.

⁵¹⁴ Sul tema, v. *infra* Cap. III.

⁵¹⁵ Per un raffronto con le principali ipotesi di lavoro di pubblica utilità, v., tra gli altri: M. F. CORTESI, *Il probation giudiziale: la sospensione dle processo con messa alla prova*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Utet, 2015, p. 452 ss.

⁵¹⁶ Cfr.: Cass., Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, cit., cit. p. 10.

⁵¹⁷ Così, per tutti: F. CAPRIOLI, *Op. cit.*, cit. p. 9.

dell'imputato⁵¹⁸. Considerato, peraltro, anche il problema della “sorte” delle prestazioni espletate dall'imputato che, ripresa l'“ordinaria” attività processuale in seguito al fallimento del *probation*, venga poi assolto – la quali assumerebbero «carattere indebito» divenendo così «ripetibili *ex art 2033 c.c.*» – tale autorevole dottrina avrebbe dunque ritenuto maggiormente coerente, dal punto di vista sistematico, una collocazione della messa alla prova in fase esecutiva, quale nuova ed alternativa forma di sospensione condizionale della pena, proponendone l'applicazione nell'ambito del patteggiamento c.d. allargato⁵¹⁹. Rispetto a simili dubbi, tuttavia, sembra essere prevalsa la tesi di chi, rimarcato che l'accertamento della responsabilità non è del tutto pretermesso, bensì effettuato allo stato degli atti ed in via non definitiva, la presunzione di non colpevolezza sarebbe semplicemente «affievolita»⁵²⁰. Tale attenuazione, per vero, sarebbe legittimata considerando la base consensuale e gli effetti in *bonam partem* della messa alla prova⁵²¹. Viepiù, l'insieme delle prescrizioni che compongono il *probation*, più che in chiave esclusivamente afflittiva, ben potrebbero leggersi anche in una prospettiva “riparatoria”, quale insieme di condotte descrittive dell'impegno positivo dell'imputato alla ricomposizione del conflitto ingenerato dall'illecito⁵²². Ciò dicasi, del resto, anche per il lavoro di pubblica utilità, al quale non sono estranee finalità riparative, sebbene orientate verso la collettività, tanto che nel quadro delle misure di *restorative justice* si è soliti ricomprendere l'affine figura del *community service*. In simile ottica, dunque, la messa alla prova non potrebbe intendersi quale forma di “pena anticipata”, ben potendosi ravvisare nell'art. 657-bis c.p.p. – che, invero, prevede un meccanismo di “scomputo” del periodo

⁵¹⁸ In tal senso, v.: F. VIGANO; *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 1302 ss. Dubita altresì della compatibilità costituzionale dell'istituto con l'art. 27, co. 2: R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, cit. p. 746 ss.

⁵¹⁹ *Ibid.* Quanto alla tesi della ripetibilità delle prestazioni effettuate in caso di successiva assoluzione, v. però, *contra*: G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, cit. p. 440.

⁵²⁰ Così: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2124. Sul tema del grado di accertamento della responsabilità dell'imputato, v. più in dettaglio *infra*, Cap. III, par. 2.2.

⁵²¹ In tal senso e più in dettaglio, v.: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga del dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit. p. 515 ss.

⁵²² Di tale avviso, v.: A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo senza garanzie?*, p. 1265 ss.; v. anche: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2124.

di *probation* “presofferto” nell’eventualità di condanna in seguito all’esito negativo della prova – una norma dettata da «ragionevoli motivi di equità sostanziale», e non, invece, dall’asserito «intento punitivo» delle prescrizioni di cui all’art. 464-*bis*, co. 4 c.p.p.⁵²³. Va evidenziato, a proposito, che in una recentissima sentenza, la Corte costituzionale, chiamata a valutare la compatibilità con l’art. 27, co. 2 Cost., degli art. 464-*quater* e 464-*quinquies* c.p.p., i quali, nella prospettiva del Tribunale rimettente «prevedono la irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza [...] condanna», ha aderito alla descritta linea di pensiero⁵²⁴. Rimarcando lo iato intercorrente con il “limitrofo” istituto del c.d. patteggiamento – anch’esso caratterizzato dal consenso dell’imputato e dell’accertamento “contratto” della relativa responsabilità *ex art. 129 c.p.p.*⁵²⁵ – la Consulta ha chiarito che se, da un lato, la sentenza *ex art. 444 c.p.p.* «costituisce un titolo esecutivo per l’applicazione di una sanzione tipicamente penale», dall’altro, analoga natura non può essere conferita al provvedimento di sospensione del processo con messa alla prova. Ciò, in particolare, poiché il «trattamento programmato» di cui consta il *probation* – tra cui spicca, come oramai noto, il lavoro di pubblica utilità – «non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell’imputato», il quale, secondo il Giudice delle leggi, conserva sempre la libertà di «farla cessare», esponendosi in tal caso alla sola ripresa del processo penale a suo carico, precedentemente sospeso.

Residuerrebbero, dunque, alcuni dubbi circa la compatibilità con il principio di legalità degli ampi margini di discrezionalità concessi al giudice nella fase di ammissione della prova, sia quanto al catalogo “aperto” delle

⁵²³ In tal senso, autorevolmente: G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, cit. p. 4 ss.

⁵²⁴ V.: Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 91, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2018, con nota di G. LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce ed ‘accredita’, in punto di compatibilità costituzionale, l’istituto della messa alla prova*. In commento alla decisione v. anche: R. MUZZICA, *La Consulta ‘salva’ la messa alla prova: l’onere di una interpretazione ‘convenzionalmente’ orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2018

⁵²⁵ Sulla complessa questione dell’accertamento della responsabilità dell’imputato nel quadro della messa alla prova, v., in dettaglio, *infra*, Cap. III, par. 2.2.

prescrizioni imponibili, sia alle modalità ed all'“intensità” delle stesse⁵²⁶. Anche in tale ottica, per vero, la misura del lavoro pubblica utilità non sembra del tutto immune da vizi. Se, infatti, il disposto dell'art. 168-*bis*, co. 3, c.p., soddisfa pienamente le esigenze di tassatività di tale prescrizione – diversamente da quelle “atipiche” di cui si è detto – si è stigmatizzata l'assenza di una espressa previsione della durata massima – definita, come visto solo nel minimo – e, sotto il profilo della determinatezza, della mancanza di indici sulla base dei quali stabilirne, nel caso concreto, la durata, le modalità e l'intensità giornaliera⁵²⁷. Solo in via interpretativa, da un lato, si ritenuto individuabile il termine di durata massima di lavoro di pubblica utilità *per relationem*, facendolo coincidere con il termine massimo della sospensione del procedimento con messa alla prova⁵²⁸, che può variare, nel massimo, da uno a due anni a seconda che il reato per cui si procede sia punito con la sola pena pecuniaria ovvero con quella detentiva, sola o congiunta alla prima. Più problematica, dall'altro, l'individuazione dei criteri di commisurazione di cui si è poc'anzi detto. Nell'impossibilità di applicare in via analogica quelli dettati dalla legge per le altre ipotesi di lavoro di pubblica utilità, essendo il *probation de quo* applicabile anche per reati puniti con la sola pena pecuniaria e prescindendo, in ogni caso, da una sentenza di condanna che offra parametri di ragguaglio, si è ritenuto legittimo il ricorso, in via analogica, ai criteri dettati dall'art. 133 c.p. per la commisurazione della pena, così tenendosi in debito conto, ad un tempo la valutazione “virtuale” del fatto contestato, del *quantum* di colpevolezza dell'imputato e delle relativa necessità di risocializzazione⁵²⁹. Sebbene non unanimamente condiviso⁵³⁰, è bene segnalare che proprio tale quadro ha di recente ricevuto l'autorevole avallo della Corte costituzionale, che ha ritenuto di poter superare – parrebbe agevolmente vista l'“essenzialità” della motivazione di

⁵²⁶ A proposito, v. ancora: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2124; v. anche: G. TABASCO, *Op. cit.*, cit. p. 25.

⁵²⁷ In tal senso, per tutti, v.: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 670.

⁵²⁸ In tal senso, tra i primi commentatori della novella del 2014, v.: A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 680.

⁵²⁹ Lo rileva: R. PICCIRILLO, *sub art. 464 bis*, cit. p. 3466.

⁵³⁰ Per una critica, sotto il profilo della determinatezza, espressa in sede di primo commento alla novella, v.: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 670.

manifesta infondatezza – le censure avanzate alla disciplina della messa alla prova dal giudice rimettente sotto il profilo degli artt. 24 e 27, co. 3 cost.⁵³¹.

Benché, dunque, possano ritenersi superati i principali dubbi suscitati dalla centralità attribuita dal legislatore al lavoro di pubblica utilità, non può fare a meno di sottolinearsi la problematicità di siffatta previsione. Oltre a quanto già detto circa la componente afflittiva, è bene altresì sottolineare che, come si è attentamente osservato, il carattere obbligatorio dell'attività, sebbene idoneo a prevenire il fenomeno della *bifurcation* garantendo un trattamento omogeneo indipendentemente dalle possibilità “risarcitorie” dell'imputato⁵³², sembra almeno in parte dissonante con l'inquadramento della misura nell'ambito della giustizia riparativa. Invero, la ineliminabile componente di “spontaneità” sottesa a tale paradigma di giustizia “mite” dovrebbe rimettere all'imputato massima libertà circa la scelta anche sui mezzi attraverso cui “riparare”⁵³³. Dal punto di vista sistematico, in effetti, non pare del tutto coerente la combinazione del lavoro di pubblica utilità – configurato come si è visto – con le altre prescrizioni dall'indole veramente riparativa, sulle quali subito ci si soffermerà. Più lineare con queste ultime, invero, sarebbe forse stato configurare il lavoro di pubblica utilità su base “realmente” volontaria, al pari dell'attività di volontariato di rilievo sociale prevista in via eventuale dall'art. 168-*bis*, co. 2, c.p., rispetto alla quale, peraltro si teme una sorta di sovrapposizione vista l'omogeneità contenutistica delle due misure, le quali

⁵³¹ Cfr. Corte cost., 11 gennaio 2017, n. 54, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017, con nota di E. ANDOLFATTO, *Nuovo giudizio di legittimità costituzionale sulla sospensione del procedimento con messa alla prova: la Consulta respinge tre questioni sollevate dal Tribunale di Prato*. Ciò, in particolare, proprio poiché la durata massima del lavoro di pubblica utilità «risulta indirettamente dall'art. 464-*quater*, comma 5, c.p.p. perché, in mancanza di diversa determinazione, corrisponde necessariamente alla durata di sospensione del procedimento» e, mediante il riferimento ai parametri di cui all'art. 133 c.p. – cui l'art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p. fa espresso rinvio rispetto alla valutazione dell'idoneità del programma di trattamento – l'imputato è posto pienamente nella condizione di conoscere i criteri secondo i quali sarà in concreto stabilita dal giudice. Tali argomentazioni, peraltro, sono poi state riprese ed integralmente confermate dalla stessa Corte costituzionale nella ancor più recente – e poc'anzi citata – sentenza n. 91 del 2018.

⁵³² In tal senso: R. MUZZICA, *Op. ult. cit.*, cit. p. 168.

⁵³³ In tal senso, v.: B. BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in A. MARANDOLA, K. LA REGINA, R. APRATI (a cura di), *Op. cit.*, cit. p. 59 ss.

si risolvono pur sempre nello svolgimento di attività a favore della collettività⁵³⁴.

4.2. (segue)...e l'apertura alla *restorative justice*: le condotte riparatorie e la mediazione penale

Al di là delle possibilità di ravvisare nel lavoro di pubblica utilità i veri tratti della *restorative justice*, l'indole riparativa impressa alla messa alla prova emerge nitidamente dall'analisi delle ulteriori prescrizioni principali previste nel quadro del programma trattamentale.

Dal combinato disposto degli art. 168-*bis* c.p. e 464-*bis* c.p.p. si evince, infatti, che quest'ultimo deve includere, di norma, l'indicazione delle condotte volte all'eliminazione od all'attenuazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nonché, ove possibile, al risarcimento del danno ed al promovimento della mediazione con la persona offesa.

Peraltro, ad ulteriore testimonianza della centralità attribuita agli sforzi riparativi, l'art. 141-*ter* disp. att. prevede che, nell'indagine socio-familiare prodromica all'elaborazione del programma, l'u.e.p.e. vagli non solo le possibilità economiche dell'imputato in vista dell'eventuale risarcimento del danno, ma esamini la concreta possibilità e l'attitudine dell'imputato a provvedere alle condotte riparatorie ed alla mediazione, nonché, al contempo, la disponibilità della persona offesa ad interagire con l'imputato nell'ambito di simile "percorso" riparativo⁵³⁵.

Stando all'art. 464-*bis*, co. 4, lett. b), c.p.p. il programma deve prevedere gli «impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o di attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato», indicando poi, quali possibili modalità a tal fine, il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni.

⁵³⁴ Sul punto, v.: R. PICCIRILLO, *sub art. 464 bis*, cit. p. 3468. Non è mancato, peraltro, chi, a fronte di siffatta omogeneità contenutistica, ha ravvisato nell'attività di volontariato lo strumento con cui potrebbe essere possibile aggirare il sistema imperniato sulle convenzioni da stipulare con gli enti presso cui svolgere il lavoro di pubblica utilità; cfr. L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 1755 ss.

⁵³⁵ Sul punto, v.: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2130.

Nonostante, peraltro, l'art. 168-*bis*, co. 2, c.p. preveda al contempo in termini perentori lo svolgimento delle condotte volte all'eliminazione o attenuazione delle conseguenze del reato, si è correttamente osservato che è pur sempre necessario avere a mente la possibilità che il reato non abbia prodotto alcuna conseguenza dannosa o pericolosa eliminabile, talché simili prescrizioni potrebbero in concreto non essere incluse nel programma⁵³⁶.

Più lineare, dunque, la configurazione, da parte della citata norma, del risarcimento del danno quale prestazione non indefettibile, ma comunque necessaria «ove possibile». La clausola, come si è osservato, oltre a non pregiudicare gli imputati privi di capacità economiche, consente di espungere dal programma la prescrizione *de qua* in presenza di condizioni oggettive, ovvero soggettive – quale il rifiuto opposto dalla persona offesa a ricevere il risarcimento. Nondimeno, si ritiene che tali condizioni vadano intese in senso restrittivo⁵³⁷, stante l'importanza che il risarcimento assume non tanto in ottica sanzionatoria, ma come vero e proprio «elemento di responsabilizzazione» e «revisione critica» dell'imputato⁵³⁸. Così, la quantificazione del risarcimento dovrebbe considerare sia il danno materiale che quello morale⁵³⁹, il cui adempimento deve avvenire entro un termine fissato nell'ordinanza del giudice che dispone la prova⁵⁴⁰, il quale, ai sensi dell'art. 464-*quinquies* c.p.p., può disporre che il pagamento di tali somme avvenga ratealmente solo qualora la persona offesa vi consenta⁵⁴¹. Nondimeno, la giurisprudenza pare essersi allineata con l'opinione di chi aveva rilevato l'importanza dello sforzo diligente dell'imputato a tal fine e non del formale ed integrale adempimento, tenuto conto anche delle sue condizioni economiche e delle ragioni dell'eventuale inadempimento⁵⁴², affermando chiaramente che «l'indicazione contenuta nell'art. 168-*bis* c.p.,

⁵³⁶ A tal proposito, per tutti, v.: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, cit. p. 679.

⁵³⁷ V.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, 3463.

⁵³⁸ Così: F. FIORENTIN, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile.*, cit. p. 75, in *Guida dir.*, 2014, n. 21.

⁵³⁹ Sul punto, v.: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2131.

⁵⁴⁰ Cfr. R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, p. 3463 ss.

⁵⁴¹ Sulla «singolarità» di simile previsione, v.: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 436.

⁵⁴² In tal senso, per tutti, v.: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 77.

comma 2, ha natura prescrittiva ma non assoluta, come evidenziato dalla locuzione “ove possibile”, ed è pertanto «ingiustificato ritenere che la sospensione del procedimento con messa alla prova sia necessariamente subordinata all’integrale risarcimento del danno»⁵⁴³. Ci si è chiesti, peraltro, sia se l’imputato possa giovare, in analogia con quanto ritenuto dalla giurisprudenza per l’istituto di cui all’art. 35 d.lgs. 274/2000, dell’adempimento da parte del terzo⁵⁴⁴, sia se, non dissimilmente da quanto affermato dalla Suprema Corte in materia di sospensione condizionale della pena, la possibilità di prescrivere il risarcimento dipenda dall’avvenuta costituzione della persona offesa quale parte civile, atteso che, «l’adempimento dell’obbligo delle restituzioni di beni conseguiti per effetto del reato, riguard[a] come il risarcimento, solo il danno civile e non anche il danno criminale»⁵⁴⁵. Entrambe le questioni, tuttavia, potrebbero trovare risposta negativa, stanti, da un lato, l’importanza dello sforzo personale dell’imputato di cui si è detto nel quadro della messa alla prova, e, dall’altro – come si è osservato – la profonda eterogeneità di tale istituto, in cui va dato rilievo all’interesse della persona offesa indipendentemente dalla costituzione di parte civile, rispetto alla sospensione condizionale della pena di cui all’art. 165 c.p.⁵⁴⁶.

Di contenuto più “sfumato”, invece, risultano le condotte riparatorie, stante la capacità di tale concetto, da non sovrapporre né con il risarcimento del danno, né con le restituzioni, di compendiare tutta una serie di «attività o impegni a favore della vittima o della comunità che costituiscono una sorta di “contrappasso” rispetto alla condotta illecita»⁵⁴⁷. Tali condotte, dunque, si prestano sia a consentire forme di reintegrazione anche morale del danno patito dalla vittima, laddove, ovviamente, questa vi consenta, sia a favorire il

⁵⁴³ Così: Cass., Sez. V, n. 4610 del 3 febbraio 2016, in *Giur. pen. web.*, 19 marzo 2016, con nota di G. BORDANZI, *Ingiustificato ritenere che la sospensione del procedimento con messa alla prova sia necessariamente subordinata all’integrale risarcimento del danno*.

⁵⁴⁴ Incline alla soluzione affermativa: L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 1755 ss.

⁵⁴⁵ Così: V. BOVE, *Messa alla prova per adulti: un punto sulla L. 67/2014*, cit. p. 7.

⁵⁴⁶ In tal senso, v.: G. L. FANULI, *L’istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, cit. p. 432.

⁵⁴⁷ Così: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2130.

ripristinato, per quanto possibile, dello *status quo ante* la commissione del reato. Ad esempio, si è ritenuto paradigmatico, a tal proposito, l'obbligo di demolizione del manufatto abusivo⁵⁴⁸, il quale, peraltro, è stato di recente espressamente valorizzato in giurisprudenza proprio quale misura ripristinatoria idonea – se attuata spontaneamente prima dell'irrogazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001 – ad essere considerata al fine dell'esito positivo della messa alla prova⁵⁴⁹. In tal caso, peraltro, come si è osservato, pur configurandosi in capo all'imputato un obbligo di risultato, può ritenersi che residuino margini di flessibilità circa le modalità di attuazione di tale punto del programma⁵⁵⁰.

Come si evince dal tenore dell'art. 464-*bis*, c.p.p., che menziona le prescrizioni comportamentali e gli impegni specifici, ad ogni modo, quel che conta è che le condotte riparatorie, gli obblighi risarcitori o le restituzioni siano definiti in modo puntuale nel programma di trattamento elaborato dall'u.e.p.e. e approvato, se del caso previa modifiche o integrazioni, dal giudice. Ciò, come si è osservato, è posto a fondamentale presidio tanto dell'effettività del vaglio giudiziale sull'idoneità del programma – presupposto fondamentale della messa alla prova – che sarebbe evidentemente precluso ove i contenuti del *probation* siano definiti solo a «grandi linee», quanto, soprattutto, dell'effettività e della consapevolezza del consenso che l'imputato è chiamato a prestare sul programma, che postula che questi conosca quali attività o impegni si vincola ad effettuare⁵⁵¹.

Ma, a ben vedere, l'apertura alla *restorative justice* effettuata mediante l'introduzione dell'istituto della messa alla prova emerge ancor più nitidamente dal riferimento, contenuto nell'art. 464-*bis*, co. 4, lett. c), c.p.p.,

⁵⁴⁸ A proposito, per tutti, v.: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 73.

⁵⁴⁹ Cfr. Cass., Sez. III, n. 39455 del 28 agosto 2017, in *Urb. e app.*, 2018, n. 2, p. 266 ss, con nota di A. SCARCELLA, *L'estinzione del reato per messa alla prova blocca la demolizione. (Reati edilizi)*. Nella massima ufficiale, infatti, si rileva che la Corte ha precisato «la preventiva e spontanea demolizione dell'opera abusiva - ovvero la sua riconduzione alla legalità attraverso il rilascio di un legittimo titolo abilitativo in sanatoria - rientra fra le condotte volte alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato che costituiscono il presupposto per il positivo superamento della messa alla prova».

⁵⁵⁰ A proposito, v.: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 73.

⁵⁵¹ Sul tema, per tutti, v.: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2130 ss.

alle «condotte volte a promuovere [...] la mediazione con la persona offesa» che vanno incluse nel programma di trattamento ove ciò risulti possibile.

Come è noto, infatti, nell'ambito della giustizia riparativa, in cui si colloca, stando ai *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, elaborati dalle Nazioni Unite, «qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito, generalmente con l'aiuto di un facilitatore», la mediazione tra autore e vittima del reato ha assunto rilievo "paradigmatico"⁵⁵². Quest'ultima, infatti, è la misura che, meglio di ogni altra, si attaglia all'ideale riparativo, dal momento che, stando alla definizione fornita dalla Raccomandazione 19 (99) del Consiglio d'Europa, la mediazione è quel «procedimento che permette alla vittima e al reo di partecipare attivamente, se vi consentono liberamente, alla soluzione delle difficoltà derivanti dal reato con l'aiuto di un terzo indipendente (mediatore)»⁵⁵³.

L'avvento di una inedita "finestra" per la mediazione penale nel rito ordinario, significativa della svolta culturale verso la *restorative justice* di cui si è detto⁵⁵⁴, è stata salutata con favore in dottrina, anche considerato che, sebbene il ricorso a simili strumenti venisse già da tempo auspicato da una

⁵⁵² Cfr. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* adottati dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002, § 1 (2). Si riporta, di seguito, il testo dell'articolo in lingua inglese: «"Restorative process" means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles». Sono molte, per vero, le definizioni di tale concetto elaborate nella normativa sovranazionale; sul tema, v. per tutti: C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSI, M.A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, 2003, p. 170 ss.

⁵⁵³ Cfr. § 1 dell'Appendice alla Raccomandazione n. 19 (1999) del Consiglio d'Europa sulla Mediazione in materia penale. La letteratura sul tema è vastissima. Per tutti, v.: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, cit., *passim*.

⁵⁵⁴ In tal senso, per tutti, v.: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit. p. 512; F. FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, cit. p. 63 ss.

folta schiera di atti sovranazionali⁵⁵⁵, l'ordinamento italiano le riconosceva solo alcuni "risicati" spazi nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace e nel rito a carico di imputati minorenni⁵⁵⁶.

Dal punto di vista "operativo", va segnalato che il legislatore sembra aver inteso incoraggiarne il ricorso nell'ambito della messa alla prova, rendendo obbligatorio, come si evince dall'art. 141-*ter*, co. 3 disp. att., il "sondaggio" sulla possibilità di svolgimento dell'attività di mediazione nel corso dell'indagine socio-familiare svolta dall'u.e.p.e. in vista dell'elaborazione del programma. Così, come si è osservato, sembra che la norma prescriva l'attivazione dei servizi sociali per promuovere il percorso mediativo sondando sia la disponibilità dell'imputato, sia, soprattutto, della persona offesa, svolgendo con essa, se del caso, il colloquio preliminare⁵⁵⁷. D'altro canto, v'è concordia nel ritenere che l'inciso «ove possibile» inserito nell'art. 464-*bis*, co. 4, lett. c), c.p.p., vada inteso nel senso che, tanto in fase di ammissione della messa alla prova, quanto in sede di valutazione del relativo esito, a rilevare siano la disponibilità mostrata dall'imputato e la serietà degli sforzi profusi verso la riconciliazione e la riparazione inter-soggettiva, e non l'effettivo risultato raggiunto. Cosicché, si è osservato, la vittima del reato – a cui è attribuita sicura centralità⁵⁵⁸ – si porrebbe quale «interlocutrice necessaria ma non vincolante» nell'ambito della messa alla prova, giacché al rifiuto di partecipare al percorso di riconciliazione od all'eventuale insoddisfazione da questa mostrata rispetto ai relativi risultati non si è attribuita,

⁵⁵⁵ Si considerino, tra le altre, le Raccomandazioni del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R(85)11 del 18 giugno 1985, R(87)21 del 17 novembre 1987, R(99)22 del 30 settembre 1999, R(99)19 del 30 settembre 1999; le Risoluzioni dell'Economic and social Council delle Nazioni Unite n. 1998/23 del 28 luglio 1998, n. 1999/26 del 28 luglio 1999 e n. 15/2002; la Dichiarazione di Vienna su criminalità organizzata e giustizia del 10-17 aprile 2000 con le annesse risoluzioni n. 55/99 del 4 dicembre 2000 e 56/261 del 31 gennaio 2002; la decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea 2001/220/GAI del 15 marzo 2001.

⁵⁵⁶ Si allude, rispettivamente, all'art. 20, co. 4 e 5, d.lgs. 274/200 ed alla "prassi" imperniata sugli artt. 9 e 28 D.P.R. 448/1988 e 27, co. 2, d.lgs. 272/1989. Sul tema, anche per corposi riferimenti bibliografici relativi agli istituti menzionati, v., *ex plur.*: L. PULITO, *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, cit. p. 92.

⁵⁵⁷ Così: C. CESARI, *sub art. 464-bis*, cit. p. 2130.

⁵⁵⁸ Sul ruolo della persona offesa, v. tra gli altri: G. L. FANULI, *Op. cit.*, p. 435 ss.

condivisibilmente, portata “ostativa” rispetto all’ammissione al rito o al riscontro sull’esito positivo del *probation*⁵⁵⁹.

Significativo, peraltro, è il fatto che si sia espressamente contemplata la possibilità che, per lo svolgimento della mediazione, ci si avvalga di appositi «centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio»⁵⁶⁰. Ciò che rileva, per vero, è che sia garantita la specializzazione del mediatore – che dunque potrebbe anche essere un membro dei servizi sociali stessi purché dotato di specifiche competenze – il quale va espressamente individuato nel programma di trattamento, al pari delle cadenze e delle modalità degli incontri, talché il «percorso» di riconciliazione sia «traccia[to] in termini dettagliati»⁵⁶¹. Si tratta, infatti, di dar rilievo, in sede di messa alla prova, a incontri, colloqui e “accordi” tenuti ed elaborati in sede extraprocessuale, così sollevandosi la vasta e delicata problematica delle garanzie da riconoscere tanto all’imputato, quanto alla persona offesa.

E, per vero, da questo punto di vista, in dottrina si sono messe in luce diverse criticità discendenti dalla scarna disciplina predisposta dal legislatore in materia di mediazione. Al di là del rilievo circa la scarsità delle risorse dei servizi sociali, della diffusione disomogenea dei centri specializzati sul territorio e dell’assenza di standard minimi di formazione professionale dei mediatori⁵⁶², sono due gli aspetti che sembrano destare le principali preoccupazioni. Da un lato, sul “versante” dell’imputato, va stigmatizzata l’assenza della previsione dell’inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in “sede” di mediazione, che pare collidere apertamente con l’ontologico carattere di riservatezza che tutte le principali fonti sovranazionali in materia imprimono alla procedura di mediazione. Infatti, preso atto che nel testo definitivo dell’art. 464-*septies*, co. 2, c.p.p. è venuta meno la previsione contenuta nel

⁵⁵⁹ V., per tutti: V. anche: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3469 ss. L’A., peraltro, rileva altresì che, da alcune previsioni – quale quella di cui all’art. 168-bis, co. 3, c.p. secondo cui il lavoro di pubblica utilità deve svolgersi secondo modalità tali da non pregiudicare le esigenze di lavoro (evidentemente retribuito) dell’imputato – si evince la *voluntas legis* di conciliare i contenuti riparatori del programma – su tutti la mediazione – con le altre prescrizioni previste.

⁵⁶⁰ Cfr. art. 141-*ter*, co. 3 disp. att.

⁵⁶¹ V., ancora: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2130-2132.

⁵⁶² A tal proposito, v.: L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 1755 ss.

testo approvato dalla Camera dei deputati in prima lettura, secondo cui «le informazioni acquisite ai fini e durante il procedimento di messa alla prova non sono utilizzabili», alcuni autori hanno rilevato la possibilità che simili dichiarazioni facciano ingresso nel processo penale in seguito all'esito negativo della messa alla prova, ovvero – può ritenersi – in altri procedimenti. A simile esito, peraltro espressamente escluso per il “procedimento” di conciliazione innanzi al giudice di pace dall'art. 29 del d.lgs. 274/2000⁵⁶³, potrebbe allo stato pervenirsi, secondo taluno, attraverso l'acquisizione *ex art.* 234 c.p.p. – alla stregua, dunque, di documenti – delle informazioni documentate mediante relazioni e verbali stilati dai funzionari dell'u.e.p.e. o dagli organismi di mediazione, costituendo atti formati in contesto extragiudiziario⁵⁶⁴, secondo altri, invece, in ossequio ai principi di oralità e del contraddittorio, «attraverso la testimonianza dei funzionari dell'UEPE o degli organismi pubblici della mediazione»⁵⁶⁵. Dal punto di vista della vittima, invece, spicca l'assenza di qualsivoglia previsione mirata a prevenire il rischio di c.d. vittimizzazione secondaria, di contro espressamente richieste, in ultimo, dall'art. 12 della Dir. 2012/29 UE sulla protezione della vittima del reato nel processo penale⁵⁶⁶. A tale pericolo, peraltro, la persona offesa è particolarmente esposta proprio nella procedura di mediazione, che postula l'“incontro” – in via diretta o anche solo indiretta – con l'autore del reato, dal quale, non a caso, la normativa sovranazionale richiede quantomeno un “riconoscimento” di massima dei fatti per i quali si procede⁵⁶⁷, così da evitare che la mediazione diventa la *sedes* per un confronto “traumatico” a tale proposito.

⁵⁶³ Secondo il quale, significativamente «in ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della decisione».

⁵⁶⁴ Cfr. R. PICCIRILLO (a cura di), *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 27.

⁵⁶⁵ In tal senso, G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 33.

⁵⁶⁶ A proposito, v., tra gli altri: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3470.

⁵⁶⁷ Cfr. la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. R(99)19, § 14 dell'Appendice.

Stante il silenzio del legislatore, dunque, il rispetto delle guarentigie essenziali degli individui coinvolti, nonché il successo stesso di questa nuova finestra aperta alla mediazione penale – verosimilmente compromesso ove si trasformasse in una sorta di “arma a doppio taglio” – sembra affidato, in definitiva, alla formazione di buone prassi e protocolli professionali “virtuosi”, nonché alla consapevolezza della necessità di elaborare una vera e propria “cultura” della mediazione, attraverso la sinergia tra tutti gli operatori coinvolti e, ovviamente, investimenti in termini di risorse – non solo economiche – in materia.

5. Gli effetti della messa alla prova

Descritti il campo di applicazione ed i contenuti della messa alla prova è ora bene passarne conclusivamente in rassegna gli effetti di tipo propriamente “sostanziale”. Sotto tale aspetto, il legislatore del 2014 sembra invero aver fatto tesoro alcune delle soluzioni adottate in sede minorile per il *probation* di cui agli artt. 28 e 29 D.P.R. n. 448 del 1988. Nondimeno, nonostante il marcato parallelismo tra le due discipline, non mancano, anche a proposito, alcuni tratti di originalità della messa alla prova “per adulti”, che possono ritenersi di significativo interesse.

Innanzitutto, il primo effetto di natura *lato sensu* sostanziale correlato all’istituto della messa alla prova si registra già al momento dell’adozione del provvedimento giudiziale con la quale è disposta la sospensione del processo al fine di consentire lo svolgimento del *probation*. In particolare, in perfetta analogia con quanto previsto – opportunamente secondo la dottrina⁵⁶⁸ – dall’art. 28, co. 2, D.P.R. n. 448 del 1988, l’art. 168-ter, co. 1, c.p. prevede che durante il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato “adulto” il corso della sospensione resti sospeso. Si è così correttamente inteso scongiurare il rischio di richieste di accesso al nuovo rito meramente strumentali, ossia “cnicamente” volte ad innescare una stasi processuale con l’unica finalità di lucrare la prescrizione del reato. Nondimeno, in dottrina si è posta in luce la parziale problematicità della

⁵⁶⁸ Sul punto, v.: M. CHIAVARIO, voce *Sospensione del processo*, cit. p. 7. Ss.

scelta legislativa di far decorrere il periodo di sospensione della prescrizione dal momento della sospensione del processo, che, secondo il chiaro disposto dell'art. 464-*quater* c.p.p., prende avvio solo dal momento in cui il giudice, con apposita ordinanza, ammette l'imputato al rito *de qua*⁵⁶⁹. Tale opzione, per vero, pare non considerare l'eventualità – come si vedrà, tutt'altro che rara – che non sia possibile decidere sull'ammissione contestualmente alla presentazione dell'istanza di accesso alla messa alla prova, come avviene, ad esempio, nell'ipotesi in cui si debba attendere l'elaborazione del programma di trattamento da parte dell'u.e.p.e. Secondo diversi autori, tuttavia, simili preoccupazioni ben potrebbero superarsi ritenendo, in ogni caso, che in siffatte ipotesi si dia luogo ad una fattispecie di sospensione del processo su richiesta dell'imputato o del suo difensore, talché la sospensione del corso della prescrizione sarebbe comunque prevista *ex art.* 159, co. 1, n. 3), c.p.⁵⁷⁰. Merita segnalare, infine, che a differenza del citato art. 28, co. 2, D.P.R. n. 448 del 1988, l'art. 168-*ter*, co. 1, c.p. sancisce espressamente l'inapplicabilità delle disposizioni di cui all'art. 161, co. 1, c.p. per cui la sospensione della prescrizione opera solo nei confronti del soggetto “messo alla prova” e non nei confronti di eventuali coimputati⁵⁷¹.

Ma, come si è avuto modo di anticipare, il principale effetto sostanziale della messa alla prova si registra, analogamente a quanto previsto in sede minorile dall'art. 29, co. 2, D.P.R. n. 448 del 1988, in caso “successo” del *probation*. Ai sensi dell'art. 168-*ter*, co. 2, c.p., infatti, l'esito positivo della prova estingue il reato. Come si è osservato, è proprio tale effetto, per vero, che costituisce l'«incentivo» che induce l'imputato a rinunciare alle garanzie del processo ordinario e, ad un tempo, il controvalore che lo Stato si dichiara disposto a pagare per evitarne i costi⁵⁷². Ne discende, d'altro canto, la qualificazione dell'istituto, a detta dei più, quale causa di estinzione del reato, confermata dalla relativa collocazione sistematica nel Titolo del codice penale

⁵⁶⁹ Cfr.: G. ZACCARO, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, cit.

⁵⁷⁰ In tal senso, tra gli altri, G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, cit. p. 438.

⁵⁷¹ *Ibid.* p. 437.

⁵⁷² Così: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, cit. p. 676.

a ciò dedicato. A proposito, giova solo precisare che, come previsto dalla citata norma, simile effetto sostanziale è subordinato all'esito positivo della prova. Come si vedrà, esso dipende da una delicata valutazione giudiziale, susseguente, peraltro, all'ammissione ed allo svolgimento da parte dell'imputato dell'articolata serie di condotte prescritte dal programma trattamentale⁵⁷³. L'effetto estintivo di cui si è detto, dunque, opera in maniera tutt'altro che automatica, postulando, piuttosto, un vero e proprio «esperimento comportamentale, scandito da valutazioni a forte contenuto discrezionale [...] e “osservato” dal giudice attraverso organi a ciò deputati», diversamente, ad esempio, da quanto avviene nell'ambito del patteggiamento ai sensi dell'art. 445, co.2, c.p.p.⁵⁷⁴.

È interessante notare che, diversamente da quanto fatto in sede minorile⁵⁷⁵, il legislatore si è espresso circa la sorte delle sanzioni amministrative accessorie allorché si realizzi il descritto effetto di estinzione del reato. In tal caso, infatti, stando all'art. 168-ter, co. 2, c.p., non è pregiudicata l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge. La sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato in seguito all'esito positivo del *probation*, dunque, non è ostativa all'applicazione di simili sanzioni, quali, ad esempio, la sospensione della patente di guida o l'ordine di demolizione dei manufatti abusivi⁵⁷⁶. Va segnalato, peraltro, che il tenore della citata norma non chiarisce quale autorità abbia il potere-dovere di irrogare le sanzioni amministrative accessorie, in presenza dei relativi presupposti. Ebbene, sin dalle prime pronunce in materia in seguito all'introduzione della l. n. 67 del 2014, la Corte di cassazione è decisamente orientata nel senso di escludere la possibilità che il giudice che dichiari l'estinzione del reato *ex art. 168-ter*, co. 2, c.p. applichi contestualmente e “direttamente” la sanzione amministrativa accessoria, dovendosi piuttosto disporre la trasmissione degli atti all'autorità

⁵⁷³ A proposito, v.: *infra*, Cap. III, par. 4.

⁵⁷⁴ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 430.

⁵⁷⁵ Laddove, invero, l'incidenza applicativa delle sanzioni amministrative accessorie è oltremodo contenuta.

⁵⁷⁶ Sul punto, tra gli altri, v.: G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 37.

amministrativa competente. In particolare, la Corte ha raggiunto tale approdo dapprima rispetto alla sanzione della sospensione della patente di guida⁵⁷⁷, dal momento che, in sintesi, da un lato l'art. 224, co. 3, C.d.s. prevede che, ove il reato si estingue per cause diverse dalla morte del reo, l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie spetti, previa verifica dei presupposti di legge, al Prefetto, e, dall'altro, l'istituto della messa alla prova non può assimilarsi – nonostante qualche affinità contenutistica – a quello del lavoro di pubblica utilità di cui agli artt. 186, co. 9-*bis* e 187 co. 8-*bis* C.d.s., in quanto il primo «prescinde dall'accertamento di una penale responsabilità ed ha come finalità quella di pervenire ad una composizione preventiva e pregiudiziale del conflitto penale»⁵⁷⁸. Ne discende, secondo la Suprema corte, che in ipotesi di estinzione del reato in seguito alla messa alla prova, non è applicabile la speciale disciplina prevista dal C.d.s., che lascia al giudice penale, in deroga al predetto art. 224, la competenza ad applicare la sanzione amministrativa accessoria *de qua*⁵⁷⁹. Ad analoghe conclusioni, inoltre, la Corte è più di recente pervenuta rispetto all'ordine di demolizione dell'opera edilizia abusiva previsto dall'art. 31, comma 9, D.P.R. n. 380 del 2001, il quale – analogamente a quanto poc'anzi detto rispetto alla sospensione della patente di guida – presuppone l'accertamento della penale responsabilità dell'imputato per il fatto addebitatogli, talché ove il reato sia estinto *ex art. 168-ter*, co. 2, c.p. l'applicazione di tale sanzione

⁵⁷⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, n. 40069 del 17 settembre 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264819; in seguito, nello stesso senso: Cass., Sez. IV, n. 29639 del 23 giugno 2016, in *Quest. giust. (web)*, 27 luglio 2016, con nota di F. PICCICHÈ, *Messa alla prova e sanzioni amministrative accessorie*.

⁵⁷⁸ Così: Cass., Sez. IV, n. 29639 del 23 giugno 2016, cit.

⁵⁷⁹ V.: Cass., Sez. IV, n. 40069 del 17 settembre 2015, cit. È interessante notare, peraltro, che la Corte ha modo di rilevare che «Qualche perplessità desta la circostanza che, a fronte di un accertamento di penale responsabilità gli artt. 186 co.9-*bis* C.d.s. e 187 co.8-*bis* C.d.s. prevedano espressamente una riduzione della metà della sanzione amministrativa, mentre analoga riduzione non è stata prevista nel caso di estinzione del reato *ex art. 168-bis* cod. pen. laddove manca l'accertamento di responsabilità. Ciò appare, tuttavia, frutto di una legittima scelta del legislatore che, come si è premurato di scrivere l'art. 168-ter del codice penale per precisare che l'estinzione del reato non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge, ben avrebbe potuto prevederne anche una riduzione. E se non l'ha fatto, evidentemente, è perché ha considerato l'assorbente vantaggio, per chi richiede la messa alla prova, pur a sanzione amministrativa accessoria inalterata, di poter pervenire all'estinzione del reato senza alcun accertamento di penale responsabilità a suo carico» (cfr. p. 6).

amministrativa accessoria non spetta al giudice ma all'autorità amministrativa competente⁵⁸⁰.

5.1. Probation e confisca: brevi riflessioni nel silenzio del legislatore

Va notato, infine, che art. 168-ter, co. 2, c.p. nulla dispone circa la confisca. V'è da chiedersi, dunque, se tale silenzio sia significativo della volontà di precludere l'applicazione di tale misura contestualmente o in seguito alla dichiarazione di estinzione del reato per esito positivo della prova. Tuttavia, il tema della confisca, come è noto, solleva problematiche di portata e rilievo tale non poter essere debitamente approfondite nell'ambito del presente lavoro. Premesso che anche la giurisprudenza è oramai da tempo consapevole, data la "poliedricità" e le sfaccettature delle numerose forme di confisca presenti nell'ordinamento, dell'impossibilità di pervenire a conclusioni sistematiche unitarie a proposito, in questa sede ci si limiterà a fissare quelli che sembrano essere alcuni punti fermi e, soprattutto, a fornire alcune considerazioni valevoli, al più, quali spunti di riflessione, limitando l'analisi ad alcune "ipotesi" specifiche di confisca.

Innanzitutto, pare agevole poter affermare che, in assenza di una disposizione *ad hoc*, sia senz'altro esclusa l'adozione del provvedimento ablatorio allorché la confisca assuma connotati propriamente sanzionatori, come oramai pacificamente si ritiene in ipotesi di confisca per equivalente⁵⁸¹. Di contro, non sembra che l'estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova osti alla confisca nelle ipotesi – per vero sempre più rare – in cui questa conserva natura di sanzione amministrativa accessoria, la cui

⁵⁸⁰ Cfr. Cass., Sez. III, n. 39455 del 28 agosto 2017, in *Urb. e app.*, 2018, n. 2, p. 266 ss., con nota di A. SCARCELLA, *L'estinzione del reato per messa alla prova blocca la demolizione. (Reati edilizi)*.

⁵⁸¹ Trattasi anch'esso, in realtà, dell'esito di un complesso "cammino" interpretativo, sul quale è bene tuttavia non soffermarsi. A proposito, in ultimo, v.: Cass., Sez. Un., n. 31617 del 26 giugno 2015, *Lucci*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 31 ss., con nota di R. G. GRASSIA, *Confisca e causa estintiva del reato: la misura sopravvive alla prescrizione solo se diretta e preceduta da sentenza di condanna*, ed in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, p. 1362 ss., con nota di F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, secondo cui, tra l'altro, «Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, non può disporre, atteso il suo carattere afflittivo e sanzionatorio, la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto».

applicazione da parte della autorità amministrativa competente, è, come visto poc'anzi, fatta salva dallo stesso art. 168-ter, co. 2, c.p.⁵⁸²

Il vero “nodo” interpretativo nella materia che ci occupa, attiene dunque alle fattispecie di confisca configurate alla stregua di misura di sicurezza. Tralasciando le svariate ipotesi di confisca di tal fatta collocate nelle normative di settore – il più delle volte “collegate” a reati che esulano, per questioni edittali, dal campo di applicazione della messa alla prova – è bene concentrarsi sull'ipotesi “codicistica” di confisca di cui all'art. 240 c.p.

V'è da chiedersi, in particolare, se ed in che estensione tale misura di sicurezza patrimoniale “generale” sia applicabile pur in presenza di una sentenza di proscioglimento per avvenuta estinzione del reato pronunciata ai sensi degli artt. 168-ter c.p. e 464-septies c.p.p.

Agevole, in primo luogo, escludere che ciò possa avvenire in relazione all'ipotesi di confisca “facoltativa” di cui all'art. 240, co. 1, c.p. applicabile espressamente solo «nel caso di condanna». Ancora, sembra doversi ritenere senz'altro doverosa, come rilevato da uno dei primi commentatori della novella del 2014⁵⁸³, la confisca delle c.d. *res* intrinsecamente criminose prevista dall'art. 240, co. 2, n. 2) c.p. Ciò, invero, tanto poiché siffatta ipotesi di confisca è imperniata su mere caratteristiche oggettive del bene, quanto, soprattutto, poiché la citata norma la prevede *expressis verbis* «anche se non è stata pronunciata sentenza di condanna».

Diversamente, meno semplice è raggiungere una conclusione sicura rispetto alle altre ipotesi di confisca “obbligatoria” di cui all'art. 240, co. 2, c.p., secondo il quale «è sempre ordinata la confisca» del prezzo del reato (n. 1) e dei beni e degli strumenti informatici o telematici utilizzati, nonché dei beni

⁵⁸² L'eventuale qualificazione della confisca come sanzione amministrativa, come è noto, deve infatti fare i conti con l'elaborazione giurisprudenziale della Corte e.d.u., secondo la quale, in estrema sintesi, tali misure, indipendentemente dal *nomen iuris*, soggiacciono ai limiti ed alle garanzie tipici della *matière pénale* laddove, sulla base dei criteri *Engel* – specificati in materia di confisca nella sentenza *Welch* – abbiano natura sostanzialmente penale; da ultimo, a proposito, v.: Corte e.d.u., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, in *Cass. pen.*, 2014, 1392 ss., con nota di A. BALSAMO, *La Corte europea e la “confisca senza condanna” per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 1396 ss. Tra i molti, v. anche: F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013.

⁵⁸³ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 438.

che costituiscono il profitto o il prodotto, in relazione ai reati elencati nel numero 1-*bis*) della citata norma⁵⁸⁴, molti dei quali suscettibili di messa alla prova giacché puniti con la reclusione non superiore nel massimo a quattro anni.

È noto, infatti, che stando all'art. 236, co. 2 c.p., non si applica alla confisca la disposizione di cui all'art. 210 c.p., non risultando dunque ostativa alla misura ablatoria *de qua* l'estinzione del reato⁵⁸⁵. Secondo alcune non recenti pronunce delle Sezioni Unite, tuttavia, nonostante dall'impostazione codicistica emerga la compatibilità tra confisca e provvedimento che rilevi l'estinzione del reato, il combinato disposto delle due norme citate non fa venir meno l'esigenza che l'applicazione di tale misura di sicurezza "senza condanna" sia prescritta da apposita norma⁵⁸⁶, dovendosi ritenere, d'altro canto, che l'inciso «è sempre ordinata la confisca» di cui all'art. 240, co. 2, c.p. si limiti a differenziare le ipotesi ivi previste da quelle di confisca "facoltativa", sottraendo al giudice il potere discrezionale invece attribuitogli dal co. 1,⁵⁸⁷. Nondimeno, traendo linfa anche da alcune importanti affermazioni della Corte costituzionale, dapprima circa la possibilità che la sentenza di proscioglimento rechi il sostanziale riconoscimento della responsabilità penale dell'imputato⁵⁸⁸, poi – interpretando il portato della giurisprudenza della Corte e.d.u. in materia – circa il fatto che la confisca possa trovare fondamento nella condanna intesa in senso "solo" "sostanziale" e possa dunque prescindere da un provvedimento anche formalmente condannatorio⁵⁸⁹, il dibattito sulla confisca in ipotesi di estinzione del reato è

⁵⁸⁴ Trattasi, in particolare, dei reati di cui agli articoli 615-*ter*, 615-*quater*, 615-*quinqies*, 617-*bis*, 617-*ter*, 617-*quater*, 617-*quinqies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 655-*quinqies*, 640-*ter* e 640-*quinqies* c.p.

⁵⁸⁵ Sul punto, tra i molti, v.: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit. p. 792.

⁵⁸⁶ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. Un., n. 5 del 25 marzo 1993, *Carlea*, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 575 ss.

⁵⁸⁷ V.: Cass., Sez. Un., n. 38834 del 10 luglio 2008, *De Maio*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1392 ss., con nota di P. IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni Unite*.

⁵⁸⁸ Cfr. Corte Cost., 4 aprile 2008, n. 85, in *Giur. cost.*, 2008, II, 1032 ss.

⁵⁸⁹ V. Corte cost., 31 marzo – 4 aprile 2015, n. 49, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2200 ss. Va segnalato, peraltro, che il tema della confisca senza condanna è stato in seguito oggetto di ordinanza di rimessione alla Grande Camera della Corte e.d.u., che, allo stato, non si è ancora pronunciata. Sul punto, v.: G. CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza*

sempre rimasto acceso. Sebbene la casistica interessi principalmente le ipotesi di proscioglimento per intervenuta prescrizione⁵⁹⁰, non sono mancati casi in cui si è disposta la confisca persino in seno al provvedimento di archiviazione per morte del reo⁵⁹¹.

Così, le Sezioni Unite, di recente chiamate a pronunciarsi nuovamente su alcuni nodi irrisolti della questione, hanno avuto modo di chiarire che, anche alla luce dei principi costituzionali e dell'interpretazione della CEDU fornita – in ultimo – nella nota sentenza Varvara, la confisca-misura di sicurezza può sì essere disposta in seno ad un provvedimento che sia anodino in punto di accertamento della responsabilità dell'imputato – come la sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato pronunciata in appello – anche fuori dal caso di cui all'art. 240, co. 2, n. 2), c.p. Perché ciò sia possibile, tuttavia, è indispensabile che, almeno nei precedenti gradi di giudizio, sia stato adottato un provvedimento di condanna “formale” rimasto poi incontrovertito, dal quale risultino accertate, secondo tutti i canoni del giusto processo, oltre alla responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli, anche la “riferibilità” della *res ablata* – che ne rappresenti il prezzo o il profitto – a quest'ultimo⁵⁹².

L'ultimo approdo di tale complesso percorso – solo sinteticamente ricostruito – depone dunque decisamente nel senso di escludere la possibilità di applicare la confisca, salvo che riguardi le cose intrinsecamente criminose di cui all'art. 240, co. 2, n. 2), c.p., in caso di estinzione del reato per esito positivo della messa alla prova. In tale ipotesi, infatti, manca qualsivoglia provvedimento di condanna formale, potendosi altresì senz'altro dubitare dell'effettivo grado di accertamento della responsabilità dell'imputato, atteso

“Varvara”?, in *Arch. Pen.*, 2015, 2, 1-10; *id.*, *Confisca in presenza di declaratoria di prescrizione per il reato di lottizzazione abusiva: sulla questione si pronuncerà la Grande Camera della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2015.

⁵⁹⁰ V., tra le altre: Cass., Sez. II, n. 3227325 maggio 2010, in *C.E.D. Cass. n.* 248409. Cfr. anche i richiami giurisprudenziali in Cass., Sez. Un., n. 31617 del 26 giugno 2015, *Lucci*, cit.

⁵⁹¹ Cfr. Cass., Sez. I, n. 5262 del 25 settembre 2000, in *Cass. pen.*, 2002, 1701 ss., con nota di G. MELILLO, *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mal sopiti contrasti giurisprudenziali*.

⁵⁹² In tal senso: Cass., Sez. Un., n. 31617 del 26 giugno 2015, *Lucci*, cit.

che la valutazione del giudice deve limitarsi all'esclusione delle ragioni di proscioglimento immediato *ex art. 129 c.p.p.*

Nondimeno, in una prospettiva “realistica”, non può escludersi che si tenti di pervenire, forzando il dato normativo, all'applicazione della confisca anche in siffatta ipotesi, pur di far fronte ad alcuni scenari che, nel silenzio del legislatore, sembrano non del tutto rassicuranti in chiave di “politica criminale”. Si consideri che, in caso di esito positivo della messa alla prova, dovrebbe disporsi il dissequestro, ad esempio, dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva o, viepiù, dei proventi della cessione di sostanze stupefacenti *ex art 73, co. 5, D.P.R. n. 309 del 1990*⁵⁹³. E, a ben vedere, la giurisprudenza si è già dimostrata incline a ridimensionare il portato dell'ultima pronuncia delle Sezioni Unite di cui si è detto. Pur a fronte di una condanna pronunciata in primo grado sull'erroneo presupposto che non fosse già decorso il termine di prescrizione del reato, rilevato tardivamente solo in secondo grado, la Cassazione ha recentemente ritenuto corretta la decisione della Corte di appello che non ha disposto la caducazione della confisca, precisando in motivazione che tale situazione non è equiparabile a quella della revoca obbligatoria delle statuizioni civili⁵⁹⁴. Ciò, in particolare, poiché neppure dal recente *dictum* delle Sezioni Unite potrebbe trarsi la conclusione «secondo cui, in definitiva, il giudice di primo grado che incroci l'avvenuto decorso del termine prescrizionale del reato non potrebbe mai pervenire alla confisca, anche quando abbia comunque acclarato [...] nella pienezza dell'accertamento principale in contraddittorio, la sussistenza del reato e la responsabilità del suo autore»⁵⁹⁵. D'altronde, posto il difficile adattamento del riferimento alla pienezza dell'accertamento “sostanziale” nel campo della messa alla prova, una conferma della compatibilità tra confisca e giudizio

⁵⁹³ Si badi, peraltro, che la confisca del profitto del reato, che verrebbe in rilievo nell'ipotesi evocata, è prevista solo in via facoltativa nei casi di condanna dall'art. 240, co. 1, c.p., non essendo invece contemplata dall'art. 240, co. 2, c.p. se non in relazione ai reati di cui al co. 2, n. 1-*bis*).

⁵⁹⁴ In tal senso, in relazione alla confisca disposta, in materia di contrabbando, ai sensi dell'art. 301, D.P.R. 43/1973: Cass., Sez. III, n. 34537 del 21 aprile 2017, in *Diritto & Giustizia*, 2017, fasc. 124, p. 29 ss., con nota di A. DE FRANCESCO, *La confisca va disposta anche in caso di prescrizione maturata anteriormente alla sentenza di primo grado*,

⁵⁹⁵ Così: Cass., Sez. III, n. 34537 del 21 aprile 2017, cit.

condotto *ex art.* 129 c.p.p. è ravvisabile nella disciplina del “patteggiamento”, laddove l’art. 445, co. 2 c.p.p. prevede espressamente che si applichi l’art. 240 c.p., o, del pari, nelle numerose disposizioni che prevedono che si applichi la confisca del profitto o del prodotto del reato anche in caso di condanna *ex art.* 444 c.p.p. In tali ipotesi, sorge, secondo la giurisprudenza, un onere motivazionale rafforzato circa la sussistenza dei presupposti della confisca⁵⁹⁶, che, per vero, potrebbe ritenersi assecondabile anche dal giudice “della” messa alla prova – allorché non abbia accesso al fascicolo del p.m. – sulla base, ad esempio, del verbale di sequestro o di arresto in flagranza⁵⁹⁷. Viepiù, l’applicazione dell’art. 240, co. 2, c.p. è prevista espressamente persino nell’ipotesi di estinzione del reato per condotte riparatorie svolte in seguito alla sospensione del processo ai sensi del recentissimo art. 162-ter, co. 2, c.p., nel quale, peraltro, non vi è menzione alcuna circa qualsivoglia accertamento del fatto per cui si procede, neppure nella forma “contratta” di cui all’art. 129 c.p.p.

Senonché, a parere di chi scrive, simili “fughe” in avanti si risolverebbero in un grave *vulnus* al principio di legalità, che, come è noto, presidia anche la materia delle misure di sicurezza. L’espresso richiamo dell’art. 240 c.p. contenuto nella disciplina di istituti che prescindono dalla vera e propria sentenza di condanna⁵⁹⁸, deve infatti ritenersi, come visto, presupposto indefettibile dell’applicabilità di tale misura di sicurezza, salvo ovviamente il limitato caso dell’art. 240, co. 2, n. 2), c.p., stando al quale la confisca opera espressamente anche “senza condanna”. Così come, per contro,

⁵⁹⁶ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. II, n. 6618 del 21 gennaio 2014, in *C.E.D. Cass.* n. 258275, secondo cui «In tema di patteggiamento, l'estensione dell'applicabilità della confisca, per effetto della L. n. 134 del 2003, a tutte le ipotesi previste dall'art. 240 cod. pen., e non più solo a quelle previste come ipotesi di confisca obbligatoria, impone al giudice di motivare le ragioni per cui ritiene di dover disporre la confisca di specifici beni sottoposti a sequestro, ovvero, in subordine, quelle per cui non ritiene attendibili le giustificazioni eventualmente addotte in ordine alla provenienza del denaro o dei beni confisca».

⁵⁹⁷ Trattasi, infatti, come è noto, di atti irripetibili che, in quanto tali, sono inseriti nel fascicolo del dibattimento formato dal pubblico ministero.

⁵⁹⁸ Peraltro, legittimamente si dubita che il mero richiamo all’art. 240, co. 2, c.p. consenta *sic et simpliciter* l’applicazione della confisca senza condanna in casi diversi da quelli di cui al co. 2, n. 2); in tal senso, in relazione alla fattispecie di cui all’art. art. 162-ter, co. 2, c.p., v.: F. CAPOROTUNDO, *Estinzione del reato per condotte riparatorie e “confisca senza condanna”: problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza*, In *Giur. pen. web.*, 2018, n. 3, cit. p. 18 ss.

il silenzio del legislatore sul punto – specie in materia di messa alla prova – non può che essere significativo della scelta di confinare la confisca alle sole *res* intrinsecamente criminose prevista dalla disposizione testé citata. Si consideri, del resto, che, in tempi successivi all'avvento della messa alla prova *ex lege* n. 67 del 2014, proprio per il – citato – caso dell'art. 73, co. 5, D.P.R. n. 309 del 1990, si è di recente resa obbligatoria la confisca del profitto e del prodotto del reato anche in caso di patteggiamento mediante l'interpolazione del co. 7-*bis* di tale norma⁵⁹⁹. Se, dunque, il legislatore avesse davvero avvertito l'esigenza sopravvenuta di precludere – in via facoltativa o obbligatoria – la restituzione del profitto al – presunto – “spacciatore” in caso di esito positivo della messa alla prova ben avrebbe potuto – e dovuto – cogliere tale occasione per introdurre una disposizione *ad hoc*, ovvero per equiparare, sotto questo profilo, il provvedimento *ex artt.* artt. 168-*ter* c.p. e 464-*septies* c.p.p. alla sentenza *ex art.* art. 444 c.p.p. E, invero, ad analoga conclusione non può che pervenirsi, più in generale, rispetto ad ogni *res* diversa da quelle intrinsecamente criminose di cui all'art. 240, co. 2, n. 2), c.p., sia essa profitto, prodotto, prezzo del reato o sia inclusa tra i beni di cui all'art. 240, co. 2, n. 1-*bis*), c.p. Ogni interpretazione in senso contrario, benché mossa da intenti almeno in parte astrattamente condivisibili, dovrebbe pertanto ritenersi preclusa, in quanto *contra legem* e avente evidenti effetti in *malam partem*.

⁵⁹⁹ Secondo tale comma, in particolare, «Nel caso di condanna o di applicazione di pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, è ordinata la confisca delle cose che ne sono il profitto o il prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, fatta eccezione per il delitto di cui al comma 5, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto». Tale comma è stato aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.

Capitolo III

LA DISCIPLINA PROCESSUALE DEL *PROBATION*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L’attivazione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato. – 2.1. La richiesta dell’imputato tra processo e indagini preliminari. – 2.1.1 Il contenuto della richiesta e l’allegazione del programma di trattamento. – 2.2. Il vaglio giurisdizionale sulla richiesta. – 2.3. I provvedimenti “decisori” del giudice – 2.4. Il sistema delle impugnazioni. – 3. Lo svolgimento della “prova”. – 3.1. Vicende “anomale” del *probation*: la modifica del programma e la revoca dell’ordinanza di sospensione. – 4. La valutazione dell’esito del *probation*.

1. Premessa

Completata la disamina dei tratti dell’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato riconducibili alla “matrice” sostanziale dell’istituto, è ora bene cimentarsi nella trattazione della disciplina più marcatamente processuale del *probation*, collocata opportunamente nel codice di rito.

A quest’ultima, più in particolare, è dedicato l’intero titolo V-*bis* del libro VI del codice di procedura penale⁶⁰⁰, composto dagli artt. da 464-*bis* a 464-*novies* ed introdotto *ex novo* dalla l. n. 67 del 2014. Ebbene, già da una sommaria disamina della disciplina, è agevole riscontrare che, nel contesto della novella testé citata, l’intervento in sede processuale è stato il più massiccio. Peraltro, anche allargando fugacemente lo sguardo ai limitrofi istituti contenuti del libro VI – consacrato, come è noto, ai procedimenti speciali – non si rinviene, neppure negli istituti del comune “ceppo” premiale, una disciplina tanto articolata e di pari grado di dettaglio. Si ricorderà, d’altro canto, che proprio enfatizzando la corposa disciplina processuale la Corte costituzionale ha avuto modo di mettere in luce la «prevalente» natura

⁶⁰⁰ Al medesimo istituto, come si vedrà, è altresì vocato il Capo X-*bis* del D.l.vo. 28 luglio 1989, n. 271 (disp. att. c.p.p.).

processuale del *probation*, a fronte della quale i tratti sostanziali, pur nitidi, dovrebbero ritenersi recessivi⁶⁰¹.

Ciò sembra significativo della cautela serbata dal legislatore nel disegnare un istituto che, già nel corso della lunga stagione dei lavori parlamentari che ne hanno preceduto l'introduzione, si preannunciava foriero, ad un tempo, di invitanti benefici – su tutti, sul piano della deflazione – ma anche di svariati rischi ed incognite – tanto sul fronte delle garanzie dell'imputato, quanto del possibile aumento della percezione di impunità tra i consociati. Non sorprende, dunque, che il citato titolo V-*bis* del codice di rito descriva uno “strumento” piuttosto complesso, a tratti – forse – persino macchinoso, figlio del tentativo di trovare un fragile equilibrio tra risparmio di risorse processuali e garanzie delle “parti” lungo i vari snodi che segnano l'articolato iter del *probation*, dalla sua attivazione, passando per lo svolgimento della prova, sino alla valutazione dei relativi esiti.

Non mancano, tuttavia, diverse incongruenze e ambiguità o aspetti del tutto trascurati dal legislatore, con i quali si sono da subito dovuti confrontare gli interpreti, il cui costante e fervido lavoro ha consentito, nell'immediato, il superamento di alcuni ostacoli che parevano opporsi seriamente al successo applicativo dell'istituto ed ha messo in luce i “nodi” che, nel prossimo avvenire, andranno risolti.

2. L'attivazione della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato

Un primo punto fermo nella disciplina predisposta dal legislatore, prendendo le mosse dalla “fase” di attivazione del *probation*, si rinviene nella centralità attribuita alla figura dell'imputato ed al relativo contegno processuale. Invero, diversamente da quanto visto per la messa alla prova nel rito minorile *ex art. 28*, D.P.R. n. 448 del 1988⁶⁰², l'istituto scolpito dalla novella del 2014 risulta saldamente ancorato al consenso dell'imputato.

⁶⁰¹ V.: Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1482 ss.; per considerazioni più diffuse sul tema, si rimanda a: *retro*, Cap. I, par. 4.1.3.

⁶⁰² Laddove il consenso dell'imputato è ricondotto tra i presupposti dell'istituto solamente in via interpretativa, peraltro non senza oscillazioni ed incertezze; sul tema, v. più diffusamente: *retro*, Cap. I, par. 3.1.

Viepiù, come si evince dall'art. 464-*bis*, co. 1 e 2, c.p.p., l'attivazione della messa alla prova postula non già un "mero" assenso rispetto all'iniziativa di altri soggetti processuali, bensì un vero e proprio impulso proveniente dall'imputato stesso.

Secondo le disposizioni da ultimo citate, infatti, in presenza dei presupposti già oggetto di analisi⁶⁰³, all'imputato è attribuita in via esclusiva la facoltà di formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

È significativo notare, rimandando al prosieguo più approfondite considerazioni a proposito⁶⁰⁴, che a fronte della richiesta avanzata in fase processuale, il giudice, ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., deve limitarsi a «sentire» le altre parti, attribuendosi a queste ultime – ed in particolare al pubblico ministero – la possibilità di esprimere un mero parere sulla legittimità e sulla congruità della richiesta dell'imputato, la cui portata è configurata, secondo unanime dottrina⁶⁰⁵, come non vincolante rispetto all'avvio del *probation*.

Se, come visto, la messa alla prova può annoverarsi a pieno titolo nel *genus* dei "riti alternativi"⁶⁰⁶ di matrice premiale, è bene dunque subito chiarirne l'"indole" consensuale, necessitando apposita richiesta proveniente dall'imputato. Al contempo, tuttavia, è opportuno precisarne la tendenziale estraneità all'area dei riti negoziali in senso stretto, non postulando, di norma, l'attivazione del procedimento il perfezionamento di un accordo con il pubblico ministero, il cui eventuale dissenso al *probation* in fase processuale non assume rilievo ostativo, a differenza, ad esempio, di quanto si registra in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex artt.* 444 ss. c.p.p. Un netto recupero della componente negoziale si registra, però, allorché la

⁶⁰³ Descritti dalla disciplina "sostanziale" di cui agli artt. 168-*bis* ss. c.p. sui quali ci si è già soffermati; v. *retro*, Cap. II, parr. 2 ss.

⁶⁰⁴ Sul vaglio giurisdizionale sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, v. *infra* par. 2.2.

⁶⁰⁵ In tal senso, *ex plur.*, v.: G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, pp. 427 e 435; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, p. 679.

⁶⁰⁶ Oltre alle considerazioni già svolte, si rammenta, ancora: Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015. A proposito, v. *retro*, Cap. I, par. 4.1.3.

richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova sia avanzata nel corso delle indagini preliminari. Eventualità, quest'ultima, contemplata dall'art. 464-ter c.p.p., il quale, come si vedrà a breve, con l'evidente fine di salvaguardare le prerogative costituzionali di cui all'art. 112 Cost., subordina al consenso del pubblico ministero la fissazione stessa dell'udienza dedicata al vaglio giurisdizionale sulla richiesta formulata dall'indagato⁶⁰⁷.

Che, dunque, si manifesti quale primo elemento di una fattispecie negoziale a formazione progressiva nel corso delle indagini preliminari, ovvero sotto forma di richiesta unilaterale rivolta al giudice in fase processuale, è il consenso dell'imputato il vero e proprio "pilastro" dell'istituto.

D'altronde, sebbene secondo svariate sfaccettature, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, si è concordi nel ravvisare proprio nella base consensuale il baricentro su cui si fonda il precario equilibrio costituzionale della messa alla prova.

Difatti, riducendo ai minimi termini l'istituto, che si sostanzia nell'applicazione di un trattamento afflittivo all'imputato in una fase anticipata del processo in assenza di un accertamento pieno della responsabilità per il fatto attribuitogli, condotto peraltro sulla base di atti normalmente non formati in contraddittorio, è possibile coglierne diversi profili di attrito con la Carta fondamentale. Come rilevato da più parti, invero, dalla disciplina della messa alla prova potrebbero sorgere *vulnera* ai principi consacrati, tra gli altri, dagli artt. 3, 13, 24, 27 co. 2 e 111 Cost. A tal proposito, va notato, in sintesi, che se, da un lato, le disparità di trattamento che potrebbero riscontrarsi in fase di ammissione e di esecuzione del "programma di trattamento" su cui è incentrata la prova possono ricondursi alla fisiologica esigenza di "personalizzazione" che connatura ogni misura di *probation*, e, dall'altro, la rinuncia alle garanzie del contraddittorio ben si attaglia ad essere concepita quale declinazione dello stesso diritto difesa stante il beneficio premiale che – non dissimilmente da altri istituti – si accompagna al buon esito della messa alla prova, sembra la convivenza con il

⁶⁰⁷ A proposito, v. *infra* par. 2.1.

combinato disposto degli artt. 13 e 27 co. 2 Cost. a destare maggiori preoccupazioni⁶⁰⁸. Il problema, del resto, pare acuirsi sol che si rammenti la discussa scelta legislativa di legare “a doppio filo” la messa alla prova con il lavoro di pubblica utilità di cui all’art. 168-*bis*, co. 3, c.p., misura che, oltre a presentare vistosi connotati afflittivi, è già accolta nell’ordinamento quale sanzione a tutti gli effetti penale, sebbene con diverso fondamento normativo⁶⁰⁹.

Tutto sta, pertanto, nel verificare la capacità della componente consensuale della messa alla prova di reggere il “peso” del sacrificio, o quantomeno della contrazione, del principio della presunzione di non colpevolezza. A tal proposito, prima ancora di esaminare l’approdo della giurisprudenza costituzionale, merita segnalare la posizione di attenta dottrina, secondo la quale potrebbe ammettersi la natura «parzialmente disponibile» del principio in parola, sempreché non venga meno un nucleo di condizioni che funge da imprescindibile garanzia per l’imputato⁶¹⁰. Tra queste ultime, secondo l’autorevole voce, campeggia il vaglio giurisdizionale anche solo contratto e condotto allo stato degli atti secondo al regola di giudizio “rovesciata” di cui all’art. 129 c.p.p., unito al consenso effettivo dell’imputato circa la delicata rinuncia alle garanzie dibattimentali ed alla portata delle prescrizioni alle quali accetta di sottoporsi, le quali, in ogni caso, non potrebbero ovviamente travalicare il limite della dignità e della libertà anche morale della persona *ex art.* 13 Cost. Se si considera, viepiù, che il binomio accertamento *ex art.* 129 c.p.p.–consenso dell’imputato, nel contesto del c.d. patteggiamento, legittima financo l’applicazione della pena detentiva, i dubbi di legittimità costituzionale andrebbero disinnescati anche per ciò che

⁶⁰⁸ V., tra gli altri: R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, p. 746 ss.; F. VIGANO; *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, p. 1302.

⁶⁰⁹ Sul tema, v. *retro*, Cap. II, parr. 4 e 4.1. Si rammenti solamente che, a riguardo, anche valorizzando la componente afflittiva della misura, si è suggestivamente parlato di «criptocondanna»; così: F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato maggiorenne e l’archiviazione per particolare tenuità del fatto*, cit. p. 11.

⁶¹⁰ In tal senso, v.: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell’esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit. p. 516 ss.

concerne la messa alla prova, laddove il lavoro di pubblica utilità, oltre che non qualificato come sanzione penale, si inserisce nel più ampio quadro di un programma trattamentale dalla forte vocazione riparativa⁶¹¹, espressamente accettato – per l'appunto – dall'imputato⁶¹².

Ebbene, le argomentazioni sinteticamente riportate sembrano riecheggiare, almeno in parte, nella motivazione di una recente ed importante decisione della Consulta, che, con la sentenza n. 91 del 2018⁶¹³, pare aver incisivamente “puntellato” la tenuta costituzionale della messa alla prova, superando, tra le altre, proprio una questione relativa all'art. 27 co. 2 Cost. Secondo il giudice rimettente – il quale, come si avrà modo di vedere⁶¹⁴, censurava lo “stallo” decisionale dovuto alla necessità, in fase predibattimentale, di decidere dell'ammissione alla prova sulla base del solo, scarso contenuto del fascicolo per il dibattimento – gli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* c.p.p. «prevedono la irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna», talché si registrerebbe l'intollerabile negazione del principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost. A fronte di ciò, il Giudice delle leggi non si è limitato ad evidenziare che, sotto il profilo della «mancanza di un formale accertamento di responsabilità e di una specifica pronuncia di condanna», la sospensione del procedimento con messa alla prova ben potrebbe assimilarsi al “patteggiamento” – di cui già in passato la Corte ha ripetutamente fugato ogni dubbio di compatibilità costituzionale – ma si è spinto ben oltre. Difatti, pur presentando i due istituti una nitida «base consensuale» comune, secondo la Corte è la compente volontaristica ulteriore che contraddistingue la messa alla prova a portare un decisivo affondo alle censure del giudice *a quo*. Mentre, infatti, la sentenza di patteggiamento è formalmente equiparata *ex art. 445 c.p.p.* alla sentenza di condanna e, in quanto tale, «costituisce titolo

⁶¹¹ Sul tema, v. più diffusamente *retro*, Cap. II, par. 4.2.

⁶¹² Così, ancora: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 517 ss.

⁶¹³ Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 91, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2018, con nota di G. LEO, *La Corte costituzionale ricostruisce ed 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*. In commento alla decisione v. anche: R. MUZZICA, *La Consulta 'salva' la messa alla prova: l'onere di una interpretazione 'convenzionalmente' orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2018.

⁶¹⁴ Sul punto, v. *infra* par. 2.2.

esecutivo per l'applicazione di una sanzione tipicamente penale», benché ridotta, «l'ordinanza che dispone la sospensione del processo e ammette l'imputato alla prova non costituisce un titolo per dare esecuzione alle relative prescrizioni. Il trattamento programmato non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso». Così, ferma la presenza di «una considerazione della responsabilità dell'imputato» in via incidentale e allo stato degli atti giusta il richiamo all'art. 129 c.p.p. contenuto nell'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., il *probation* processuale presenta un fondamentale *quid pluris* rispetto all'istituto di cui agli artt. 444 ss. c.p.p., che risiede nel «riserva[re] all'imputato non soltanto la decisione sulla messa alla prova, ma anche la sua esecuzione», dando il là ad un «trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna»⁶¹⁵.

Se, dunque, il consenso dell'imputato gioca un ruolo chiave dal punto di vista della tenuta costituzionale della messa alla prova, le cose non stanno diversamente se si allarga la visuale al piano sovranazionale. Da un lato, infatti, già tra i primi commentatori della novella del 2014 se ne rimarcava l'importanza onde salvaguardare il divieto di “lavori forzati” sancito dall'art. 4, co. 2 e 3 CEDU⁶¹⁶, dall'altro, nell'interpretazione dell'art. 6, co. 3, lett. d), CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, è proprio il consenso dell'imputato, sempreché «effettivo» ed espresso «in modo pienamente consapevole», a legittimare istituti che, in deroga al principio del contraddittorio, consentono la definizione anticipata del procedimento penale, senza con ciò minarne la *fairness*⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Per le citazioni riportate nei periodi precedenti cfr.: Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 91

⁶¹⁶ Tra i molti, v.: G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, cit. p. 24; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, p. 382; A. DIDDI, *La fase di ammissione alla prova*, p. 114.

⁶¹⁷ In tal senso, in riferimento ad un istituto assimilabile al “patteggiamento” di cui agli artt. 444 ss. c.p.p.; v.: Corte e.d.u., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia*. Su tale decisione, v.: M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 208 ss.; F.S. CASSIBBA, *Il “patteggiamento” supera il vaglio di compatibilità con i requisiti*

2.1. La richiesta dell'imputato tra processo e indagini preliminari

Consapevoli dell'importanza del consenso, nonché della natura di rito "alternativo" della messa alla prova, non desta sorpresa che il legislatore abbia configurato la richiesta dell'imputato alla stregua di un atto di gestione di diritti personalissimi⁶¹⁸. Così, non dissimilmente da quanto avviene per gli altri riti premiali, stando al disposto dell'art. 464-*bis*, co. 2 e 3, c.p.p., la richiesta può essere proposta oralmente o per iscritto, purché la volontà dell'imputato sia espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale, dovendo la sottoscrizione essere autenticata nelle forme di cui all'art. 583 co. 3.

Viepiù, si è opportunamente prevista la possibilità per il giudice chiamato a valutare la richiesta di messa alla prova di disporre, ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 2, la comparizione in udienza dell'imputato, al fine di saggiarne l'effettiva e genuina volontarietà, riducendo così il rischio che il *probation* prenda il via a fronte di una scelta non pienamente consapevole o persino meramente strumentale dell'imputato.

Peraltro, sotto altro punto di vista, sia per favorire il ricorso all'istituto, sia per consentire all'interessato il tempo necessario alla ponderazione di una scelta processuale tanto delicata, l'art. 141-*bis* disp. att. c.p.p. ha previsto la possibilità per il pubblico ministero, anche prima dell'esercizio dell'azione penale ed in presenza dei relativi presupposti, di avvisare l'indagato che ha la facoltà di chiedere di essere ammesso alla prova e che il relativo esito positivo estingue il reato.

Oltre ad aver definito le forme della richiesta di accesso alla messa alla prova, il legislatore ha avuto cura di fissare dei rigidi termini finali per la presentazione della stessa, operanti in fase processuale. Ancora una volta, la disciplina è ricalcata su quella degli altri procedimenti speciali premiali, prevedendo l'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p. che la richiesta possa essere avanzata

dell'equità processuale, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2014; L. MILANO, *La conventionnalité de principe de la procédure de «plaider coupable»*, in *La semaine juridique*, n. 21-22, 26 maggio 2014; S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla CEDU? (Corte EDU, 29 aprile 2014, Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia)*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3488 ss.

⁶¹⁸ In tal senso, *ex plur.*, v.: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2127.

fintanto che non siano intervenuti: - le conclusioni rassegnate dalle parti al termine dell'udienza preliminare ⁶¹⁹, nel procedimento ordinario; - la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio; - il decorso di quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato all'imputato o dalla comunicazione del relativo avviso al difensore, nei casi di giudizio immediato; - il decorso del medesimo termine di quindici giorni previsto dall'art. 461 c.p.p. per l'opposizione, nel procedimento per decreto.

Benché, nel silenzio del legislatore, il principio di tassatività potrebbe far sorgere qualche remora a riguardo, in dottrina v'è concordia nell'attribuire ai citati termini natura perentoria, in perfetta linea con la marcata finalità deflattiva che connota la messa alla prova. Ne discende che il mancato rispetto integrerebbe a pieno una situazione di decadenza processuale, a cui si ricollega giocoforza una sanzione di inammissibilità della richiesta tardiva⁶²⁰.

A fronte di ciò, risulta oltremodo grave la scarsa cura prestata dal legislatore nel coordinare la disciplina del contenuto degli avvisi all'imputato in materia di giudizio immediato e procedimento per decreto, laddove, come è noto, il *tempus deliberandi* concesso all'imputato per ponderare la propria strategia processuale, oltre che contenuto a 15 giorni, decorre da comunicazioni che avvengono fuori udienza, le quali, peraltro, rappresentano non di rado il primo atto del procedimento di cui l'imputato prende contezza.

⁶¹⁹Secondo molti autori, essendosi il legislatore servito della medesima locuzione utilizzata per designare il termine di proposizione della richiesta di giudizio abbreviato ex art. 438 c.p.p., dovrebbe mutuarsì la soluzione adottata a proposito dalle Sezioni Unite nel 2014, che ha superato il contrasto sorto circa l'esatta individuazione di tale termine. In passato, infatti, tale preclusione era difformemente individuata nel momento iniziale della "sottofase" delle conclusioni dell'udienza preliminare (allorché il G.u.p. dà la parola al pubblico ministero perché illustri i risultati delle indagini preliminari e gli elementi di prova che giustificano la richiesta di rinvio a giudizio), nel momento in cui, invece, tocca al difensore dell'imputato rassegnare le proprie richieste conclusive e, infine, nel caso di udienza preliminare celebrata nei confronti di più imputati, nel momento terminale della "sottofase", subito prima della dichiarazione di chiusura della discussione prevista dal comma quarto dell'art. 421 c.p.p. Ebbene, come è noto, le Sezioni unite hanno dato prevalenza alla tesi intermedia, secondo cui, cioè, il termine preclusivo della richiesta di giudizio abbreviato in udienza preliminare deve identificarsi con il momento nel quale il difensore di ciascun imputato è chiamato a formulare le sue conclusioni. In tal senso, *ex plur.*, v.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3447 ss.

⁶²⁰V., *ex plur.*: A. MARANDOLA, Op. cit., cit. p. 678; C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2127, la quale richiama la soluzione interpretativa offerta da dottrina e giurisprudenza per gli analoghi termini fissati in materia di "patteggiamento" e giudizio abbreviato.

Così, a colmare la lacuna, si è reso necessario l'intervento della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 201 del 2016, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 460, co. 1, lett. e), c.p.p. «nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova»⁶²¹. A ben vedere, peraltro, traspaiono nitidamente, scorrendo la motivazione della decisione, saldamente incentrata sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., argomentazioni “trasversali”, che ben potrebbero prestarsi ad essere mutate in materia di notifica del decreto che dispone il giudizio immediato o il relativo avviso al difensore (art. 456, co. 2, c.p.p.), nonché di decreto che dispone il giudizio nei casi di citazione diretta (art. 552, co. 1, lett. f), c.p.p.).

Prima di soffermarsi sulla peculiare disciplina della richiesta avanzata nel corso delle indagini preliminari, mette conto segnalare che, sempre alla Consulta, si deve un parziale “ridimensionamento” della rigidità dei termini di presentazione della richiesta di messa alla prova in fase processuale, strettamente collegato, tuttavia, a vicende sopravvenute che attingono il capo di imputazione. Con la recente sentenza n. 141 del 2018, invero, la Corte costituzionale, facendo tesoro della propria stratificata giurisprudenza, ed allineando correttamente la richiesta di accesso alla messa alla prova – ritenuta diretta estrinsecazione del diritto di difesa – alla richiesta di ammissione agli altri riti premiali, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., «nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova»⁶²². È significativo notare, da un lato, che, in motivazione, il Giudice delle leggi ha avuto cura di precisare che l'elemento dirimente al fine di “restituire” all'imputato la possibilità di richiedere il rito alternativo risiede nella mera «sopravvenienza» che tange il capo di imputazione, “fisiologica” o

⁶²¹ Cfr.: Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 201, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016, con nota di G. L. GATTA, *Decreto penale di condanna: la Corte cost. parifica la sospensione del procedimento con messa alla prova ai riti speciali, ai fini dell'avviso ex art. 460, co. 2, lett. e) c.p.p.*

⁶²² Cfr.: Corte cost., sent. 21 marzo 2018, n. 141.

“patologica” che sia, dall’altro, che l’incisività delle argomentazioni sviluppate – incentrate sul diritto di difesa e sulle ricadute che la modifica dell’imputazione *tout court* spiega su di esso – pare aver gettato le basi per un parallelismo con la meritoria evoluzione giurisprudenziale che ha interessato gli istituti del giudizio abbreviato e del “patteggiamento”, i quali, come è noto, si ritengono oramai attivabili anche in seguito a modifiche dell’imputazione afferenti la diversità del fatto o l’emersione di un reato concorrente.

Se – lo si ribadisce – in fase processuale a fronte della richiesta dell’imputato di accesso alla messa alla prova presentata nelle forme e nei termini descritti, al pubblico ministero non è riconosciuto che il diritto di essere sentito, potendo egli formulare un parere non vincolante, molto diversa è la situazione che si presenta nel corso delle indagini preliminari.

La possibilità che l’indagato avanzi la richiesta di messa alla prova già in tale fase, è contemplata espressamente dall’art. 464-*ter* c.p.p., che ne descrive una disciplina peculiare. Il ricorso al *probation* in una fase tanto precoce, del resto, pare perseguire, da un lato, la massimizzazione dell’effetto deflattivo della misura – a cui si ricollega, peraltro, la facoltà di dare l’apposito avviso all’indagato *ex art. 141-bis* disp. att. c.p.p. di cui si è detto – dall’altro, in una prospettiva squisitamente riparativa, la più celere riconciliazione con la vittima del reato e la relativa soddisfazione. Le caratteristiche di tale fase del procedimento postulano, tuttavia, il rispetto del dettato costituzionale, giacché, come è noto, il combinato disposto degli artt. 3 e 112 Cost. si erge a fondamentale presidio dell’indipendenza e dell’autonomia del pubblico ministero e dell’uguaglianza dei cittadini innanzi alla legge, ad un tempo sottoposti e tutelati dal principio di obbligatorietà dell’azione penale. È agevole comprendere, dunque, che, nel corso delle indagini preliminari, ogni determinazione circa l’*an* e il *quomodo* del procedere, non può che coinvolgere in prima persona il pubblico ministero⁶²³.

A simili esigenze, risponde, così, l’articolata disciplina contenuta nell’art. 464-*ter* c.p.p., che presenta aspetti di notevole interesse sistematico, non solo

⁶²³ Sul tema, tra i molti, v.: R. PICCIRILLO (a cura di), *Relazione predisposta dall’ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 14 ss.

perché – come subito si dirà – è ritenuto *sedes* di una nuova forma di esercizio dell'azione penale non contemplata nell'art. 405 c.p.p., ma anche perché segna un'importante differenza con la messa alla prova propria del rito minorile, rispetto alla quale, nel silenzio della norma, la dottrina maggioritaria ha individuato molteplici indici normativi dell'impraticabilità del *probation* in fase di indagini⁶²⁴.

Ebbene, il legislatore del 2014, ha modellato l'attivazione della messa alla prova nel corso delle indagini sulla base del meccanismo previsto dall'art. 447 c.p.p. per il c.d. patteggiamento. Con scelta criticata da taluno vista la macchinosità⁶²⁵, si è dunque previsto il deposito della richiesta di ammissione alla messa alla prova presso la cancelleria del giudice – che non può che essere il g.i.p. – il quale trasmette gli atti al pubblico ministero. Quest'ultimo, nel termine di cinque giorni – ritenuto di natura meramente ordinatoria⁶²⁶ – esprime il proprio consenso – in tal caso dovendo verosimilmente depositare gli atti di indagine in analogia con il disposto dell'art. 447, co. 1 c.p.p.⁶²⁷ – o il proprio dissenso all'avvio del *probation*. È l'art. 464-ter, co. 2, c.p.p., poi, ad enfatizzare il rilievo dell'eventuale consenso espresso dal pubblico ministero, a cui è espressamente subordinata la possibilità del giudice di provvedere sulla richiesta – accogliendola o rigettandola⁶²⁸ – ai sensi dell'art. 464-quater c.p.p., previa fissazione di apposita udienza⁶²⁹. A tal proposito, invero, si è messo in luce che, allorquando tale consenso non intervenga, la richiesta avanzata dall'indagato «finisce nel nulla»⁶³⁰, non potendo in alcun modo il g.i.p. valutarne il fondamento. Tale assetto, all'apparenza singolare, recupera piena coerenza laddove si consideri la disciplina nella sua interezza. Da un lato, infatti, l'art. 464-ter, co. 3, c.p.p. prevede che il consenso del pubblico ministero, oltre che sinteticamente motivato, sia senz'altro accompagnato

⁶²⁴ A proposito, si rimanda a: *retro*, Cap. I, par. 3.2.

⁶²⁵ In tal senso, v.: A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 679; G. TABASCO, p. 13,

⁶²⁶ V., tra i molti: A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 679.

⁶²⁷ Così: C. CESARI, sub *art. 464-ter*, cit. p. 2133.

⁶²⁸ Conservando il g.i.p. il potere di rigettare la richiesta di ammissione al rito in seguito al consenso espresso dall'organo dell'accusa nella fase che ci occupa, si è rimarcata la non decisività del consenso del pubblico ministero, che si ritiene solo «relativamente» vincolante; in tal senso, v.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 ter*, cit. p. 3472.

⁶²⁹ Sul tema, v. infra par. 2.2.

⁶³⁰ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 434.

dalla formulazione dell'imputazione. Nonostante un'opinione contraria, rimasta per vero isolata⁶³¹, si ritiene concordemente che ciò ministero integri a tutti gli effetti un atto di esercizio dell'azione penale⁶³², tanto che, in seguito ad esso, al g.i.p. è attribuita la possibilità di definire il procedimento – ricorrendone i rigidi presupposti – con una pronuncia ai sensi dell'art. 129 c.p.p.⁶³³. Inimmaginabile, dunque, sarebbe ritenere che il g.i.p. possa autonomamente superare l'inerzia o addirittura il dissenso del pubblico ministero, non avendo il legislatore predisposto uno strumento assimilabile a quello – di natura rigorosamente eccezionale – dell'imputazione c.d. coatta *ex art. 409, co. 5 c.p.p.* Dall'altro lato, ancora, a controbilanciare la portata ostativa del dissenso del pubblico ministero, l'art. 464-*ter*, co. 4, c.p.p. prevede espressamente l'obbligo di enunciarne per iscritto le ragioni, così da consentire la rinnovazione della richiesta nell'eventuale, successiva fase processuale, laddove la legittimità della motivazione fornita a suffragio del "rifiuto" sarà sottoposta al vaglio del giudice, secondo cadenze non dissimili da quelle previste in materia di "patteggiamento" dall'art. 448 c.p.p.

La descritta disciplina, dunque, consente al pubblico ministero di conservare intatte le prerogative riservategli in materia di scelta tra esercizio dell'azione penale ed archiviazione, potendo egli impedire l'avvio del *probation* laddove, ad esempio, ritenga necessario completare l'attività investigativa o, viceversa, consideri gli elementi già raccolti sufficienti a fondare una richiesta di archiviazione, che, per ovvi motivi, andrà prediletta rispetto alla messa alla prova⁶³⁴. Peraltro, vista l'assenza di un termine decadenziale nella fase delle indagini, nulla toglie che, nel primo caso, l'indagato reiteri la medesima richiesta ad investigazioni completate, ad esempio una volta ricevuto l'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* Al contempo, laddove

⁶³¹ V.: GIUS. AMATO, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, p. 90, il quale ritiene insuperabile, al fine di ricavare in via interpretativa l'avvento di una nuova forma di esercizio dell'azione penale, il mancato coordinamento dell'art. 405 c.p.p.

⁶³² La dottrina è assolutamente compatta a proposito; v., tra le primissime voci: M. MONTAGNA, *Op. cit.*, cit. p. 397; A. MARANDOLA, *Op. cit.*, cit. p. 679.

⁶³³ Lo si ricava dal combinato disposto degli artt. 464-*ter*, co. 2 e 464-*quater*, co. 1, c.p.p.; in tal senso, tra gli altri, v.: C. CESARI, *sub art. 464-ter*, cit. p. 2134.

⁶³⁴ Sul tema, v. R. PICCIRILLO (a cura di), *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 15.

il rifiuto del pubblico ministero si fondi su mere ragioni di opportunità, l'indagato ben potrebbe formulare una nuova richiesta nel corso delle indagini, magari rimodulando il programma trattamentale con prescrizioni più incisive⁶³⁵, oppure potrà rinnovarla una volta giunti a processo, così da salvaguardare l'interesse dell'imputato ad accedere al rito.

2.1.1 Il contenuto della richiesta e l'allegazione del programma di trattamento

Coessenziale alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova risulta, dall'esame del dato normativo, l'allegazione del programma trattamentale elaborato d'intesa con l'u.e.p.e. secondo il disposto dell'art. 464-*bis*, co. 4, c.p.p.

Come si vedrà, infatti, l'«idoneità» di tale programma rappresenta uno degli elementi fondamentali che il giudice è tenuto a considerare nel valutare l'accogliibilità della richiesta di accesso al rito presentata dall'imputato⁶³⁶.

Normalmente, dunque – almeno nelle intenzioni del legislatore – l'imputato è chiamato al deposito contestuale della richiesta di accesso alla sospensione del procedimento corredata dal programma già elaborato dall'u.e.p.e., contenente tutti i punti qualificanti della messa alla prova, così da consentirne l'esame da parte del giudice. Nondimeno, è lo stesso art. 464-*bis*, co. 4, c.p.p. a contemplare l'eventualità in cui, essendo risultata impossibile l'elaborazione del programma da parte dell'u.e.p.e., l'imputato si “limiti” ad allegare all'istanza di ammissione alla messa alla prova la richiesta di elaborazione fatta pervenire all'u.e.p.e.

Da subito, peraltro, i primi commentatori avevano evidenziato come siffatto scenario si sarebbe fisiologicamente presentato ogniqualvolta la di messa alla prova si innesti nel contesto del giudizio direttissimo⁶³⁷, dell'opposizione al decreto penale di condanna e nel giudizio immediato,

⁶³⁵ Per una disamina delle prescrizioni che compongono il programma si rinvia a: *retro* Cap. II, parr. 4 ss.; quanto, invece, alla elaborazione del programma stesso v. *infra* par. 2.1.1.

⁶³⁶ Sul vaglio del giudice sulla richiesta di ammissione v. *infra* par. 2.2.

⁶³⁷ Nell'ambito del giudizio direttissimo non è mancato chi ha ravvisato, in via interpretativa, la necessità che il giudice conceda un termine a difesa e di conseguenza un rinvio dell'udienza; in tal senso, v.: V. BOVE, *Messa alla prova per adulti: un punto sulla L. 67/2014*, cit. p. 11.

laddove i ristretti termini per la presentazione della richiesta di ammissione al *probation* risultano incompatibili con i tempi – verosimilmente lunghi – di elaborazione del programma da parte dell'u.e.p.e.

Al di fuori di tali contesti, invece, si è ritenuto, pur nel silenzio della norma, che sull'imputato che si limiti ad allegare tale richiesta di elaborazione del programma gravi uno specifico onere motivazionale circa le ragioni dell'impossibilità di ottenerlo preventivamente⁶³⁸. Ciò poiché, secondo parte della giurisprudenza di merito e della dottrina, il tenore della norma fa ritenere che l'istanza di ammissione alla messa alla prova corredata dalla sola richiesta di elaborazione del programma fuori dai casi eccezionali di impossibilità vada ritenuta inammissibile, così, del resto, come nel caso in cui la richiesta di elaborazione o il programma manchino del tutto⁶³⁹.

Nondimeno, anche per porre rimedio ad alcune criticità emerse nella pratica, si registrano alcune aperture a modelli operativi più flessibili, “codificati” in linee guida e buone prassi predisposte da alcuni uffici giudiziari. Si pensi, ad esempio, al *vademecum* diffuso dal Tribunale di Torino, che contempla un rapporto regola-eccezione invertito rispetto all'art. 464-bis, co. 4, c.p.p. Si prevede, infatti, che l'imputato debba depositare l'istanza di ammissione alla messa alla prova ed allegare la “sola” richiesta di elaborazione del programma presentata all'u.e.p.e. corredata – come da prassi emersa anche in altre esperienze⁶⁴⁰ – da un'attestazione specificante la data del deposito ed i tempi necessari al “confezionamento” del programma trattamentale. A fronte dell'istanza, il giudice, espletato un “vaglio preliminare” sull'ammissibilità della richiesta, assume le informazioni strettamente necessarie ed individua, sentite le parti, i punti essenziali del programma. Solo in questo momento, quindi, si registra il coinvolgimento dell'u.e.p.e. per la vera e propria elaborazione del programma, che terrà conto delle eventuali “direttive” del giudice. Salutata con favore da parte della

⁶³⁸ A proposito, v., più diffusamente: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2127.

⁶³⁹ In tal senso, e per un commento ad una decisione di merito del Tribunale di Taranto, v.: L. PULITO, *Profili di inammissibilità della richiesta di messa alla prova dell'adulto*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2016.

⁶⁴⁰ A tal proposito, si consideri l'esperienza del Tribunale di Rovigo descritta da: F. TRAPPELLA, F. BARDELLE, *Il protocollo rodigino sulla messa alla prova per adulti*, p. 3339 ss.

dottrina⁶⁴¹ – benché non del tutto coincidente con il dato normativo – la sequenza descritta presenta il considerevole pregio di “filtrare” il carico di lavoro dei già trafelati u.e.p.e., sollevandoli dalla dispendiosa elaborazione di programmi trattamentali nei casi in cui la richiesta di messa alla prova sarebbe destinata al rigetto o, addirittura, ad una declaratoria di inammissibilità da parte del giudice⁶⁴².

Quale che sia il momento esatto della sua predisposizione, si comprende, dunque, che l’elaborazione del programma di trattamento da parte dell’u.e.p.e. rappresenta un passaggio cruciale nel quadro della sospensione del procedimento con messa alla prova, la cui disciplina – non sempre esaustiva – è stata collocata dal legislatore del 2014 nel neointrodotta art. 141-*ter*, disp. att. c.p.p.

Tale disposizione, invero, dà fondamento normativo all’insieme delle competenze conferite all’u.e.p.e. in materia di messa alla prova, le quali, come si vedrà, sono significative anche nelle successive fasi dell’esecuzione e della valutazione degli esiti del *probation*. L’art. 141-*ter*, co. 1, disp. att. c.p.p. conferisce infatti all’u.e.p.e. le «funzioni dei servizi sociali per la messa alla prova». Trattasi di una scelta non casuale, dal momento che all’u.e.p.e. sono già attribuite competenze affini ai sensi dell’art. 72, l. n. 354 del 1975 – ai cui «modi e compiti» l’art. 141-*ter*, disp. att. c.p.p. rimanda espressamente – nell’ambito dell’ordinamento penitenziario, specie in materia di affidamento in prova, tanto che, come visto, si sono avanzate preoccupazioni circa la capacità di gestire l’ulteriore carico di lavoro in assenza di un potenziamento delle piante organiche dei servizi⁶⁴³.

⁶⁴¹ V.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3461.

⁶⁴² Si faccia il caso, ad esempio, di richieste inammissibili perché presentate fuori termine o da soggetto non legittimato, o, ancora, a richieste non accoglibili poiché fondate su una qualificazione giuridica diversa del fatto. Peraltro, in dottrina, si è posta enfasi sull’ulteriore vantaggio connesso al vademecum torinese, che consente una contrazione del tempo intercorrente tra la manifestazione di disponibilità a far svolgere il lavoro di pubblica utilità da parte dell’ente e l’effettivo inizio dell’attività lavorativa dell’imputato; in tal senso, v.: A. SALVADORI, R. ARATA, *La scommessa “culturale” della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale*, cit. p. 7.

⁶⁴³ In tal senso, tra i molti, v.: A. DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, cit. p. 144; v. anche: F. FIORENTIN, *Necessaria una nuova pianta organica degli uffici di esecuzione esterna*, p. 85.

Come anticipato, si è previsto che l'iter di elaborazione del programma – e, in un certo senso, dell'intera sospensione del procedimento con messa alla prova – prenda avvio con il deposito da parte dell'imputato di apposita richiesta presso l'u.e.p.e. competente. Nel silenzio, a proposito, dell'art. 141-ter, co. 2, disp. att. c.p.p., in dottrina si ritiene⁶⁴⁴, da un lato, che l'ufficio in concreto competente ad istruire la richiesta possa individuarsi in quello territorialmente competente sul luogo di residenza o di domicilio dell'imputato⁶⁴⁵, nonché, dall'altro lato, che tale richiesta, quale manifestazione di volontà destinata a “saldarsi” con quella di accesso al rito della messa alla prova, debba rispecchiarne le forme⁶⁴⁶.

È interessante notare che, sempre stando all'art. 141-ter, co. 2, disp. att. c.p.p., unitamente alla domanda di elaborazione del programma, è previsto il deposito, da parte dell'imputato, degli «atti rilevanti del procedimento penale», oltre che le proprie eventuali «osservazioni e proposte». Se queste ultime sembrano strumentali a calibrare, per quanto possibile, il contenuto del programma, i primi consentirebbero all'imputato di portare circostanze ritenute utili a conoscenza dell'u.e.p.e. Va da sé che il deposito di tali atti è subordinato, in primo luogo, alla conoscenza degli stessi da parte dell'imputato⁶⁴⁷. In secondo luogo, si ritiene che l'opportunità del deposito stesso sia rimessa ad una valutazione di convenienza da parte della difesa, avendo ad oggetto atti di cui, in seguito, l'u.e.p.e. «da[rà] conto al giudice trasmettendo il programma di prova e le relative considerazioni»⁶⁴⁸.

Ricevuta la richiesta di elaborazione del programma eventualmente corredata dagli ulteriori atti di cui si è detto, l'attività dell'u.e.p.e. prende il via, muovendo, ai sensi dell'art. 141-ter, co. 3, disp. att. c.p.p., da un'apposita indagine socio-familiare sull'imputato.

⁶⁴⁴ V.: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2129.

⁶⁴⁵ Tale aspetto, invero, pare aver ricevuto il conforto della prassi; lo rileva: R. PICCIRILLO, sub *art. 464 bis*, cit. p. 3459.

⁶⁴⁶ Si tratta, come visto, delle forme richieste dall'art. 464-bis, co. 3, c.p.p., laddove si fa riferimento ad atto proveniente dall'imputato o dal procuratore speciale, con sottoscrizione autenticata ai sensi dell'art. 583, co. 3 c.p.p.

⁶⁴⁷ Si pensi alla richiesta avanzata in fase di indagini preliminari, laddove gli atti di indagine sono tendenzialmente coperti da segreto.

⁶⁴⁸ Così: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2129.

A questo punto, si passa alla fase nevralgica relativa alla predisposizione del programma di trattamento che va attuata «d'intesa» con l'imputato. Trattasi, invero, della “spina dorsale” dell'intero percorso di *probation* essendo in esso compendiate tutte le prescrizioni a cui l'imputato dovrà attenersi.

Il lavoro dell'u.e.p.e. si rivela, in tale passaggio, particolarmente complesso. Oltre a reperire all'imputato un'opportunità di svolgere il lavoro di pubblica utilità ed a raccogliere la formale adesione al programma dell'ente “ospitante”, infatti, l'u.e.p.e. deve elaborare un articolato corredo di misure, tenendo conto, ad un tempo, che il progetto, oltre a dover incontrare il consenso dell'imputato⁶⁴⁹, dovrà superare il vaglio di idoneità del giudice – che potrà, per vero, proporre delle modifiche. A tal fine, è verosimile immaginare che l'u.e.p.e. dovrà sforzarsi – con le opportune cautele – di comprendere e recepire altresì le esigenze dell'eventuale persona offesa, sì da contemprarne, ove possibile, la soddisfazione.

Dell'ampiezza e della delicatezza dell'attività rimessa all'u.e.p.e. in questo “snodo” si rinviene traccia, del resto, nello stesso art. 141-ter, co. 3, disp. att. c.p.p., laddove prevede che, nell'indagine socio-familiare e nelle considerazioni a sostegno del progetto che vanno trasmesse al giudice unitamente a quest'ultimo, l'ufficio riferisca «specificamente sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio»⁶⁵⁰.

Trasmessi al giudice il programma di trattamento, l'indagine socio-familiare e le considerazioni a sostegno del progetto, l'u.e.p.e. è destinato a riassumere un ruolo di primo piano solo a partire dall'inizio dell'esecuzione

⁶⁴⁹ Si è affermato, a proposito, che la prevista adesione dell'imputato al programma di trattamento, disvelandone la «base negoziale», dovrebbe far ritenere che l'u.e.p.e. «debba farsi carico di raccogliere una specifica e separata manifestazione di volontà da parte dell'imputato sul progetto, nella forma, plausibilmente, della sottoscrizione dello stesso»; in tal senso, v.: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2129.

⁶⁵⁰ Più approfonditamente sul punto, anche per un interessante “sguardo” all'esperienza nordamericana, v.: L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, p. 1755 ss.

del *probation*, che si registrerà una volta che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova abbia superato il vaglio del giudice ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p., sul quale è ora bene soffermarsi.

2.2. Il vaglio giurisdizionale sulla richiesta

A seguito del deposito della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, fugandosi ogni automatismo, è previsto un complesso vaglio sulla richiesta, dovendo il giudice verificarne tanto l'ammissibilità – anche sotto il profilo dei presupposti applicativi di natura sia oggettiva che soggettiva di cui si è detto⁶⁵¹ – quanto la concreta accoglibilità, secondo i parametri descritti, non senza qualche ambiguità, dall'art. 464-*quater* c.p.p.

Preliminarmente, però, la disposizione citata si occupa di scandire lo snodo procedurale dedicato alla verifica giudiziale che ci si appresta a descrivere. L'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p. prevede che il giudice si pronunci sulla richiesta con apposita ordinanza in udienza. Un distinguo si rende tuttavia necessario. A ben vedere, infatti, il citato comma contempla due distinte eventualità.

Da un lato, ove la richiesta sia avanzata nel corso dell'udienza preliminare o della prima udienza dibattimentale⁶⁵² e – si ritiene – sia possibile decidere immediatamente sull'istanza⁶⁵³, è previsto che il giudice si pronunci «nel corso della stessa udienza»⁶⁵⁴. In tal caso, sulla richiesta, è garantito un contraddittorio di tipo “forte”, giacché il giudice può decidere solo «sentite le parti», che dunque potranno a proposito esprimere il proprio parere – non vincolante – anche rispetto alla sussistenza dei parametri richiamati dall'art. 464-*quater* c.p.p. di cui subito si dirà. Significativo, peraltro, è che in tale ipotesi debba essere sentita anche la persona offesa, sembrerebbe –

⁶⁵¹ Sul tema, v. *retro*, Cap. II, parr. 2 ss.

⁶⁵² Analogamente pare potersi dire per le ipotesi in cui il deposito avvenga in cancelleria a ridosso di un'udienza già preventivamente fissata.

⁶⁵³ Come nell'eventualità in cui la richiesta – fuori dai casi di inammissibilità, allorché il giudice potrà comunque pronunciarsi immediatamente – sia corredata dalla mera richiesta di elaborazione del programma all'u.e.p.e. come detto nel par. precedente. Sul tema, v. anche: A. DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, p. 123.

⁶⁵⁴ Cfr. art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p.

stante l'espresso richiamo – anche se non previamente costituitasi parte civile⁶⁵⁵.

D'altro canto, l'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p. prevede altresì che il giudice decida sulla richiesta in «apposita udienza in camera di consiglio», della cui fissazione va dato contestuale avviso alle parti ed alla persona offesa. Trattasi, in primo luogo, dell'ordinario sviluppo della richiesta avanzata nel corso delle indagini preliminari, laddove, in caso di previo consenso del pubblico ministero⁶⁵⁶, il g.i.p. non può che pronunciarsi in un'udienza camerale all'uopo fissata⁶⁵⁷. Ma, come si è da più parti osservato, la celebrazione dell'udienza camerale *ad hoc* sembra rendersi inevitabile anche ogniqualvolta non sia possibile decidere contestualmente al deposito della richiesta di ammissione al *probation*, come avviene nel caso in cui a quest'ultima sia allegata la sola istanza di elaborazione del programma di trattamento all'u.e.p.e⁶⁵⁸. Stando all'art. l'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., si applica a tale udienza l'art. 127 c.p.p., cosicché, pur non mancando

⁶⁵⁵ In tal senso, v.: A. DIDDI, *Op. cit.*, cit. p. 122. Verosimilmente, per consentirne l'ascolto, dovrà ricorrersi al rinvio dell'udienza, salvi casi in cui la persona offesa sia già informata e partecipi all'udienza, come nel caso in cui sia stata citata quale testimone.

⁶⁵⁶ Sul tema, v. *retro*, par. 2.1.

⁶⁵⁷ Merita segnalare, a proposito, la peculiarità rappresentata dalla richiesta di messa alla prova presentata, ai sensi dell'art. 461 co. 3 c.p.p., congiuntamente alla opposizione al decreto penale di condanna. Si registra, invero, un contrasto in seno alla giurisprudenza della Prima Sezione della Corte di cassazione circa l'individuazione del giudice competente a decidere sulla richiesta in tale eventualità. Stando ad una prima pronuncia, tale giudice coinciderebbe con quello competente a celebrare il giudizio in seguito all'opposizione, *ergo* non potrebbe che trattarsi del giudice del dibattimento; cfr. Cass., Sez. I, n. 25867 del 22 giugno 2016, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1152 ss., con nota di A. PASTA, *Il giudice competente a decidere sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova proposta con l'atto di opposizione a decreto penale*. Tale approdo, invero non privo di singolarità, è tuttavia stato sconfessato da una più recente decisione della Suprema Corte, secondo la quale, al contrario, va riconosciuta la competenza del g.i.p. a decidere, in apposita udienza camerale, sulla richiesta di messa alla prova presentata congiuntamente alla opposizione al decreto penale di condanna; in tal senso, v.: Cass., Sez. I, n. 21324 del 2 febbraio 2017, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, p. 592 ss. Per un commento a tale ultima decisione v.: E. SYLOS LABINI, *Richiesta di messa alla prova in seguito a opposizione a decreto penale: la competenza è del giudice per le indagini preliminari*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2017. In tale, ultimo, senso si colloca anche: Cass., Sez. I, n. 7955 del 7 dicembre 2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 272409.

⁶⁵⁸ In simile eventualità, peraltro, onde salvaguardare il diritto alla ragionevole durata del processo nei confronti di eventuali coimputati, potrebbe – secondo taluno – rendersi necessaria l'emissione di un'ordinanza di separazione ai sensi dell'art. 18, co. 1, lett. b), c.p.p. In tal senso, v.: A. DIDDI, *Op. cit.*, cit. p. 121.

un'opinione contraria⁶⁵⁹, dovrebbe ritenersi che le parti e la persona offesa siano sentite solo se comparse, secondo il consueto modello del contraddittorio “debole”.

Ad ogni modo, quale che sia l'udienza *sedes* del vaglio giudiziale sull'istanza di ammissione al *probation*, l'art. 464-*quater*, co. 2, c.p.p. prevede condivisibilmente – vista la cruciale importanza del consenso dell'imputato di cui si è detto⁶⁶⁰ – la possibilità per il giudice di disporre la comparizione personale dell'imputato, allorché si stimi opportuno valutare l'effettiva volontarietà sottesa alla richiesta⁶⁶¹.

Ciò chiarito, l'art. 464-*quater*, co. 1 e 3, c.p.p., si occupa altresì dell'individuazione dei criteri che devono guidare il giudice nel delicato vaglio sulla richiesta qui in esame.

In primo luogo, già dalla lettura del co. 1, si evince il pregiudiziale rilievo attribuito all'eventuale sussistenza di cause di proscioglimento immediato, potendo il giudice pronunciarsi sulla richiesta di messa alla prova solo «se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.». Si è dunque fatto ricorso al consolidato modello decisionale già adottato, tra l'altro, per l'istituto del c.d. patteggiamento. Anche nel contesto della messa alla prova, però, il richiamo alla regola di giudizio di cui all'art. 129 c.p.p. ha ingenerato cospicui dubbi circa l'effettivo grado di accertamento della responsabilità dell'imputato per il fatto attribuitogli. A proposito, se, da un lato, non è mancato chi, facendo ricorso agli approdi giurisprudenziali in materia di *probation* minorile *ex art. 28*, D.P.R. n. 448 del 1988, ritiene l'accertamento della responsabilità del reo un vero presupposto implicito o

⁶⁵⁹ Secondo lo stesso A. DIDI, *Op. cit.*, cit. p. 123, infatti, valorizzando il precedente inciso contenuto nel medesimo art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p. – stando al quale il giudice decide «sentite le parti e la persona offesa» – e considerate le peculiari caratteristiche del rito della messa alla prova, dovrebbe ritenersi comunque necessaria la presenza delle parti e della persona offesa, della quale, in particolare, andrebbe assicurata la presenza.

⁶⁶⁰ V., a proposito, *retro*, par. 2.

⁶⁶¹ Secondo taluno, si dovrebbe ritenere, in analogia con il disposto dell'art. 31, co. 1, D.P.R. n. 448 del 1988 che il giudice possa persino disporre l'accompagnamento coatto dell'imputato; così: G. ZACCARO, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *Quest. Giust. (web)*, cit. p. 7. Contra, però: A. DI TULLIO D'ELISIS, *L'applicazione della messa alla prova per adulti e minori*, Maggioli, 2016, cit. p. 53.

essenziale dell'istituto⁶⁶², dall'altro lato, taluno desume dal richiamo all'art. 129 c.p.p. la mera esigenza che il giudice escluda, anche solo *per relationem* – mediante il semplice richiamo a tale norma – l'esistenza di ragioni evidenti che giustificerebbero il proscioglimento⁶⁶³.

Quello della portata dell'accertamento del fatto attribuito all'imputato pare in effetti rappresentare uno dei profili di maggiore ambiguità e criticità dell'istituto congegnato dal legislatore del 2014. Ciò traspare, a ben vedere, persino dalle parole della Corte costituzionale, che, nella recente sentenza n. 91 del 2018, affrontando un'intricata questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto al parametro dell'art. 27 co. 2 Cost., ha sì accostato la messa alla prova all'istituto di cui agli artt. 444 ss. c.p.p. vista la comune «mancanza di un formale accertamento di responsabilità e di una specifica pronuncia di condanna», ammettendo, però, che nel primo non si prescinde da una «*considerazione della responsabilità dell'imputato*», benché condotta «in via incidentale e allo stato degli atti (perché l'accertamento definitivo è rimesso all'eventuale prosieguo del giudizio)]»⁶⁶⁴.

Quale che sia il grado di tale “considerazione”, non mancano, per vero, svariati indici normativi – evidenziati dalla dottrina – sintomatici del fatto che l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova presuppone l'attribuzione all'imputato del fatto contestatogli, prevedendo l'art. 168-*quater*, co. 2, c.p. la commissione di un nuovo delitto non colposo tra i casi di revoca, contenendo lo stesso art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p. un riferimento ai parametri di cui all'art. 133 c.p. – che, come è noto, attiene in larga misura a modalità, conseguenze ed elemento soggettivo del reato – ed alla commissione di «ulteriori reati», nonché, infine, ravvisandosi nella messa alla prova – secondo le Sezioni Unite⁶⁶⁵ – anche finalità specialpreventive e risocializzanti che assumono significato solo a fronte di un fatto penalmente

⁶⁶² V.: M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, cit. p. 2.; R. PICCIRILLO (a cura di), *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 16 ss.

⁶⁶³ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 437.

⁶⁶⁴ Cfr.: Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 91, corsivo nostro.

⁶⁶⁵ Cfr.: Cass., Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016, richiamata e recepita dalla recente sentenza costituzionale citata nella precedente nota.

illecito effettivamente riconducibile all'imputato. Proprio sulla base del richiamo all'art. 129 c.p.p. contenuto nell'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p. si ritiene, peraltro, che il giudice possa altresì attribuire al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella contenuta nell'imputazione, con tutto ciò che ne consegue in punto di ammissibilità della richiesta⁶⁶⁶.

Ad ogni modo, una volta esclusa la sussistenza di ragioni che legittimerebbero l'adozione di un provvedimento liberatorio ex art. 129 c.p.p., ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 3 c.p.p., il giudice è tenuto a verificare, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., l'«idoneità» del programma di trattamento presentato ed a formulare una prognosi di non recidivanza dell'imputato, potendo disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova solo allorquando ritenga che quest'ultimo si «asterrà dal commettere ulteriori reati».

La disposizione citata, a ben vedere, non va esente da qualche appunto critico. In primo luogo, il concetto di “idoneità” non può che sottendere un rapporto di relazione rispetto ad un dato obiettivo, che, tuttavia, il legislatore non si è curato di precisare. Si è altresì evidenziato che neppure il richiamo ai criteri di cui all'art. 133 c.p. si presterebbe a sopperire alla lacuna, in quanto norma anch'essa tacciata di un intrinseco “vuoto finalistico”⁶⁶⁷, venendo piuttosto utili i relativi criteri allorché si tratti di considerare l'adeguatezza e la proporzionalità del contenuto del programma rispetto alla gravità del reato ed alla personalità del reo⁶⁶⁸. Così, per individuare il vero parametro in base al quale il giudice deve apprezzare l'idoneità del programma, in dottrina si è sapientemente proposta una lettura congiunta ed orientata rispetto alla prognosi di non recidivanza dell'imputato, stando alla quale i due criteri individuati dall'art. 464-*quater*, co. 3 c.p.p. formerebbero una vera e propria

⁶⁶⁶ Esplicita, in tal senso, è: Cass., Sez. IV, n. 4527 del 20 ottobre 2015, in *Arch. pen. (web)*, 2016, n. 1, secondo cui «il giudice al quale sia richiesta la sospensione del procedimento e la messa alla prova dell'imputato ai sensi dell'art. 168-bis c p., è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa e può – ove la ritenga non corretta – modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione».

⁶⁶⁷ Sul tema, v.: R. PICCIRILLO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 17.

⁶⁶⁸ Profili, questi ultimi, di cui il giudice dovrà dare conto nell'ordinanza di ammissione al *probation*; a proposito, v. A. DIDI, *Op. cit.*, cit. p. 126.

«endiadi»⁶⁶⁹. La soluzione, invero, si rivela senz'altro coerente con le finalità complessive dell'istituto della messa alla prova, sulla cui *ratio* risocializzante ci si è già soffermati. Così allargato l'orizzonte del vaglio giudiziale, del resto, si potrebbe contare, secondo altro commentatore, sui principi giurisprudenziali elaborati in materia di messa alla prova minorile e *probation* penitenziario, laddove si tende ad orientare la discrezionalità del giudice alla luce della possibilità di rieducazione e di inserimento del soggetto nella vita sociale, nonché dell'evoluzione della personalità verso modelli socialmente adeguati⁶⁷⁰. Ciò, tuttavia, non sembra rendere più agevole l'operato del giudice, dal momento che egli, a differenza di quanto avviene nel contesto minorile, ove il giudizio sulla personalità dell'imputato è svolto a *probation* concluso, è chiamato a svolgere simile "rischioso" esame prognostico sulla futura condotta dell'imputato anche in assenza di strumenti di verifica. Verosimile, dunque, che, al fine dell'analisi descritta, si tenderà a valorizzare elementi – alcuni dei quali richiamati dall'art. 133 c.p. – come la gravità del reato e la capacità a delinquere del reo o, ad esempio, l'eventuale ammissione totale o parziale dell'addebito da parte dell'imputato, che, lungi dal costituire una condizione di accesso alla messa alla prova⁶⁷¹, potrebbe essere intesa quale indice di una positiva rimeditazione in chiave critica del proprio vissuto.

Va notato, infine, che, secondo lo stesso art. 464-*quater*, co. 3 c.p.p., il giudice, al fine di compiere la descritta verifica, deve anche considerare la capacità del domicilio indicato nel programma di trattamento dell'imputato ad assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato.

A fronte della complessità di simile attività valutativa, si rivela dunque centrale la questione dell'ampiezza del "bagaglio conoscitivo" a disposizione del giudice nel compiere la delicata "analisi" di cui si è detto.

A tal proposito, innanzitutto, il legislatore ha attribuito al giudice il potere di acquisire, ai sensi del singolare disposto dell'art. 464-*bis*, co. 5, c.p.p.

⁶⁶⁹ Così: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2129.

⁶⁷⁰ In tal senso, anche per numerosi riferimenti alla giurisprudenza, v.: R. PICCIRILLO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 17 ss.

⁶⁷¹ In tal senso, oltre alla dottrina, v. ad esempio: Cass., Sez. V. n. 24011 del 4 giugno 2015, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, p. 78.

ed in deroga al principio generale di cui all'art. 190 c.p.p., «tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, tutte le ulteriori informazioni necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato». Si è previsto, peraltro, che tali «informazioni» – sintomatiche di un'inedita attenzione alla “persona” dell'imputato nel contesto del processo penale ordinario e verosimilmente caratterizzate, stante la nomenclatura utilizzata dal legislatore, da un intrinseco coefficiente di “informalità” quanto a modi e forme di assunzione – siano «tempestivamente» portate a conoscenza dell'imputato e del pubblico ministero⁶⁷². Ancora, come si ricorderà, sono posti a disposizione del giudice, allorché si tratti di decidere sulla richiesta di messa alla prova *ex art. 464-quater* c.p.p., il programma di trattamento elaborato dall'u.e.p.e., nonché, soprattutto, l'indagine socio-familiare sull'imputato e le considerazioni a supporto dello progetto sviluppate dallo stesso ufficio, nelle quali potrà darsi conto altresì eventuali atti «rilevanti relativi al procedimento penale» depositati dall'imputato, che vanno trasmessi al giudice ai sensi dell'art. 141-*ter* disp. att. c.p.p.⁶⁷³.

Se, però, i citati atti possono, nel complesso, fornire un quadro completo circa la “figura” dell'imputato ed il relativo “contesto di vita”, prestandosi al vaglio sulla «idoneità del programma di trattamento» e sulla futura condotta dell'imputato, la normativa si rivela carente nella misura in cui, pur esigendo dal giudice il descritto “accertamento” ai sensi dell'art 129 c.p.p. ed il richiamo ai parametri di cui all'art. 133 c.p., si confronta con il deficit conoscitivo che, in relazione, al fatto-reato, non può che affliggere il giudice del dibattimento chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di *probation*.

Se, infatti, nel caso di richieste avanzate in fase di indagini preliminari⁶⁷⁴ e di udienza preliminare il giudice ha a disposizione gli atti di

⁶⁷² Sul tema, v. più approfonditamente: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga del dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, cit. p. 540.

⁶⁷³ In dottrina, si ritiene, in via interpretativa, che tali atti vadano depositati in cancelleria e che di tale deposito vada dato avviso alle parti – affinché possano prendere visione ed estrarre copia degli atti – con la medesima tempestività prescritta dall'art. 464-*bis*, co. 5, c.p.p. per le informazioni relative alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato; v., ancora: C. CESARI, sub *art. 464-bis*, cit. p. 2130.

⁶⁷⁴ Si ritiene, infatti, che il pubblico ministero unitamente al consenso motivato ed alla imputazione sia tenuto a trasmettere al g.i.p. il fascicolo contenente gli atti di indagine

indagine, allorché si debba pronunciare *in limine* alla dichiarazione di apertura del dibattimento – come nel frequente caso in cui si sia proceduto per citazione diretta – questi, apparentemente, non potrà che attingere allo scarno contenuto del fascicolo del dibattimento, spesso limitato al certificato del casellario giudiziale.

E, si badi, la serietà del problema è apparsa tale da sfociare in una questione di legittimità costituzionale della disciplina, esigendosi dal giudice, nella prospettiva del tribunale rimettente l’emanazione – vista l’afflittività che connota le prescrizioni del *probation* – «un provvedimento giurisdizionale di irrogazione di un trattamento giuridico di diritto penale criminale suscettibile di essere pronunciato sul presupposto di un convincimento di responsabilità di carattere assurdo o simulatorio poiché formulato senza cognizione di elementi occorrenti a stabilire se alcun fatto sia avvenuto, come e da chi sia stato commesso e quale ne sia la qualificazione giuridica», dal momento che, invero, «i pochi atti contenuti nel fascicolo del per il dibattimento risultano largamente insufficienti a fornire la plausibile rappresentazione del fatto occorrente ai fini della formulazione di un giudizio positivo di responsabilità»⁶⁷⁵. Ebbene, la Consulta, con la più volte citata sentenza 91 del 2018, ha dichiarato inammissibile la questione, non avendo il giudice *a quo* considerato la possibilità – secondo un’angusta via per vero già indicata da parte della dottrina⁶⁷⁶ – di attingere agli atti del fascicolo del pubblico ministero ricorrendo ad un’applicazione analogica dell’art. 135 disp. att. c.p.p. Tale disposizione, come è noto, consente espressamente al giudice di ordinare l’esibizione di tali atti per decidere sulla richiesta di “patteggiamento” rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché, secondo l’interpretazione fornitane dalla giurisprudenza, nell’affine caso di rinnovazione della richiesta di giudizio abbreviato “condizionato” precedentemente respinta. Così, secondo la Corte costituzionale, il giudice del dibattimento ben potrebbe superare l’*impasse*

compiuti, non dissimilmente da quanto avviene in materia di patteggiamento ai sensi dell’art. 447 co. 1 c.p.p.

⁶⁷⁵ Cfr.: Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 91.

⁶⁷⁶ V.: A. DIDI, *Op. cit.*, cit. p. 125.

decisionale determinato dalla richiesta di accesso alla messa alla prova presentata – anche per la prima volta – nel corso dell’udienza di comparizione ricorrendo agli atti delle indagini preliminari, non ravvisandosi ragioni per «impedirne la conoscenza al giudice quando ciò è necessario ai soli fini della decisione su tale richiesta»⁶⁷⁷.

A seguito di una “spinta” tanto autorevole, sembra lecito immaginare che, fuori dai casi di inammissibilità o incongruità della richiesta percepibili *ictu oculi*, si registrerà un diffuso utilizzo degli atti del contenuto nel fascicolo del pubblico ai fini dell’art. 464-*quater* c.p.p., così rinforzandosi la piattaforma conoscitiva del giudice chiamato a pronunciarsi sull’istanza di accesso al *probation*, sicuramente agevolato nell’ottica tanto dell’accertamento *ex art.* 129 c.p.p., quanto della valutazione dei parametri di cui all’art. 133 c.p.p. strumentali, come visto, alla verifica dell’«idoneità del programma di trattamento» e della prognosi di non recidivanza dell’imputato.

Se così stanno le cose, però, sarà arduo non ravvisare una ipotesi di incompatibilità – ulteriore rispetto a quelle di cui all’art. 34 c.p.p. – in capo al giudice del dibattimento che, dopo aver visionato gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero per vagliare la richiesta di messa alla prova, sia chiamato a proseguire il processo nei confronti dello stesso imputato – nei casi di rigetto o di esito negativo del *probation* – o rispetto ai coimputati non richiedenti. Incompatibilità che, sebbene paventata in dottrina⁶⁷⁸, era esclusa dalla giurisprudenza⁶⁷⁹ sulla base di argomenti che – potrebbe ritenersi – risulterebbero *ipso facto* superati dalla “contaminazione” del giudice del dibattimento conseguente al contatto diretto con gli atti di indagine non concordata dalle parti.

2.3. I provvedimenti “decisori” del giudice

⁶⁷⁷ Cfr.: Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 91.

⁶⁷⁸ Specie in relazioni alle ipotesi di richiesta di messa alla prova avanzata e per alcuni soltanto dei più reati contestati al medesimo imputato e di quello di prosecuzione del giudizio in seguito al rigetto dell’istanza di ammissione; v., ad esempio: V. BOVE, *Messa alla prova per adulti: un punto sulla L. 67/2014*, p. 18 ss.; G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 437.

⁶⁷⁹ Cfr. Cass., Sez. III, n. 14750 dell’11 aprile 2016, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2931 ss., con nota di L. SPADANO, *E’ incompatibile il giudice che ha disposto la messa alla prova nel processo soggettivamente cumulativo?*

Compiuta la complessa valutazione di cui si è detto, il giudice, salve le ipotesi di inammissibilità della richiesta o di sussistenza di una causa di proscioglimento immediato *ex art. 129 c.p.p.*, potrà adottare un provvedimento di accoglimento o di rigetto. In ogni caso, stando al disposto dell'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., il provvedimento che decide sulla richiesta assumerà le vesti dell'ordinanza.

Nel caso di accoglimento, con l'ordinanza, che conterrà un richiamo o, addirittura, incorporerà essa stessa il programma di trattamento elaborato dall'u.e.p.e. d'intesa con l'imputato, il giudice dovrà determinare la durata del *probation*, disponendo la sospensione del processo per il periodo corrispondente. Quest'ultimo, ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p., non può superare i due anni quando si procede per reati puniti con la pena detentiva o di un anno quando, invece, si procede per reati puniti con la sola pena pecuniaria. È significativa, d'altro canto, la possibilità attribuita al giudice, anche sulla base delle informazioni acquisite ai sensi dell'art. 464-*bis*, co. 5, c.p.p., di integrare o modificare il programma di trattamento, sempreché – al fine di non annichilire la base consensuale dell'istituto e di scongiurare aggiramenti della volontà dell'imputato – quest'ultimo vi acconsenta espressamente secondo le stesse modalità descritte dall'art. 464-*bis*, co. 3, c.p.p.⁶⁸⁰.

Con la medesima ordinanza, viepiù, il giudice stabilisce, *ex art. 464-quinquies*, co. 1, c.p.p., un autonomo termine – prorogabile, previa apposita istanza, una sola volta in presenza di gravi motivi – per l'adempimento, da parte dell'imputato, delle prescrizioni e degli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie, così da favorire la rapida soddisfazione della persona offesa dal reato. Solo con il consenso di quest'ultima, inoltre, il

⁶⁸⁰ A proposito, in linea con l'opinione di parte della dottrina, si colloca la recente Cass., Sez. III, n. 16711 del 16 febbraio 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 272556, stando alla quale « In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, è illegittimo il provvedimento con cui il giudice, in assenza dell'imputato, modifichi il programma di trattamento elaborato ai sensi dell'art. 464-*bis*, co. 2, c.p.p. con il consenso del sostituto processuale del difensore di fiducia, sprovvisto di procura speciale».

giudice può autorizzare il pagamento rateale delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno⁶⁸¹.

Peraltro, l'art. 464-*quater*, co. 5, c.p.p. sancisce l'inapplicabilità, in caso di sospensione del procedimento con messa alla prova, dell'art. 75, co. 3, c.p.p. In tal modo, opportunamente, si è esentata l'eventuale azione proposta in sede civile dal danneggiato – le cui aspettative risarcitorie siano rimaste frustrate o insoddisfatte nell'ambito del *probation* – dalla sospensione automatica prevista dalla citata disposizione.

A partire dall'ordinanza che accoglie la richiesta dell'imputato di ammissione alla prova, si registra un deciso scostamento dal binario processuale, entrandone l'ordinario iter in una fase di quiescenza. L'art. 464-*quinquies*, c.p.p. prevede infatti che l'ordinanza in esame sia trasmessa all'u.e.p.e., che è tenuto a prendere in carico l'imputato. Tale momento, invero, segna l'inizio della fase esecutiva del *probation*, sulla quale ci si soffermerà in seguito⁶⁸². L'attività processuale, d'altro canto, è destinata a riprendere solo una volta conclusasi – nei tempi previsti o anticipatamente – la “prova”, nonché, come si vedrà, nell'eccezionale ipotesi di compimento di attività istruttoria nel corso della sospensione.

Diversamente, come detto, allorché il giudice non ritenga degna di accoglimento la richiesta di messa alla prova, adotterà un'ordinanza di rigetto, con la quale disporrà la prosecuzione del rito secondo le scadenze ordinarie. È giusto il caso di segnalare che, per il caso di richiesta presentata nel corso delle indagini preliminari, con tale provvedimento il g.i.p. trasmette gli atti al pubblico ministero che, avendo formulato l'imputazione unitamente al consenso già espresso alla messa alla prova, non potrà che “proseguire” con l'esercizio dell'azione penale secondo una delle ulteriori modalità contemplate dall'art. 405 c.p.p.

2.4. Il sistema delle impugnazioni

⁶⁸¹ Trattasi, invero, di previsione dalla rigidità difficilmente spiegabile, specie se si consideri che la persona offesa può al più formulare un parere non vincolante sulla richiesta di messa alla prova e sui contenuti del programma; sul tema, tra gli altri, v.: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit p. 436.

⁶⁸² V. *infra*, par. 3.

Prima di focalizzarci sulla fase dell'esecuzione del *probation*, resta da analizzare il sistema dei "rimedi" esperibili avverso le ordinanze con cui, come visto, il giudice si pronuncia sulla richiesta di ammissione alla messa alla prova.

Al tema, il legislatore ha dedicato i co. 7 e 9 dell'art. 464-*quater* c.p.p., predisponendo una disciplina piuttosto scarna, che non ha mancato di suscitare alcuni problemi interpretativi rispetto, come a breve si vedrà, alla ricorribilità in cassazione dell'ordinanza di rigetto.

Ad ogni modo, dall'esame dei citati commi, si evince un quadro di rimedi composito, articolato a seconda della fase processuale in cui interviene il provvedimento sulla richiesta alla prova e – nell'interpretazione offertane dalle Sezioni Unite su cui ci si appresta a soffermarsi – del relativo contenuto.

Allorché, innanzitutto, la richiesta avanzata nel corso delle indagini preliminari ovvero dell'udienza preliminare sia respinta, perché dichiarata inammissibile o rigettata dal giudice, all'imputato è data la possibilità di riproporre la richiesta – si ritiene, senza alterarne il contenuto⁶⁸³ – nella fase processuale successiva, sino a che, giunti in fase dibattimentale, non intervenga la dichiarazione di apertura del dibattimento. Si è optato, in tal modo, per un meccanismo che ricorda quello previsto, per la richiesta di "patteggiamento", dall'art. 448, co. 1, c.p.p., nella stessa logica spiegandosi l'onere del pubblico ministero di motivare il dissenso alla richiesta di messa alla prova nel corso delle indagini, nonché quello del giudice in caso di provvedimento reiettivo sulla stessa richiesta.

Altrettanto piana è la previsione della ricorribilità in cassazione dell'ordinanza di accoglimento della richiesta di messa alla prova, in qualunque fase processuale sia essa pronunciata. Ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. la possibilità di esperire il ricorso è attribuita all'imputato, al pubblico ministero ed alla persona offesa, benché quest'ultima goda di legittimazione autonoma nei soli casi in cui sia stato omesso l'avviso dell'udienza di cui all'art. 464-*quater*, co. 1, c.p.p., o in cui, pur presente, non

⁶⁸³ In tal senso, e più approfonditamente sul punto, v.: C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit. p. 543 ss.

sia stata sentita. Sebbene possa destare qualche perplessità l'attribuzione all'imputato della legittimazione ad impugnare un provvedimento dallo stesso richiesto, in giurisprudenza si è già messo in luce l'ampio ventaglio di ipotesi che ne spiegherebbero l'interesse ad agire, ad esempio, deducendo la mancata applicazione dell'art. 129 c.p.p., censurando la mancanza dell'accertamento circa l'effettività volontarietà della richiesta, contestando l'erronea qualificazione del fatto o, infine, dolendosi del provvedimento con cui il giudice ha integrato o modificato il programma di trattamento senza acquisire lo specifico consenso del richiedente ai sensi dell'art. 464-*quater*, co. 4 c.p.p.⁶⁸⁴. Nell'ipotesi di ricorso avverso tale ordinanza, peraltro, lo stesso art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. precisa che l'impugnazione non sospende il procedimento, cosicché il *probation* dovrà comunque avere il suo corso, potendone dunque gli esiti risultare vanificati ove intervenga l'annullamento del provvedimento ammissivo ad opera della Suprema Corte.

È sulla possibilità di impugnare autonomamente mediante il ricorso per cassazione l'ordinanza reiettiva – di inammissibilità o di rigetto – della richiesta della messa alla prova, che, invece, si è registrato un acceso contrasto interpretativo, che ha richiesto l'intervento risolutore delle Sezioni Unite⁶⁸⁵, il cui approdo è stato salutato con umori alterni in dottrina⁶⁸⁶.

Il “dilemma” è sorto a fronte del testo del già citato art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p., che salomonicamente si limita a prevedere che «contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per cassazione» i soggetti di cui si è detto poc'anzi. Così, ci si è chiesti se «l'ordinanza che decide» dovesse intendersi solo quella di accoglimento, ovvero se, stando a tale inciso, dovesse ammettersi il ricorso, in via autonoma, anche avverso il provvedimento reiettivo. Se, da un lato, la dottrina e parte della

⁶⁸⁴ L'elencazione di tali paradigmatiche ipotesi è contenuta nella decisione delle Sezioni Unite che ci si appresta ad analizzare; v. nota seguente.

⁶⁸⁵ Cfr.: Cass., Sez. Un., n. 33216 del 31 marzo 2016, Rigacci, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4371 ss., con nota di L. BARONE, *I rimedi avverso il denegato probation. Dalle Sezioni Unite segnali incoraggianti di implementazione dell'istituto.*

⁶⁸⁶ Ne enfatizza gli aspetti positivi: L. BARONE, *Op. ult. cit.*, p. 4379 ss. Per un approccio più scettico a tale decisione, invece, v.: I. GUERINI, *In claris (non) fit interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016.

giurisprudenza si sono mostrate inclini alla soluzione favorevole – pur evidenziandone alcune conseguenti incongruenze – sulla base del tenore letterale della norma e della conseguente impossibilità di riproporre le argomentazioni adoperate dalla Cassazione per raggiungere l’opposto esito in materia di messa alla prova *ex art. 28*, D.P.R. n. 448 del 1988⁶⁸⁷, altra parte della giurisprudenza di legittimità si è schierata in senso diametralmente opposto⁶⁸⁸.

Ebbene, le Sezioni Unite hanno avallato tale secondo, minoritario orientamento, ampliandone e precisandone, però, il fondamento logico-giuridico. In sintesi, secondo il supremo Consesso, posto che il sibillino tenore del citato art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. non consentirebbe di ammettere una deroga tanto vistosa al principio di tassatività delle impugnazioni, e ritenuti non dirimenti alcuni indici testuali valorizzati dall’opposto orientamento, esigenze di coerenza sistematica impongono di ravvisare, da un lato, nel sistema di reiterazione della domanda di cui all’art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. il rimedio avverso l’ordinanza reittiva emessa nelle fasi precedenti il giudizio, dall’altro, nell’impugnazione congiunta alla sentenza che definisce il giudizio *ex art. 586* c.p.p. quello avverso l’ordinanza “negativa” adottata prima dell’apertura del dibattimento. Ciò consentirebbe, come già rilevato da alcune pronunce, di superare tanto le «diseconomie» che deriverebbero dalla possibilità di ammettere, rispetto alla richiesta presentata nel corso dell’udienza preliminare, la reiterazione della domanda al giudice del dibattimento e la contemporanea impugnazione autonoma e diretta del provvedimento negativo del g.u.p., quanto le criticità che si registrerebbero nell’ipotesi di accoglimento del ricorso avverso l’ordinanza emessa dal giudice del dibattimento. In tale secondo caso, invero, non essendosi previsto alcun meccanismo sospensivo per la fase di “pendenza” del ricorso, ben potrebbe verificarsi che l’annullamento con rinvio dell’ordinanza reiettiva intervenga

⁶⁸⁷ Quanto alla dottrina, tra i moltissimi, si v.: A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit. p. 683; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 409. Sul versante giurisprudenziale, ad esempio, v.: Cass., Sez. V, n. 4586 del 20 ottobre 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 265627; Cass., Sez. II, n. 20602 del 6 maggio 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 263787.

⁶⁸⁸ In tale secondo senso, v. tra le altre: Cass., Sez. V, n. 25566 del 3 giugno 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 264061; Cass., Sez. II, n. 40397 del 12 giugno 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 264574.

solo una volta che, proseguito normalmente il giudizio di primo grado, sia stata emessa sentenza o, addirittura, l'intero processo si sia definitivamente concluso, con pesanti ricadute sotto il profilo della certezza dei rapporti giuridici – specie nella prospettiva della parte civile che si sia visto riconosciuto il risarcimento del danno – e dell'individuazione del giudice del rinvio⁶⁸⁹. Viepiù, sempre secondo il Supremo Consesso, il meccanismo di cui all'art. 586 c.p.p. meglio si presterebbe a tutelare le garanzie dello stesso imputato. Ammettendo che l'art. 464-*quater*, co. 7, c.p.p. preveda il ricorso per cassazione anche avverso il provvedimento di diniego, infatti, questo – stante il richiamato principio di tassatività – sarebbe l'unico rimedio concesso all'imputato, le cui doglianze dovrebbero pertanto attenersi entro gli angusti limiti di cui all'art. 606 c.p.p., con «forte dequotazione della [relativa] difesa». Per contro, è la stessa morfologia del giudizio sull'istanza di messa alla prova – fortemente incentrata, come visto, su valutazioni di fatto attinenti l'idoneità del programma, la personalità dell'imputato, la sua tendenza a delinquere ecc. – a reclamare l'individuazione di un meccanismo che consenta un “riesame” esteso al merito dell'ordinanza reiettiva emessa dal giudice del dibattimento. Strumento a ciò congeniale, invero, non può che ravvisarsi nell'appello dell'ordinanza dibattimentale di rigetto congiuntamente con la sentenza di primo grado, stante l'ampio effetto devolutivo di tale impugnazione e gli incisivi poteri cognitivi del giudice d'appello, a cui, pertanto, va pienamente riconosciuto «nel caso di riforma del provvedimento di rigetto, il potere di sospendere il procedimento e ammettere l'imputato al beneficio, negatogli in primo grado», non rientrandosi in alcuna delle ipotesi di annullamento contemplate dall'art. 604 c.p.p.⁶⁹⁰. In tal modo, conclude la Suprema Corte, si ricostruirebbe l'impianto dei rimedi avverso l'ordinanza reiettiva della richiesta di messa alla prova – articolato, come visto, tra reiterazione della richiesta respinta nelle fasi anteriori al giudizio e

⁶⁸⁹ Criticità, per vero, già rilevate da parte della dottrina; v.: G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014*, n. 67, cit. p. 438; sul tema, v. anche: A. DIDI, *La fase di ammissione alla prova*, p. 132.

⁶⁹⁰ Per una recentissima applicazione di tale indirizzo, v.: Cass., Sez. III, n. 29622 del 15 febbraio 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 273174., relativa, peraltro, ad un caso in cui il giudizio di primo grado si era svolto con le forme del rito abbreviato.

impugnazione congiunta dell'ordinanza negativa e della sentenza dibattimentale ex art. 586 c.p.p. – in maniera perfettamente coincidente con la consolidata sistemazione raggiunta dalla giurisprudenza in materia di *probation* minorile ex art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988⁶⁹¹.

3. La fase di esecuzione della messa alla prova

La fase di esecuzione della prova ha inizio a partire dalla «presa in carico» dell'imputato da parte dell'u.e.p.e., a cui, come anticipato, va immediatamente trasmessa l'ordinanza di ammissione ai sensi dell'art. 464-*quinquies*, co. 2, c.p.p.

Più nel dettaglio, in dottrina si concorda nel far coincidere l'inizio vero e proprio della prova con la redazione da parte dell'u.e.p.e. del verbale di inizio del *probation*, dalla cui sottoscrizione da parte dell'imputato, ai sensi dell'art. 464-*quater* c.p.p., decorrono i termini di durata massima della sospensione definiti dal precedente co. 5. Nel nel silenzio della legge, peraltro, si ritiene che tale verbale si articoli in analogia con quanto previsto in materia di affidamento in prova al servizio sociale ex art. 47 ord. pen.⁶⁹².

Da tale momento, il ruolo dei servizi sociali, si fa cruciale, svolgendosi l'intera prova sotto la supervisione degli uffici u.e.p.e., i quali, come si è suggestivamente affermato, «lungi dall'essere ausiliari del giudice o meri esecutori dei provvedimenti del giudice, sono i veri registi dell'intervento di *probation*»⁶⁹³. Ciò, in particolare, poiché tutta l'attività che l'imputato è tenuto a svolgere, dall'adempimento delle prescrizioni, al rispetto degli obblighi, al compimento dell'ulteriori attività definite del programma di

⁶⁹¹ Cfr.: Cass., Sez. Un., n. 33216 del 31 marzo 2016, Rigacci. Sul tema delle impugnazioni in materia di messa alla prova minorile v. anche *retro*, Cap. I, parr. 3 ss.

⁶⁹² DI tale avviso: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 545.

⁶⁹³ Così: L. PEPINO, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, cit. p. 486, a proposito del ruolo dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia rispetto al *probation* di cui all'art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988. L'affermazione ben si presta, però, ad essere mutuata alla sospensione del procedimento con messa alla prova ex l. n. 67 del 2014 secondo: F. NEVOLI, *La sospensione del procedimento e la decisione "sulla prova"*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, cit. p. 159.

trattamento, si svolge sotto l'egida dei servizi⁶⁹⁴, a cui l'imputato è – appunto – affidato.

All'u.e.p.e., dunque, spetta un ampio ventaglio di compiti, essendo chiamati tanto ad attività di “orientamento” e di “ausilio” dell'imputato, quanto al monitoraggio sul rispetto del programma e sul fattivo impegno da quest'ultimo profuso. Viepiù, ai sensi dell'art. 141-*ter*, co., 4, disp. att., ai servizi è attribuito uno specifico obbligo di documentazione ed informativo circa l'andamento del *probation*, dovendo, con la cadenza stabilita nel provvedimento di ammissione – comunque non superiore a tre mesi – informare il giudice, mediante apposite “relazioni periodiche”, dell'attività svolta e del comportamento dell'imputato. Come a breve si vedrà, inoltre, in tali occasioni all'u.e.p.e. è data la possibilità di proporre al giudice modifiche al programma, abbreviazioni al periodo di sospensione o, infine, persino la revoca dell'ordinanza di ammissione al *probation*⁶⁹⁵. E' bene anticipare, inoltre che agli stessi servizi sociali è rimessa la redazione di una specifica relazione finale sulla prova, sulla base della quale il giudice valuterà l'esito complessivo del *probation*⁶⁹⁶.

Mentre, dunque, freme l'attività dei servizi sociali, il processo, come detto, entra in una fase di stasi, nel corso della quale – si rammenterà – ai sensi dell'art.168-*ter*, c.p., il decorso della prescrizione resta sospeso per l'imputato che abbia ottenuto l'accesso al *probation* e non per eventuali correi. Ciò, però, non sempre si traduce nella integrale paralisi dell'attività processuale, essendosi opportunamente contemplata l'eventualità che, durante il periodo di sospensione, si renda necessaria l'assunzione di prove. Sulla falsariga degli artt. 70 co. 2 e 71 co. 4, infatti, l'art. 464-*sexies* c.p.p. prevede che, su richiesta di parte e con le modalità stabilite per il dibattimento, il giudice acquisisca le «prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato». Così, al fine di preservare la funzione accertativa del processo penale si consente l'espletamento di attività istruttoria allorché sussista un concreto ed attuale pericolo di

⁶⁹⁴ Sul tema, v.: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 546.

⁶⁹⁵ A proposito, v. *infra* par. 3.1.

⁶⁹⁶ Sul tema, v. *infra* par. 4.

dispersione probatoria – che in dottrina si definisce attingendo ai casi di cui all'art. 392 c.p.p., esclusi quelli fondati su presunzioni non conferenti con l'“urgenza” dell'acquisizione della prova⁶⁹⁷ – e, d'altro canto, in ossequio al principio del *favor rei*, ove si ritenga che la stessa possa tradursi in prove “a discarico”, in grado, cioè, «di scardinare la premessa accertativa del *probation*», che, come visto, implica l'insussistenza di cause di proscioglimento immediato *ex art.* 129 c.p.p.⁶⁹⁸.

Fuori da tali eccezionali ipotesi, peraltro, l'intervento del giudice durante il periodo di sospensione del processo potrebbe rendersi necessario anche a fronte di “vicende” più propriamente legate allo svolgimento del *probation*, sulle quali è bene soffermarsi.

3.1. Vicende “anomale” del *probation*: la modifica del programma e la revoca dell'ordinanza di sospensione

Nel corso della prova, è possibile che, a fronte di avvenimenti o esigenze sopravvenuti, sorga la necessità di incidere sull'originario programma del *probation*, modificandone la durata, modulandone i contenuti o, infine, accertandone anticipatamente l'esito negativo.

È bene subito evidenziare che a simili esiti può pervenirsi su impulso dei servizi sociali, che potrebbero segnalarne l'esigenza, mediante apposita proposta *ex art.* 141-*ter*, co. 4, disp att. c.p.p., nelle relazioni periodiche di cui si è detto, delle parti o dello stesso giudice, qualora abbia notizia dei rispettivi presupposti⁶⁹⁹. In ogni caso, a tal fine, è necessario che intervenga uno specifico provvedimento del giudice che modifichi l'“originaria” ordinanza di

⁶⁹⁷ In tal senso, e più approfonditamente, v.: F. NEVOLI, *La sospensione del procedimento*, cit. p. 160 ss.

⁶⁹⁸ Così: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 548, la quale, da un lato, ritiene che l'acquisizione della prova, dovendo avvenire con le modalità stabilite per il dibattimento, dovrebbe richiedere, fuori dai casi di sospensione disposta dal giudice del dibattimento, secondo forme di cui agli artt. 392 ss. c.p.p., dall'altro, rileva le criticità derivanti dall'aver attribuito il potere di richiedere l'assunzione di prove a discarico alle parti e non alla sola difesa – come invece è previsto dall'art. 70 c.p.p. – prestandosi a possibili abusi da parte del pubblico ministero, come nell'ipotesi «in cui il risultato probatorio richiesto dall'accusa risulti “inopinatamente” sfavorevole, restando comunque definitivamente acquisito al bagaglio probatorio»

⁶⁹⁹ Più nel dettaglio, a proposito, v.: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p.545 ss.

sospensione del procedimento dallo stesso emessa o che ne disponga la revoca, con le medesime forme.

In primo luogo, come si evince dal citato art. 141-ter, co. 4, disp att. c.p.p., che attribuisce esplicitamente ai servizi un potere di proposta in tal senso, è possibile che sia disposta l'abbreviazione del periodo di prova. Ciò, in particolare, si ritiene possibile allorché il decorso dell'intero periodo inizialmente programmato si riveli inutile, essendo già possibile «affermare l'avvenuto successo del percorso trattamentale»⁷⁰⁰. Rispetto a tale eventualità, peraltro, il legislatore non sembra aver contemplato particolari cadenze procedurali, diversamente dalle altre ipotesi di cui subito si dirà. Diversamente, la normativa non prevede la possibilità di disporre proroghe al periodo di prova, contemplando unicamente tale eventualità in relazione – come visto – al diverso termine relativo agli “adempimenti” riparatori o risarcitori *ex art. 464-quinquies*, co, 1, c.p.p. Verrebbe da chiedersi, dunque, se, nel rispetto dei termini massimi di durata di cui art. 464-*quater*, co, 1, c.p.p., sia ammissibile estendere la durata del *probation* – magari su richiesta espressa dell'imputato – al fine di scongiurarne l'esito negativo, come parte degli interpreti ritiene possibile in materia di messa alla prova minorile⁷⁰¹, e come si è previsto nelle *guidelines* operative diffuse da alcuni uffici giudiziari⁷⁰².

Ancora, ai sensi dell'art. 464-*quinquies*, co. 3, c.p.p., è previsto il potere del giudice di disporre, autonomamente o su proposta dei servizi sociali o delle parti, la modifica delle prescrizioni originarie. Tale potere, strumentale a preservare le esigenze di flessibilità e personalizzazione intrinseche al

⁷⁰⁰ Così, ancora, C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 545.

⁷⁰¹ Rievoca tale soluzione, benché trattando della prorogabilità del termine iniziale della messa alla prova per adulti: M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 411.

⁷⁰² V., in tal senso, le linee guida elaborate dal Tribunale di Milano, consultabili online ([https://www.tribunale.milano.it/files/1\)%20Istituto%20della%20Messa%20alla%20Prova_%200Linee%20Guida.pdf](https://www.tribunale.milano.it/files/1)%20Istituto%20della%20Messa%20alla%20Prova_%200Linee%20Guida.pdf)), stando alle quali «Al fine di uniformare il più possibile le indicazioni relative alla durata della messa alla prova e fornire a tutti gli operatori un quadro di riferimento dei limiti temporali, si sono suddivisi i reati per fasce facendo riferimento alla pena edittale massima prevista per i reati per i quali l'istituto è applicabile. Il massimo è stato individuato in 18 mesi a fronte di una previsione di legge di 24 per mantenere la possibilità di proroga da parte del Giudice ove necessario, così come previsto». V. anche: V. BOVE, *L'istituto della messa alla prova per adulti: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2014, p. 8 ss.

probation a fronte di sopravvenienze registratesi nel corso dell'esecuzione, pare potersi esplicitare tanto rispetto al tipo di prescrizione, quanto alle relative modalità esecutive, ben potendosi immaginare casi di sopravvenuta inesigibilità o impossibilità di determinati adempimenti previsti dal programma trattamentale. Nondimeno, più di una perplessità desta il fatto che, stando al disposto del citato art. 464-*quinquies*, co. 3, c.p.p., il giudice possa disporre con ordinanza simili modifiche sentiti il pubblico ministero e, in particolare, l'imputato. Scomparso, nel corso dei lavori parlamentari, il riferimento al consenso dell'imputato⁷⁰³, al giudice è infatti consentito incidere unilateralmente – previo mero parere obbligatorio ma non vincolante – sulle prescrizioni contenute nel programma di trattamento, alterandone *a posteriori* la base volontaristica, che, come visto, regge la tenuta costituzionale dell'istituto. Viepiù, da altra prospettiva, tutt'altro che ragionevole pare anche il ridimensionamento del ruolo della persona offesa, la quale, contrariamente a quanto avviene in sede di “approvazione” del programma di trattamento, sembra non dover essere neppure sentita⁷⁰⁴. Di scarso conforto, del resto, è risultata la circostanza che il giudice possa disporre tali modifiche «ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova», stante la genericità di un simile parametro. Si consideri, infine, che neppure è stato predisposto un rimedio impugnatorio avverso l'ordinanza che dispone la modifica delle prescrizioni originarie. Così, pur registrandosi l'opinione di chi, nello sforzo di individuare un meccanismo di tutela in via interpretativa, ha suggestivamente – ma non senza alcune forzature – proposto di ricorrere in via analogica all'incidente di esecuzione regolato dall'art. 665 c.p.p.⁷⁰⁵, più realistico sembra ravvedere l'unico – e limitato – rimedio nel ricorso per cassazione avverso la successiva ordinanza di revoca della sospensione⁷⁰⁶, che seguirà il rifiuto dell'imputato di sottoporsi alle prescrizioni modificate.

⁷⁰³ A proposito, v.: M. MONTAGNA, *Op. ult. cit.*, cit. p. 412.

⁷⁰⁴ Per tali considerazioni, v. più nel dettaglio: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 546.

⁷⁰⁵ Di tale avviso: R. PICCIRILLO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 24.

⁷⁰⁶ In tal senso, v.: G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014 n. 67*, cit., p. 434, secondo il quale la prospettata soluzione dell'incidente di esecuzione non appare persuasiva, vuoi vista la problematica qualificazione dell'ordinanza di messa alla

A ben vedere, ad ogni modo, l'evenienza più significativa – non a caso destinataria di una disciplina più dettagliata – che potrebbe registrarsi nel corso dell'esecuzione della prova, è proprio quella della revoca dell'ordinanza di sospensione del processo, che ne segna la chiusura anticipata rispetto alla scadenza “naturale” inizialmente stabilita *ex art. 464-quater c.p.p.*

Stante la gravità delle conseguenze che ne derivano⁷⁰⁷, il legislatore si è curato di fissare i presupposti in presenza dei quali il giudice è tenuto a disporre la revoca del *probation*. A tal fine, l'art. 168-*quater c.p.p.*, con elencazione di natura ritenuta tassativa⁷⁰⁸, prevede tre distinti casi di revoca, che, nel loro complesso, determinano «il ripristino delle esigenze preventive e di difesa sociale sottese alla celebrazione del processo» a fronte di «condotte che disvelino a posteriori la carente volontà del soggetto di sottoporsi all'esperimento, ovvero denunciino una recrudescenza della pericolosità sociale»⁷⁰⁹. Come subito si vedrà, invero, la menzionata disciplina sostanziale è destinata ad operare sinergicamente con l'art. 464-*octies c.p.p.*, che, dal canto suo, descrive l'iter della sub-procedura di revoca, l'efficacia del relativo provvedimento, nonché il rimedio impugnatorio avverso il medesimo.

La prima ipotesi di revoca della sospensione del procedimento con messa alla prova contemplata dal citato art. 168-*quater c.p.p.* riguarda il «caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte». La medesima formula, peraltro, riecheggia nell'art. 141-*ter*, co. 4, disp. att. c.p.p., laddove si prevede l'obbligo per l'u.e.p.e. di proporre al giudice la revoca in presenza dei medesimi presupposti. È significativo notare che, a differenza di quanto previsto in materia di messa alla prova minorile dall'art. 28, co. 5, D.P.R. n. 448 del 1988, il citato art. 168-*quater c.p.p.* prevede che la violazione accertata del programma o delle

prova come provvedimento esecutivo ai sensi dell'art. 665 c.p.p., vuoi per la l'impossibilità di ricondurre tra le competenze del giudice dell'esecuzione, tassativamente elencate dall'art. 676 c.p.p., «quella di sostituirsi al giudice della cognizione per censurare la congruità degli interventi innovativi» disposti, quanto alle prescrizioni, nel corso del *probation*.

⁷⁰⁷ A proposito, v. *infra* par. 4.

⁷⁰⁸ In tal senso, tra gli altri, v.: F. NEVOLI, *La sospensione del procedimento*, cit. p. 163.

⁷⁰⁹ Così: F. FIORENTIN, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, cit. p. 83.

prescrizioni sia alternativamente – e non cumulativamente – grave oppure reiterata. In ciò è dato riscontrare una maggior severità della disciplina⁷¹⁰ rispetto all'archetipo minorile, che se, per un verso, pare arginabile dalla intrinseca discrezionalità della valutazione sulla “gravità” della violazione⁷¹¹, d'altro canto, sembra acuita dal rilievo che la norma pare attribuire al dato numerico, che imporrebbe, stando ad al tenore letterale, l'automatica revoca della messa alla prova a fronte della semplice constatazione di una seconda trasgressione, anche se di modesta entità⁷¹².

Ulteriore ipotesi di revoca prevista dall'art. 168-*quater* c.p., attiene, invece, al «rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità», il quale, come visto, si erge a contenuto indefettibile del *probation*⁷¹³, talché – si è osservato – non risultano tollerati né il rifiuto espresso a svolgere il lavoro di pubblica utilità manifestato dall'imputato a prova avviata, né, tantomeno, inadempimenti o sottrazioni di fatto⁷¹⁴.

Infine, sempre stando all'art. 168-*quater* c.p., la revoca è disposta altresì «in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede»⁷¹⁵. Se, da un lato, la formulazione della norma consente agevolmente

⁷¹⁰ La quale, del resto, sembra essere fatta propria anche dalla giurisprudenza. Si consideri, a proposito, che, di recente, la Suprema Corte ha statuito che «In tema di sospensione del processo con messa alla prova, è legittima la revoca dell'ordinanza di sospensione fondata sull'inottemperanza alle sole prescrizioni relative ai profili risarcitori» (cfr. Cass., Sez. VI, n. 7909 del 9 febbraio 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 272236).

⁷¹¹ In tal senso, v.: F. NEVOLI, *Op. cit.*, cit. p. 164.

⁷¹² *Ibid.*; non manca, peraltro, un'opinione di contrario avviso, stando alla quale il giudice, in caso di reiterazione delle violazioni, in alternativa alla revoca della sospensione, potrebbe decidere di procedere “con gradualità”, ad esempio diffidando l'imputato o modificando in senso restrittivo le prescrizioni; in tal senso, v.: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 84.

⁷¹³ A proposito, v. *retro*, Cap. II, par. 4.1.

⁷¹⁴ Così, ancora: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 84.

⁷¹⁵ La definizione di reato della stessa indole, com'è noto, è fornita dall'art. 101 c.p., secondo il quale «Agli effetti della legge penale, sono considerati reati della stessa indole non soltanto quelli che violano una stessa disposizione di legge, ma anche quelli che, pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni». A tal proposito, peraltro, si è giustamente fatto notare che, stante il divieto di analogia in *malam partem*, deve escludersi che la commissione di un reato al di fuori dei casi previsti dall'art. 168-*quater* c.p. possa costituire motivo di revoca (cfr., tra gli altri: F. NEVOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 164). Non è mancato, d'altro canto, chi, a fronte di ciò, ha messo in luce l'irragionevolezza della scelta legislativa di far discendere la revoca della messa alla prova dalla “mera” violazione formale delle prescrizioni contemplate dal programma e non dalla commissione di reati diversi da quelli previsti,

di escludere il rilievo di eventuali reati commessi anteriormente all'avvio del *probation*, non sono chiare le modalità di accertamento della commissione del nuovo illecito. A tal proposito, in dottrina si registrano le diversificate opinioni di chi stima sufficiente l'acquisizione della relativa *notitia criminis* e l'avvio delle indagini preliminari⁷¹⁶, di chi, invece, ritiene che debba essere almeno intervenuto il rinvio a giudizio del soggetto⁷¹⁷ e di chi, infine, ravvisa il potere-dovere del giudice procedente di accertare d'ufficio, in via incidentale e con cognizione sommaria, la commissione del nuovo reato, nell'ambito del sub-procedimento di revoca⁷¹⁸, ferma restando, in ogni caso, la difficile compatibilità di un simile assetto con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost.

In presenza dei descritti presupposti, su impulso dell'u.e.p.e., ovvero *motu proprio*, il giudice, stando al tenore dell'art. 168-*quater* c.p. – secondo cui, nei descritti casi «la sospensione del procedimento con messa alla prova è revocata» – si ritiene tenuto ad adottare il provvedimento di revoca, non sembrandogli attribuito alcun margine discrezionalità circa la congruità o l'opportunità dell'interruzione del *probation*⁷¹⁹.

Perché ciò avvenga, però è necessario seguire le cadenze fissate, come anticipato dall'art. 464-*octies* c.p.p. Tale disposizione, opportunamente, prevede che la valutazione sui presupposti della revoca si svolga in apposita udienza camerale, della quale deve esser dato avviso sia alle parti che alla persona offesa almeno dieci giorni prima della data fissata per la celebrazione. In tal modo, si è inteso garantire la possibilità dell'instaurazione del contraddittorio circa la sussistenza di uno dei casi di cui all'art. 168-*quater* c.p., tanto che, di recente, la Suprema Corte ha chiarito che

espressiva di maggior disvalore e comunque sintomatica della scemata funzione preventiva delle medesime prescrizioni trattamentali; in tal senso, v.: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 86.

⁷¹⁶ Di tale avviso: F. NEVOLI, *Op. cit.*, cit. p. 164 ss.

⁷¹⁷ L'opinione è di: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 671.

⁷¹⁸ Così: G. L. FANULI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 439.

⁷¹⁹ In tal senso, v., tra i molti: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 671; C. CESARI, *La sospensione del processo con messa alla prova.*, cit. p. 548 ss.; *contra*, v.: F. FIORENTIN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 83, il quale ravvisa l'opportunità di riconoscere comunque al giudice un pur minimo margine di discrezionalità sull'*an* della revoca.

il provvedimento di revoca emesso “*de plano*” è affetto da nullità ed è pertanto ricorribile per cassazione⁷²⁰. Così, perché il contraddittorio sia effettivo, in dottrina si è rilevata la necessità che, in analogia con quanto disposto dall’art. 141-*ter*, co. 6, disp. att. c.p.p. in vista dell’udienza che si celebra alla scadenza “naturale” del periodo di prova⁷²¹, le relazioni periodiche elaborate dall’u.e.p.e. e, in particolare, quella con cui i servizi abbiano eventualmente proposto la revoca, nonché le ulteriori informazioni in possesso dei servizi sociali, siano depositate in cancelleria non meno di dieci giorni prima dell’udienza, con facoltà per le parti di prenderne visione ed estrarne copia⁷²².

Celebrata l’udienza – regolata, stante l’espresso richiamo, dall’art. 127 c.p.p. – la revoca è disposta mediante ordinanza, che, ai sensi dell’art. 464-*octies*, co. 3 c.p.p., è ricorribile per cassazione per violazione di legge.

È significativo notare che, ai sensi del successivo co. 4, il provvedimento di revoca diviene efficace solo una volta che siano decorsi i termini per il ricorso o dalla data in cui quest’ultimo sia dichiarato inammissibile o rigettato dalla Suprema Corte⁷²³. Fino ad allora, deve ritenersi che lo svolgimento della prova trovi “regolare” prosecuzione, non essendo dunque l’imputato esonerato dal rispettare le prescrizioni e gli obblighi del programma di trattamento⁷²⁴. Stando alla citata norma, infatti, solo dal momento in cui l’ordinanza di revoca «è divenuta definitiva», «cessa l’esecuzione delle prescrizioni e degli obblighi imposti», nonché il procedimento penale «riprende il suo corso dal momento in cui era rimasto sospeso».

⁷²⁰ Cfr. Cass., Sez. V, n. 57506 del 24 novembre 2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 271875, secondo cui « In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova il giudice può procedere alla revoca dell’ordinanza di sospensione solo nel contraddittorio delle parti e, quindi, mediante la fissazione di un’udienza camerale partecipata, ex art. 127 c.p.p., con previo avviso alle parti. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la revoca disposta “*de plano*” determina una violazione del contraddittorio cui consegue la nullità del provvedimento, impugnabile con ricorso per cassazione nel termine di quindici giorni dal momento in cui l’imputato ne ha avuto notizia)».

⁷²¹ A tal proposito, v. *infra* par. 4.

⁷²² In tal senso, v.: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 549.

⁷²³ Sul punto, v., tra gli altri, P. FELICIONI, *Gli epiloghi*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla deflazione giudiziaria*, cit. p. 429.

⁷²⁴ V. ancora: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 550.

È giusto il caso di rilevare, a proposito, che, nel silenzio della legge, in dottrina non manca chi ritiene che il processo non potrà proseguire innanzi allo stesso giudice-persona fisica, il quale, essendosi pronunciato tanto in sede di revoca dell'ordinanza sospensiva, quanto, ancor prima, al momento dell'adozione di quest'ultima, avrebbe formulato valutazioni – relative sia alla personalità dell'imputato che al fatto attribuitogli – che lo renderebbero incompatibile alla celebrazione del giudizio⁷²⁵.

Vista, infine, l'omogeneità degli effetti dell'ordinanza di revoca anticipata *ex art. 464-octies* c.p.p. di cui si è detto sin qui e di quella che, invece, accerta l'esito negativo del *probation* dopo l'“ordinaria” scadenza programmata ai sensi dell'art. 464-*septies* c.p.p. quanto al susseguente divieto di presentare istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, al computo del periodo di prova “presofferto” in caso di successiva condanna e all'ammissibilità di una successiva richiesta di altro procedimento speciale nel medesimo processo, è bene rimandare la trattazione di tali temi all'immediato prosieguo, ove ci si soffermerà sui possibili esiti della messa alla prova.

4. Gli esiti della messa alla prova

Qualora non si registrino le descritte vicende, il *probation* giunge a conclusione con lo spirare del termine originariamente fissato dal giudice nell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova.

È in questo momento che il giudice è chiamato ad effettuare una «valutazione complessiva del percorso “trattamentale” svolto, per sancire il successo o il fallimento del *probation*»⁷²⁶. A tal fine, stando al disposto dell'art. 464-*speties* c.p.p., il giudice fissa un'apposita udienza⁷²⁷ della quale va dato avviso alle parti ed alla persona offesa, ed acquisisce la relazione conclusiva

⁷²⁵ Di tale avviso: F. NEVOLI, *Op. cit.*, cit. p.167 ss.

⁷²⁶ Così: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 550.

⁷²⁷ Della quale, per esigenze di economia processuale e di riduzione del carico di lavoro delle cancellerie, si suggerisce la fissazione già con l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, ovviamente per una data successiva alla scadenza del periodo di sospensione; v. in tal senso, V. BOVE, *L'istituto della messa alla prova per adulti: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, cit. p. 9.

elaborata dall'u.e.p.e. che, come visto, è depositata presso la cancelleria almeno dieci giorni prima dell'udienza perché resti a disposizione delle parti *ex art. 141-ter*, co. 6, disp. att. c.p.p.

Lo stesso art. 464-*speties*, co. 1, c.p.p., inoltre, ha cura di precisare i parametri da seguire per la valutazione degli esiti del *probation*, disponendo che il giudice decida «tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite». Emerge, come si è osservato, lo sforzo del legislatore di prevedere, in ossequio al principio di legalità, criteri quanto più possibili oggettivi, così da contenere il rischio di disparità di trattamento dovute a pericolosi soggettivismi interpretativi⁷²⁸.

Ciò non toglie, ad ogni modo, che in capo al giudice sembra residuare un certo margine di discrezionalità circa la valutazione sull'esito della prova, specie a fronte del riferimento al citato parametro del comportamento dell'imputato. Così, in dottrina, ci si chiede se l'esito positivo vada ravvisato nel semplice completamento del percorso di prova senza che sia intervenuto un provvedimento di revoca anticipata, così enfatizzandosi l'indole premiale del procedimento speciale, ovvero, viceversa, se il giudice sia chiamato, in ogni caso, a verificare che il comportamento complessivo dell'imputato disveli un'evoluzione in positivo della personalità verso modelli socialmente adeguati, valorizzando le finalità preventive dell'istituto⁷²⁹.

In ogni caso, riscontrato l'esito positivo della prova, il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato ai sensi del combinato disposto degli artt. e 168-*ter*, co. 2, c.p. e 464-*speties*, co. 1, c.p.p., in ciò risiedendo, come visto, il principale beneficio premiale collegato al *probation*. Va rammentato, inoltre, che tale provvedimento – che assumerà la forma della sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere a seconda della fase in cui si è disposta la sospensione⁷³⁰ – oltre a non pregiudicare l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, potrà, come visto disporre la confisca delle sole

⁷²⁸ In tal senso: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 550. Non manca, tuttavia, chi ritiene comunque necessario che il giudice svolga una prognosi di non recidiva all'esito della prova, dovendo compiere a tal fine un giudizio sia oggettivo che soggettivo sull'imputato; di tale avviso: P. FELICIONI, *Op. cit.*, cit. p. 423 ss.

⁷²⁹ A tal proposito, v., tra gli altri: R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit. p. 672; R. PICCIRILLO, sub *art. 464-septies*, cit. p. 3492.

⁷³⁰ V.: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 550.

cose di cui all'art. 240, co. 2, n. 2), c.p.⁷³¹. Peraltro, in assenza di apposita previsione – quale, ad esempio l'art. 448, co. 2 c.p.p., che sancisce l'inappellabilità della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti – si ritiene che la sentenza con cui il giudice dichiara l'estinzione del reato per esito positivo della prova sia soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione, potendo esser dunque oggetto di appello⁷³² o di ricorso per cassazione⁷³³. Va segnalato, infine, che stante l'inequivoca formulazione dell'art. 3, lett. i-bis), D.P.R. n. 313 del 2002, l'ordinanza che aveva disposto la sospensione del procedimento resta iscritta nel casellario giudiziario anche in caso di esito positivo della prova e conseguente estinzione del reato, così determinandosi, secondo parte della dottrina, un ingiustificato effetto stigmatizzante per l'imputato⁷³⁴.

Nell'opposto caso in cui il giudice ritenga che la prova abbia avuto esito negativo, l'art. 464-*septies*, co. 2, c.p.p. prevede che sia disposta la ripresa del corso del processo con ordinanza. In simile ipotesi, dunque, l'iter processuale verrà riattivato a partire dal momento in cui la sospensione era stata originariamente pronunciata. Qualora ciò sia avvenuto nel corso delle indagini, dunque, il g.i.p. trasmetterà gli atti al pubblico ministero affinché, come visto, eserciti l'azione penale nei diversi modi di cui all'art. 405 c.p.p. Ove, invece, la sospensione sia stata disposta in udienza preliminare o in fase dibattimentale, queste resteranno aperte ai rispettivi esiti tipici. Quanto al

⁷³¹ Sul tema, v. più diffusamente, *retro*, Cap. II, par. 5.1.

⁷³² V.: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 440 ss., che rileva, peraltro, che, in seguito al passaggio in giudicato di tale sentenza, «il soggetto messa 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.)».

⁷³³ In tal senso, ad esempio, v.: R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit. p. 754.

⁷³⁴ Di tale avviso: F. NEVOLI, *Op. cit.*, cit. p. 152. Le perplessità della dottrina, peraltro, hanno trovato eco nella giurisprudenza di merito, che ha sollevato due analoghe questioni di legittimità costituzionale della citata norma; si allude a: Tribunale di Palermo, Sez. III, Ordinanza, 19 marzo 2018, (in *Giur. pen. (web)*, 21 giugno 2018) che ha sollevato una (nuova) questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 24 e 25 del decreto del Presidente della Repubblica n. 313 del 14 novembre 2002, con riferimento agli articoli 3 e 27 comma 3 Cost., nella parte in cui non prevedono che nel certificato generale del casellario giudiziale e nel certificato penale chiesti dall'interessato non siano riportate l'ordinanza di sospensione del processo emessa ai sensi dell'art. 464-quater c.p.p. e la sentenza che dichiara l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 464-septies c.p.p. In precedenza, analoga questione era stata sollevata dal Tribunale di Firenze, con ordinanza del 18 novembre 2016 (in *Giur. pen. (web)*, 6 aprile 2017).

dibattimento, in particolare, nulla esclude che in seguito al fallimento del *probation* si pervenga comunque al proscioglimento dell'imputato sulla base delle risultanze dell'istruttoria, stante il carattere solo provvisorio ed "incompleto" dell'accertamento *ex art. 129 c.p.p.* – che, come visto, precede l'avvio della messa alla prova – sebbene, verosimilmente, la condanna dell'imputato appaia il risultato maggiormente probabile⁷³⁵. In tal caso, peraltro, nel silenzio della legge, l'ordinanza del giudice dibattimentale che abbia acclarato l'esito negativo del *probation* pare passibile di impugnazione congiunta con la sentenza che definisce il giudizio *ex art. 586 c.p.p.*

Ad ogni modo, conclusasi negativamente la messa alla prova⁷³⁶, il legislatore ha previsto conseguenze che vanno ben oltre la ripresa del processo. In primo luogo, infatti, l'*art. 464-novies c.p.p.* predispose un rigido divieto di riproposizione dell'istanza di ammissione alla messa alla prova, che vige tanto nel caso di revoca quanto in quello di valutazione negativa dell'esito del *probation*. In secondo luogo, si è previsto un meccanismo di "computo" del periodo di prova comunque svolto per l'ipotesi di successiva condanna dell'imputato. Stando all'*art. 657-bis c.p.p.*, infatti, «in caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto, ovvero a 250 euro di multa o di ammenda».

In ultimo, va rilevato che nulla ha disposto il legislatore, invece, rispetto alla possibilità di accedere ad un diverso rito speciale in seguito al fallimento della prova – accertato alla sua scadenza naturale o nelle ipotesi di revoca. Stante la coincidenza dei termini "finali" di cui all'*art. 464-bis, co. 2, c.p.p.*, con quelli previsti dagli *artt. 438, co. 2 e 446, co. 1 c.p.p.*, rispettivamente, per

⁷³⁵ Così come, d'altro canto, può dirsi per il rinvio a giudizio rispetto alla sospensione disposta nel corso dell'udienza preliminare. In tal senso, v.: C. CESARI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 552 ss., la quale, peraltro, rileva le criticità derivanti dalla mancata previsione di inutilizzabilità delle informazioni e degli atti "raccolti" nel corso della messa alla prova; sul tema, v. anche *retro*, Cap. II, par. 4.2.

⁷³⁶ La non reiterabilità della richiesta di cui subito si dirà riguarda, per vero, anche la "speculare" ipotesi in cui il *probation* si sia concluso con esito positivo.

il giudizio abbreviato ed il patteggiamento ⁷³⁷, ci si interroga sull'ammissibilità della richiesta di accesso a tali riti una volta ripreso il processo in seguito al fallito *probation*. A tal proposito, invero, diversi scenari sembrano prospettarsi. Innanzitutto, nell'eventualità in cui la messa alla prova sia stata innescata nel corso delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 464-ter c.p.p., nulla sembra ostare a che, giunti a processo, l'imputato formuli istanza di accesso ai citati riti alternativi nel rispetto dei relativi termini. D'altro canto, anche nell'ipotesi in cui l'imputato sia stato ammesso al *probation* – poi rivelatosi “infruttuoso” – proprio a ridosso dei termini di cui all'art. 464-bis, co. 2, c.p.p., dovrebbe ritenersi ammissibile la successiva richiesta di accesso agli altri riti, sebbene taluno, in senso contrario, abbia evocato il principio secondo cui *electa una via non datur recursus ad alteram*⁷³⁸. A ben vedere, infatti, oltre che richiamato dalla giurisprudenza per il diverso caso di richiesta di patteggiamento presentata in seguito dell'ammissione al giudizio abbreviato – revocabile nel solo caso di cui all'art. 441-bis c.p.p., stando al quale, però, l'imputato può esclusivamente chiedere che «il processo prosegua nelle forme ordinarie» – il richiamo al principio non pare attagliarsi all'istituto della messa alla prova, costruita a mo' di incidente, nel corso del quale si registra la temporanea deviazione dall'ordinario iter processuale. Ciò poiché, conclusasi negativamente tale “parentesi”, per espressa volontà del legislatore, il rito è destinato a riprendere dall'esatto momento in cui era stato sospeso, senza dunque che si registri un automatico “slittamento” oltre i termini di cui all'art. 464-bis, co. 2, c.p.p. All'imputato, dunque, dovrebbe riconoscersi la possibilità di presentare l'istanza di ammissione ai riti alternativi in tale momento – non dissimilmente da quanto avviene in seguito al rigetto delle richieste di “patteggimanto” o di giudizio abbreviato “condizionato” – permanendo pienamente, come si è osservato, l'interesse dell'ordinamento a realizzare l'effetto deflattivo collegato a tali riti anche in caso di infausta conclusione del

⁷³⁷ Ai quali si aggiunge, per vero, l'art. 558, co. 1 c.p.p., che fissa il termine per la presentazione della richiesta di giudizio abbreviato in caso di notifica del decreto di giudizio immediato.

⁷³⁸ V.: R. PICCIRILLO, sub *art. 464-septies*, cit. p. 3495 ss.

*probation*⁷³⁹. Neppure nella più recente giurisprudenza, del resto, paiono ravvisarsi elementi di segno contrario, avendo la cassazione sì affermato l'incompatibilità tra la messa alla prova e gli altri riti alternativi, ma – condivisibilmente – nel diverso caso di richiesta avanzata una volta disposta la celebrazione del rito nelle “forme” del giudizio abbreviato⁷⁴⁰. Più problematica, invece, appare la restante ipotesi di richiesta di messa alla prova avanzata con l'opposizione al decreto penale di condanna o in seguito alla notifica del decreto che dispone il giudizio immediato. In tali casi, invero, è il g.i.p., in apposita udienza, a pronunciarsi tanto sull'accoglimento della richiesta, quanto sull'esito del *probation*⁷⁴¹. Non dissimilmente da quanto avviene per le richieste di accesso agli altri riti premiali, dunque, sia nel caso di rigetto, che di fallimento della prova, la ripresa dell'iter processuale non può che comportare il passaggio alla successiva fase dibattimentale⁷⁴². Orbene, ammettere che, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'imputato possa chiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento, significherebbe attribuirgli uno *spatium deliberandi* decisamente maggiore di quello concesso dagli artt. 458 e 461 c.p.p., disattendendo peraltro l'accentuata finalità deflattiva delle due norme e, quanto al procedimento per decreto, il chiaro disposto dell'art. 464, co. 3 c.p.p., che preclude l'accesso ai riti alternativi nel giudizio conseguente all'opposizione. Nel silenzio del legislatore, del quale, del resto si è invocato l'intervento⁷⁴³, l'unica via per ottenere il giudizio abbreviato o il patteggiamento in simile ipotesi, sarebbe, quindi, quella di ammettere – in assenza di espresse preclusioni – che le relative richieste possano essere formulate, in via subordinata, in uno con la richiesta di accesso alla messa alla prova formulata nel rispetto dei termini di cui agli artt. 458, co. 1, e 461

⁷³⁹ Così: G. L. FANULI, *Op. cit.*, cit. p. 450.

⁷⁴⁰ Cfr.: Cass., Sez. V, n. 9398 del 21 dicembre 2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 272570.

⁷⁴¹ Quanto alla competenza del g.i.p. a pronunciarsi sulla richiesta di messa alla prova presentata con l'opposizione al decreto penale di condanna si veda quanto precedentemente riportato in nota (*retro*, par. 2.2).

⁷⁴² Come è noto, infatti, nel caso di opposizione al decreto penale di condanna “accompagnata” da richiesta di accesso ad un rito speciale, qualora quest'ultima sia inammissibile o non accoglibile, si registra l'emissione del decreto che dispone il giudizio immediato, avendo l'imputato manifestato la volontà di opporsi al decreto di condanna.

⁷⁴³ V.: R. PICCIRILLO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 25.

co. 1, c.p.p., cosicché lo “stesso” g.i.p.⁷⁴⁴ possa valutarle “direttamente”, in seguito al rigetto della richiesta “principale” o al fallimento del *probation*.

⁷⁴⁴ Non inteso quale giudice-persona fisica, visti i problemi che, come visto, si registrerebbero qualora si ritenesse che lo stesso giudice che si è pronunciato “negativamente” sulla messa alla prova – svolte, cioè complesse valutazioni sulla persona dell'imputato e sul fatto attribuitogli – possa poi definire il giudizio.

Parte seconda

Capitolo I

IL “MODELLO” TEDESCO DI SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA: L'ARCHIVIAZIONE CONDIZIONATA EX § 153a STRAFPROZESSORDNUNG.

Sommario: 1. Preambolo. – 2. L'archiviazione condizionata ex § 153a StPO: *ratio* e caratteristiche. – 2.1. I presupposti formali e sostanziali dell'istituto. – 2.2. (*segue*) La base consensuale. – 2.3. La disciplina processuale – 2.4. Le “prescrizioni” di cui al § 153a StPO – 2.5. (*segue*) il ruolo dei Servizi sociali. – 2.6. La posizione della vittima. – 2.7. Il § 153a StPO ed i riti “speciali”. – 3. Rilievi conclusivi.

1. Preambolo

Il “panorama” processual penalistico italiano si è ultimamente arricchito di un istituto – la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato – senz'altro assimilabile, per disciplina e caratteristiche, a quei “meccanismi” che, in numerose altre esperienze giuridiche, vengono da tempo definiti, secondo una nomenclatura peculiare, con il termine *probation*.

Con la recente emanazione della L. n. 67/2014, il Legislatore ha inteso introdurre un istituto di tal genere, così provvedendo incisivamente a colmare il cospicuo ritardo che, negli anni, il sistema processuale italiano ha accumulato in materia di tecniche di c.d. *diversion*⁷⁴⁵, oggetto, già dalla metà del secolo scorso, di interesse accademico⁷⁴⁶ e, soprattutto, di significativi interventi legislativi in svariati ordinamenti europei di tradizione continentale, tra cui spicca quello germanico.

Senza dilungarsi in questa sede sul contenuto della novella, pare sin d'ora opportuno evidenziare che la collocazione sistematica dell'istituto a cui si è fatto riferimento, destinato a trovare applicazione – al più tardi – sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, spiega la scelta “di campo”

⁷⁴⁵ Per tale definizione, v. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005, cit. p. 66 e nt. 50.

⁷⁴⁶ Sin d'ora, v., ad esempio: J.H. LANGBEIN, *Controlling Criminal Prosecution in Germany*, in *University of Chicago Law Review*, 1974, Vol. 41, Iss. 3, Article 2, p. 459 ss. Più diffusamente, v. *infra* par. 2 ss.

che si è operata nello svolgimento del presente lavoro. Si è inteso, infatti, “confinarne” l’oggetto allo strumento processuale che, nell’ordinamento tedesco, mostra, benché con le fisiologiche differenze che si avrà modo di individuare, caratteristiche maggiormente consimili al primo: l’archiviazione condizionata ex § 153a *Strafprozessordnung*⁷⁴⁷ (d’ora in avanti StPO). Ciò, in particolare, giustifica altresì l’esclusione dal “perimetro” dell’indagine di quei meccanismi di *probation* che, seppur destinatari di una disciplina ben più articolata di quello a cui si è da ultimo fatto cenno, spiegano la rispettiva efficacia sospensiva talora sulla sentenza di condanna, contestualmente alla relativa emissione, talaltra su di una porzione della pena inflitta, ad esecuzione già iniziata, operando, dunque, solo nel momento conclusivo del processo ovvero successivamente⁷⁴⁸.

In altra prospettiva, inoltre, pare da subito utile rilevare che l’istituto di cui al § 153a StPO sia stato, a far data dalla sua introduzione, risalente al “lontano” 1975, oggetto di grande interesse, tanto da parte della dottrina tedesca, quanto di quella internazionale e, in particolare, italiana. Simile “enfasi” accademica risulta, del resto, ben comprensibile allorché si consideri il formidabile apporto della scienza giuridica germanica alla enucleazione teorica della categoria del reato c.d. bagatellare, nonché alla conseguente individuazione della appropriata reazione statutale da contrapporvi, attuata, dal punto di vista sistematico, mediante la creazione, in un ordinamento contraddistinto – al pari del nostro – dalla vigenza del principio di obbligatorietà dell’azione penale, da taluni “spazi” di discrezionalità, di cui,

⁷⁴⁷ Non esistono, allo stato, traduzioni in lingua italiana della StPO. Per una traduzione, risalente e, ad ogni modo, non ufficiale v.: L. LUCCHINI, *Codice di procedura penale e legge dell’ordinamento giudiziario per l’Impero Germanico*, Ufficio della Rivista penale, Roma, 1878. Al contrario, il Ministero federale della Giustizia tedesco ne rende periodicamente disponibile una traduzione ufficiale in lingua inglese, che si è adoperata ai fini del presente lavoro. Ove ritenuto opportuno, si provvederà, pertanto, a riportarne in nota il testo di interesse. Il documento è consultabile all’indirizzo www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/.

⁷⁴⁸ Tra questi meritano quantomeno un cenno il *Probzeit* di cui ai §§ 56 ss. StGB e 268a StPO, quanto alla prima categoria, e il *Aussetzung des Strafrestes bei zeitiger Freiheitsstrafe* o liberazione condizionata di cui ai §§ 57 ss. StGB, quanto agli istituti operanti in fase esecutiva. Su entrambi v.: T. WEIGEND (e altri), *Sentencing and Punishment in Germany*; in: M. TONRY, R.S. FRASE (a cura di), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford University Press, 2001, p. 211 ss.

come si vedrà, la summenzionata norma costituisce un'ipotesi senz'altro peculiare.

In tale contesto di consolidata attenzione dottrinale, l'istituto di cui al § 153a StPO, può ritenersi rivestito, a parere di chi scrive, di un rinnovato interesse scientifico, alimentato dalla recente “comparsa” nell'ordinamento processuale italiano del *probation* per imputati adulti. Evidente, al contempo, che a tale carattere di novità debba giocoforza accompagnarsi una differente prospettiva di analisi dell'istituto, volta a definire l'esatta disciplina processuale ed il concreto funzionamento del “modello” germanico di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato.

2. L'archiviazione condizionata ex § 153a StPO: *ratio* e caratteristiche

A partire dalla sua introduzione nel 1975, l'istituto dell'archiviazione condizionata di cui al § 153a StPO (*Einstellung gegen Auflagen*) ha svolto, nell'ordinamento tedesco, una funzione senz'altro poliedrica, coerente con la *ratio* “anfibia” sottesa alla sua creazione, prima, nonché ad alcune modifiche ad esso apportate, poi⁷⁴⁹.

Neppure nella dottrina tedesca, del resto, si riscontra uniformità di vedute circa la preminenza della funzione che lo stesso è chiamato ad assolvere, essendosi rilevato che la forte vocazione deflattiva che lo connatura – principale fautrice del suo successo applicativo – si congiunge intimamente con una funzione di vera e propria politica criminale, volta a “rinvigorire” il ruolo di *ultima ratio* dell'intervento penale, risultando gli “effetti” dell'istituto non dissimili da quelli di una depenalizzazione “in concreto” dei reati di gravità contenuta⁷⁵⁰. Entrambe le mansioni, peraltro, possono considerarsi

⁷⁴⁹ Per una complessiva ricognizione delle modifiche apportate al § 153a StPO, v., *ex plur.*: S.M. BOYNE, *The German Prosecution Service: Guardians of the Law?*, Springer, 2014, p. 66 ss.

⁷⁵⁰ A tal proposito, tra i molti, vale la pena rimandare, anche per i riferimenti alle contrapposte posizioni emerse nella dottrina tedesca, ai puntuali rilievi contenuti in: R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, cit. p. 1479 ss. e nt. 21 ss. In senso analogo, per talune ulteriori considerazioni, espresse in prossimità dell'introduzione del § 153a StPO, v.: J. H. LANGHBEIN, *Controlling Criminal Prosecution in Germany*, in *University of Chicago Law Review*, 1974, Vol. 41, Iss. 3, Article 2, p. 458 ss. Non è mancato chi ha fatto notare, tuttavia, che l'introduzione dell'istituto fosse

accentuate dalla novella del 1993 con la quale, come si vedrà più nel dettaglio, si è significativamente esteso il “raggio” di applicazione della norma⁷⁵¹.

Va notato, inoltre, che il § 153a StPO conteneva, già nella sua formulazione originaria, un riferimento alla riparazione (*Wiedergutmachung*) in favore della vittima o della comunità, collocata tra le prescrizioni a cui è possibile condizionarsi l’archiviazione. L’animo “nobile” dell’istituto, peraltro, è stato recentemente posto in enfasi in ragione dell’inserimento, nel novero di queste ultime, della riconciliazione con la vittima attraverso la mediazione penale, in cui si rinvenga un “serio sforzo” riparativo da parte del reo⁷⁵². Può aggiungersi, dunque, che l’istituto fornisce uno strumento alternativo rispetto alla classica risposta sanzionatoria, incarnando, benché con un impatto pratico più modesto, l’ulteriore finalità della restaurazione dell’ordine sociale turbato dal reato, da raggiungersi, secondo i canoni della *restorative justice*,

caratterizzata da finalità prettamente deflattiva; così: T. WEIGEND (e altri), *Sentencing and Punishment in Germany*; in: TONRY, M., FRASE, R.S., (a cura di), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford University Press, 2001, cit. p. 197 ss.

⁷⁵¹ Sul punto, v. *infra* par. 2.1.

⁷⁵² Assume particolare interesse la modifica del § 153a StPO da ultimo operata nel 1999 (*Gesetz zur strafverfahrenchtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs und zur Änderung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen* del 20 dicembre 1999). La novella, come si vedrà meglio a breve, ha inclusa la mediazione nel novero delle misure alle quali può essere condizionato il provvedimento di archiviazione. L’istituto della mediazione, invero, aveva precedentemente trovato collocazione nel codice penale (*Strafgesetzbuch*) e, più precisamente, nel § 46a StGB (in tal senso e per un approfondimento, v. *ex plur.*: A. PĂROȘANU, *Restorative Justice in Germany, Final National Report of Germany*. in AA.VV., *The 3E Model for a Restorative Justice Strategy in Europe*, Specific Programme Criminal Justice, European Commission, 2013, p. 6). Va notato che, nonostante il citato § 46a StGB, inizialmente destinato ad operare in fase preprocessuale combinandosi con il disposto del § 153b StPO (cfr.: M. KILCHLING, M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation in Austria and Germany*, in *International Review of Criminology*, 2000, vol. 7, p. 310 e nt. 13; S. WALTHER, *Reparation in the German Criminal Justice System: What is, and What remains to be done*, in *International Review of Criminology*, 2000, vol. 7, p. 269 ss.), non prevedesse alcun limite alla “praticabilità” della mediazione in relazione alla gravità del reato, quest’ultima, come si è osservato in dottrina, ha trovato la sua vera dimensione applicativa quale tecnica di *diversion*, attivata principalmente rispetto a reati di medio-bassa gravità grazie al il richiamo ad essa inserito, con la successiva riforma del 1999, nel § 153a StPO; in tal senso: A. HARTMANN, *The Practice of “Täter-Opfer-Ausgleich” in Germany*, in AA.VV., *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure*, Conference Publication, 2010, cit. p. 205; T. TRENCZEK, *Victim-Offender Mediation in Germany – ADR under the Shadow of the Criminal Law?*, in *Bond Law Review*, 2001, Vol. 13, iss. 2, cit. p. 6.; S. WALTHER, *Op. ult. cit.*, p. 273. Il citato § 153a StPO, come si vedrà a breve, specifica indirettamente – in senso restrittivo – i presupposti della mediazione, assumendo l’esito del “percorso” di riconciliazione rilievo ai fini dell’emissione del provvedimento di archiviazione. A tal proposito, v.: E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa tra Austria e Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. IV, 2015, cit. p. 1973 ss. Sull’argomento v. anche *infra* par. 2.4 ss.

mediante la soddisfazione della vittima e la responsabilizzazione-risocializzazione dell'autore del reato⁷⁵³.

Dal punto di vista definitorio, invece, può dirsi che il § 153a StPO costituisce una fattispecie processuale complessa a formazione progressiva⁷⁵⁴. Vale la pena anticipare, che tale peculiare natura è determinata dalla necessaria congiunzione di più elementi, consistenti – in sintesi e benché con talune differenze a seconda della fase processuale – nella valutazione dell'autorità giudiziaria precedente⁷⁵⁵ sulla sussistenza dei presupposti applicativi previsti dalla norma, nell'individuazione, da parte di quest'ultima, di una serie più o meno articolata di prescrizioni volte all'“annichilimento” dell'interesse pubblico alla persecuzione del reato, nell'adesione consensuale alle descritte valutazioni da parte dell'accusato, e nel successivo controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'“accordo” raggiunto tra le “parti”.

Come si vedrà, peraltro, quest'ultimo ha ad oggetto non già la precoce applicazione di una pena concordata, bensì la “abdicazione” condizionata dalla pretesa punitiva statale – sostituita da misure afflittive di natura non penale – con elisione, dunque, dell'iter prodromico alla sua concreta esplicazione, la cui portata dipende dalla fase procedimentale in cui la *diversion* viene innescata. A ciò, non va dimenticato, deve giocoforza seguire il puntuale adempimento delle prescrizioni da parte dell'indagato ovvero dell'imputato. Solo la relativa verifica, infatti, stabilizza gli effetti della rinuncia a procedere.

⁷⁵³ Sull'argomento, v., più diffusamente, *infra* par. 2.6, ove ci si accennerà altresì alle antinomie tra la natura intimamente “volontaristica” della mediazione e l'effetto – almeno parzialmente – coercitivo che l'imposizione delle prescrizioni esercita sul destinatario. Vale la pena rimandare a tale sede anche per i riferimenti bibliografici sul tema dell'implementazione della *Restorative Justice* in Germania, oggetto di cospicuo interesse in dottrina. Per un approfondimento, tuttavia, v., sin d'ora: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, p. 206 ss.

⁷⁵⁴ Per quanto la disciplina introdotta dal Legislatore non risulti dettagliata, nella dottrina tedesca si è autorevolmente ritenuto che l'istituto di cui al § 153a StPO descriva «un procedimento differenziato rispetto a quello ordinario», il quale, del resto, si rivela di cospicuo interesse sistematico, dal momento che «nella fase delle indagini preliminari il pubblico ministero si sostituisce non solo al legislatore nell'attività di tipizzazione dell'illecito, ma anche al giudice nel potere di commisurazione della sanzione»; in tal senso, v.: M. MENNA, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, cit. p. 188 e nt. 44.

⁷⁵⁵ La quale, a seconda della fase del procedimento, coincide con il pubblico ministero o con il giudice; sull'argomento, v. *infra* par. 2.3.

Tale intrinseco differimento rispetto all'iniziale adozione del provvedimento comporta, dal punto di vista cronologico, una dilazione anche significativa del momento perfezionativo della fattispecie di cui al § 153a StPO, la quale, a ben vedere, coincide con la "stasi" che il procedimento attraversa per l'intera, variabile durata del *probation*⁷⁵⁶.

Infine, sotto il profilo sistematico, operando elettivamente nella fase delle indagini preliminari, l'istituto costituisce – al pari, ad esempio, dell'archiviazione per particolarità tenuità del fatto di cui al § 153 StPO – una significativa ipotesi di deroga alla generale vigenza del *Legalitätsprinzip* sancito dal § 152 co. II StPO⁷⁵⁷. In presenza dei presupposti descritti dal § 153a co. I StPO, infatti, al pubblico ministero è consentito astenersi dall'esercizio dell'azione pur in presenza di elementi indiziari a carico dell'indagato che appaiano idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

⁷⁵⁶ Si è inteso, sin d'ora, eseguire una complessiva – e fugace – ricognizione dell'istituto, le cui caratteristiche si specificheranno nei par. 5.1 ss.

⁷⁵⁷ È in tale prospettiva, difatti, che l'istituto ha carpito l'interesse della dottrina; vale la pena rimandare ai numerosi contributi disponibili anche per ulteriori approfondimenti sull'istituto dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto di cui al § 153 StPO. V. *ex plur.*: J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, p. 482 ss.; J.H. LANGBEIN, *Controlling Criminal Prosecution in Germany*, p. 458 ss.; H.J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution: Developments, Trends, and Open Questions in the Federal Republic of Germany*, p. 246 ss.; M. REIMMAN, J. ZEKOLL, *Introduction to German Law*, p. 432 ss.; B. HUBER, *Germany*, p. 303 ss.; B. ELSNER, J. PETERS, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System*, p. 219 ss.; M. BOYNE, *The German Prosecution Service: Guardians of the Law?*, p. 65 ss.; Ö. SVENDIREN, *Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey. A Comparative Study*, p. 153 ss. Nella letteratura italiana, v., ad esempio: G. CORDERO, *Oltre il «patteggiamento» per i reati bagatellari?*, p. 660 ss.; M. MENNA, *Op. ult. cit.*, p. 181 ss.; M.M. WEBER, *Esercizio dell'azione penale*, p. 370. va notato che l'ordinamento processuale tedesco è dominato, quanto al momento "genetico" del processo, dal fondamentale principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (*Legalitätsprinzip*). Quest'ultimo, tuttavia, non gode, a differenza dell'ordinamento italiano, di un esplicito riconoscimento costituzionale, trovando, di contro, una più "modesta" collocazione all'interno della StPO. Il *Legalitätsprinzip*, nondimeno, è tradizionalmente ritenuto uno dei "cardini" dell'intero sistema processuale, tanto che la dottrina è pressoché unanime nel rinvenirne il fondamento, seppur indiretto, proprio nella *Grundgesetz*. Secondo più di una autorevole opinione, infatti, il medesimo costituisce espressione e, ad un tempo, indispensabile presidio di taluni fondamentali principi costituzionali, quali l'uguaglianza del cittadino dinanzi alla legge, la separazione dei poteri e, in ottica più generale, il principio di legalità (*Rechtstaatsprinzip*); a tal riguardo v., *ex plur.*: J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, *University of Chicago Law Review*, 1974, Vol. 41, Iss. 3, Article 13, cit. p. 470; v. altresì: E. LUNA, M. WADE, *Prosecutors as Judges*, 67 *Wash. & Lee L. Rev.* 1413, 2010, p. 1430; M. MENNA, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 174; G.L. FANULI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, p. 31 ss.

È da tali presupposti, oggetto della “delicata” valutazione – il cui carattere discrezionale rappresenta espressione dell'*Opportunitätsprinzip*⁷⁵⁸ – che, pertanto, conviene prendere le mosse.

2.1. I presupposti formali e sostanziali dell'istituto

Il comma di apertura del § 153a StPO è dedicato alla specificazione del campo di applicazione dell'istituto archiviatorio, delimitato secondo “parametri” di natura formale, da un lato, e sostanziale, dall'altro.

Innanzitutto, al pari della “clausola di irrilevanza”⁷⁵⁹ del fatto di cui al “vicino” § 153 StPO, l'archiviazione condizionata ex § 153a StPO è applicabile

⁷⁵⁸ Il descritto approccio al concetto di obbligatorietà si è tradotto, invero, nella scelta “laica” di introdurre strategicamente nella stessa norma che detta il *Legalitätsprinzip*, la “clausola di salvezza” che ne consente il temperamento – concretamente attuato nei termini di cui si dirà – ad opera di altre disposizioni di legge. Si allude al già citato § 152 co. II StPO che, vista l'importanza, è bene riportare: «Except as otherwise provided by law, the public prosecution office shall be obliged to take action in relation to all prosecutable criminal offences, provided there are sufficient factual indications». La norma si apre, infatti, con l'inciso «Except as otherwise provided by law». Tale clausola, come si è osservato, ha consentito la creazione di «un modello di bilanciamento tra legalità e opportunità dell'azione»; così: L. PARLATO, *L'esercizio dell'azione e il giudizio di prima istanza tra ordinamento italiano e tedesco. Spunti comparatistici a margine dell'opera di Manfred Maiwald*, in *Cass. Pen.*, 2010, cit. p. 1176. La progressiva emersione, a partire dall'inizio del secolo scorso, di esigenze di razionalizzazione delle risorse, speditezza ed economia processuale hanno così progressivamente intaccato l'integrità del “granitico” *Legalitätsprinzip* (v.: F. LETTIERI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, cit. p. 2302), portando all'introduzione delle deroghe a cui si è fatto cenno, tradizionalmente ascritte nell'alveo dell'*Opportunitätsprinzip*, ad esso apparentemente antitetico. Riferimenti a tale principio si rinvengono, invero, nella maggior parte dei contributi dedicati al complessivo sistema processual penalistico tedesco, ovvero, più specificamente, all'istituto del pubblico ministero. A tal proposito, v., ad esempio: J.H. LANGBEIN, *Comparative Criminal Procedure: Germany*, p. 198 ss.; C. VAN DER WYNGAERT (a cura di), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, Butterworths, 1993, p. 145 ss.; N. FOSTER, S. SULE, *German Legal System and Laws*, p. 341; B. HUBER, *Germany*, in R. VOGLER, B. HUBER, *Op. cit.*, p. 289 ss. Nella letteratura italiana v., ex plur.: M.M. WEBER, *Esercizio dell'azione penale*, p. 370 ss.; L. MARAFIOTI, *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità «di fatto»*, p. 209 ss.; M. MENNA, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, p. 374 ss.; F. LETTIERI, *Op. ult. cit.*, p. 2292 ss.; G.L. FANULI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, p. 32 ss.; L. PARLATO, *Op. ult. cit.*, p. 273 ss.; *Ibid.*, *L'esercizio dell'azione e il giudizio di prima istanza tra ordinamento italiano e tedesco. Spunti comparatistici a margine dell'opera di Manfred Maiwald*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1176 ss. La formazione di “sacche” di discrezionalità, in cui si iscrive pienamente l'istituto di cui al § 153a StPO, peraltro, ha spiegato un'incidenza tale da spingere la dottrina più attenta a riconsiderare il complessivo assetto sistematico in materia di esercizio dell'azione penale, talvolta alludendosi, a riguardo, ad un “sistema misto” (*Mischsystem*), in cui «il primato del *Legalitätsprinzip*, seppur ad oggi non ancora superato, viene sempre più insidiato dalla introduzione [...] di casi ispirati all'antagonista *Opportunitätsprinzip*» (così: F. LETTIERI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 2302, anche per i riferimenti in tal senso alla dottrina tedesca).

ai delitti di bassa gravità, i *Vergehen*⁷⁶⁰, ossia gli illeciti sanzionati con la pena detentiva inferiore nel minimo ad un anno, sola o congiunta con la pena pecuniaria⁷⁶¹.

Quanto alla *ratio* sottesa a tale limitazione, operante sul piano astratto, pare potersi aderire all'opinione di chi, escludendone la rispondenza a mere esigenze di prevenzione generale, ne ha valorizzato la portata sistematica, avendo il Legislatore tedesco coerentemente affiancato alla generale depenalizzazione delle contravvenzioni l'introduzione di un meccanismo processuale con effetti "in concreto" analoghi, operante in relazione ai delitti che presentino i tratti dell'esiguità, formalmente preclusa, *ex ante*, per i soli *Verbrechen*⁷⁶².

Invece, i presupposti di natura sostanziale individuati dal § 153a, co. I, StPO, inerenti al grado di colpevolezza dell'autore, da un lato, ed alla sussistenza dell'interesse pubblico alla repressione del reato, dall'altro, costituiscono, come si metterà in luce, oggetto di notevoli perplessità in dottrina.

Quanto al primo profilo, va rilevato che, nella sua formulazione originaria, la norma in esame non si discostava dal dettato del "vicino" § 153 StPO, prevedendo che la colpevolezza dell'autore dovesse risultare esigua. Da questo specifico punto di vista, la differenza tra i due istituti archiviatori

⁷⁵⁹ Per tale efficace espressione, v.: C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit. diff., cui conviene rimandare per l'approfondimento teorico del concetto di "irrilevanza" del fatto.

⁷⁶⁰ Ai sensi del § 12 co. II StGB, questi ultimi si distinguono dai delitti più gravi – i *Verbrechen* – sulla base del *quantum* edittale di pena, coincidendo con gli illeciti per i quali sia prevista una pena detentiva inferiore nel minimo ad un anno, sola o congiunta con la pena pecuniaria. In tal senso, in relazione all'oggetto specifico del presente lavoro, v.: L. PARLATO, *L'esercizio dell'azione penale ed il giudizio di prima istanza, tra ordinamento italiano e tedesco*, p. 1176 e nt. 22. Per un approfondimento sull'importante distinzione tra *Verbrechen* e *Vergehen*, v. anche: G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, 1993, p. 18 ss.

⁷⁶¹ Tale presupposto, a differenza di quelli di matrice sostanziale, non suscita particolari problematiche. A tal riguardo, merita specificare che, a seguito di un lungo dibattito, si è definitivamente affermata l'opinione secondo cui il pubblico ministero, tanto nella valutazione sulla sussistenza degli elementi costitutivi del reato, quanto circa la qualificazione giuridica da attribuire al fatto nei casi dubbi, è vincolato al rispetto della giurisprudenza della Corte suprema tedesca (*Bundesgerichtshof*), ove essa risulti consolidata. Ciò si deve, in particolare, ad una importante pronuncia risalente al 1960, i cui estremi sono riportati da: J. HERRMANN, *Op. ult. cit.* p. 473, nt. 23. In senso analogo, v.: H.J. ALBRECHT, *Op. ult. cit.*, p. 253 ss., che tiene a sottolineare la persistente "primazia" del dettato della legge. Sull'argomento, v. anche: M. BOYNE, *Op. ult. cit.* p. 30 ss.

⁷⁶² In tal senso, tra i molti, v.: R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, cit. p. 1481.

risiedeva – come tutt’ora – nella natura dell’“accertamento” richiesto sulla colpevolezza. Se, da un lato, infatti, il § 153 StPO, stando alla sua formulazione letterale, si accontenta di un giudizio ipotetico su tale presupposto, operabile anche ai “primordi” della fase investigativa⁷⁶³, il § 153a StPO, in ragione del relativo contenuto afflittivo, esige, al contrario, che tale giudizio sia ancorato ad elementi concreti, essendo, dunque, tale ultimo istituto destinato a operare nella fase “avanzata” delle indagini preliminari⁷⁶⁴.

In relazione al solo § 153a StPO, tuttavia, la novella del 1993 ha inciso significativamente sul presupposto in esame, ampliando il divario tra le due ipotesi di archiviazione. Scomparso ogni riferimento all’esiguità, stando alla formulazione attuale del § 153a co. I StPO, infatti, il grado di colpevolezza dell’autore non deve rivelarsi di “ostacolo” all’eliminazione, mediante l’imposizione delle prescrizioni, dell’interesse pubblico alla persecuzione del reato⁷⁶⁵. Può osservarsi, dunque, che il giudizio circa il grado della colpevolezza, passando, da indagine “in positivo” sulla relativa lievità, a mera valutazione “in negativo” sulla non eccessiva gravità della stessa, è venuto ad assumere un ruolo “sussidiario” rispetto all’ulteriore presupposto dell’interesse pubblico. È in seguito a tale “ribaltamento” che, invero, si sono registrate, in dottrina, le critiche più accese avverso l’istituto, dovute, come si vedrà a breve, all’eccessiva vaghezza di tale secondo presupposto.

Il presupposto della colpevolezza, al contrario, è concordemente considerato sufficientemente determinato e, fin quando la norma ne specificava la gradazione, si stimava idoneo a contenere l’“indole” discrezionale dell’istituto. Ciò, in particolare, poiché il presupposto in esame è ritenuto corrispondente al concetto di colpevolezza valevole in sede di

⁷⁶³ A tal proposito, v., *ex plur.*: G. CORDERO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 661, a cui si rimanda anche per i riferimenti alla dottrina tedesca di cui alle nt. 12 ss.

⁷⁶⁴ In dottrina, si è soliti ricondurre entrambe al novero delle ipotesi di archiviazione “nonostante il sospetto”, così da contrapporle all’archiviazione per infondatezza della notizia criminis di cui al § 170 co. 2 StPO; in tal senso: L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit. p. 273, nt. 136. Sulla *sedes* di applicazione dell’istituto v. *infra* par. 2.3. Sulle misure che determinano il citato carattere afflittivo, v., invece, *infra* par. 2.4.

⁷⁶⁵ Sulla portata di tale importante intervento legislativo, nonché sul relativo impatto sul presupposto in esame, v., tra i molti: H.J. ALBRECHT, *Op. ult. cit.*, p. 247 ss.; F. LETTIERI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, p. 2304 ss.

commisurazione della pena (*Strafzumessungsschuld*)⁷⁶⁶. Nell'indagine sul grado della stessa, assumono rilievo, dunque, tutti i numerosi ed eterogenei "indicatori" tipizzati nel § 46, co. II, StGB⁷⁶⁷.

Inoltre, è interessante notare che il giudizio sulla colpevolezza dell'autore, fondato sugli indici di cui si è detto, debba in un secondo momento riferirsi altresì alla fattispecie di reato astratta, dovendo l'interprete considerare il grado di colpevolezza medio dell'autore "tipo" del delitto in rilievo, al fine di stabilire l'entità della stessa nel caso concreto⁷⁶⁸. Tale secondo passaggio, di cui in dottrina non si è mai discussa la legittimità, rinveniva il proprio fondamento nella regola n. 83 co. III⁷⁶⁹ delle *Guidelines* adottate, con direttiva generale, dai Ministri della Giustizia dei *Länder*⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ In tal senso, su tutti, anche per i ricchi richiami alla dottrina tedesca: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, p. 1481, nt. 29 ss.; M. MENNA, *Op. ult. cit.*, cit. p. 185 ss., il quale, peraltro, precisa che «il presupposto della colpa [minima] può essere ancorato alla disciplina ed alla interpretazione della fattispecie delittuosa».

⁷⁶⁷ La citata norma del codice penale recita, infatti, come di seguito: «When sentencing the court shall weigh the circumstances in favour of and against the offender. Consideration shall in particular be given to: the motives and aims of the offender; the attitude reflected in the offence and the degree of force of will; involved in its commission; the degree of the violation of the offender's duties; the modus operandi and the consequences caused by the offence to the extent that the offender is to blame for them; the offender's prior history, his personal and financial circumstances; his conduct after the offence, particularly his efforts to make restitution; for the harm caused as well as the offender's efforts at reconciliation with the victim». A ben vedere, la norma include elementi che esulano dalla "sfera" dall'elemento soggettivo, quali l'entità delle conseguenze dannose del fatto, la vita anteatta del reo e la relativa condotta *post factum*. In dottrina, infatti, si ritiene che nel giudizio sul grado di colpevolezza dell'autore del fatto confluiscono ulteriori elementi a vario titolo incidenti sul processo motivazionale dell'autore, quali le semi-scusanti e le quasi-scriminanti; v. anche, per dei cenni alla posizione della giurisprudenza di legittimità: T. WEIGEND (e altri), *Sentencing and Punishment in Germany*, 204 ss. L'applicazione dell'istituto, dunque, non risulta formalmente preclusa per coloro che ne abbiano in passato già usufruito, né, tantomeno, per l'autore "recidivo", incidendo tali fattori sul grado della colpevolezza, che, in tali casi, risulterà – ovviamente – incrementato, potendo, in ipotesi, rilevarsi ostativo all'archiviazione *ex* § 153a StPO.

⁷⁶⁸ A tal riguardo, v., *ex plur.*: J.H. LANGBEIN, *Comparative Criminal Procedure: Germany*, p. 99 ss. In senso analogo, e più di recente, v.: G. CORDERO, *Op. ult. cit.* p. 660 ss.; R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, p. 1481 ss.

⁷⁶⁹ La regola atteneva, a ben vedere, all'applicazione del § 153 StPO. Tuttavia, a seguito dell'introduzione del § 153a StPO, la stessa è stata ritenuta applicabile anche all'archiviazione condizionata, in ragione dell'identità del requisito della colpevolezza minima che, allora, accomunava le due norme. A tal proposito, v.: J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, cit. p. 485 e nt. 95.

⁷⁷⁰ Si tratta delle *Richtlinien für das Strafverfahren* adottate nel 1970. Il testo è riportato in T. KLEINKNECHT, *Straffprozessordnung*, 31st. ed., 1974, p. 1525 ss. Sull'argomento, v., tra i molti: J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, p. 478 ss., J.H. LANGBEIN, *Controlling Criminal Prosecution in Germany*, p. 459 ss. Negli anni precedenti l'introduzione del § 153a StPO, infatti, pur in

Peraltro, in seguito alla modifica del § 153a StPO, esso sembra attualmente rivestire un ruolo marginale, potendosene ben prescindere, a parere di chi scrive, in tutti i casi in cui non si riscontrino elementi che facciano dubitare della “non eccessività” della colpevolezza all'imposizione delle prescrizioni.

A ben vedere, pertanto, può ritenersi che, in seguito alla novella del 1993, il grado della colpevolezza dell'autore assuma rilievo unicamente quale termine del giudizio di relazione avente ad oggetto la valutazione sull'idoneità funzionale delle prescrizioni impartite all'accusato all'assorbimento dell'interesse pubblico alla persecuzione del reato, potendoglisi, in definitiva, attribuire al più la “veste” di presupposto negativo dell'istituto di cui al § 153a StPO, rilevante nei soli casi in cui essa appaia eccessiva per avviare l'intervento diversivo⁷⁷¹.

Si è da più parti osservato, infatti, come l'odierna formulazione della norma, che impone di considerare ostativa la colpevolezza dell'autore solo allorché il relativo grado impedisca l'eliminazione del suddetto interesse, abbia esteso enormemente l'ambito di applicazione dell'istituto, il quale, superati gli originari confini della criminalità bagatellare, risulta applicabile anche a forme di criminalità di media gravità⁷⁷².

Importanza centrale riveste, dunque, il secondo presupposto di natura sostanziale individuato dal § 153a StPO, consistente, come anticipato, nella

assenza di una previsione di rango legislativo che la autorizzasse, si era registrata la tendenza dei pubblici ministeri a considerare la condotta *post factum* tenuta dal reo ai fini dell'adozione del provvedimento di archiviazione *ex* § 153 StPO. La pratica, a ben vedere, risultava “legittimata” dalle Regole Uniformi di Procedura penale adottate comunemente, mediante direttiva “generale”, dai Ministri della Giustizia dei *Länder*. In particolare, la regola n.83, contenente le *guidelines* per l'applicazione del § 153 StPO, pur impendendo al pubblico ministero di subordinare espressamente l'archiviazione a condizioni o oneri, lo autorizzava ad informare l'indagato che, in assenza dell'interesse pubblico alla persecuzione del reato, l'adozione di una condotta “positiva” (il risarcimento del danno, la compensazione in favore della vittima ovvero la devoluzione di una somma di denaro ad un ente benefico) gli avrebbe risparmiato l'elevazione dell'accusa, essendo ritenuta idonea ad incidere sul grado di colpevolezza dell'autore, “attenuandolo” *a posteriori*, di talché si potesse pervenire all'archiviazione ai sensi del § 153 StPO.

⁷⁷¹ Si è osservato, a tal riguardo, che l'interesse pubblico alla persecuzione del reato costituisca attualmente l'unico vero presupposto dell'archiviazione *ex* § 153a StPO; in tal senso, v.: G.L. FANULI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, cit. p. 36 ss.

⁷⁷² In tal senso, *ex. plur.*, v.: Ö. SVENDIREN, *Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey*, cit. p. 164; R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 1482 ss., il quale, del resto, sottolinea il susseguente “stravolgimento” del modello di reato bagatellare “improprio”.

sussistenza dell'interesse pubblico alla persecuzione del reato. Va notato che quest'ultimo assume grande rilievo, seppur in prospettiva speculare, anche ai sensi del § 153 StPO, "imponendo" tale ultima norma l'archiviazione "semplice" allorché simile interesse non sia, per contro, ravvisabile.

Tale presupposto è, pertanto, sempre stato oggetto di grande attenzione e, al contempo, di cospicue perplessità in dottrina, riverberatesi sull'istituto di cui al § 153a StPO. Ciò, in particolare, poiché l'interesse pubblico alla persecuzione del reato è considerato un concetto alquanto "effimero", venendo all'unanimità ricollegato alle funzioni della pena e, dunque, a – generiche – esigenze di prevenzione speciale o generale, tanto da essere autorevolmente (ri)definito «interesse pubblico alla punizione»⁷⁷³.

A riguardo, può osservarsi che le esigenze di prevenzione speciale si riscontrano solitamente in relazione ad elementi attinenti alla persona dell'autore. A proposito, tuttavia, la dottrina più attenta ha evidenziato che, banditi taluni indici propri del diritto penale dell'intenzione, riferibili agli "atteggiamenti" più intimi dell'autore, l'unico elemento valutabile in tal senso risulterebbe la vita anteatta del reo, la quale, come visto, è già fatta oggetto del giudizio sul grado di colpevolezza, stante l'espresso richiamo fattone dal § 46, co. II, StPO⁷⁷⁴.

Residuano, dunque, le esigenze di prevenzione generale, che si rinvencono solitamente allorché la rinuncia a procedere, benché accompagnata dal corredo di misure afflittive di cui si dirà, confliggerebbe con rilevanti interessi della società – ad esempio – esponendo a pericolo la comunità, apparendo le conseguenze derivanti dal fatto di natura eccezionale,

⁷⁷³ Una specificazione del presupposto era contenuta nella regola n. 83 delle *Guidelines* del 1970, che, seppur in relazione al § 153 StPO, ne individuava la sussistenza rispetto a reati commessi con notevole frequenza o di recidiva "specifica" dell'autore; a tal proposito, v.: J. HERRMANN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 483. L'efficace espressione, invece, si deve ad autorevole dottrina tedesca; per i riferimenti, v.: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, p. 1483, nt. 43. Per una panoramica sul concetto di pubblico interesse alla persecuzione del reato, v., infine: M. REIMMAN, J. ZEKOLL, *Introduction to German Law*, p. 432; E. LUNA, M. WADE, *Prosecutors as Judges*, p. 1443 ss.

⁷⁷⁴ In tal senso, v.: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 1482 ss., anche per i riferimenti alla dottrina tedesca ivi contenuti alle nt. 36 ss.

ovvero sussistendo la possibilità che altri si risolvano a commettere fatti analoghi⁷⁷⁵.

Sebbene l'espansione dell'ambito di applicazione dell'istituto, ispirato al principio di discrezionalità dell'azione penale, rinvenga una giustificazione "ideologica" anche nella normativa internazionale⁷⁷⁶, in dottrina si è infatti osservato come l'eccessiva vaghezza dei relativi presupposti sostanziali comporti un vistoso *vulnus* al principio di legalità, nella sua declinazione rappresentata dal principio di determinatezza di cui al § 103, co. II, GG. Ancora, pur non mancando chi ritiene che la previsione di parametri determinati dalla legge sia idonea a "vincolare" la discrezionalità insita nella valutazione rimessa all'interprete⁷⁷⁷, secondo buona parte della dottrina, la vistosa elasticità degli stessi lederebbe il principio di eguaglianza di cui al § 3 GG, dando luogo a pericolose e difficilmente controllabili disparità di trattamento⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ *Ibid.* L'intrinseca genericità del requisito, ancorato, in definitiva, alla funzione di deterrenza-prevenzione della sanzione penale e, ancor prima, dell'iter processuale prodromico alla sua applicazione, legittimano pienamente, pertanto, le critiche della dottrina, intensificatesi in seguito alla modifica del § 153a StPO del 1993

⁷⁷⁶ Si allude, in particolare, alla Raccomandazione Nr. R(87)18 del 17 settembre 1997, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in materia di Semplificazione della Giustizia penale. Il § 1 co. I, per quanto di interesse, invitava gli Stati membri a prendere le misure necessarie affinché «The principle of discretionary prosecution should be introduced or its application extended wherever historical development and the constitution of member states allow».

⁷⁷⁷ A tal proposito, tra i molti, v., più approfonditamente: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, p. 1480 ss.; G. CORDERO, *Op. ult. cit.*, p. 663 ss.

⁷⁷⁸ Le posizioni critiche rispetto all'istituto risultano, invero, sovente spiegate alla luce di ulteriori "frizioni" con i principi costituzionali, le quali, del resto, si estendono generalmente all'istituto di cui al § 153 StPO. Tali critiche, peraltro, si erano levate già in costanza della riforma del 1975 alla quale si deve l'introduzione del § 153a StPO; v., a tal proposito: J.H. LANGBEIN, *Comparative Criminal Procedure: Germany*, p. 99 ss. Più di recente, in senso analogo, v.: Ö. SVENDIREN, *Op. ult. cit.*, p. 147 ss.; H.J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, p. 247 ss.; G. CORDERO, *Oltre il «patteggiamento» per i reati bagatellari?*, p. 663 ss. e 666; F. LETTIERI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, p. 2304 ss.; F. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto*, p. 1485 ss. Parimenti controverso, appare, inoltre, il ruolo delle direttive – sia interne che esterne – che possono orientare l'attività del pubblico ministero proprio in relazione alla valutazione sulla sussistenza dei presupposti dell'istituto. Se da un lato, infatti, se ne è rimarcata l'idoneità a garantire l'applicazione uniforme della norma, dall'altro si è evidenziato come le direttive esterne, provenienti cioè dal Ministro della Giustizia, possano talvolta rivelarsi foriere di indebite ed "interessate" pressioni sul pubblico ministero; i molti, v. in tal senso: R. MUHM, *Il caso Helmut Kohl, analisi di una corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, cit. p. 1028 ss. Rispetto a tale forma di direttiva, peraltro, le critiche risultano accentuate dal deficit democratico che se ne riscontra, rinvenendo, di contro, le direttive "interne" un solido appiglio legislativo nel § 146 GVG. Per un esempio di tali disparità di trattamento, riscontratosi in materia di sostanze stupefacenti e culminato

Tornando alla disamina dei presupposti, discorso parzialmente difforme va riservato, infine, alle peculiari modalità di archiviazione condizionata di cui all'ultimo periodo del § 153a, co. I, StPO. Perché infatti, possa procedersi, nella fase delle indagini preliminari, all'archiviazione condizionata senza il "consenso" del giudice, normalmente estrinsecato mediante il controllo sulla legittimità del provvedimento archiviatorio, sono necessari requisiti più stringenti, in virtù del richiamo ivi contenuto al secondo paragrafo del § 153 co. I StPO. In particolare, è necessario che si tratti di un delitto per il quale non vada applicata una pena superiore al minimo edittale e, dal punto di vista sostanziale, che le conseguenze (*Folgen*) derivanti dal fatto siano esigue⁷⁷⁹.

In conclusione, può rilevarsi come l'istituto di cui al § 153a StPO sia contraddistinto da un campo di applicazione piuttosto ampio. Più in particolare, può dirsi che, oltre alla formale delimitazione alla categoria – comunque estesa – dei *Vergehen*, la "contiguità" dell'istituto con l'archiviazione per particolare tenuità del fatto di cui al § 153a StPO ne segna il limite "inferiore", coincidente con la sussistenza del pubblico interesse alla persecuzione del reato, mentre il "presupposto" della colpevolezza lo delimita "verso l'alto", imponendosi, nei casi di eccessiva gravità, l'iter processuale classico. Come visto, tale ampiezza ha senz'altro enfatizzato l'impatto dell'istituto, condannandolo, al contempo, alle aspre critiche della dottrina, la quale, tuttavia, è unanime nell'apprezzarne il successo applicativo, venendo considerato uno strumento deflattivo oramai indispensabile nel sistema processuale tedesco⁷⁸⁰.

2.2. (segue) La base consensuale

con l'intervento della Corte costituzionale tedesca, v: H.J. ALBRECHT, *Op. ult. cit.*, p. 250 ss. L'A., in particolare, pur rilevando la necessità di individuare *Guidelines* rivolte ai casi di archiviazione informati dalla discrezionalità del pubblico ministero, al fine di garantire l'applicazione uniforme del diritto, mette in luce le discrasie del potere di direttiva, anche se "interno" (cfr. p. 254 ss.).

⁷⁷⁹ A tal proposito, v., *ex plur.*: E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa tra Austria e Germania*, p. 1975.

⁷⁸⁰ In tal senso, v.: Ö. SVENDIREN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 147 ss.; T. WEIGEND (e altri), *Sentencing and Punishment in Germany*, cit. p. 197 ss. Considerazioni di analogo tenore sono comunemente estese al successo applicativo della totalità degli istituti archiviatori previsti dalla StPO; in tal senso, v., tra i molti, G.L. FANULI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 45.

Descritti i presupposti dell'istituto, è ora opportuno metterne in luce la marcata componente consensuale. Il § 153a StPO, richiede, in primo luogo, che l'indagato, ovvero, in seguito all'esercizio dell'azione penale, l'imputato presti il proprio consenso all'adozione del provvedimento.

La norma, tuttavia, non specifica i requisiti formali o sostanziali di tale imprescindibile manifestazione di volontà. Nondimeno, alla luce della più recente giurisprudenza della Corte e.d.u., può ritenersi che il consenso debba qualificarsi come genuino, consapevole ed effettivo⁷⁸¹.

La sussistenza e l'“idoneità” del consenso dell'accusato rientrano, d'altro canto, nell'oggetto del controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento adottato nella fase delle indagini dal pubblico ministero⁷⁸².

La base consensuale dell'istituto, peraltro, assume una struttura composita, dovendo aggiungersi al consenso dell'imputato quello del giudice ovvero, in fase processuale – nei modi di cui subito si dirà – del pubblico ministero.

Ai sensi del § 153a co. I StPO, infatti, ottenuto il consenso dell'indagato⁷⁸³, il pubblico ministero è tenuto a depositare il provvedimento presso la cancelleria del giudice che sarebbe competente per la fase dibattimentale, al fine, appunto, di ottenerne il “benestare” all'archiviazione. Attraverso tale “assenso”, dovrebbe estrinsecarsi il controllo giurisdizionale sulla sussistenza dei presupposti di cui al § 153a StPO e, quindi, sulla discrezionalità del pubblico ministero, nonché sulla “genuinità” della manifestazione di volontà dell'indagato. In dottrina, si è tuttavia osservato come tale controllo, fondato, in assenza di apposita udienza, unicamente sugli atti del fascicolo del pubblico ministero, si risolva, anche a causa della vaghezza dei presupposti di cui si è detto, in una verifica di natura

⁷⁸¹ Si allude, in particolare, alla nota pronuncia C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 29 aprile 2014, Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia. In tale occasione, seppur in relazione all'istituto del *plea bargain*, la Corte ha avuto modo di specificare i requisiti del consenso dell'accusato all'elisione delle proprie prerogative procedurali, affermando che quest'ultima «had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner» e che « the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review» (cfr. par. 92).

⁷⁸² In tal senso, v.: E.M. MANCUSO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 1975.

⁷⁸³ A tal proposito, dal punto di vista procedurale, v. *infra* par. 2.3.

meramente formale, rappresentando, pertanto, un passaggio cartolare di semplice *routine*⁷⁸⁴.

Anche tale atteggiamento di *self restraint*, ha destato una certa preoccupazione in dottrina, ove si è evidenziato il *vulnus* per le garanzie dell'accusato e, da altra prospettiva, per la persona offesa⁷⁸⁵.

Si è infatti osservato che l'apertura o, a maggior ragione, la prosecuzione del processo, che ben potrebbe culminare con l'inflizione della sanzione penale, seguita dal relativo effetto "stigmatizzante", rappresenta un "deterrente" tale da incidere sulla libertà di autodeterminazione dell'accusato, il cui consenso, dunque, risulta sovente "inquinato" dal rapporto sbilanciato intercorrente tra costi e benefici del dissenso al provvedimento di cui al § 153a StPO⁷⁸⁶.

Tale criticità, invero, assume rilievo significativo, considerando che il consenso dell'accusato rappresenta l'"architrave" su cui poggia la legittimità costituzionale – e convenzionale – dell'istituto. L'assenso dell'autore del fatto, infatti, svolge una funzione poliedrica. In primo luogo, legittima la compressione del diritto al *fair trial* di cui al combinato disposto dei §§ 6 co. I CEDU e 104 GG. In secondo luogo, il consenso di cui al § 153a StPO esprime la rinuncia all'ottenimento di un provvedimento avente contenuto più favorevole, al quale, quanto meno in fase processuale, l'imputato avrebbe senz'altro diritto⁷⁸⁷. In ultimo, ma tutt'altro che secondariamente, esso

⁷⁸⁴ Lo si riscontrava, invero, già a pochi anni di distanza dall'introduzione del § 153a StPO, risultando tale poco "rassicurante" prassi, peraltro, già invalsa rispetto al consenso all'archiviazione per particolare tenuità del fatto di cui al § 153 StPO; in tal senso, v.: J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, p. 488; J.H. LANGBEIN, *Comparative Criminal Procedure: Germany*, cit. p. 103. Più di recente, in senso analogo: T. WEIGEND (e altri), *Op. ult. cit.*, cit. p. 214, nt. 29. Si è rimarcata, altresì, la "marginalizzazione" del ruolo del giudice che consegue all'applicazione dell'istituto; così: H.J. ALBRECHT, *Op. ult. cit.*, cit. p. 248

⁷⁸⁵ A riguardo, v. *infra*, par. 2.6., dedicato alla posizione della vittima del reato.

⁷⁸⁶ In tal senso, v.: H.J. ALBRECHT, *Op. ult. cit.*, p. 250; G. CORDERO, *Op. Ult. cit.*, p. 663 ss.; R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, p. 1485; Più in particolare, autorevole dottrina ha messo in luce le insidie per la spontaneità del consenso, osservando che, se, da un lato, l'adempimento delle prescrizioni è teoricamente libero, esso opera alla stregua di una costrizione, risolvendosi in una violazione del § 136a StPO, che vieta espressamente di esercitare qualsivoglia forma di pressione sull'indagato per indurlo ad emettere determinate dichiarazioni (Cfr. R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, p. 1485, cit. nt. 64).

⁷⁸⁷ A tal proposito, merita precisare che la Corte costituzionale tedesca (BVerfG, 17 novembre 2005) si è espressa sulla natura di tale consenso, affermando, seppur in relazione all'archiviazione ex § 153 StPO, che giammai esso implichi una "confessione", ben potendo

rappresenta l'atto di accettazione delle misure dal carattere afflittivo, che, come si vedrà, corredano il provvedimento di archiviazione condizionata, benché in assenza di un vero e proprio accertamento del fatto, così da "bilanciare" altresì la possibile lesione della presunzione di innocenza⁷⁸⁸.

In seguito all'esercizio dell'azione penale, l'iniziativa spetta, invece, al giudice. Ai sensi del § 153a, co. 2, StPO, è quest'ultimo che, sussistendo i medesimi presupposti di cui al comma primo ed ottenuto il consenso di entrambe le parti, adotta il provvedimento di interruzione condizionata del processo⁷⁸⁹, che, di conseguenza, rimane sospeso.

In tal caso, il coinvolgimento del pubblico ministero, il cui eventuale dissenso non necessita di motivazione ed è ritenuto insuperabile⁷⁹⁰, non svolge alcuna funzione di garanzia, ed anzi, atteggiandosi alla stregua di un potere di "veto", osta alla sussistenza di una sorta di "diritto" all'archiviazione condizionata, visto che l'interessato, oltre a dover passare per l'iniziativa del giudice, è costretto ad ottenere il consenso di colui che, in fase di indagini, non aveva ritenuto applicabile il § 153a StPO⁷⁹¹.

dipendere dalle più svariate esigenze, anche di strategia processuale. In tal senso, v.: L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit. p. 278, nt. 156.

⁷⁸⁸ A tal riguardo, più in particolare, si è osservato, infatti, come si riscontri la «volontaria sottoposizione del prevenuto alle suddette sanzioni, cosicché si giudica possibile non valutare *ex professo* la responsabilità penale in base ai normali parametri di definizione dell'illecito e contrarre la risposata dello Stato per determinati fenomeni di devianza sociale»; così: M. MENNA, *Op. ult. cit.*, cit. p. 187. A tal proposito, tuttavia, va notato come la disciplina del § 153a StPO si riveli almeno parzialmente carente rispetto agli standard individuati dalla normativa internazionale; il § 1 co. III della citata Rac. Raccomandazione Nr. R(87)18, precisa infatti che «The decision to waive prosecution, under this principle, only takes place if the prosecuting authority has adequate evidence of guilt». Sull'argomento, v. anche *infra* par. 2.4.

⁷⁸⁹ A tal proposito, v. più diffusamente *infra* par. 2.5.

⁷⁹⁰ In tal senso, T. WEIGEND (e altri), *Op. ult. cit.*, cit. p. 214, nt. 29.

⁷⁹¹ A parere di chi scrive, tale previsione potrebbe, invero, trovare spiegazione nel ruolo *super partes* assegnato all'organo di accusa dall'*Offizialprinzip* che impone al pubblico ministero l'obbligo di agire secondo obiettività, verità e giustizia lungo tutto l'arco del procedimento. Il principio, in particolare, è consacrato nel § 160 co. II StPO, secondo cui: «The public prosecution office shall ascertain not only incriminating but also exonerating circumstances, and shall ensure that evidence, the loss of which is to be feared, is taken». Alla luce di ciò regna assoluta concordia nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca circa l'impossibilità di qualificare il pubblico ministero alla stregua di "parte" in senso proprio del processo; in tal senso, v., *ex plur.*: G. ROBBERS, *An Introduction to German Laws*, cit. p. 138; B. HUBER, *Germany*, cit. p. 289; F. LETTIERI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 2299 e, per plurimi riferimenti alla dottrina tedesca, nt. 78. Qualora, in seguito all'esercizio dell'azione, emergano i presupposti dell'archiviazione, al pubblico ministero viene comunque riservata l'ultima "parola" circa la compatibilità della *diversion* con gli interessi di tutela della collettività che è tenuto a salvaguardare curando la repressione del reato. In particolare, si consideri, che anche nella

Dal punto di vista formale, inoltre, la norma resta silente circa il mezzo di espressione del consenso dei vari soggetti. Può ritenersi, tuttavia, che nella fase delle indagini preliminari, il consenso si manifesti esclusivamente per iscritto, vista, del resto, la mancata previsione di un'apposita udienza. In fase processuale, di contro, in ragione della tendenziale compresenza dei tre soggetti in aula, la *voluntas* delle "parti" pare potersi manifestare anche oralmente⁷⁹².

In conclusione, fatto salvo il caso in cui, in presenza degli stringenti presupposti di cui all'ultimo periodo del § 153a co. II StPO⁷⁹³, non è necessario interpellare il giudice nel corso delle indagini, la base consensuale dell'istituto assume una struttura triadica, richiedendosi, alla stregua di ulteriore presupposto, l'incontro delle volontà dei tre "protagonisti" del procedimento.

2.3. La disciplina processuale

Venendo ora alla trattazione della disciplina processuale dell'istituto, nei quattro commi di cui consta il § 153a StPO, possono riscontrarsi talune disposizioni dal portato differenziato in ragione della fase del procedimenti in cui l'istituto è applicato e, al contempo, un nucleo di regole "trasversali".

Prendendo le mosse dal primo gruppo, giova ricordare che, come anticipato, l'istituto può trovare applicazione tanto in fase di indagini preliminari, quanto in seguito all'esercizio dell'azione penale.

fase "intermedia" – omologa dell'udienza preliminare nel sistema italiano – al giudice sono attribuiti notevoli poteri di integrazione probatoria. Va notato, inoltre, che ai sensi del § 202 StPO al giudice è concessa la possibilità di ordinare il compimento di ulteriori indagini da parte del pubblico ministero. Sull'applicabilità del § 153 a StPO nella fase "intermedia", v., *ex plur.*: B. HUBER, *Germany*, in R. VOGLER, B. HUBER, *Op. cit.*, p. 315; M. MARAFIOTI, *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità «di fatto»*, p. 210. Per taluni interessanti rilievi statistici, seppur, più specificamente, in relazione all'applicazione in tale fase dell'archiviazione condizionata all'esperimento della mediazione penale, v.: M. KILCHLING, M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation*, p. 315 ss.

⁷⁹² L'ordinamento processuale tedesco, infatti, non prevede la possibilità che il processo si celebri in assenza dell'imputato, che è generalmente tenuto a presenziare alle udienze ai sensi del § 231 co. I StPO, salvi i casi di cui agli §§ successivi. La compresenza delle "parti" subisce, tuttavia, un'ulteriore eccezione nell'udienza filtro di cui alla fase "intermedia", la quale, sovente, si svolge in assenza delle "parti", potendosi quest'ultime limitare a presentare le proprie richieste per iscritto; in tale ultimo senso, v.: L. PARLATO, *L'esercizio dell'azione e il giudizio di prima istanza, tra ordinamento italiano e tedesco*, cit. p. 1177.

⁷⁹³ A riguardo, v. *retro* par. 2.1.

Il § 153a, co. I, StPO disciplina la prima ipotesi, che, dal punto di vista statistico, assume rilievo maggiore⁷⁹⁴. A tal riguardo, il “protagonista” può ritenersi il pubblico ministero, al quale, come visto, spettano l’iniziale valutazione sulla sussistenza dei presupposti, l’individuazione delle prescrizioni da imporre all’indagato, l’ottenimento del consenso di quest’ultimo ed il deposito degli atti presso la cancelleria del giudice per il vaglio della richiesta.

Nondimeno, in dottrina si è oramai da tempo consapevoli che la *Polizei*, da un lato, e l’indagato, dall’altro, possono giocare un ruolo significativo in proposito. Nell’ambito dell’ampia autonomia investigativa che le è stata “ritagliata”, la *Polizei*, infatti, svolge sovente un apprezzamento preliminare circa la “percorribilità” del *probation*, che, se del caso, suggerisce al pubblico ministero al termine delle investigazioni⁷⁹⁵. Dal canto suo, invece, l’indagato può manifestare preliminarmente la propria disponibilità a sottoporsi alle misure afflittive e, mediante l’intercessione del proprio difensore, può altresì tentare di convincere il pubblico ministero della bontà di tale esito⁷⁹⁶.

Ad ogni modo, la valutazione finale sull’adozione del provvedimento spetta al pubblico ministero. Quest’ultimo è, infatti, titolare del potere

⁷⁹⁴ Tale trend si era registrato già nel corso degli anni '80, allorquando, stando ad alcuni dati statistici, solo il 25.3% dei 203.404 provvedimenti di archiviazione condizionata ex § 153a StPO emessi nel corso del 1987 si doveva all’iniziativa del giudice in fase processuale; in tal senso, v.: V. SCHÖC, in AA.VV., *Kommentatur zur Strafprozeßordnung*, Band 2/Teilband 1, Neuwied -Kriftel-Berlin, 1992, cit. 5 vor § 153a. Per un riferimento a dei dati più recenti, v. anche: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 1484 nt. 47. Vale la pena notare sin d’ora, peraltro, che il numero totale di tali provvedimenti sia sensibilmente aumentato negli ultimi anni, essendosi registratisi, ad esempio, nell’anno 2005, ben 241.102 archiviazioni condizionate disposte dai soli pubblici ministeri in fase di indagini; in tal senso, v.: J.M. JEHLE, *Criminal Justice in Germany. Facts and Figures*, Federal Ministry of Justice publ., 5th ed., 2009, cit. p. 20.

⁷⁹⁵ In tal senso, v.: B. ELSNER, J. PETERS, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System*, cit. p. 225; Le AA., rilevano, peraltro, la notevole espansione del ruolo della *Polizei* in tale attività rispetto ai *Vergehen* di bassa gravità; per un interessante esempio della prassi sviluppatasi nel Land della Sassonia, v.: *ibid.*, nt. 20.

⁷⁹⁶ A proposito di tale risalente prassi “negoziale”, v.: J. HERRMANN, *Op. ult. cit.*, p. 489 ss. Più di recente, in relazione al ruolo del difensore nei “meccanismi” consensuali nella fase delle indagini, v.: B. HUBER, *Germany*, p. 353 ss. Di contro, sul versante investigativo, all’indagato non è concesso grande “spazio di manovra”, risultando l’interrogatorio al quale deve essere sottoposto prima dell’esercizio dell’azione penale, la miglior sede in cui far emergere elementi che depongano per la non eccessiva gravità della propria colpevolezza, dovendo in tale sede, ai sensi dei §§ 136 e 163a StPO, esser messo nella condizione di contestare gli addebiti a suo carico. Sul punto, v.: T. RAFARACI, voce *Processo penale tedesco*, cit. p. 835.

discrezionale, della cui ampiezza si discute l'effettiva entità⁷⁹⁷, di astenersi dall'esercizio dell'azione penale e, dunque, di individuare, al contempo, le misure afflittive da imporre all'indagato, quali condizioni per l'archiviazione.

Tale valutazione, stando al tenore letterale del § 153a, co. I, StPO – che, sul punto, si differenzia significativamente dalla disciplina dell'archiviazione per particolare tenuità del fatto *ex* § 153 StPO – presuppone la sussistenza di un sufficiente “sospetto” circa la responsabilità dell'indagato, dovendo il giudizio sul relativo grado della colpevolezza ancorarsi agli elementi emersi a suo carico nel corso delle indagini⁷⁹⁸. Tuttavia, si è fatto notare come l'istituto, visti i vantaggi reciproci che comporta, si sia prestato ad essere deprecabilmente applicato in casi “incerti”, in relazione ai quali, peraltro, si registra la maggior propensione delle “parti” a convenire sull'*an* e sul *quomodo* con cui attuare la *diversion*⁷⁹⁹. Ciò, ad ogni modo, consente di collocare “cronologicamente” l'applicazione dell'istituto nella fase conclusiva o, quantomeno, avanzata delle indagini, le quali, a differenza di altri ordinamenti, non hanno peraltro una durata predeterminata⁸⁰⁰.

In questa fase, dunque, il termine – mobile – di decadenza dell'istituto è rappresentato dall'esercizio dell'azione penale, che s'impone allorché il pubblico ministero ritenga che il grado di colpevolezza dell'autore sia di

⁷⁹⁷ Sull'argomento, v. *retro* par. 2.

⁷⁹⁸ In tal senso, *ex plur.*, v.: R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto*, p. 1485.

⁷⁹⁹ In dottrina, si è osservato, infatti, che l'istituto sia stato utilizzato proprio nei casi in cui si dubitava della responsabilità dell'indagato, risultando la futura condanna in giudizio tutt'altro che probabile, nei quali, peraltro, si è riscontrata la maggior propensione dei pubblici ministeri ad “offrire” l'archiviazione in oggetto, visti i vantaggi reciproci che ne derivano; in tal senso, v.: H.J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit. p. 249; T. WEIGEND (e altri), *Sentencing and Punishment in Germany*, cit. p. 199. In materia, del resto, si sono altresì riscontrati casi, divenuti celebri, in cui al dissenso dell'indagato alla *diversion* in fase preliminare sia conseguita una pronuncia assolutoria all'esito del giudizio; in tal senso, v.: L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit. p. 278 e nt. 157.

⁸⁰⁰ Le stesse, ad ogni modo, risultano informate al principio costituzionale e convenzionale della speditezza, che ne prescrive la conclusione in tempi “ragionevoli”, rinvenendosi concordemente il fondamento di tale principio nel combinato disposto dei §§ 20 co. II GVG e 6 CEDU. In tal senso, v., ad esempio: M. REIMMAN, J. ZEKOLL, *Introduction to German Law*, p. 435; per dei riferimenti alla giurisprudenza tedesca in materia, v.: B. HUBER, *Op. ult. cit.*, p. 292.

ostacolo all'eliminazione, mediante le prescrizioni di cui si dirà a breve, dell'interesse pubblico alla persecuzione del reato⁸⁰¹.

In seguito all'esercizio dell'azione, invece, l'adozione del provvedimento spetta, come visto, al giudice⁸⁰². In tal caso, il § 153a, co. II, StPO individua un vero termine finale, coincidente con la conclusione dell'udienza dibattimentale nella quale possono valutarsi per l'ultima volta gli accertamenti "di fatto"⁸⁰³. A parere di chi scrive, suddetto limite, collocato a ridosso della conclusione del giudizio, evidenzia come, nelle intenzioni del legislatore, l'istituto, in tale fase, sia eminentemente espressione di una risposta penale "mitigata" in ragione dei canoni della proporzionalità, essendosi ritenuto irragionevole precludere la "via di fuga" dal circuito processuale alla luce del solo criterio – in definitiva, formale – dell'avvenuto esercizio dell'azione penale, così prevenendosi, d'altro canto, possibili disparità di trattamento tra indagato ed imputato. In fase processuale, dunque, la *ratio* e, di conseguenza, l'impatto deflattivi dell'istituto si rivelano subalterne al principio di *ultima ratio* dell'intervento penale.

È interessante notare, inoltre, che, a differenza dell'archiviazione condizionata nel corso delle indagini di cui al primo comma, il § 153a, co. II, StPO, presupponendo la formulazione dell'accusa, non esprima una deroga al principio di obbligatorietà (*Legalitätsprinzip*), quanto, piuttosto, una singolare eccezione al principio di correlazione tra esercizio dell'azione penale e conclusione del processo mediante sentenza. La biunivocità di tale "relazione" è spezzata, oltre che in ragione del principio di proporzionalità, sulla base del

⁸⁰¹ Tale antinomica relazione tra archiviazione ex § 153a StPO ed azione penale, spiega, del resto, le tensioni sistematiche sottese all'istituto, operante, in fase di indagine, sulla base dell'*Opportunitätsprinzip*.

⁸⁰² L'organo giurisdizionale coinvolto – come, del resto, per la verifica in fase di indagini – è normalmente l'*Amtsgericht*. Al tribunale, infatti, è generalmente attribuita la competenza in materia di *Vergehen*, variando al più la relativa composizione nella sola fase dibattimentale, nel corso della quale le funzioni di accusa sono solitamente esercitate dal personale "paralegale" della procura (*Amtsanwaltschaften*).

⁸⁰³ In tal senso, v. ad esempio: G.L. FANULI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, p. 34.

consenso del pubblico ministero, cui è generalmente attribuito, come visto, il monopolio sul relativo esercizio⁸⁰⁴.

Quanto, infatti, alla forma del provvedimento di “archiviazione”, pur riscontrandosi la tendenza, tra gli osservatori italiani, a farla generalmente coincidere con quella del decreto immotivato⁸⁰⁵, sussistono, a parere di chi scrive, ragioni per poterla specificare in ragione della fase del procedimento in cui lo stesso è adottato. Qualora, prima dell’esercizio dell’azione penale, sia il pubblico ministero ad emetterlo, il provvedimento assume senz’altro la forma del decreto immotivato. Allorché, in seguito, vi provveda il giudice, stando al tenore letterale del § 153a, co. II, StPO, nonché a ragioni di coerenza sistematica, l’interruzione del processo è invece disposta con ordinanza, parimenti priva di motivazione⁸⁰⁶. Diverse sono, del resto, persino le norme che sanciscono l’inoppugnabilità del provvedimento nei due distinti casi⁸⁰⁷.

Sotto l’unica denominazione di archiviazione condizionata, dunque, il § 153a StPO descrive due fattispecie ben distinte: il comma primo, dedicato alla fase delle indagini preliminari, individua una ipotesi di vera e propria archiviazione; diversamente, invece, la “decisione” del giudice di cui al comma secondo, inserendosi in fase processuale, si discosta formalmente dai canoni del provvedimento archiviatorio, parendo piuttosto assimilabile ad una decisione di non doversi procedere, visto l’effetto “estintivo” della vicenda processuale che la stessa determina⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ A proposito, invece, del contenuto del provvedimento conclusivo del processo si rimanda a quanto di seguito si dirà.

⁸⁰⁵ Così, v., ad esempio: R. BARTOLI: *Op. ult. cit.*, cit. p. 1479.

⁸⁰⁶ Peraltro, benché isolatamente, si esprime in tal senso: G. CORDERO, *Oltre il «patteggiamento» per i reati bagatellari?*, cit. p. 662. Il tenore della norma non pare a proposito chiarificatore, assumendo il termine *Beschluß* il generico significato di “decisione” del giudice.

⁸⁰⁷ In quello in ultimo descritto, infatti, è lo stesso del § 153a, co. II, StPO a sancirne espressamente l’inoppugnabilità, altrimenti operando, in relazione agli atti adottati nel corso del giudizio, il rimedio generale del reclamo (*Beschwerde*) di cui ai §§ 304 ss. StPO. Diversamente, invero, la preclusione all’impugnazione del decreto di archiviazione adottato dal pubblico ministero è collocata altrove, nel § 172 co. II StPO, quale vistosa deroga all’esperibilità del rimedio del reclamo formale all’archiviazione da parte della persona offesa (a tale ultimo proposito, v., più diffusamente, *infra* par. 2.6).

⁸⁰⁸ Nondimeno, nella dottrina italiana si è soliti riferirsi indistintamente ad entrambe le ipotesi secondo la comune nomenclatura di archiviazione condizionata, alla quale, anche per comodità espositiva, si è aderito nel corso del presente lavoro.

Ciò chiarito e messe in luce tali differenze, è ora tempo di passare all'analisi della disciplina che accomuna tutte le fasi del procedimento in cui l'istituto può operare⁸⁰⁹.

Va notato, innanzitutto, che, l'adozione del provvedimento di cui al § 153a StPO, avente inizialmente carattere provvisorio, determina la sospensione del procedimento per un periodo di tempo variabile, da fissarsi secondo i limiti massimi che il secondo paragrafo del § 153a, co. I, StPO individua in sei mesi ovvero un anno, in ragione della differente natura delle prescrizioni imposte all'accusato⁸¹⁰. Ai sensi del medesimo paragrafo, peraltro, tale durata è prorogabile, per una sola volta e senza che sia necessario il consenso dell'accusato, per un periodo di tre mesi.

Del pari, la norma in esame non richiede il consenso di quest'ultimo per la revoca delle prescrizioni precedentemente impartitegli, attuabile – può ritenersi – per sopravvenuta inutilità delle stesse, avendo ad esempio l'accusato già irrimediabilmente fallito l'adempimento di altra prescrizione⁸¹¹. Coerentemente con la base volontaristica di cui si è detto, lo stesso secondo

⁸⁰⁹ Merita precisare che tale disciplina “comune” è individuabile di guisa al richiamo contenuto nel secondo periodo del § 153a co. II StPO – complessivamente dedicato all'“archiviazione” in fase processuale – alle disposizioni di cui ai periodi 3-6 ed 8. del precedente co. I del § 153a StPO, stando ai quale: «The public prosecution office shall set a time limit within which the accused is to comply with the conditions and instructions, and which, in the cases referred to in numbers 1 to 3, 5 and 7 of the second sentence, shall be a maximum of six months and, in the cases referred to in numbers 4 and 6 of the second sentence, a maximum of one year. The public prosecution office may subsequently revoke the conditions and instructions and may extend the time limit once for a period of three months; with the consent of the accused it may subsequently impose or change conditions and instructions. If the accused complies with the conditions and instructions, the offence can no longer be prosecuted as a misdemeanour. If the accused fails to comply with the conditions and instructions, no compensation shall be given for any contribution made towards compliance. [...] Section 246a subsection (2) shall apply *mutatis mutandis*». Sulla base di analogo richiamo, infine, in seguito all'esercizio dell'azione penale il giudice, al pari del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari, può imporre le prescrizioni di cui al co. I n. 1 ss.

⁸¹⁰ Ai sensi del terzo periodo del § 153a co. I StPO, il termine massimo di un anno può fissarsi esclusivamente allorché siano prescritti all'accusato gli oneri di mantenimento di cui al co. I n. 4, ovvero la partecipazione ai corsi di formazione di cui al co. I n. 7. Sulle prescrizioni, v., più in dettaglio, *infra* par. 2.4.

⁸¹¹ Non può ritenersi, di contro, che la revoca possa avvenire nel caso in cui l'organo che ha adottato il provvedimento archiviatorio ritenga che l'interesse pubblico alla persecuzione sia stato assorbito dalle prescrizioni già adempiute dall'accusato. Tale prassi, invero, si presterebbe ad essere utilizzata quale *escamotage* per aggirare agevolmente la prescrizione del consenso – a seconda della fase del procedimento – del giudice o del pubblico ministero all'archiviazione *sub condicione*, così riservando all'accusato possibili trattamenti di favore.

paragrafo prevede, di contro, che l'imposizione di prescrizioni ulteriori, o la modifica di quelle già individuate, possa avvenire solo previo consenso espresso dell'accusato.

Ai sensi del § 153a, co. III, StPO, inoltre, il decorso della prescrizione risulta sospeso per tutta la durata del *probation*. Si verifica, dunque, una “stasi” del procedimento, destinata a risolversi solo con la conclusione della messa alla prova, che, salva l'ipotesi di revoca anticipata del provvedimento, coincide con la verifica sul rispetto delle prescrizioni imposte all'accusato, da attuarsi, dunque, una volta maturato il termine fissato all'uopo fissato.

Tale delicato “passaggio”, in assenza di specifica disciplina, non è accompagnato da particolari formalità, coincidendo con il controllo, da parte dell'organo che ha adottato il provvedimento, sulla rispondenza dell'operato dell'accusato con le prescrizioni impostegli. Se, da un lato, tale circostanza risulta senz'altro apprezzabile nell'ottica dell'economia processuale, dall'altro, si rileva insidiosa per le garanzie dell'accusato, al quale, invero, non è espressamente concessa alcuna occasione di interloquire sull'esito del *probation*, ove ritenuto negativo.

In tal caso, del resto, le conseguenze pregiudizievoli per l'accusato vanno ben oltre la semplice “ripresa” del procedimento – che, nella fase delle indagini, si risolve sovente nell'esercizio dell'azione penale mediante richiesta di decreto di condanna⁸¹² – poiché, sulla base dell'inequivocabile dettato del secondo paragrafo del § 153a, co. I, StPO, gli è preclusa *tout court* qualsivoglia forma di compensazione per il lavoro di pubblica utilità svolto o di rimborso delle somme pagate in adempimento delle prescrizioni impartitegli.

Constatato, invece, il pieno rispetto delle prescrizioni oggetto del provvedimento provvisorio, l'archiviazione o l'interruzione del processo divengono “definitive”.

⁸¹² In tal senso, v.: B. HUBER, *Op. ult. cit.*, cit. p. 153. Nondimeno, vale la pena anticipare che, in dottrina, si è osservato il carattere sussidiario del decreto penale rispetto alla archiviazione ex § 153a StPO, risultando lo stesso esperibile nei casi in cui la *diversion* con intervento appaia – o si sia rivelata in concreto – inappropriata; in tale ultimo senso, v.: R.S. FRASE, *Sentencing in Germany and the United States: Comparing Äpfel with Apples*, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Iuscrim eds., 2001, cit. p. 6 ss. A proposito del decreto penale di condanna, v. *infra* par. 2.7.

In fase processuale, peraltro, ciò avviene mediante un atto privo di motivazione ed avente carattere essenzialmente dichiarativo, con il quale il giudice si limita a riscontrare l'insorgenza di un «ostacolo» alla procedibilità, senza implicare, d'altro canto, un accertamento pieno della responsabilità dell'accusato⁸¹³.

Coerentemente con ciò gli effetti del provvedimento di cui al § 153a StPO – anche ove emesso dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari – non si esplicano sul piano sostanziale, operando l'istituto, definito suggestivamente da taluno quale «attrezzo processuale»⁸¹⁴, alla stregua di una condizione di procedibilità⁸¹⁵.

L'esclusione di qualsivoglia effetto di natura sostanziale del provvedimento, d'altro canto, spiega un ulteriore aspetto di interesse dell'istituto, attinente alla “stabilità” del provvedimento di archiviazione. Pur divenendo “definitivo” con la chiusura positiva del *probation*, non essendo previsto alcun rimedio impugnatorio avverso di esso, il provvedimento di cui al § 153a StPO giammai è idoneo ad assumere le caratteristiche del giudicato. Ciò si traduce, in particolare, in un effetto preclusivo non assoluto all'instaurazione di un nuovo procedimento penale per lo stesso fatto. Nondimeno, implicando l'istituto l'imposizione, legittimata dalla sussistenza di elementi di sospetto a carico del prevenuto, di misure dal carattere afflittivo, si ritiene opportunamente che la rimozione del menzionato ostacolo processuale insorgente con il provvedimento di cui al § 153a StPO possa

⁸¹³ Si riscontra, a proposito, una totale uniformità di vedute in dottrina. In tal senso, v.: L. PARLATO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 276 e nt. 148; F. LETTIERI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, cit. p. 2305; T. RAFARACI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 841. Considerazioni di analogo tenore valgono, invero, anche per quanto riguarda la fase delle indagini, ove, stando al tenore letterale della norma, si crea un ostacolo alla “perseguibilità” del reato.

⁸¹⁴ L'enfatica espressione si deve a: T. WEIGEND (e altri), *Sentencing and Punishment in Germany*, cit. p. 198.

⁸¹⁵ A tal proposito, se, da un lato, siffatta natura è apparsa lineare con la preponderante operatività dell'istituto in fase preprocessuale e con la spiccata vocazione deflattiva che lo connota, dall'altro, la dottrina più attenta ne ha evidenziato le aporie, dovute, in particolare, alla riconduzione del requisito dell'interesse pubblico alla persecuzione del reato alle funzioni della pena (sull'argomento, conviene rimandare a quanto in precedenza messo in luce; v. retro par. 2.1). In effetti, dovendosi valutare quest'ultimo sulla base di elementi inerenti il fatto e la persona dell'autore, che richiederebbero un accertamento ben più accurato di quello esatto dalla norma, pare in definitiva potersi convenire con chi ha osservato che la connotazione sostanziale di tale presupposto «mal si concilia con la natura archiviatoria dell'istituto» (in tal senso, e per considerazioni più approfondite, v.: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 1483).

avvenire solo allorché sopravvengano elementi i quali, soli o congiunti con quelli già valutati, impongano la riqualificazione del fatto in uno dei delitti di gravità più elevata; tale *novum*, in altre parole, deve disvelare la sussistenza di un *Verbrechen*, per il quale, dunque, la *diversion* si sarebbe dovuta escludere *ab initio*. Ciò, a ben vedere, segna una considerevole differenza rispetto dell'archiviazione "semplice" per particolare tenuità del fatto *ex* § 153 StPO, per cui non è prevista alcuna forma di preclusione alla riapertura del procedimento per lo stesso fatto⁸¹⁶.

In ultimo, va notato che il provvedimento di cui al § 153a StPO non comporta alcun effetto stigmatizzante nei confronti dell'accusato, non venendo iscritto nel casellario giudiziario, bensì nel solo registro centrale della autorità di pubblica sicurezza, ove rimane annotato per due anni, senza possibilità di essere consultato dai privati⁸¹⁷. È quest'ultimo, del resto, a rappresentare, assieme alla rapida fuoriuscita dal circuito processuale, uno degli elementi maggiormente incentivanti nella prospettiva dell'accusato, il quale è comunque tenuto a sottoporsi ad un trattamento afflittivo, sul quale è ora bene soffermarsi.

2.4. Le "prescrizioni" di cui al § 153a StPO

Come si è notato, allorché il pubblico ministero o il giudice intendano procedere *ex* § 153a StPO, sono tenuti a fissare una serie di prescrizioni o – in altre parole – condizioni, il cui rispetto da parte dell'accusato apre la strada alla stabilizzazione degli effetti del provvedimento, la cui efficacia, come visto, è inizialmente provvisoria, determinando la "mera" sospensione del procedimento.

Il prevenuto, dunque, è destinatario di una o più misure, finalizzate, in definitiva, a riassorbire il disvalore espresso dalla commissione del reato. Il contenuto di tale "programma" rappresenta un aspetto di particolare interesse dell'istituto e, al contempo, una delle sue peculiarità, spiegandosi la

⁸¹⁶ A tal proposito, v., anche per taluni riferimenti alla dottrina tedesca: L. PARLATO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 276 e nt. 149. In senso analogo, v.: G. CORDERO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 662.

⁸¹⁷ In tal senso, v.: B. ELSNER, J. PETERS, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System*, cit. p. 220.

risposta punitiva dello Stato in maniera non tradizionale, pur non perdendo del tutto il connotato afflittivo⁸¹⁸.

L'imposizione di tali prescrizioni, peraltro, segna una profonda differenza rispetto all'archiviazione per "irrilevanza" del fatto di cui al § 153 StPO, stando al quale, infatti, l'accusato è esentato da qualsivoglia misura, anche solo *lato sensu* sanzionatoria. In quest'ultimo caso, del resto, il consenso dell'accusato è coerentemente richiesto solo in fase processuale, rimanendo lo Stato, in definitiva, "indifferente" innanzi ai fatti che, già in fase di indagini, corrispondano all'archetipo del reato bagatellare c.d. improprio⁸¹⁹.

Di contro, la "reazione" statutale al reato attuata *aliunde*, mediante le prescrizioni di cui al § 153a StPO, legittimata – come visto – da interessi di tutela della collettività e dal consenso dell'accusato⁸²⁰, permette di collocare l'istituto nel novero della c.d. *diversion* "con intervento"⁸²¹, i cui effetti, come si è osservato, paiono accostabili a quelli di una depenalizzazione "in concreto" dei reati di medio-bassa gravità⁸²².

Peraltro, lo stesso contenuto afflittivo di tale forma di intervento, spiega la necessità che il giudizio sul grado di colpevolezza dell'autore sia ancorato ad elementi concreti, risultando l'imposizione delle prescrizioni, come visto, preclusa prima che le indagini siano ritenute complete da parte del pubblico ministero procedente⁸²³.

A tal proposito, infatti, si è osservato che l'imposizione delle prescrizioni di cui al § 153a StPO, non richiedendo un vero e proprio accertamento del fatto e della responsabilità dell'autore, è espressiva di «una presunzione di

⁸¹⁸ Autorevole dottrina si è espressa, al riguardo, evidenziando il carattere "punitivo" delle misure; in tal senso, v., *ex plur.*: H.J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit. p. 247.

⁸¹⁹ A tal proposito, v. su tutti: C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, 1985, cit. diff.; in particolare, rispetto all'esperienza tedesca, cit. p. 730 ss.

⁸²⁰ A tal riguardo, v. *retro* par. 2.1 e 2.2.

⁸²¹ La quale, a ben vedere, si distingue dalla *diversion* "semplice" che, dal canto suo, si sostanzia nell'interruzione *ex officio* delle indagini preliminari o del processo penale prima della pronuncia della sentenza, di cui l'archiviazione per particolare tenuità del fatto di cui al § 153 StPO costituisce un esempio paradigmatico. L'efficace nomenclatura è contenuta in: *Risoluzioni* del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema «*diversion* e mediazione», Cairo 1°-7 ottobre 1984, in *Cass. pen.*, 1985, cit. p. 534.

⁸²² In tal senso, v.: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.* cit. p. 1483 ss.

⁸²³ A riguardo, v. *retro* par. 2.1 e 2.3.

colpevolezza» dell'accusato⁸²⁴, considerata ammissibile in ragione della natura non penale delle “sanzioni” applicategli e del consenso all'uopo prestato dall'accusato.

Nondimeno, parte della dottrina, evidenziando il carattere meramente formale di tale ultima distinzione, si è espressa, invero, per l'assimilazione di tali prescrizioni alla sanzione penale tradizionale⁸²⁵. Di qui, si è individuata una serie di ulteriori “criticità” costituzionali dell'istituto, risolvendosi l'imposizione delle prescrizioni di cui al § 153a StPO, specie se da parte del pubblico ministero, nella violazione dei principi di legalità, della presunzione di innocenza e di separazione dei poteri, che consegue all'eccessiva “marginalizzazione” del giudice ⁸²⁶. Tali perplessità, peraltro acuite dall'assoluta discrezionalità sulla scelta del tipo, del numero e dell'“entità” delle prescrizioni, risultano, ad ogni modo, superate da altra cospicua parte della dottrina, che, oltre a rimarcare la menzionata natura non penale, valorizza la forte componente consensuale dell'istituto, che permea finanche l'esecuzione di tali prescrizioni, ben potendo l'accusato sottrarsi in qualunque momento all'adempimento, sempreché, ovviamente, sia disposto a subirne le descritte “conseguenze”⁸²⁷.

Venendo alla descrizione delle singole prescrizioni, giova premettere che il catalogo collocato nel secondo paragrafo del § 153a co. I StPO ⁸²⁸ è

⁸²⁴ In tal senso: B. ELSNER, J. PETERS, *Op. ult. cit.*, cit. p. 219 ss.

⁸²⁵ In tal senso, v., ad esempio: Ö. SVENDIREN, *Alternatives to Imprisonment*, cit. p. 148.

⁸²⁶ Per un compendio di tali critiche, arricchito da riferimenti alla dottrina tedesca, v.: S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984, cit. p. 304 e nt. 157. In senso analogo, v. anche: M. MENNA, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, p. 187 ss.

⁸²⁷ A tal proposito, v., ancora: R. BARTOLI, *Op. ult. cit.*, p. 1485 e nt. 55 ss. La componente consensuale dell'istituto, risulta, del resto, valorizzata in relazione alle prescrizioni rispondenti ai canoni della *Restorative Justice*, quali, su tutti, la mediazione penale. A tal proposito, tra i molti, v.: A. PĂROȘANU, *Restorative Justice in Germany*, in AA.VV., *The 3E Model for a Restorative Justice Strategy in Europe*, 2013 p. 5 ss.

⁸²⁸ Vale la pena, vista l'importanza, riportare il contenuto di tale paragrafo, stando al quale: «In particular, the following conditions and instructions may be applied: 1. to perform a specified service in order to make reparations for damage caused by the offence; 2. to pay a sum of money to a non-profit-making institution or to the Treasury; 3. to perform some other service of a non-profit-making nature; 4. to comply with duties to pay a specified amount in maintenance; 5. to make a serious attempt to reach a mediated agreement with the aggrieved person (perpetrator-victim mediation) thereby trying to make reparation for his offence, in full or to a predominant extent, or to strive therefor; 6. to participate in a social skills

comunemente ritenuto di natura non tassativa⁸²⁹. Stando alla rubrica della norma, inoltre, esse si suddividono in condizioni (*Auflagen*) e direttive (*Weisungen*). Tuttavia, presentando tutte le misure di cui all'elenco un effetto condizionante e, al contempo, "direttivo", l'impossibilità di operarne una vera e propria distinzione, ha suggerito di compendiarle, dal punto di vista lessicale, nel concetto di "prescrizioni", peraltro non sconosciuto alla dottrina⁸³⁰.

L'elenco si apre – significativamente – disciplinando la possibilità che all'accusato sia prescritta, attraverso il compimento di specifiche condotte, la riparazione del danno patito dalla vittima del reato. In dottrina, tuttavia, si è evidenziata la valenza prettamente simbolica di tale riferimento alla *reparation*, essendosi notato come quest'ultima, nella prassi, sia solitamente "confinata" al risarcimento del danno, informato ai tradizionali principi civilistici vigenti in materia⁸³¹.

La seconda prescrizione attiene, invece, all'imposizione del pagamento di una somma di denaro in favore di un ente caritatevole o, in alternativa, dell'Erario. Quest'ultima risulta, invero, la misura di gran lunga più applicata⁸³², in relazione alla quale, peraltro, si sono registrate le maggiori

training course; or 7. to participate in a course pursuant to section 2b subsection (2), second sentence, or a driver's competence course pursuant to section 4a of the Road Traffic Act».

⁸²⁹ Tra i molti, v., in tal senso: L. PARLATO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 275. Nondimeno, i dati statistici disponibili – relativi alle sole archiviazioni condizionate disposte dal pubblico ministero – dimostrano un assoluto *self restraint* in materia, risultando la quasi totalità delle prescrizioni applicate rientranti nel catalogo predisposto dalla norma; a tal riguardo, v.: J.M. JEHLE (a cura di), *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fifth ed., Helsinki, 2014, p. 124.

⁸³⁰ Il termine viene utilizzato, ad esempio, da: G.L. FANULI, *Op. ult. cit.*, cit. p. 22.

⁸³¹ In tal senso, v., anche per i riferimenti alla letteratura tedesca ivi contenuti: S. WALTHER, *Reparation in the German Criminal Justice System: What is, and What remains to be done*, cit. p. 268 ss. Stando alle statistiche più aggiornate, riferite all'anno 2010, inoltre, la prescrizione è stata applicata dai pubblici ministeri nel 6% dei casi di archiviazione condizionate; in tal senso: J.M. JEHLE (a cura di), *Op. ult. cit.*, p. 124. Secondo uno studio, peraltro, in passato si è registrata una maggior propensione all'applicazione di tal prescrizione in fase processuale, risultando, di contro, i pubblici ministeri più restii rispetto ai giudici a servirsene; in tal senso, v.: M. KILCHLING, M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation* cit. p. 321.

⁸³² Stando ai dati più aggiornati, tale prescrizione viene infatti imposta nell'81% dei casi in cui si perviene all'archiviazione ex § 153a StPO sotto l'egida del pubblico ministero; Cfr. in tal senso: J.M. JEHLE (a cura di), *Op. ult. cit.*, p. 124, le cui statistiche si riferiscono all'anno 2010. Tale *trend*, pare potersi spiegare, oltre che con la necessità di applicare l'istituto in relazione a reati "senza vittima" o con vittima "diffusa", con la tendenza massimizzare le esigenze di economia processuale che l'istituto soddisfa, non richiedendo tale prescrizione

perplexità in dottrina. In primo luogo, infatti, si è da più parti fatto notare che il suo massiccio utilizzo⁸³³, al quale di rado si affianca l'imposizione di altre prescrizioni, comporta una "monetizzazione" del diritto penale, registratasi, in particolare, in casi che hanno suscitato lo scalpore dell'opinione pubblica – ipotesi di malversazione ai danni dello stato e reati ambientali, su tutti. A ben vedere, in effetti, la stessa trasforma l'istituto di cui al § 153a StPO in una comoda "scappatoia" per accusati "facoltosi", così innescando il fenomeno della c.d. *bifurcation*⁸³⁴.

Ancora, va evidenziato, che la norma – sorprendentemente – non individua alcun criterio per la commisurazione della somma, né, tantomeno, si cura di fissarne il tetto massimo, essendo, dunque, la relativa quantificazione integralmente rimessa alla valutazione dell'Autorità procedente. Ad ogni modo, a tale insoddisfacente silenzio, si è posto parzialmente argine in dottrina, essendosi osservato che tale delicata operazione deve sottostare al principio costituzionale di proporzionalità⁸³⁵.

alcun coinvolgimento del personale dei Servizi sociali e risolvendosi la verifica sull'esito in un rapido accertamento contabile.

⁸³³ A tal proposito, va segnalata, tuttavia, la notevole contrazione registratasi nell'utilizzo di tale prescrizione, in parte dovuta alle menzionate critiche, in parte all'ampliamento del novero delle prescrizioni di cui si dirà e dell'aumento della consapevolezza circa la relativa efficacia. Più in particolare, si è rilevato, infatti, che nel corso dell'anno 2003 il pagamento di una somma di denaro veniva prescritto nell'88% dei casi di applicazione dell'istituto di cui al § 153a StPO; in tal senso, v.: B. ELSNER – J. PETERS, *Op. ult. cit.*, cit. p. 223. Tale contrazione, peraltro, assume rilievo ancora maggiore ove si estenda il periodo di analisi al primo ventennio di "vita" dell'istituto; allora, infatti, tale prescrizione veniva adottata nella quasi totalità dei casi, e più in particolare, ne 94% di essi nell'anno 1987; lo riporta: V. SCHÖC, in AA.VV., *Kommentatur zur Strafprozeßordnung*, Band 2/Teilband 1, cit. 6 vor § 153a.

⁸³⁴ In tal senso, *ex plur.*: Ö. SVENDIREN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 148. Si è osservato, infatti, che l'eccessiva estensione dei presupposti della *diversion* si sia tradotta in una «commercializzazione» della risposta al reato; in tal senso, v.: G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, 2002, cit. p. 75 e nt. 7. Tale insidia, peraltro, veniva rilevata già prima dell'introduzione del § 153a StPO, allorché si l'archiviazione in seguito al pagamento di una somma di denaro da parte dell'indagato era divenuta una prassi; in tal senso, v.: J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, p. 491 ss.

⁸³⁵ In tal senso, su tutti, v.: H.J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit. p. 247. Secondo l'A., peraltro, tale limite riguarda parimenti le ulteriori prescrizioni di cui al co. I del § 153a StPO, dovendo il principio di proporzionalità informare la scelta sul tipo, sulla durata e sull'entità di ciascuna di essa e, in particolare, del *community service* di cui si dirà a breve. Va notato, infine, che la prescrizione in esame e – ove intesa come mero risarcimento del danno – quella vista in precedenza, in parte sviliscono l'interesse dell'istituto nell'ottica del presente lavoro, risolvendosi, in simili ipotesi, la condotta dell'accusato volta a (ri)assorbire il disvalore

Seppur meno consistentemente applicate, discorso differente meritano, invece, le ulteriori prescrizioni individuate dai n. 4 ss. del § 153a, co. I, StPO⁸³⁶. Dando adempimento alle stesse, infatti, l'accusato è chiamato a porre in essere comportamenti articolati e "diluiti" nel tempo, da svolgersi, di frequente, sotto l'egida dei Servizi sociali, che, come si vedrà a breve, possono assumere un ruolo di rilievo anche nella scelta delle prescrizioni da applicare, nella vigilanza sul relativo svolgimento e, talvolta, sulla valutazione dell'esito finale dello periodo di *probation*.

Quanto testé riferito, vale, innanzitutto, per la prescrizione di cui al n. 4 del § 153a, co. I, StPO, secondo la quale l'accusato è tenuto allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità o *community service*. In tal caso, dunque, egli è chiamato ad un comportamento riparativo presso enti *non-profit*, di cui beneficia la collettività, comunque "offesa" dal turbamento dell'ordine sociale ingenerato dal reato. Va notato che, in passato, se ne era dubitata la compatibilità con il dettato del § 12, co. III, GG, il quale mette espressamente al bando ogni forma di lavoro forzato. Ad ogni modo, seppur in relazione all'istituto del *Probzeit* in fase di esecuzione – ma con argomentazioni valevoli *a fortiori* allorché il *community service* sia intrapreso prima della condanna – la Corte costituzionale ne ha sancito la legittimità, evidenziandone la durata limitata e la possibilità di libero "recesso" riconosciuta al reo⁸³⁷.

Come visto, inoltre, dal 1999, il § 153a, co. I, n. 5 StPO, contiene un riferimento alla riconciliazione con la vittima attraverso la mediazione penale – disciplinata, in via generale dal § 46a StGB – nonché al "serio sforzo" dell'accusato verso il suo raggiungimento, mediante la riparazione – anche

espresso dal reato in un sacrificio di carattere meramente patrimoniale, che, d'altro canto, coincide con la portata – sia contenutistica che, sovente cronologica – della sospensione del procedimento di cui al § 153a StPO. Non è un caso, del resto, che, in dottrina, se ne sia suggerita l'accostabilità ad una "sorta" di patteggiamento; in tal senso, v.: M. CHIAVARIO (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit. p. 636.

⁸³⁶Quanto alla prescrizione di cui al n. 3 della citata norma, basti qui limitarsi a ricordare che essa consiste nel provvedere al mantenimento della persona indicata nel provvedimento, coincidendo sovente nel pagamento degli "alimenti" a favore di uno o più familiari.

⁸³⁷In tal senso, e più approfonditamente, v.: T. WEIGEND (e altri), *Op. ult. cit.*, cit. p. 200. In materia, v, anche: Ö. SVENDIREN, *Op. ult. cit.*, cit. p. 171 ss., il quale ne riconduce il generale scarso successo applicativo anche alla memoria del massiccio utilizzo fattone dal regime nazista. Stando alle statistiche, difatti, tale prescrizione risulta applicata nel 3% dei casi in cui il pubblico ministero proceda all'archiviazione *ex* § 153a StPO; cfr. in tal senso, J.M. JEHLE (a cura di), *Op. ult. cit.*, p. 124.

non integrale – dell’offesa arrecata. Rimandandosi per considerazioni più dettagliate al prosieguo⁸³⁸, vale la pena precisare che, nella prospettiva dell’accusato, si è lucidamente dubitato della compatibilità della mediazione con il carattere “coercitivo” delle prescrizioni, presupponendo la prima, come è noto, la “sincera” volontà di entrambe le parti a prendere costruttivamente parte al faticoso “percorso” di riavvicinamento⁸³⁹.

Va notato, peraltro, che con il citato intervento legislativo si è inteso massimizzare la portata del ricorso alla mediazione. Ai sensi del § 155a StPO, sia il pubblico ministero che il giudice sono “enfaticamente” tenuti a considerare la possibilità di fare utilizzo della mediazione penale in ogni stato e grado del procedimento, la quale, se del caso e purché la vittima vi acconsenta⁸⁴⁰, può essere anche prescritta nel quadro del § 153a StPO. In tale ottica, secondo il dettato del § 155b co. I StPO, l’autorità giudiziaria può, infatti, trasmettere il “caso” ad un centro di mediazione, perché ne valuti la “percorribilità” e, se opportuno, tenti di riconciliare le parti⁸⁴¹.

Può specificarsi, peraltro, che l’applicazione della prescrizione si ritiene comunemente limitata alle ipotesi in cui è presente una vittima-persona fisica, la quale, come appena visto, sia disponibile alla mediazione. Ciò, assieme ai costi di tempo e di personale della procedura, ne spiega l’applicazione relativamente contenuta⁸⁴². Nondimeno, la norma è ritenuta un

⁸³⁸ Sull’argomento, v. *infra* par. 2.6.

⁸³⁹ A tal riguardo, v., in particolare: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit. p. 203. L’A., invero, si riferisce alla mediazione attivabile in ambito minorile ai sensi del § 10 co. VII JGG. Le relative argomentazioni, tuttavia, possono ritenersi pienamente mutuabili per il § 153a StPO, a seguito dell’aggiunta del riferimento alla mediazione penale su cui, peraltro, si tornerà in seguito; v. *infra* par. 2.5.

⁸⁴⁰ Il riferimento al necessario consenso della persona offesa è contenuto nello stesso § 155a co. I StPO. Per un approfondimento, v., *ex plur.*: S. LENZE (e altri), *Depicting the development of victim-offender mediation. Empirical research on restorative justice in Germany*, in I. VANFRAECHEM, I. AERTSEN, J. WILLEMSSENS, *Restorative Justice Realities*, Eleven eds., 2010, p. 124 ss.; E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa tra Austria e Germania*, p. 1973 ss.

⁸⁴¹ A tal proposito, v.: T. TRENCZEK, *Victim-Offender Mediation in Germany – ADR under the Shadow of the Criminal Law?*, p. 4 ss. Oltre ai citati §§ 155a e 155b StPO, merita specificare che nel contesto della medesima novella, si è altresì previsto che è previsto che l’indagato debba essere informato, sin dal suo primo interrogatorio, della possibilità di accedere alla mediazione penale, secondo il dettato dell’ultimo periodo del § 136 co. I StPO.

⁸⁴² Registratasi, stando alle statistiche disponibili, nel 5% dei casi in cui si è disposta l’archiviazione ex § 153a StPO nel corso delle indagini preliminari. V. in tal senso: J.M. JEHLE (a cura di), *Op. ult. cit.*, p. 124.

ottimo strumento per attuare le finalità della *restorative justice*, consentendo di valorizzare accordi di conciliazione non limitati alla riparazione “materiale” dell’offesa, quali le scuse o altre forme di ammenda⁸⁴³.

Tornando conclusivamente alla disamina delle prescrizioni di cui al § 153aa StPO, stando al co. I, n. 6 e 7, all’accusato può essere impartita, rispettivamente, la partecipazione a corsi di potenziamento delle abilità socio-relazionali, ovvero, allorché si tratti di reati commessi in violazione delle norme sulla circolazione stradale, ad un corso di educazione ai sensi del § 4a del Codice della Strada.

2.5. (segue) il ruolo dei Servizi sociali

Come anticipato, rispetto alle prescrizioni analizzate, eccezion fatta per le prime due – dal carattere prettamente patrimoniale – un ruolo di grande importanza è sovente rivestito dai Servizi sociali operanti in ambito penale (complessivamente, *Soziale Dienste der Justiz*), sia prima che dopo l’individuazione del “contenuto” del *probation*, benché il § 153a StPO nulla disponga a riguardo e la regolamentazione di tale “apparato” sia rimessa alla competenza legislativa dei singoli *Länder*⁸⁴⁴.

Ai Servizi sociali⁸⁴⁵ può, innanzitutto, essere richiesto di “investigare” e, di conseguenza, di predisporre una relazione inerente le condizioni ed i rapporti personali dell’autore del fatto, nonché, se del caso, della vittima del reato. Ai sensi del § 160, co. III, StPO, infatti il pubblico ministero, nella fase delle indagini preliminari, ovvero – in seguito – il giudice, possono ritenere necessaria la menzionata “analisi”, la quale, non di rado, assume notevole importanza ai fini della decisione sull’adozione del provvedimento *ex* § 153a StPO. Nel corso di tale indagine, peraltro, il personale dei Servizi può intrattenere altresì una conversazione informale con l’accusato, sempre che

⁸⁴³ Sul punto, v. *infra* par. 2.6.

⁸⁴⁴ L’organizzazione di tale apparato, varia, invero, a seconda dei singoli *Länder*, ed i relativi operatori sono posti, a seconda dei casi, alle dipendenze del Tribunale o della Procura. Per un dettagliato approfondimento, v.: J. MUTZ, *Germany*, in A.M. VAN KALMTHOUT, I. DURNESCU (a cura di), *Probation in Europe*, Wolf Legal Publishers, 2008, p. 381 ss.

⁸⁴⁵ I cui componenti assumono, nell’ambito delle attività di interesse, la qualifica di personale ausiliario della corte (*Gerichtshelfer*), anche allorché siano posti alle dipendenze della procura.

questi vi acconsenta. Come si è osservato, tale relazione si rivela di particolare utilità nei casi in cui il pubblico ministero sia indeciso circa il ricorso alla *diversion* di cui al § 153a StPO⁸⁴⁶, potendo quest'ultimo rinvenirvi elementi utili anche al fine di determinare le prescrizioni da imporre all'indagato.

Il ruolo dei Servizi sociali, peraltro, si fa più marcato rispetto all'esecuzione di queste ultime. In molti *Länder*, infatti, tale apparato è responsabile dell'organizzazione del *community service*, dei corsi formativi di cui si è detto e, talvolta, dei programmi di mediazione penale. Una volta impartite le prescrizioni di cui al § 153a StPO, il personale dei servizi diviene sovente "affidatario" dell'accusato, a cui, ad esempio, deve assicurare il reperimento delle opportunità di lavoro di pubblica utilità⁸⁴⁷ o, ancora, la supervisione della mediazione⁸⁴⁸.

Ma vi è di più. Nei casi in cui l'accusato incontri difficoltà a rispettare le prescrizioni impartitegli, il pubblico ministero o il giudice può richiedere ai Servizi di intervenire e «badare» a lui, così scongiurando l'esito infausto del *probation*. In molti *Länder*, inoltre, qualora all'accusato sia prescritto il *community service*, ai Servizi è affidato il controllo sul rispetto dei tempi e delle condizioni lavorative individuate dall'autorità giudiziaria⁸⁴⁹. Infine, nei casi in cui il percorso di mediazione sia svolto sotto l'egida dei Servizi sociali, a questi ultimi compete, ai sensi del § 155b co. II StPO, riferire al pubblico ministero, ovvero, al giudice, circa l'esito conclusivo dello stesso, nonché dell'entità e della serietà dello sforzo riparativo intrapreso dall'accusato.

Seppur non oggetto di grande interesse in dottrina, e salvo il caso che la prescrizione riguardi il solo "esborso" di danaro da parte dell'accusato, il coinvolgimento dei Servizi sociali nel contesto dell'archiviazione *ex* § 153a StPO assume, dunque, importanza evidente, testimoniata, del resto, anche dai dati statistici disponibili, stando ai quali quasi la metà dei relativi

⁸⁴⁶ Diffusamente, in tal senso, v. J: MUTZ, *Germany*, cit. p. 397 ss.

⁸⁴⁷ A tal proposito, v., ancora: J: MUTZ, *Op. ult. cit.*, cit. p. 386 ss. e 398 ss.

⁸⁴⁸ Per un approfondimento sul ruolo dei servizi sociali in tale contesto, v., ad esempio: S. WALTHER, *Reparation and Criminal Justice: can they be Integrated?*, cit. p. 321 ss.

⁸⁴⁹ In tal senso, v. sempre: J: MUTZ, *Op. ult. cit.*, cit. p. 398.

“interventi” si registra nelle fasi precedenti la chiusura del dibattimento mediante sentenza⁸⁵⁰.

2.6. La posizione della vittima

Oggetto di scarsa attenzione, da parte del § 153a StPO si rivela, inoltre, la persona offesa dal reato. È in relazione a tale aspetto che, del resto, in dottrina si sono evidenziate ulteriori carenze dell’istituto, riconducibili a talune scelte legislative dal contenuto antitetico rispetto al generale rafforzamento della posizione della vittima registratosi nell’ordinamento tedesco, nonché a taluni importanti atti di matrice sovranazionale⁸⁵¹.

Quanto alla posizione della vittima, va osservato, innanzitutto, che, come si è fatto notare, durante le indagini preliminari «la scelta di non procedere [...] prescinde costantemente dalla sua previa audizione»⁸⁵².

A ciò si aggiunga, soprattutto, che alla persona offesa è preclusa la possibilità di presentare il reclamo formale all’archiviazione di cui ai §§ 172 ss. StPO (*Klageerzwingungsverfahren*), costituente il rimedio di carattere generale previsto per ottenere l’esercizio “coatto” dell’azione penale allorché il pubblico ministero abbia archiviato la notizia di reato ritenendola infondata⁸⁵³. Ai sensi del § 172 co. II, stante l’espresso richiamo al § 153a co. I StPO ivi contenuto, l’opposizione della vittima al provvedimento di archiviazione condizionata è, infatti, da ritenersi inammissibile⁸⁵⁴.

⁸⁵⁰ Cfr. in tal senso, J.M. JEHLE (a cura di), *Op. ult. cit.*, p. 301. Stando ai dati, infatti, ben il 46% degli interventi dei Servizi sociali tedeschi, che spaziano dalla supervisione, al controllo, sino alla vera e propria “presa in carico” dell’accusato, si registrano prima della sentenza che conclude la fase del giudizio.

⁸⁵¹ Per un approfondimento sul progressivo rafforzamento della posizione della vittima nell’ordinamento processuale tedesco e dei principali interventi legislativi in tal senso, v., ad esempio: Ö. SVENDIREN, *Alternatives to Imprisonment*, p. 165 ss.; S. LENZE (e altri), *Depicting the development of victim-offender mediation*, p. 122 ss.

⁸⁵² In tal senso: L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, cit. p. 277. In tale fase, pertanto, l’unico strumento idoneo a veicolare – indirettamente – le esigenze della vittima risulta, come si è accennato, l’eventuale indagine condotta dai Servizi sociali ai sensi del § 160 co. III StPO. Dal punto di vista teorico, a quest’ultima potrebbe aggiungersi la possibile audizione della vittima da parte del pubblico ministero o della Polizei, seppur intrinsecamente finalizzata ad esigenze investigative.

⁸⁵³ Sull’istituto, nonché sulla ridotta efficacia che riveste nella pratica, v. *ex plur.*: F. RUGGIERI, *Introduzione al sistema processuale tedesco*, p. 134 ss. V. anche: T. RAFARACI: voce *Processo penale tedesco*, p. 841.

⁸⁵⁴ Lo stesso dicasi, del resto, per gli altri istituti archiviatori ispirati all’*Opportunitätsprinzip*. A tal riguardo, v., *ex plur.*: H.J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*,

La norma, oggetto di pesanti critiche in dottrina⁸⁵⁵, troverebbe la sua giustificazione teorica nella previsione del controllo giurisdizionale sull'operato del pubblico ministero, che, come visto, si estrinseca mediante il consenso di cui al § 153a, co. I, StPO⁸⁵⁶, peraltro non necessario nei casi di cui all'ultimo periodo del § 153 co. I StPO⁸⁵⁷. La situazione, del resto, non sembra affatto migliore in seguito all'esercizio dell'azione penale, essendo – come visto – il provvedimento di cui al § 153a StPO emesso dal giudice parimenti inoppugnabile⁸⁵⁸.

L'unico, vero “spiraglio” per la valorizzazione del ruolo della vittima del reato nel contesto del *probation* di cui al § 153a StPO è costituito, dunque, dall'eventualità che all'accusato sia prescritta la compensazione in favore della persona offesa, specie quando la riparazione debba raggiungersi, ai sensi del co. I, n. 5 della citata norma, attraverso la mediazione penale. In tale caso, infatti, la persona offesa gode di ben altra considerazione.

cit. p. 248. L'unico rimedio concesso alla vittima risulta, dunque, il reclamo informale lungo la “catena” gerarchica, di cui in dottrina, tuttavia, si è diffusamente notato lo scarsissimo successo applicativo e le ancor più esigue chance di accoglimento del reclamo, regolato unicamente dai principi generali di diritto amministrativo; in tal senso, *ex plur.:* *ibid.* V. anche. G.L. FANULI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, p. 37.

⁸⁵⁵ A tal proposito, v., ad esempio; H.J. ALBRECHT, *Op. ult. cit.*, cit. p. 248 ss.; F. LETTIERI, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, cit. p. 2306.

⁸⁵⁶ In tal senso, *ex plur.*, v.: J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, p. 103 ss.

⁸⁵⁷ Sull'argomento, v. *retro* par. 2.1. Pare, in effetti, che tale preclusione risponda a mere esigenze di economia processuale e speditezza, “alleggerendo” significativamente la procedura di cui § 153a StPO, e, anche considerato il descritto “lassismo” mostrato dai giudici nell'esercizio di tale controllo, se ne è auspicata a gran voce la rimozione, così da incrementare le garanzie della vittima⁸⁵⁷ e, al tempo stesso, limitare la discrezionalità del pubblico ministero attraverso un controllo giurisdizionale più incisivo sul suo operato (in tal senso, v.: L. PARLATO, *Op. ult. cit.*, cit. p. 277 e nt. 153), e, al tempo stesso, limitare la discrezionalità del pubblico ministero attraverso un controllo giurisdizionale più incisivo sul suo operato. La stessa, a ben vedere, pare difficilmente conciliabile anche con il dettato della normativa europea, e, in particolare, con il § 11 co. I della Direttiva 2012/29/UE, che prescrive agli Stati membri di garantire alla «vittima, secondo il ruolo di quest'ultima nel pertinente sistema giudiziario penale, il diritto di chiedere il riesame di una decisione di non esercitare l'azione penale». Per un approfondimento sull'impatto di tale importante atto nell'ordinamento tedesco, v.: M. KILCHLING, L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima? Verso un “diritto” alla mediazione? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4188 ss.; l'A., in particolare, ne rileva il meritorio impatto soprattutto in materia del diritto di informazione spettante alla persona offesa (cit. p. 4193). Va notato, peraltro, che il *vulnus* è parzialmente colmato per i reati elencati dal § 374 StPO, in relazione ai quali la vittima può esercitare azione penale privata, la quale, tuttavia, registra uno scarsissimo successo applicativo.

⁸⁵⁸ A tal proposito, v. *retro* par. 2.3. In tale contesto, dunque, la “voce” della vittima potrebbe unicamente farsi sentire allorché, nell'udienza della fase intermedia, ovvero, in dibattimento, se ne disponga l'audizione

Innanzitutto, ai sensi del § 155a StPO il pubblico ministero e, in fase processuale, il giudice possono avvalersi dello strumento della mediazione solo allorché la vittima vi presti espresso consenso⁸⁵⁹.

A ciò va aggiunto che la scarsa disciplina codicistica dedicata alla mediazione è meritoriamente integrata – e colmata – dalle *best practices* sviluppate dagli istituti di mediazione, gestiti normalmente da organizzazioni *non profit* esterne al sistema giudiziario e specializzate nella conduzione dei programmi di mediazione. Come si è osservato, infatti, le menzionate “prassi”, si presentano di particolar pregio nell’ottica del rispetto delle garanzie previste dalla normativa internazionale in materia, mirando a prevenire, in particolare, il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria⁸⁶⁰.

A tal proposito, vale la pena precisare che la mediazione si ritiene esperibile anche nei casi in cui la vittima non si mostri incline ad incontrare personalmente l’autore del reato, potendo la riconciliazione raggiungersi attraverso contatti indiretti o “a distanza”⁸⁶¹. L’autore, dal canto suo, oltre ad acconsentirvi⁸⁶², deve mostrarsi disponibile a riconoscere la commissione del fatto addebitatogli, “protetto” dalla riservatezza della procedura di

⁸⁵⁹ Secondo la citata norma, peraltro, il giudice ed il pubblico ministero sono tenuti a considerare la possibilità di risolvere la “controversia” attraverso la mediazione penale. Per un approfondimento, v., ad esempio: T. TRENCZEK, *Op. ult. cit.*, p. 4 ss.; S. LENZE (e altri), *Depicting the development of victim-offender mediation*, p. 124 ss. In dottrina, peraltro, si ritiene comunemente che il reato abbia coinvolto una persona fisica, ritenendosi da escludere, dunque, la possibilità di avviare la mediazione per i c.d. reati senza vittima, a vittima diffusa, ovvero allorché quest’ultima sia una persona giuridica. A riguardo, v., *ex plur.*: A. PĂROȘANU, *Restorative Justice in Germany*, cit. p. 7.

⁸⁶⁰ Secondo le più recenti indagini, infatti, tali centri hanno raggiunto un alto livello di specializzazione, risultando dedicati, nel 82% dei casi, alla sola conduzione di programmi di mediazione in ambito penale. In tal senso, e per un approfondimento di tali *best practices*, v.: F. DÜNKEL, A. PĂROȘANU, *Germany*, in F. DÜNKEL, J. GRZYWA-HOLTEN, P. HORSFIELD (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, F.V. Godsberg, 2015, Vol. I, cit. p. 307 ss.; per il dato statistico, v., invece: *ibid.*, cit. p. 312. Va precisato che tali dati, relativi, così come quelli che si riporteranno di seguito, all’anno 2012, riguardano la mediazione attivata in seguito all’esercizio dell’azione penale; nondimeno, costituisce un indicatore utile anche per la fase preprocessuale.

⁸⁶¹ In tal senso, v.: M. KILCHLING, M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation*, cit. p. 308 ss. In senso analogo e per un approfondimento sulla procedura di mediazione, v., ad esempio, A. PĂROȘANU, *Restorative Justice in Germany*, cit. p. 21.

⁸⁶² Per un approfondimento sui requisiti del consenso dell’accusato richiesti nella ricca normativa internazionale in materia, v., *ex plur.*: C. MAZZUCCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Op. ult. cit.*, p. 109 ss.

mediazione⁸⁶³. I dati statistici, in effetti, depongono decisamente per il successo dell'istituto, risolvendosi il percorso intrapreso sotto l'egida di un mediatore qualificato ed imparziale, nel raggiungimento di un accordo di conciliazione nella stragrande maggioranza dei casi⁸⁶⁴, il quale può constare, ad esempio, in scuse formali, in programmi di comportamento positivo dell'autore, nella compensazione e riparazione del danno materiale e morale sofferto dalla vittima, anche attraverso attività lavorativa a suo favore⁸⁶⁵.

Senz'altro meritoria, nella prospettiva della vittima, si rivela infine la previsione di un apposito fondo monetario finanziato attraverso la Cassa delle ammende, che assicura il rapido risarcimento del danno allorché l'autore si riveli insolvente⁸⁶⁶.

In conclusione, prevedendo la possibilità di impartire la riparazione del danno attraverso la mediazione, può ritenersi che il § 153a StPO si riveli uno strumento efficace nel garantire soddisfazione piena e rapida alla persona offesa, garantendo al tempo stesso il ristabilimento della pace sociale a poca distanza di tempo dal fatto che ne ha determinato l'infrazione, in linea con la finalità deflattiva che lo contraddistingue⁸⁶⁷.

⁸⁶³ Il § 155b StPO, infatti, è espressamente dedicato allo scambio di informazioni tra i centri di mediazione e l'Autorità giudiziaria. Per quanto di interesse, va rilevato che, ai sensi del § 155 co. II StPO, tali centri sono autorizzati a raccogliere informazioni personali solo dietro consenso dell'interessato e nei limiti in cui ciò sia necessario per la riconciliazione. Sull'argomento, v.: S. LENZE (e altri), *Op. ult. cit.*, p. 124 ss.

⁸⁶⁴ Stando alle statistiche più aggiornate, tale esito si riscontra, in seguito all'esercizio dell'azione penale, nell'83% dei casi. In tal senso, v.: F. DÜNKEL, A. PĂROȘANU, *Germany*, cit. p. 312.

⁸⁶⁵ Si è inteso menzionare in tale "elenco", peraltro non esaustivo, gli esiti più diffusamente riscontrabili nella casistica, non essendo il contenuto di tali accordi fatto oggetto di specifica regolamentazione. A tal proposito, v.: F. DÜNKEL, A. PĂROȘANU, *Op. ult. cit.*, cit. p. 307. Peraltro, gli AA. rilevano – rispetto alla mediazione in generale – come gli stessi siano rispettati, almeno in parte significativa, nell'88.3% dei casi. Per tale dato, sempre riferito all'anno 2012, v.: *Ibid.*, cit. p. 312. Per dei dati statistici circa la "cadenza" dei singoli esiti, seppur riferiti all'anno 2005, v., invece: J.M. JEHLE, *Criminal Justice in Germany. Facts and Figures*, cit. p. 40.

⁸⁶⁶ A tal riguardo, v.: S. WALTHER, *Reparation and Criminal Justice: can they be Integrated?*, cit. p. 322.

⁸⁶⁷ I dati statistici, riferiti all'anno 2012, mostrano, infatti, che nell'81% dei casi il ricorso alla mediazione sia avvenuto durante la fase delle indagini preliminari. Tali dati si devono, ancora, a: F. DÜNKEL, A. PĂROȘANU, *Op. ult. cit.*, cit. p. 312. Per un'analisi ed ulteriori rilievi statistici – seppur meno recenti – circa, in particolare, la fase del procedimento in cui si "attiva" la mediazione, v. anche: S. LENZE (e altri), *Op. ult. cit.*, p. 136. Sulla base di differenti dati statistici, peraltro, si è potuto precisare che dal deferimento del caso al centro di mediazione al momento del "ritorno" del report sul relativo esito all'Autorità giudiziaria

2.7. Il § 153a StPO ed i riti “speciali”

Merita, infine, qualche breve considerazione il tema del rapporto tra l'istituto di cui al § 153a StPO e i procedimenti speciali previsti dalla StPO. Questi ultimi, infatti, sono caratterizzati dal medesimo ambito di applicazione, operando per i reati generalmente attribuiti alla competenza dell'*Amtsgericht*.

Innanzitutto, vale la pena soffermarsi brevemente sul decreto penale di condanna (*Strafbefehl*). Ai sensi degli §§ 407 ss. StPO, il pubblico ministero può presentare apposita richiesta al giudice allorché si tratti di *Vergehen* per i quali si possa applicare una pena pecuniaria, il ritiro della patente fino a due anni, ovvero, anche congiuntamente, ma solo previo intervento del difensore, una pena detentiva fino ad un anno, purché soggetta a sospensione condizionale. Concluse le indagini, il pubblico ministero avanza tale richiesta, specificando il *quantum* di pena da applicare, ove ritenga che il dibattimento sia superfluo ai fini dell'accertamento del fatto. Qualora ne riscontri i presupposti, il giudice emette il decreto penale di condanna che, se non impugnato dall'imputato, acquista forza di giudicato ai sensi del § 410 StPO⁸⁶⁸.

L'attivazione di tale rito, sostanziandosi in una forma di esercizio dell'azione penale, si rivela, dunque, inizialmente antinomica rispetto all'applicazione del § 153a StPO, operando nei casi in cui il pubblico ministero ritenga necessaria l'applicazione della sanzione penale, benché “contenuta” nei termini poc'anzi descritti. L'istituto, nondimeno, assume rilievo anche in tale contesto. Ciò può avvenire, in particolare, allorché l'imputato presenti opposizione al decreto (*Einspruch*) nel termine di due settimane concessogli. Se questa non è dichiarata inammissibile, infatti, il giudice è tenuto a fissare la data dell'udienza dibattimentale, la quale – può osservarsi – si presta

trascorrono in media, poco più di cinque mesi; in tal senso, v.: A. PĂROȘANU, *Restorative Justice in Germany*, cit. p. 13.

⁸⁶⁸ Per un approfondimento sul procedimento, v., *ex plur.*: N. FOSTER, S. SULE, *German Legal System and Laws*, p. 359 ss.; C. VAN DER WYNGAERT (a cura di), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, p. 157 ss.; M. REIMMAN, J. ZEKOLL, *Introduction to German Law*, p. 448 ss.; B. HUBER, *Germany*, p. 340 ss.; M.M. WEBER, *Esercizio dell'azione penale: caratteristiche ed ambiguità dell'obbligatorietà dell'azione e dell'indipendenza del pubblico ministero in Germania*, p. 365.

all'esito *ex* § 153a co. II StPO, essendo giudice e pubblico ministero, da un lato, di norma propensi alla rapida definizione del procedimento⁸⁶⁹ e l'imputato, dall'altro, interessato a porsi al riparo dalla possibile *reformatio in peius* e, al contempo, a scongiurare l'effetto stigmatizzante del decreto penale, iscritto nel casellario giudiziale.

Analoghe condizioni di favore alla conclusione del processo ai sensi del § 153a co. II StPO possono crearsi, inoltre, allorché si giunga al dibattimento mediante il procedimento immediato (*beschleunigtes Verfahren*) di cui ai §§ 417 ss. StPO. Anche, quest'ultimo si risolve in una forma particolare di esercizio dell'azione penale, attuabile allorché la non complessità del fatto e l'evidenza della prova giustifichino la trattazione immediata, sempre che la pena da applicare non sia superiore ad un anno di reclusione. La richiesta del pubblico ministero, se ammissibile, determina l'apertura del dibattimento in tempi rapidi, a cui l'imputato è tenuto a presenziare⁸⁷⁰.

L'istituto in esame può trovare applicazione, infine, anche allorquando, in seguito all'esercizio dell'azione penale privata da parte della persona offesa ai sensi del §§ 374 ss. StPO, il pubblico ministero assuma la titolarità dell'accusa a processo già iniziato, ritenendo che ciò risponda ad interesse pubblico *ex* § 177 StPO. Pur rappresentando uno scenario eccezionale nella prassi, l'ipotesi descritta pare teoricamente rappresentare il campo elettivo dell'"archiviazione" in fase processuale di cui al § 153a co. II StPO, "coniugandosi" la presenza dell'interesse pubblico alla persecuzione del reato con fattispecie delittuose espressive di una microconflittualità individuale, dalla gravità, dunque, anche astrattamente contenuta⁸⁷¹, rispetto alle quali si rinviene, nondimeno, il pubblico interesse alla persecuzione del reato.

⁸⁶⁹ Che, d'altronde, si sarebbe ben potuto definire, secondo la loro valutazione, in forma cartolare.

⁸⁷⁰ Si determina, dunque l'elisione del controllo preliminare sull'accusa di cui alla fase intermedia del *Zwischenverfahren*; merita segnalare, altresì, che nel corso del giudizio, vista la bassa gravità del reato e la semplicità della causa, l'imputato può rinunciare all'assistenza del difensore, sempreché la pena da applicare non superi i sei mesi di reclusione. Per un approfondimento su tale rito, v., tra i molti: B. HUBER, *Op. ult. cit.*, p. 349 ss.; T. RAFARACI, *Op. ult. cit.*, p. 841 ss.

⁸⁷¹ Qualora, del resto, in relazione ai reati di cui al § 374 StPO, la persona offesa si sia "limitata" a presentare querela, il § 376 StPO specifica che, indipendentemente da

Pertanto, fatto ingresso nella fase processuale, il contesto di tali riti “alternativi”⁸⁷², i quali, come detto, presuppongono la presenza del pubblico interesse alla persecuzione di reati di gravità – tanto in astratto quanto in concreto – generalmente “modesta”, ben si presta all’“archiviazione” ad opera del giudice ex § 153a co. II StPO, anche vista la possibile convergenza dell’interesse delle “parti” a ricorrere alla *diversion*.

3. Rilievi conclusivi.

Così descritta la “fisionomia” dell’istituto, nonché la base teorica che ne consente l’operatività, può ora esporsi qualche breve considerazione di carattere conclusivo.

Sul piano generale, la sospensione del procedimento con “messa alla prova” di cui al § 153a StPO, si inserisce nel quadro di numerosi strumenti di *diversion* approntati dal Legislatore tedesco in risposta ai delitti di bassa gravità, i *Vergehen*, che ne segnano un ambito di applicazione piuttosto elevato, non contraddistinto, peraltro, da preclusioni formali attinenti alla persona del reo⁸⁷³.

E, in effetti, tale “confidenza” si traduce in un notevole riscontro pratico, specie ove si consideri che circa la metà delle *notitiae criminis* viene affrontata servendosi dei vari istituti archiviatori di cui ai §§ 153 ss. StPO, costituenti altrettante ipotesi di deroga alla rigida vigenza del *Legalitätsprinzip*⁸⁷⁴.

A tal riguardo, l’esperienza tedesca, dunque, si rivela preziosa nel dimostrare che, attraverso la “modulazione”, su base discrezionale, rispetto ai

qualsivoglia valutazione circa il grado di colpevolezza dell’autore del reato, «the public prosecution office shall prefer public charges only if it is in the public interest».

⁸⁷² Va notato, peraltro, che nella StPO ha trovato recentemente collocazione anche l’istituto del patteggiamento, il quale, tuttavia, operava da tempo nella prassi, avendo ricevuto anche l’autorevole “avallo” della Corte costituzionale. Esso rappresenta, a sua volta, una “alternativa” alla archiviazione ex § 153a StPO, la cui attivazione, tuttavia, è rimessa integralmente alla – paritaria – volontà delle “parti”. Per un approfondimento v., tra i molti: L. PARLATO, *L’esercizio dell’azione e il giudizio di prima istanza, tra ordinamento italiano e tedesco*, p. 1180 ss. e nt. 40 ss.

⁸⁷³ Ad esempio, per un’idea circa la proporzione dei reati teoricamente affrontabili attraverso lo strumento – per quel che di interesse – diversivo della mediazione penale, v.: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, p. 208.

⁸⁷⁴ In tal senso, *ex plur.*, v.: H.J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit. p. 250.

fatti di gravità contenuta, il principio di obbligatorietà dell'azione penale assume rinnovato vigore rispetto ai fatti più gravi ed allarmanti – i *Verbrechen* – in relazione ai quali la razionalizzazione delle risorse processuali consente una risposta all'illecito rapida e certa, con evidenti benefici in chiave di effettività e, soprattutto, credibilità del sistema sanzionatorio *lato sensu* inteso.

Nondimeno, la stessa disvela l'importanza e la delicatezza dell'individuazione dei presupposti a cui subordinare – in concreto – l'attivazione dei menzionati istituti. Specie in relazione all'archiviazione condizionata ex § 153a StPO, infatti, si è visto come la relativa vaghezza sia considerata foriera di notevoli problematiche, risultando l'istituto “fruibile” ben oltre i confini della criminalità “bagatellare”, con conseguenti timori, tra l'altro, per l'eccessiva discrezionalità riconosciuta ad un pubblico ministero gerarchicamente sottoposto all'Esecutivo.

Dal punto di vista processuale, inoltre, all'istituto di cui al § 153a StPO si è dedicata una disciplina alquanto “snella”, segnata, nel complesso, dalla primazia dell'informalità. Anche sotto questo profilo l'esperienza della vicina Germania si rivela chiarificatrice. Più che alla “superficialità” del Legislatore, infatti, tale operato pare frutto di una scelta consapevole, volta ad assolvere il compito – arduo – di individuare il giusto compromesso tra garanzie e semplificazione.

A tal proposito, anche facendo tesoro delle osservazioni della dottrina, pare potersi individuare nella esigua gravità del fatto il criterio che consente – almeno in parte – di legittimare una contrazione delle prerogative di accusato e vittima di siffatta entità. E se, quanto al primo soggetto, il descritto quadro pare coerente con il fondamento consensuale dell'istituto, ben più arduo risulta giustificare la “marginalizzazione” della persona offesa, privata di mezzi attraverso cui “suggerire” o sindacare il contenuto o l'opportunità stessa del provvedimento di cui al § 153a StPO; a quest'ultima, come visto, è infatti riconosciuto un ruolo di spicco solo allorché la riparazione del danno o, soprattutto, la riconciliazione attraverso la mediazione siano incluse tra le prescrizioni impartite all'autore del reato. Non manca, del resto,

chi ritiene che l'estensione dell'applicabilità dell'istituto alla criminalità di "media" gravità si sia tradotto in sacrificio eccessivo sull'"altare" dell'economia processuale.

A ben vedere, poi, l'"attenzione" all'impatto deflattivo dell'istituto⁸⁷⁵, coerentemente costruito come causa di improcedibilità, si è riverberata altresì sulla relativa prassi applicativa, segnata dal predominante utilizzo della prescrizione – il pagamento di una somma di denaro – che consente il maggior risparmio di tempo e risorse.

Nondimeno, la recente apertura a logiche riparative e di "risocializzazione" del reo giustifica, anche sotto il profilo "trattamentale", un parallelismo con il ben più articolato "programma" previsto per la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato di cui alla L. 67/2014.

Rispetto all'"omologo" modello tedesco basti qui conclusivamente notare – in estrema sintesi – come l'istituto da ultimo citato, la cui disciplina è informata, dal punto di vista sistematico, ad una concezione rigida del principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.⁸⁷⁶ e caratterizzata da un grado di dettaglio di ben altra caratura, pare espressivo di una diversa sensibilità alle garanzie dei soggetti coinvolti nella "vicenda" penale, pur avendo ingenerato perplessità non dissimili da quelle sin qui analizzate. Pare ovvio osservare, d'altro canto, che proprio tale differente – e per molti versi encomiabile – opzione "culturale" ne segnerà, in chiave deflattiva, il divario con l'istituto di cui al § 153a StPO.

⁸⁷⁵ Oltre alla posizione della dottrina evidenziata *retro* par. 2.1, vale la pena evidenziare che l'eco di tale impatto non è sfuggito agli osservatori italiani. A tal proposito, ad esempio, v. l'apprezzamento espresso, in relazione alla prescrizione della mediazione penale da: A. PAGLIARO, *Prescrizione del reato e "nuova" estinzione del processo penale*, in *Cass. pen.* 2010, cit. p. 4050.

⁸⁷⁶ Tuttavia, a tal proposito, per una lucida analisi del reale "stato dell'arte", segnato dal profondo iato tra vigenza formale del principio e prassi selettive adottate dai "trafelati" uffici di procura, v., ad esempio: M. CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1415 ss.

Capitolo II

“ESEMPI” DI SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA NELL’ORDINAMENTO BELGA: *LA MÉDIATION PÉNALE* E *LA SUSPENSION DU PRONONCÉ DE LA CONDAMNATION*.

Sommario: 1. Premessa. 2. La *médiation pénale* tra istanze repressive, *diversion* e *Restorative Justice*. – 2.1. (*segue*) La disciplina ed campo di applicazione dell’istituto. – 2.2. Le singole “misure” di cui all’art. 216-ter CIC. – 2.3. L’iter procedurale ed il ruolo dei soggetti coinvolti. – 3. La sospensione della pronuncia di condanna con messa alla prova dell’imputato. – 3.1. I presupposti applicativi dell’istituto. – 3.2. – L’iter di applicazione. – 3.3. La pronuncia del giudice: contenuti ed effetti. – 3.4. La fase esecutiva e la revoca anticipata della sospensione – 4. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

L’esistenza di “meccanismi” processuali in varia misura assimilabili all’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato, recentemente introdotto ad opera della L. n. 67 del 2014, interessa svariati ordinamenti processuali europei.

Un significativo esempio è “emerso” nell’esperienza germanica, attraverso l’analisi incentrata sull’istituto dell’archiviazione condizionata di cui all’art. 153a StPO, il cui campo di applicazione – nonostante l’apparente vocazione pre-processuale – è, come visto, ben più ampio della sola fase delle indagini preliminari⁸⁷⁷.

Affacciandosi, senza alcuna pretesa di sistematicità o completezza, alla disamina di alcune realtà europee, l’ordinamento tedesco, del resto, non poteva che costituire un fondamentale punto di partenza. Ciò, invero, si spiega non solo per il prestigio e la autorevolezza storicamente riconosciuti alla tradizione giuridica germanica, ma, in special modo, alla luce di alcune peculiarità del *probation* delineato dal legislatore italiano. La possibilità che quest’ultimo sia attivato già nella fase delle indagini preliminari, infatti, “intercetta” la delicata questione dei rapporti con l’esercizio dell’azione

⁸⁷⁷ Si rimanda integralmente al precedente capitolo; v., in particolare, Parte II, Cap. I, par. 5.1 ss. per l’analisi del citato istituto.

penale, la cui obbligatorietà, come è noto, è perentoriamente sancita dall'art. 112 Cost. Da questo punto di vista, dunque, l'ordinamento tedesco ben si presta ad assurgere a valido campo di indagine, essendo la fase preliminare del procedimento informata dall'omologo *Legalitätsprinzip*.

È bene sottolineare, tuttavia, come anche in simile contesto l'operatività dell'istituto di cui all'art. 153a StPO nella fase iniziale del procedimento è apertamente ispirata a logiche ben distanti dal paradigma dell'obbligatorietà dell'azione penale, venendo pacificamente iscritta nell'ambito di vere e proprie "sacche" di discrezionalità riconosciute dal legislatore al pubblico ministero.

Il rilievo, a ben vedere, non assume valore meramente descrittivo, giacché segna un significativo accostamento – sempre per quanto di interesse – dell'esperienza tedesca con gli ordinamenti continentali riconducibili all'opposto "polo" della tradizionale dicotomia obbligatorietà-opportunità in materia di esercizio dell'azione penale.

Il fenomeno dell'introduzione di istituti che, secondo varie modalità, determinano la stasi del procedimento accompagnata dall'individuazione di una o più condotte che il presunto autore del reato è tenuto a compiere al fine di scongiurarne il prosieguo, ha infatti interessato trasversalmente l'esperienza giuridica continentale. Anche negli ordinamenti in cui l'esercizio dell'azione penale è improntata alla "massima" flessibilità, è emersa la necessità di dotarsi di strumenti di *diversion* che permettano, a differenza dell'archiviazione fondata su ragioni di "mera" opportunità, una qualche forma di intervento statale in risposta al reato, senza tuttavia innescare la leviatana macchina processuale.

In tale ambito, l'ordinamento belga presenta caratteri di significativo interesse nell'ottica del presente lavoro, secondo diversi punti di vista.

In primo luogo, e contrariamente a quanto ci si sarebbe – forse – potuto aspettare in un contesto dominato dal principio di opportunità dell'azione penale⁸⁷⁸, la predisposizione di un meccanismo idoneo a consentire, in fase di indagine, la chiusura precoce del procedimento penale in seguito al rispetto di

⁸⁷⁸ Per dei cenni sull'argomento, v., *infra* par. 2.1.

talune condizioni comportamentali fissate dal pubblico ministero, non ha mancato di dar vita a considerevoli “frizioni” sistematiche e conseguenti turbamenti in dottrina. D’altro canto, nonostante il fervido dibattito instauratosi in Belgio, l’istituto cui si allude, denominato con una certa ambiguità semantica «*médiation pénale*» dalla L. 10 febbraio 1994⁸⁷⁹, pare non aver carpito la piena attenzione della dottrina internazionale e, in particolare, italiana, concentratasi sull’analisi dei tratti dell’istituto riconducibili al paradigma della *estorative justice*.

Inoltre, tenuto conto che il legislatore belga ha inteso preservare la natura archiviatoria dell’istituto di cui si è detto, precludendone l’applicazione una volta esercitata l’azione penale, l’indagine dell’osservatore che abbia a mente le “coordinate” rappresentate dalle caratteristiche di fondo dell’istituto introdotto con la L. n. 67 del 2014 nel nostro sistema processuale pare trovare terreno fertile, secondo una diversa prospettiva, anche allargando la visuale alle fasi del procedimento successive a quella delle indagini preliminari.

Pur rispondendo ad esigenze distanti da quelle “diversive” e “riparative” cui si è sin qui fatto cenno, l’ordinamento belga si è da tempo dotato di una forma di sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato che, essendo destinata ad operare generalmente in uno stadio avanzato del

⁸⁷⁹ A tal riguardo, v. *infra*, parr. 2 ss. Sotto altro profilo, è bene sin d’ora far presente che, nell’ordinamento processual penalistico belga, si riscontra l’esistenza di un istituto dalla denominazione simile, ma che presenta caratteristiche significativamente differenti; si allude, in particolare, alla *médiation réparatrice* di cui all’art. 3-ter del Titolo preliminare del *Code d’instruction criminelle*, introdotto dalla l. 22 giugno 2005. Trattasi, in estrema sintesi, di un istituto, dall’indole – appunto – intimamente riparatrice, che consente a tutti coloro che abbiano un «interesse diretto» nel quadro di un procedimento penale, di richiedere l’avvio di un percorso di mediazione con le persone coinvolte nel «conflitto». La mediazione riparatrice, attivabile in ogni stato e grado del procedimento, il quale, nel frattempo, non resta necessariamente sospeso, consente alle parti di raggiungere, sotto l’egida di un mediatore indipendente e neutrale, un accordo avente ad oggetto l’an ed il *quomodo* della riparazione del danno patito dalla vittima. Va notato, peraltro, che le parti stesse possono convenire di rendere noti l’esistenza ed il contenuto di tale accordo al giudice, il quale, dal canto suo, può – ma non deve – tenerne conto in sede di quantificazione della pena. La *médiation réparatrice*, dunque, non spiega alcun “effetto” automatico sul procedimento penale, al contrario della *médiation pénale* di cui si dirà, la quale, in caso di esito positivo, ne determina la chiusura anticipata e definitiva. Più nel dettaglio, sull’istituto della *médiation réparatrice*, v., su tutti: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, 2012, cit. p. 252 ss.; v. anche: A. LEMONNE, *Evolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale: entre idéalisme et pragmatisme*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2007, p. 156 ss.; J. DEVREUX, *La médiation réparatrice dans le champ pénal: un outil encore méconnu*, in *Journal des Tribunaux*, 2007, p. 265 ss.

processo di primo grado, si accosta maggiormente al tradizionale paradigma del *probation*. Tuttavia, precedendo il momento di determinazione-applicazione della pena, si fa fatica a ricondurre la «*suspension du prononcé de la condamnation*» di cui alla L. 29 giugno 1964 ad una mera modalità di esecuzione della sanzione, costituendone piuttosto, secondo consolidata impostazione dottrinale, una “alternativa” offerta all’imputato⁸⁸⁰.

Al di là della sicura innovatività per la “stagione” legislativa di allora, l’istituto menzionato conserva, anche grazie ad alcuni interventi di ammodernamento, caratteri di notevole interesse, specie se si considera la possibilità che la sospensione con messa alla prova di cui si tratta venga attuata nel corso della fase che precede il giudizio di primo grado. Oltre a rappresentare un notevole tratto distintivo rispetto a strumenti simili esistenti in altri ordinamenti ⁸⁸¹, l’evidente “deviazione” dall’iter procedimentale ordinario che si registra in simile eventualità descrive una considerevole affinità con il recente modello italiano di *probation* processuale di cui alla L. n. 67 del 2014, la quale, sommata con quelle di cui si darà conto, ne spiega l’attenzione nell’ottica della presente analisi⁸⁸².

Nel quadro così sinteticamente delineato, muovendosi dunque lungo i diversi “snodi” del procedimento penale belga, in questa sezione del lavoro, ci si dedicherà alla ricostruzione dei due istituti della *médiation pénale*, da un lato, e della *suspension du prononcé de la condamnation*, dall’altro. Questi ultimi, benché ovviamente caratterizzati da profonde differenze strutturali e “teleologiche”, non mancano di presentare alcuni “punti di contattato”, che non si mancherà di mettere in luce. Ancora, forti della elaborazione dottrinale in materia, se ne evidenzieranno le peculiarità e, soprattutto, gli elementi di

⁸⁸⁰ V., più nel dettaglio, *infra* parr. 3 ss.

⁸⁸¹ Si pensi, ad esempio, all’omologo istituto dell’«*Ajournement du prononcé de la peine*» introdotto nell’ordinamento francese con la L. 11 luglio 1975, la cui applicabilità è confinata al momento conclusivo del giudizio di primo grado; sull’argomento, v. *ex plur.*: M. HERZOG-EVANS, *Droit de l’exécution des peines*, Dalloz, 2011, p. 440 ss.

⁸⁸² Con ciò si giustifica, peraltro, la scelta di escludere dalla presente indagine, istituti che, sebbene non dissimili, spiegano esclusivamente effetti sull’esecuzione della sentenza di condanna, completa dei consueti elementi dell’accertamento della responsabilità e della determinazione della pena, la cui esecuzione resta, per varie ragioni, sospesa. Per un cenno a riguardo, v. *infra* par. 3. Analogamente, quanto all’ordinamento tedesco, v. *retro* Parte I, Cap. I, par. 1.

criticità che, secondo molti, hanno fortemente compromesso l'impatto applicativo dei due istituti.

Specie con riguardo alla *médiation pénale*, peraltro, ci si propone di analizzare aspetti dell'istituto poco "battuti" dalla dottrina internazionale e, in particolare, italiana, soffermatasi principalmente sulle potenzialità riparative dell'istituto, spesso, come si vedrà, in maniera ben più entusiastica della stessa dottrina belga.

2. La *médiation pénale* tra istanze repressive, *diversion* e *Restorative Justice*

Senza potersi cimentare nella ricostruzione della controversa "figura" del pubblico ministero⁸⁸³ e sul principio di opportunità dell'azione penale⁸⁸⁴,

⁸⁸³ Nella fase preliminare, difatti, anche vista l'assenza di forme di controllo giurisdizionale, il pubblico ministero assume a vero *dominus* del procedimento, del quale, in base alle proprie valutazioni, può orientare l'esito, definendolo con un provvedimento archiviatorio, talvolta – come nel caso della *médiation pénale* – irrevocabile, ovvero esercitando l'azione penale, dando così il via al processo. Sin dalla sua origine, di matrice pretoria, l'*information* ha rappresentato la *sedes* della valutazione del pubblico ministero circa l'esercizio dell'azione penale e le relative modalità. Tale assetto ha trovato definitivo riconoscimento con la L. 3 marzo 1998, che, disciplinando i tratti fondamentali della fase dell'*information*, si cura di definirla «[...] l'insieme degli atti destinati a ricercare i reati, i relativi autori e le prove, nonché a raccogliere gli elementi utili all'esercizio dell'azione penale» (art. 28 *bis* CIC)⁸⁸³. La fase dell'*information*, dunque, è sostanzialmente "dominata" dalla figura del pubblico ministero, il quale, oltre ad assumere la determinazione conclusiva, ne è protagonista sin dal principio (in tal senso, tra i molti, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 265). L'*information*, nel complesso, è dunque funzionalmente improntata alla formazione di un *dossier* contenente tutti gli elementi raccolti, i quali, in un primo momento, fungono da base per la valutazione del pubblico ministero sulla sorte del procedimento. Gli stessi elementi, nondimeno, potranno, nella successiva fase del giudizio, essere utilizzati a fini decisori (v. anche per dei riferimenti giurisprudenziali, la chiara analisi di: R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, Bruylant Bruxelles, 2006, cit. p. 226).

⁸⁸⁴ Lo stadio iniziale del procedimento penale belga, di cui il pubblico ministero ha il «*monopole*» (cfr.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 265), è consacrato al principio di opportunità dell'azione penale. In particolare, nel corso dell'*information*, al pubblico ministero è stato tradizionalmente riconosciuto un ampio potere di apprezzamento, di natura intimamente discrezionale, secondo il quale risolvere l'alternativa tra esercizio dell'azione penale (*poursuites*) e "chiusura" del procedimento (a proposito, v. tra i molti: R. DECLERCQ, *Op. cit.*, p. 80 ss.; J. GANTY, *Traité de procédure pénale policière*, cit. p. 79). Così, accanto alle "tipiche" ipotesi riconducibili al concetto di archiviazione c.d. tecnica della notizia di reato – infondatezza, autore ignoto, insufficienza del quadro indiziario, cause di improcedibilità – al *parquet* è data la possibilità di astenersi dall'esercizio dell'azione penale pur in presenza di una *notitia criminis* giuridicamente "perfetta", archiviando il procedimento per ragioni di mera opportunità (Sull'argomento, v.: C. JANSSEN, J. VERVAELE, R. SCREVEENS, *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Bruylant Bruxelles, 1990, p. 10 ss.; S. PARMENTIER, C. FIJNAUT, D. VAN DAELE, *From Sisyphus to Octopus: towards a modern public prosecutor's office in*

che ne informa la valutazione sulla sorte del procedimento nel corso della fase preliminare⁸⁸⁵, è bene addentrarsi nella trattazione dell'oggetto specifico del presente lavoro, prendendo le mosse dall'istituto della *médiation pénale*.

Belgium, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8/3, 2000, p. 172 ss.; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, La Chartre, 2010, p. 579 ss.). Si è a lungo discusso, in dottrina, tanto del fondamento giuridico del potere di archiviazione su base discrezionale, quanto dei criteri sui quali dovrebbe basarsi la relativa determinazione (v.: C. JANSSEN, J. VERVAELE, R. SCREVENNS, *Op. cit.*, p. 11 ss.). Il fertile dibattito, peraltro, assume un certo rilievo nel quadro del presente lavoro, dal momento che le "radici" dell'istituto della *médiation pénale* affondano proprio nel principio di opportunità, che informa parimenti la scelta stessa del pubblico ministero di "innescare" il peculiare strumento diversivo (v. in tal senso: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 224).

⁸⁸⁵ Ebbene, nonostante possa apparire singolare rispetto ad altre esperienze europee (per una panoramica, v.: C. JANSSEN, J. VERVAELE, R. SCREVENNS, *Op. cit.*, p. 49 ss.), la pratica dell'archiviazione della notizia di reato ed il principio di opportunità dell'azione penale ad essa sottesa non hanno trovato un espresso riconoscimento legislativo sino a tempi relativamente recenti; in tal senso, v.: C. MINCKE, *Efficacité, efficience et légitimité démocratique du ministère public. Quand l'arbre cache la forêt*, Presses universitaires de Louvain, 2002, cit. p. 50 ss. e nt. 38. Ad ogni modo, la L. 12 marzo 1998, ha definitivamente dato riconoscimento ad una prassi che, seppur consolidata e risalente, è stata retrospettivamente ritenuta da una parte della dottrina del tutto priva di base legale (cfr.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 50 ss. e nt. 39). Attualmente, pertanto, il principio di opportunità è consacrato nell'art. 28 *quater* CIC, il cui primo comma dispone che, tenuto conto delle direttive di politica criminale, il pubblico ministero «giudica l'opportunità dell'azione penale», menzionando altresì espressamente il provvedimento di archiviazione (*classement sans suite*). Il tenore della norma ha così rafforzato l'opinione, da tempo paventata da taluno, secondo cui il pubblico ministero è vero e proprio «giudice [...] dell'opportunità dell'applicazione della legge ai casi concreti che rientrano nella sua competenza». (cfr.: R. CHARLES, *Du Ministère public. Mercuriale prononcée le 1er Septembre 1982 lors de la rentrée solennelle de la Cour de Cassation*, in *Journal des Tribunaux*, 1982, cit. p. 553), cui è dunque attribuita la prerogativa di terminare il procedimento ogniqualvolta l'esercizio dell'azione appaia inopportuno (in tali termini: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, cit. p. 67 e 69; in senso analogo e per l'analisi di alcune interessanti posizioni dottrinali, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 95 ss.). Peraltro, va rimarcata l'assenza di un controllo giurisdizionale sul provvedimento di archiviazione. Sebbene, infatti, se ne sia ipotizzata, in una interessante prospettiva *de iure condendo* fondata sulla natura amministrativo-giurisdizionale del provvedimento, la ricorribilità innanzi al Consiglio di Stato (v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 105 ss.), la decisione del pubblico ministero è tradizionalmente ritenuta insindacabile da parte del giudice penale; la dottrina maggioritaria, infatti, ritiene il provvedimento archiviatorio una «misura amministrativa» priva di qualsivoglia carattere giurisdizionale, ad efficacia provvisoria e dunque non impugnabile; in tale senso, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. ult. cit.*, cit. p. 68 ss. Tale opinione, invero, trova conforto altresì in giurisprudenza; v. per una raccolta di pronunce sull'argomento: H.D. BOSLY, A. MASSET (a cura di), *Recueil de jurisprudence de procédure pénale*, La Chartre, 2008, cap. I, p. 20. D'altro canto, si sono altresì messe in luce le carenze dell'unica forma di ricorso concessa all'interessato avverso il provvedimento archiviatorio; il ricorso gerarchico, infatti, pur consentendone un riesame esteso anche a profili di vera e propria opportunità, non obbliga a rispondere all'istanza presentata e, come è stato osservato, si rivela lacunoso sia dal punto di vista delle garanzie procedurali, sia da quello dell'incisività della decisione resa, la quale, visto anche il carico di lavoro degli uffici, si rivela un'eventualità piuttosto rara (v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 105).

L'attivazione di quest'ultimo, come si avrà modo di precisare, è rimessa all'iniziativa dello stesso pubblico ministero, inserendosi nell'"arsenale" posto a disposizione del *parquet*, quale strumento di risposta al reato ulteriore e diversificata rispetto alle altre forme di esercizio dell'azione penale. Di conseguenza, la scelta di farvi o meno ricorso è dunque rimessa alla discrezionalità "assoluta" del pubblico ministero, la cui decisione è ritenuta pacificamente ispirata a ragioni di opportunità, al pari del "semplice" *classement sans suite*⁸⁸⁶.

Ciò, in particolare, fa sì che le perplessità a proposito espresse dalla dottrina circa la genericità dei criteri su cui si fonda la discrezionalità del pubblico ministero, l'insindacabilità della decisione e le scarse prerogative concesse agli altri soggetti coinvolti nel procedimento si estendano alla *médiation pénale*⁸⁸⁷.

Soprattutto, il comune "fondamento" ha determinato una certa confusione circa la funzione stessa dell'istituto, il cui ambito di applicazione si è in parte sovrapposto a quello tradizionalmente riservato all'archiviazione fondata su ragioni di opportunità, finendo, difatti, per accreditare le preoccupazioni di chi paventava il rischio del *net widening effect*⁸⁸⁸, nonché, d'altro canto, per ridimensionarne l'attitudine "diversiva" di cui subito si dirà.

A tal riguardo, a ben vedere, è però lo stesso legislatore, che, perseguendo svariati obiettivi, pare aver voluto imprimere all'istituto una *ratio* "poliedrica", incappando, come osservato dalla dottrina, in qualche contraddizione, persino sotto il profilo terminologico.

⁸⁸⁶ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Médiation Pénale*, in *Droit pénal et procédure pénale*, Suppl. n. 14, Kluwer, 2006, cit. p. 13; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2014, cit. p. 246 ss.; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, cit. p. 116.

⁸⁸⁷ Per una sintesi, v.: S. PARMENTIER, C. FIJNAUT, D. VAN DAELE, *Op. cit.*, p. 176. Più diffusamente, v.: C. MINCKE, *Médiation Pénale*, p. 47 ss.

⁸⁸⁸ In tal senso, v. ad esempio: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Restorative justice in Belgium*, in D. MIERS, I. AERTSEN (a cura di), *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provision in European countries*, COST, 2012, p. 75 e nt. 79; N. DE VROEDE, *La médiation pénale*, in *Journal des tribunaux*, 1999, cit. p. 263; C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Evaluation de sa mise en application*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1997, cit. p. 631.

Va preliminarmente precisato, infatti, come la stessa denominazione di «*médiation pénale*» – che si deve all'intitolazione della legge 10 febbraio 1994⁸⁸⁹ – sia stata fatta oggetto di pesanti critiche. Aderendo all'opinione espressa nel parere consultivo del Consiglio di Stato nel corso dei lavori parlamentari⁸⁹⁰, la si ritiene concordemente frutto di vera ambiguità semantica, inidonea a descrivere la complessità dell'istituto e non del tutto coerente con la relativa funzione⁸⁹¹.

Da più parti, in effetti, si è fatto notare come, nell'ambito di tale norma, la mediazione – propriamente detta – tra autore e vittima del reato rappresenti in realtà solo una delle svariate condizioni a cui, come si vedrà nel dettaglio, il pubblico ministero può subordinare la rinuncia definitiva all'esercizio dell'azione penale⁸⁹².

Ciò, oltre a spiegare la tendenza, diffusa in dottrina, a distinguere due “ipotesi” di *médiation pénale* a seconda del contenuto effettivo della misura, intendendola «in senso stretto» solo allorché sia previsto l'effettivo compimento di uno “sforzo” mediatorio⁸⁹³, mette in luce la matrice non esclusivamente riparativa dell'istituto in esame.

Da un lato, infatti, l'esigenza di riconoscere maggiore considerazione alla vittima del reato ed alle relative necessità, presa consapevolezza

⁸⁸⁹ Enfaticamente denominata *Loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale*, entrata in vigore, ai sensi del Decreto reale 4 ottobre 1994, il 1° novembre 1994. Sulla denominazione dell'istituto, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 47

⁸⁹⁰ Cfr.: Avis du Conseil d'Etat, in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, p. 15; disponibile anche sul sito istituzionale del Consiglio di Stato belga (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/21972>).

⁸⁹¹ Sull'argomento, v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Médiation pénale et travail d'intérêt general. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994*, in *Journal des tribunaux*, 1995, cit. p. 62. Per un cenno, v. anche: I. AERTSEN, *Belgium*, in F. DÜNKEL, J. GRZYWA-HOLTEN, P. HORSFIELD (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Forum Verlag Godesberg, 2015, p. 49. Nonostante il Ministro della Giustizia proponente sia stato di conseguenza indotto a ridimensionare la portata descrittiva della suddetta denominazione, parlando a proposito di semplice «espressione eufonica» (cfr. Raport fait au nom de la Commission de la justice par M. Erdman, in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/2, cit. p. 19), se ne è optato per il mantenimento, limitandosi ad una più coerente intitolazione del Capitolo III del Titolo I del Libro II, in cui l'art. 216-ter CIC ha trovato collocazione; in tal senso, anche per i riferimenti ai lavori parlamentari, v. ancora: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 62. V. anche: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 258.

⁸⁹² Analogamente, v. ad esempio: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. ult. cit.*, cit. p. 116.

⁸⁹³ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 15. Altri autori si riferiscono a riguardo parlando di mediazione «propriamente detta»; v. N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 260.

dell'inidoneità soddisfattoria del tradizionale iter processuale, ha avuto senz'altro un ruolo di spicco nell'introduzione dell'istituto⁸⁹⁴. Inoltre, anche il coinvolgimento "attivo" volto alla responsabilizzazione dell'autore del reato, anche individuando forme di riparazione simbolica o mediata in alcune delle "condizioni" di cui all'art. 216-ter CIC – quale, ad esempio, il lavoro di pubblica utilità – è stato tenuto in considerazione dal legislatore⁸⁹⁵.

D'altro canto, nondimeno, la presenza, nel quadro dell'art. 216-ter CIC, di «condizioni» imponibili all'indagato che ben poco hanno a che vedere con la soddisfazione, economica o simbolica, della vittima o, più in generale, della riparazione del danno arrecato alla società, spinge ad allontanare il "baricentro" dell'intervento legislativo in esame dal paradigma riparativo⁸⁹⁶.

Invero, accanto alla volontà di «privilegiare gli interessi dell'eventuale vittima» del reato, così da favorirne il risarcimento⁸⁹⁷, con l'introduzione dell'istituto della *médiation pénale*, il legislatore del 1994 ha espressamente

⁸⁹⁴ Per una disamina dei fondamentali passaggi dei lavori parlamentari in cui si da conto di simile intento, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 258 e nt 16.; M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 62.

⁸⁹⁵ È proprio sugli aspetti *lato sensu* riparativi che si è concentrata la letteratura italiana; v.: G., MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003, p. 226 ss. Rileva la centralità dell'aspetto riparativo-risarcitorio, pur dando atto di ulteriori finalità del progetto di legge belga: L. VAIRA, *La mediazione penale in Belgio*, in G. PISAPIA (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, CEDAM, 2000, cit. p. 112. L'approvazione della legge 10 febbraio 1994, del resto, ha fatto seguito ad un breve ma positivo progetto pilota avviato dal procuratore del Re di Gand, focalizzato proprio sul dialogo costruttivo tra i soggetti "coinvolti" nel reato (cfr.: Avis des procureurs du Roi du ressort de la Cour d'appel de Gand sur l'expérience de médiation pénale prétorienne, in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/2, p. 80 ss. Sul punto, v. anche: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 62 e nt. 7; T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Restorative justice in Belgium*, in D. MIERS, I. AERTSEN, *Op. cit.*, p. 63). Non può dubitarsi, dunque, della centralità riconosciuta ai canoni della *restorative justice* allorché si è inteso individuare, attraverso l'introduzione dell'art. 216-ter CIC, uno strumento mirato alla risoluzione della "conflittualità" scaturente dal reato mediante il coinvolgimento dell'autore e della vittima, se del caso, incentrato sul confronto diretto tra le "parti" (cfr.: Exposé des motifs précédant le projet de loi du 17 février 1993 organisant une procédure de médiation pénale, déposé par le ministre de la Justice, M. Wathelet, in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, cit. p. 3). In tal senso: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 62 e nt. 18.

⁸⁹⁶ In tal senso, v. ad esempio: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Restorative justice in Belgium*, in D. MIERS, I. AERTSEN, *Op. cit.*, cit. p. 72.

⁸⁹⁷ Riporta tali tratti dei lavori parlamentari: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 62, nt. 16 e 17.

inteso perseguire ulteriori ed eterogenei obiettivi, che, nel loro insieme, disegnano la *ratio* poliedrica della novella cui si è fatto cenno⁸⁹⁸.

In primo luogo, dagli stessi lavori parlamentari, emerge nitidamente una finalità più propriamente “repressiva” attribuita all’istituto. L’avvento della *médiation pénale*, infatti, si colloca nel solco della ritrovata centralità della lotta alla piccola delinquenza registratasi nella prima metà degli anni 90’ del secolo scorso⁸⁹⁹. La funzione primaria della *médiation pénale* va pertanto identificata nella creazione di uno strumento idoneo a fronteggiare la vasta schiera di episodi di «microcriminalità» che, specie per la bassa gravità, normalmente sfuggono alle allentate “maglie” del sistema penale⁹⁰⁰, tanto che, a proposito, non è mancato chi ha efficacemente parlato di una vera «ripenalizzazione *de facto*» attuata dal legislatore belga⁹⁰¹.

Ancora, con l’introduzione dell’istituto si è inteso rimediare all’inadeguatezza della pena “tradizionale” per tale fascia di reati, rispetto alla quale, vuoi per la tendenza delle Procure a ricorrere consistentemente all’archiviazione per ragioni di opportunità, vuoi a causa dell’ingolfamento della macchina giudiziaria belga, aveva da tempo perso la propria funzione di deterrenza e ben di rado si atteggiava ad effettiva sanzione⁹⁰².

⁸⁹⁸ Al riguardo, taluno si è espresso in termini ben più netti, parlando di «[...] ambiguo amalgama di filosofie differenti rinvenibile nelle motivazioni del progetto di legge belga»; v.: L. VAIRA, *La mediazione penale in Belgio*, in G. PISAPIA, *Op. cit.*, cit. p. 112.

⁸⁹⁹ Allora, infatti, si registrò la degenerazione dell’annoso fenomeno della criminalità urbana, caratterizzata da episodi di contenuta gravità, la cui ripetitività e la quasi totale assenza di conseguenze per i responsabili, si era tradotta nell’incremento dell’allarme sociale e in una certa sfiducia dell’opinione pubblica nei confronti delle Autorità. Così, dopo una stagione legislativa consacrata al contrasto alla criminalità organizzata (Più approfonditamente, sul punto, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 12; v. anche: I. AERTSEN, *Belgium*, in F. DÜNKEL, J. GRZYWA-HOLTEN, P. HORSFIELD, *Op. cit.*, p. 49), con la legge 10 febbraio 1994 si è inteso “ripristinare” la risposta statuale avverso una forma di delinquenza che, sebbene non considerata di per sé grave, era ritenuta idonea a diffondere un preoccupante «sentimento di impunità» ed a minare la «autorità» stessa della legge penale, quale forma di regolazione «della vita in società» (cfr.: Exposé des motifs cit., in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, cit. p. 2. Sul punto v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 62 nt. 11; v. anche: L. VAIRA, *Op. cit.*, cit. p. 112 ss.).

⁹⁰⁰ Obiettivo che, del resto, anche in ossequio alla stessa relazione di accompagnamento della legge 10 febbraio 1994, è riportato preventivamente nella maggior parte delle opere dedicate all’istituto in esame; v. C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 13; M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, p. 62; N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 258.

⁹⁰¹ Così: L. VAIRA, *Op. cit.*, cit. p. 112.

⁹⁰² In tal senso, riassuntivamente, v.: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Op. cit.*, cit. p. 71.

Si è così individuato nella *médiation pénale* uno strumento “alternativo” di gestione dei reati di medio-bassa gravità, il cui obiettivo consiste nell’«accelerare e semplificare» la risposta statale al reato, sostituendo la pena tradizionale con una forma di reazione che, sebbene non punitiva, si rivela parimenti «riconoscibile» agli occhi dei consociati⁹⁰³. Emerge, dunque, la marcata vocazione diversiva dell’istituto, che, pur evitando i costi ed i possibili “svantaggi” dell’attivazione dell’iter processuale classico, è idoneo a consentire, a differenza dell’archiviazione “semplice”, una risposta al reato “tangibile” tanto per l’autore quanto per la comunità, concretizzata sotto forma di *probation*⁹⁰⁴.

Già dal punto di vista funzionale⁹⁰⁵, dunque, l’istituto di cui all’art. 216 *ter* CIC, svela tutta la propria complessità, frutto del tentativo, non del tutto felice, di compendiare finalità molto diverse tra loro in un unico strumento processuale. Ad ogni modo, dando conto della divergenza di opinioni che, in effetti, si riscontra circa la prevalente finalità perseguita con l’introduzione

⁹⁰³ V.: Exposé des motifs cit., in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, cit. p. 3. In tal senso: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 62 nt. 12.

⁹⁰⁴ In tal senso: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Op. cit.*, cit. p. 63 e 72. Secondo le A., inoltre, considerati i numerosi riferimenti alla *diversion* contenuti nei principali passaggi dei lavori parlamentari, l’aspirazione diversiva dell’istituto, secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbe ritenersi preminente (v.: *ibid.*, cit. p. 72).

⁹⁰⁵ Infine, benché non se ne rinvenga espresso cenno nei lavori preparatori, diversi autori concordano nell’attribuire alla novella del 1994 l’ulteriore obiettivo di “istituzionalizzare” la prassi, seguita in alcune Procure, che aveva portato, sotto lo “scudo” del principio di opportunità dell’azione penale, alla “spontanea” creazione di una affine forma di *diversion* con intervento, detta *probation pretorienne*. In tal senso v., *ex plur.*: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 14; N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 258. Secondo tale prassi, in sintesi, il pubblico ministero, nell’ambito della propria valutazione sull’opportunità dell’esercizio dell’azione penale, può subordinare il provvedimento di archiviazione al compimento preventivo e volontario di una o più “condizioni” da parte dell’indagato. In caso di rispetto delle condizioni fissate, il pubblico ministero si astiene dall’esercizio dell’azione penale, adottando un “semplice” provvedimento di archiviazione, che, dunque, non estingue formalmente l’azione penale, restando, in linea teorica, revocabile. In caso di rifiuto o di esito negativo del “*probation*”, invece, il pubblico ministero è libero di determinare la sorte del procedimento secondo il proprio apprezzamento. Sulle origini di tale prassi e per una descrizione più dettagliata, v.: M.C. BASLER-PIERSON, R. SCREVEN, *La probation en Belgique. Premier bilan quinquennal*, Bruylant Bruxelles, 1980, cit. p. 49 ss.; C. JANSSEN, J. VERVAELE, R. SCREVEN, *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, p. 331 ss. Sebbene se ne rilevasse la rarissima applicazione, tanto da ritenere la “pratica” prossima al definitivo abbandono, più di recente se ne è invece constatata la relativa diffusione, anche dopo l’introduzione dell’istituto della *médiation pénale*, rimarcandosene con decisione il carattere «illegale»; in tal senso: C. MINCKE, *Efficacité, efficience et légitimité démocratique du ministère public*, cit. p. 119; *Ibid.*, *Médiation pénale*, cit. p. 40 ss.

dell'istituto⁹⁰⁶, emerge conclusivamente che il “nobile animo” riparativo della *médiation pénale* – che l'intuitivo accostamento alla “vera” mediazione tra reo e vittima indurrebbe ad esaltare – pare invero “impallidire”, visto il descritto “connubio” con ben diverse funzioni impostogli dal legislatore belga⁹⁰⁷.

2.1. (segue) La disciplina ed il campo di applicazione dell'istituto

L'introduzione dell'istituto della *médiation pénale* si deve, come riferito, alla legge 10 febbraio 1994, con la quale si è provveduto ad inserire nel corpo del CIC l'art. 216-ter. Tale norma – peraltro fatta oggetto, come si vedrà, di alcune modifiche in materia di lavoro di pubblica utilità – non esaurisce tuttavia la disciplina dell'istituto, limitandosi a fissarne alcuni tratti.

Infatti, alla più volte menzionata novella, si è accompagnata, dapprima, l'adozione del decreto reale del 24 ottobre 1994, con il quale si sono precisate le funzioni dei soggetti coinvolti e lo svolgimento della procedura, cui ha fatto seguito, in un secondo momento, la direttiva del Consiglio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999 relativa alla *médiation pénale*⁹⁰⁸.

Il dettato dell'art. 216-ter CIC, pur essendo integrato sotto vari aspetti dalle disposizioni degli ulteriori atti “normativi” menzionati, conserva tuttavia la propria centralità in materia di *médiation pénale*, descrivendone le caratteristiche principali.

⁹⁰⁶ Nella dottrina italiana, ad esempio, se ne valorizza l'indole riparativa (v.: *retro* par. 2). Altri, invece, ne hanno evidenziato la portata diversiva; v.: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Op. cit.*, cit. p. 63 e 72. Non è mancato, ancora, chi si limita a rimarcare la funzione polivalente, in linea con gli obiettivi annunciati dal legislatore del 1994; v.: A. DE NAUW, *Les modes alternatifs de résolution des conflits en droit pénal belge*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1997, cit. p. 360. Taluno, infine, ha lucidamente osservato, una volta evidenziati i tratti repressivi dell'istituto, che l'«idea di una *médiation pénale* come giustizia dolce» appare contraddetta dalla complessiva situazione del sistema penale belga; v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 50.

⁹⁰⁷ In termini espliciti, v.: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Op. cit.*, cit. p. 89.

⁹⁰⁸ Sull'argomento, v.: C. MINCKE, *Médiation Pénale*, p. 11 e nt. 6 e 7; Per un più ampio elenco della normativa in materia di *médiation Pénale*, v.: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2014, p. 247. Con quest'ultimo atto, in particolare, si è inteso porre rimedio ad alcune lacune normative e ad arginare le significative difformità di applicazione tra i vari *parquets* riscontrate nel primo quinquennio di vita dell'istituto, individuando criteri più specifici a riguardo; in tal senso, v.: S. PARMENTIER, C. FIJNAUT, D. VAN DAELE, *From Ssyphus to Octopus*, cit. p. 176.

Ne emerge, come anticipato, un istituto che, nonostante la denominazione – della cui parziale inadeguatezza si è già detto⁹⁰⁹ – si risolve sostanzialmente in una forma di archiviazione condizionata, non molto dissimile da quelle presenti in altre esperienze europee. Prima dell’“innesco” dell’azione penale, infatti, il pubblico ministero può subordinare la chiusura del procedimento al rispetto volontario di una o più condizioni – tra cui la mediazione con la vittima del reato – da parte dell’indagato, il quale, in caso di esito positivo del *probation*, beneficia di un provvedimento che, al contrario del semplice *classement sans suite*⁹¹⁰, assume carattere definitivo, estinguendo l’azione penale stessa.

L’attivazione dell’istituto è dunque pienamente rimessa alla discrezionalità del pubblico ministero, il quale, peraltro, non è tenuto a motivare la propria decisione⁹¹¹. L’operato di quest’ultimo, cui compete altresì l’individuazione delle “prescrizioni” da proporre all’indagato, è peraltro sottratto a qualsivoglia meccanismo di controllo giurisdizionale, non essendo prevista alcuna forma di impugnazione del provvedimento di cui all’art. 216-ter CIC, fedelmente alla tradizionale insindacabilità delle valutazioni del pubblico ministero sulla opportunità dell’esercizio dell’azione penale⁹¹². Non è un caso, del resto, che nel corso dei lavori preparatori della legge 10 febbraio 1994 sia emersa una certa preoccupazione rispetto all’eccessivo “margine” di apprezzamento rimesso al pubblico ministero ad al significativo aumento dei relativi poteri, ben comprensibile se si considera che l’originaria formulazione non prevedeva alcun limite all’applicabilità dell’istituto in ragione della gravità del reato⁹¹³.

⁹⁰⁹ Sul punto, v. *retro* par. 2.

⁹¹⁰ *Ibid.*

⁹¹¹ In tal senso, v. *ex plur.*: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, cit. p. 116; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 247.

⁹¹² Come si vedrà (*infra* par. 2.3.), solo la vittima del reato ha la possibilità di precludere l’applicazione *médiation pénale*, mettendo autonomamente “in moto” l’azione penale. Rileva d’altro canto, l’assoluta “marginalità” del giudice nell’ambito della *médiation pénale*: A. DE NAUW, *Les modes alternatifs de résolution des conflits en droit pénal belge*, p. 371.

⁹¹³ V., sulle critiche che, sul punto, accompagnarono la formulazione originaria della proposta di legge: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Restorative justice in Belgium*, in D. MIERS, I. AERTSEN, *Op. cit.*, p. 73. Più nel dettaglio, v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Médiation pénale et travail d’intérêt general*, p. 64. L’A., oltre a riportare alcuni interessanti passaggi del parere

Nel quadro di un'ampia discrezionalità rimessa ai *parquets*, ad ogni modo, i citati provvedimenti normativi definiscono il campo di applicazione della *médiation pénale*, individuandone presupposti e condizioni di ammissibilità, sui quali è pertanto necessario soffermarsi prima di approfondire il contenuto delle singole "prescrizioni" che il pubblico ministero può proporre all'indagato e descriverne l'iter procedurale⁹¹⁴.

A tal proposito, è bene precisare che, seguendo l'impostazione della dottrina più attenta, i presupposti dell'istituto di cui all'art. 216-ter CIC possono distinguersi a seconda che siano individuati espressamente dalla legge, ovvero, diversamente, se siano ricavati implicitamente dalla natura dell'istituto o siano emersi dalla prassi seguita dai *parquets*, secondo necessità concrete o vere e proprie «opzioni» di politica criminale⁹¹⁵.

Prendendo le mosse dal primo gruppo, va sottolineato, innanzitutto, che si ritiene necessario che il pubblico ministero abbia a disposizione elementi sufficienti per poter ritenere che il reato sussista e che sia attribuibile alla persona indagata⁹¹⁶. L'assunto, confortato dal tenore letterale dell'art. 216-ter CIC – ove si fa più volte riferimento all'«autore del reato» – è coerente, del resto, con la finalità diversiva dell'istituto, che, come sottolineato dalla dottrina, deve pur sempre rappresentare un'alternativa all'esercizio dell'azione e non all'archiviazione "semplice"⁹¹⁷.

Soprattutto, ancora, ai sensi dell'art. 216-ter co. I CIC, è necessario che il reato per il quale si proceda non appaia di gravità tale da dover essere punito con l'*emprisonement* della durata di più di due anni o con una pena più grave. Invero, tale norma non àncora il criterio in questione alla pena prevista in

del Consiglio di Stato – fortemente critico sul punto – rileva come la soluzione adottata, consistita nella limitazione di cui si dirà, è apertamente ispirata alla legge 29 giugno 1964, concernete, tra l'altro, l'istituto della sospensione della pronuncia di condanna (a proposito, v. par. 5).

⁹¹⁴ V., rispettivamente, *infra* par. 2.2 e 2.3.

⁹¹⁵ Ci si rifà, in particolare, alla trattazione più approfondita disponibile in materia di *médiation pénale*; v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 16 ss.

⁹¹⁶ In tal senso, v. ad esempio: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 17; A. DE NAUW, *Op. cit.*, p. 369.

⁹¹⁷ Su tutti, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 116. Tale requisito, peraltro, spinge a far coincidere il campo elettivo di applicazione dell'istituto con fatti di reato che non richiedano accertamenti investigativi complessi, i cui tempi, del resto, risulterebbero difficilmente compatibili con l'indole acceleratoria dell'istituto, introdotto, come visto, per fornire una risposta «rapida» al reato.

astratto per il reato in questione, facendo invece riferimento alla pena applicabile nel caso concreto. Al pubblico ministero, dunque, è rimesso un vero e proprio giudizio prognostico avente ad oggetto il trattamento sanzionatorio che sarebbe comminata all'indagato all'esito di un ipotetico processo⁹¹⁸.

Inoltre, stando all'art. 216-ter, co. V, CIC⁹¹⁹, l'applicazione dell'istituto è ammessa solo allorché il pubblico ministero non abbia perduto la propria "signoria" sul procedimento; è necessario, in altre parole, che l'azione penale non sia stata "messa in moto" su iniziativa della vittima del reato o del pubblico ministero stesso, adendo il giudice istruttore o direttamente il giudice di merito⁹²⁰. L'attivazione della *médiation pénale*, come anticipato, è dunque possibile unicamente nel corso della fase della *information*, fintantoché l'azione penale non sia stata esercitata.

⁹¹⁸ A proposito, si parla efficacemente di «[...] exercice d'anticipation théorique en se posant la question de savoir quelle peine le juge serait amené à imposer [...]»; così: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 247. Vieppiù, riferendosi genericamente la norma al «reato», senza specificarne la natura, nulla esclude, almeno in teoria, che si ricorra alla *médiation pénale* persino per crimini puniti in astratto con la reclusione da 15 a 20 anni; l'art. 80, all. 1, CP, infatti, ammette che questi ultimi possano essere oggetto di una condanna ad un solo anno di *emprisonnement* in presenza di circostanze attenuanti, secondo il meccanismo della "derubricazione" che, nella fase che ci occupa, è rimesso al pubblico ministero (v. *ex plur.*: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 117; M.A. BEERNAERT, *Introduction à la procédure pénale*, cit. p. 79; A. DE NAUW, *Op. cit.*, cit. p. 3619). A proposito, invero, va precisato che il pubblico ministero ha la possibilità, nel corso della fase preliminare, di definire la qualificazione giuridica del fatto, se del caso, derubricando il reato in presenza di circostanze attenuanti; (sull'argomento, v., più approfonditamente: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 612 ss.; R. DECLERCQ, *Procédure pénale*, in E. BRUNET, J. SERVAIS, C. RESTAU, (a cura di), *Répertoire pratique du droit belge. Complément*, Bruylant Bruxelles, 2004, p. 554 ss.). Nonostante simile ampissimo campo di applicazione si riveli non del tutto coerente con la manifesta intenzione del legislatore di introdurre uno strumento di contrasto alla «*petite délinquance*», ad ogni modo, si è potuto constatare che, nella pratica, l'utilizzo della *médiation pénale* è riservato pressoché esclusivamente a reati di gravità medio-bassa; in tal senso, v. ad esempio: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 117. Per delle statistiche dettagliate circa le tipologie di reati interessate, v.: C. ADAM, F. TORO, *La sous-utilisation de la médiation pénale: chiffres et processus*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1999, p. 969 ss. V., anche: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Evaluation de sa mise en application*, p. 591 ss. Più recentemente, anche per la disamina delle "misure" individuate dai *parquets* in relazione alla natura del reato, v.: D. BURSSSENS, *La médiation pénale: à la lumière de la banque de données des maisons de justice*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2013, p. 11.

⁹¹⁹ Il quale riprende la formula di cui all'art. 216-bis, co. 2, CIC, in materia di «transazione penale».

⁹²⁰ Sul punto, v. *ex plur.*: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 248; C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 17 ss.; N. DE VROEDE, *La médiation pénale*, p. 259.

Ove, poi, nel corso del procedimento si sia dato luogo ad accertamenti di natura tecnica, l'art. 216-ter, co. II, CIC subordina il ricorso all'istituto al pagamento dei relativi costi da parte dell'indagato. Secondo taluno, ancora, l'abbandono, mediante consegna alle autorità, degli eventuali oggetti confiscabili in proprio possesso, previo «invito» del pubblico ministero ai sensi dell'art. 216-ter, co. III, CIC, rappresenta un ulteriore presupposto applicativo dell'istituto⁹²¹.

L'art. 216-ter, co. I, all. 2, CIC, infine, prevede una ulteriore condizione di ammissibilità allorché il pubblico ministero intenda prescrivere – come meglio si vedrà nel prosieguo – la partecipazione ad un trattamento terapeutico, dovendo in tal caso l'indagato aver espressamente invocato quale «causa» del reato «una patologia o una dipendenza da alcool o da sostanze stupefacenti»⁹²².

Sebbene non espressamente considerati dall'art. 216-ter CIC, però, maggior interesse suscitano alcuni presupposti ulteriori, ricavati dalla natura stessa dell'istituto e riconosciuti tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, giacché contribuiscono a definire i veri caratteri della *médiation pénale*.

Si allude, innanzitutto, alla base consensuale dell'istituto.

Pur rinvenendo un riconoscimento solo indiretto nell'art. 216-ter CIC, secondo cui il pubblico ministero «invita» l'autore del reato a rispettare le condizioni di cui si dirà, non si dubita infatti che il consenso dell'indagato all'avvio della peculiare “procedura” proposta dal pubblico ministero ne rappresenti un «elemento fondamentale»⁹²³.

A bene vedere, in effetti, il consenso dell'accusato rappresenta l'“architrave” su cui poggia la legittimità costituzionale – e convenzionale – dell'istituto, sotto diversi profili. In primo luogo, l'assenso dell'indagato legittima la compressione del diritto al *fair trial* di cui al combinato disposto dei §§ 6 co. I CEDU. In secondo luogo, esprime la rinuncia all'ottenimento di

⁹²¹ A proposito, v. ad esempio: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 118; M.A. BEERNAERT, *Op. cit.*, cit. p. 79.

⁹²² In tal senso: v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 18; N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 260.

⁹²³ Così: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 19; v. anche: A. DE NAUW, *Op. cit.*, p. 265 ss. Nella manualistica, peraltro, il consenso dell'autore del reato è comunemente considerato una condizione di ammissibilità della procedura di *médiation pénale*; v. *ex plur.*: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 248.

un provvedimento avente contenuto più favorevole, al quale, quanto meno in fase processuale, l'imputato avrebbe senz'altro diritto. In ultimo, ma tutt'altro che secondariamente, esso esprime l'accettazione delle "misure" di carattere afflittivo, che, come si vedrà, corredano il provvedimento di archiviazione condizionata pur in assenza di un vero e proprio accertamento del fatto, così da "bilanciare" altresì la possibile lesione della presunzione di innocenza.

A tal proposito, tuttavia, la dottrina ha avanzato più di qualche perplessità circa l'effettiva volontarietà della procedura di cui all'art. 216-ter CIC, sottolineando come l'innescò del processo, che ben potrebbe culminare con l'inflizione della sanzione penale, seguita dal relativo effetto "stigmatizzante", rappresenta un "deterrente" tale da incidere sulla libertà di autodeterminazione dell'indagato, il cui consenso, dunque, risulta sovente "inquinato" dal rapporto sbilanciato intercorrente tra costi e benefici del dissenso alla "proposta" del pubblico ministero⁹²⁴.

A ciò, d'altro canto, si aggiunge l'assenza di un controllo giurisdizionale⁹²⁵ sui "requisiti" di tale consenso, che la più recente giurisprudenza della Corte e.d.u., tende ad individuare, allorché si tratti di vagliare l'equità di un procedimento caratterizzato dalla rinuncia ad una serie di fondamentali prerogative difensive, nella consapevolezza delle circostanze del caso e delle conseguenze della propria scelta, nonché nella genuinità di quest'ultima⁹²⁶. Come si vedrà, infatti, nel quadro della *médiation pénale*, la verifica sul consenso è rimessa esclusivamente allo

⁹²⁴ In tal senso, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 263; A. DE NAUW, *Op. cit.*, cit. p. 366. Tali problematiche, peraltro, non sembrano discostarsi sensibilmente dalle criticità evidenziate, ad esempio, dalla dottrina tedesca rispetto all'istituto dell'archiviazione condizionata di cui al § 153a StPO; si rimanda, sul punto, a quanto rilevato *retro* Parte II, Cap. I, par. 2.2.

⁹²⁵ Che interessa, più in generale, l'intero operato del pubblico ministero; v., ad esempio: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 52.

⁹²⁶ Si allude, in particolare, alla nota pronuncia C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 29 aprile 2014, Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia. In tale occasione, seppur in relazione all'istituto del *plea bargain*, la Corte ha avuto modo di specificare i requisiti del consenso dell'accusato all'elisione delle proprie prerogative procedurali, affermando che quest'ultima «had to be accepted by the first applicant in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner» e che «the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review» (cfr. par. 92).

stesso pubblico ministero al momento del primo incontro con l'indagato, che avviene, peraltro, alla presenza solo eventuale del difensore.

La base consensuale dell'istituto, invero, assume talvolta una struttura composita, dovendo aggiungersi – nei modi di cui si dirà – al consenso dell'indagato quello della vittima del reato, ogni qual volta il pubblico ministero intenda attivare un vero e proprio percorso di mediazione⁹²⁷. Ad ogni modo, è bene precisare che, contrariamente a quanto pare desumersi dalla direttiva del Collegio dei Procuratori Generali del 30 aprile 1999⁹²⁸, la dottrina concorda nel ritenere che l'assenza di una vittima-persona fisica, ovvero l'impossibilità di individuarla, non precluda il ricorso all'istituto di cui all'art. 216-ter CIC, rivelandosene la presenza ed il relativo consenso alla procedura indispensabile solo ai fini dell'attivazione della mediazione penale *stricto sensu* intesa⁹²⁹.

Al pari del consenso dell'indagato, altro presupposto desunto dalla natura dell'istituto di cui all'art. 216-ter CIC, è l'ammissione, da parte dello stesso, della propria responsabilità per il reato per cui si procede⁹³⁰. Invero, la

⁹²⁷ Sul punto, v. *ex plur.*: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 259. In senso analogo, non mancando di rilevare che, vista l'attitudine dell'accordo ad incidere sulle rispettive sfere giuridico-patrimoniali, oltre alla capacità d'agire dell'autore del reato, è necessaria quella della vittima, dovendo dunque entrambi aver raggiunto la maggiore età, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 19.

⁹²⁸ In particolare, dall'art 4.2.2 della Direttiva del Collegio dei Procuratori Generali del 30 aprile 1999, n. 8/99.

⁹²⁹ Si è opportunamente osservato, infatti, che la legge non prevede espressamente simile condizione; v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 16, nt. 3. Così, si è precisato che la presenza di una vittima identificata che abbia patito un danno morale o materiale non ancora riparato segna il campo di applicazione «preferenziale» della mediazione penale, ma non esclusivo; in tal senso: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 259.

⁹³⁰ Sull'argomento, v. *ex plur.*: C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 18 ss. Si afferma, del resto, che «Il ne peut être question de faire un marchandage entre l'acceptation de la médiation pénale et un doute sur la culpabilité de l'intéressé»; così: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 248. Simile requisito, da un lato, appare senz'altro appropriato, nonché coerente con la normativa sovranazionale. Benché quest'ultima si limiti a richiedere, quale condizione di accesso ai Servizi di giustizia riparativa posta a garanzie della vittima del reato, che l'autore del reato abbia «riconosciuto i fatti essenziali del caso» (cfr.: art. 12, co. I, lett. c), della Direttiva 2012/29/UE di in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato), infatti, ciò consente di evitare che l'autore del reato possa porre reiteratamente in discussione la propria colpevolezza nell'ambito del percorso di mediazione vero e proprio, così da prevenire i rischi di vittimizzazione secondaria. Non è mancato, peraltro, chi ne ha rimarcato altresì la coerenza con il carattere «negoziato» della procedura, che sarebbe incompatibile con la negazione della propria responsabilità (in tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 18 ss.). Dall'altro lato, però, allargando lo sguardo all'insieme delle misure cui il pubblico ministero può far ricorso nell'ambito dell'art. 216-ter CIC potrebbe invero dubitarsene l'appropriatezza, spesso prescindendosi da qualsivoglia coinvolgimento della vittima (a tal proposito, v. *infra* par. 2.2)

necessità del previo riconoscimento dei fatti da parte dell'indagato solleva il delicato problema delle relative conseguenze in caso di esito negativo della *médiation pénale*, potendo in tal caso il pubblico ministero – come si vedrà – esercitare l'azione penale, dando il via al processo. A tal proposito, infatti, sebbene nei lavori parlamentari si affermi espressamente che simile ammissione non possa avere valore probatorio, avendo portata meramente indicativa⁹³¹, in dottrina se ne è messo in luce il significativo «peso» che sovente tali dichiarazioni *contra se* rivestono in fase processuale⁹³².

Si riscontra, pertanto, una certa tendenza a “smorzare” la necessità dell'ammissione della propria responsabilità, da un lato equiparandole il contegno meramente passivo dell'indagato che si limiti a non contestare i fatti⁹³³, dall'altro, non considerandone l'assenza un «ostacolo assoluto» ove la responsabilità dell'indagato appaia evidente e quest'ultimo sembri comunque incline a riconoscere i fatti⁹³⁴.

Ad ogni modo, è bene sottolineare che, come si vedrà, l'ammissione di cui si tratta comporta per l'indagato importanti conseguenze sul piano “risarcitorio”, essendo alla base della presunzione «insuperabile» di colpa di cui, in seguito all'estinzione dell'azione penale, gli “interessati” non coinvolti nella procedura di *médiation pénale* possono beneficiare nei sui confronti in sede civile, secondo il disposto dell'art. 216-ter, co. IV, all. 2, CIC⁹³⁵.

A definire il campo di applicazione dell'istituto di cui all'art. 216-ter CIC, rilevano infine alcuni ulteriori “presupposti”, individuati nella prassi al fine di rispondere ad esigenze operative concrete, ovvero rispondenti a vere e

⁹³¹ Si parla, a proposito, di «simple reinsegnement»; v.: Exposé des motifs cit., in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, cit. p. 24 ss. e p. 48.

⁹³² In tal senso, puntualmente, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 34. Non manca, tuttavia, chi si limita a rimarcare la generale inutilizzabilità probatoria; v.: T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Op. cit.*, cit. 65.

⁹³³ In tal senso, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 117; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 248.

⁹³⁴ A tal proposito, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 19; C. ADAM, F. TORO, *Op. cit.*, p. 998.

⁹³⁵ V.: C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 32 ss.; A. DE NEUW, *Op. cit.*, cit. p. 367; L. VAIRA, *La mediazione penale in Belgio*, p. 118. Più diffusamente, v. *infra* par. 2.3.

proprie “scelte” di politica criminale, tanto da essere talvolta fatti oggetto di apposite circolari da parte di alcuni Procuratori del Re⁹³⁶.

Tra tali requisiti, visti generalmente con un certo disfavore da parte della dottrina, proprio a causa dell'assenza di qualsivoglia fondamento normativo, può innanzitutto farsi cenno alla necessità che l'indagato abbia una dimora fissa, così da permettere la notifica delle varie comunicazioni nel corso della procedura⁹³⁷; ebbene, va da sé che si sia evidenziato il *vulnus* al principio di uguaglianze che l'individuazione di simile condizione di ammissibilità comporta⁹³⁸.

Ancora, benché si ritenga che lo *status* di recidivo non precluda l'attivazione della *médiation pénale*⁹³⁹, si è rilevato come spesso, nella prassi, la presenza di precedenti penali si riveli di ostacolo a tal fine, finanche nelle procure in cui non siano state diramate circolari in tal senso⁹⁴⁰.

Infine, si è potuto riscontrare altresì il rilievo dell'“anzianità” del fatto rispetto al momento dell'avvio della procedura di cui all'art. 216-ter CIC; essendo, infatti, la “prossimità” all'insorgenza del conflitto ritenuta una delle principali condizioni di successo del percorso di mediazione tra autore e vittima del reato, nonché, più in generale, rappresentando l'accelerazione della risposta statale uno degli obiettivi perseguiti con l'introduzione dell'istituto⁹⁴¹, in qualche contesto, l'eccessivo lasso di tempo trascorso dalla commissione del fatto è considerato ostativo alla “presa in carico” della procedura di *médiation pénale* da parte dei Servizi sociali, così orientando altresì le valutazioni del *parquet*⁹⁴².

⁹³⁶ Che possono diramare nell'ambito dei rispettivi uffici, fornendo un ottimo strumento per orientare ed uniformare la “politica” di archiviazione del pubblico ministero, preservando così l'uguaglianza e l'effettività stessa della legge penale (v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 50 ss.; S. PARMENTIER, C. FIJNAUT, D. VAN DAELE, *Op. cit.*, p. 176 e nt. 44.).

⁹³⁷ A riguardo, taluno ha parlato di «requisito implicito»; v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 259.

⁹³⁸ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 20.

⁹³⁹ V.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 117; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 248.

⁹⁴⁰ A proposito, quanto al contesto del distretto di Bruxelles, v.: C. ADAM, F. TORO, *Op. cit.*, p. 984 e 995 ss.

⁹⁴¹ A tale ultimo proposito, v.: A. DE NEUW, *Op. cit.*, cit. p. 364.

⁹⁴² Ad esempio, nel distretto di Bruxelles, si è constatata la prassi dei Servizi sociali di “rifiutare” la presa in carico di procedure di mediazione allorché fossero trascorsi più di 18 mesi dalla data dei fatti; in tal senso v.: C. ADAM, F. TORO, *Op. cit.*, p.1001. Per una analisi

In definitiva, dalla compiuta disamina dei presupposti dell'istituto, emerge la scelta "coraggiosa" del legislatore belga di definire un campo di applicazione molto ampio⁹⁴³, che abbraccia persino crimini puniti in astratto con la reclusione da 15 a 20 anni ove, in concreto, sussistano circostanze attenuanti. A fronte di ciò, considerata anche la scarsa attitudine del "fragile" consenso dell'indagato a garantire l'effettiva volontarietà della procedura, non sorprendono i descritti tentativi di individuare ulteriori parametri in base ai quali uniformare il ricorso alla *médiation pénale*, la cui attivazione, come detto, risponde alla sola valutazione discrezionale e non sindacabile del pubblico ministero. Si deve alla prassi, dunque, la costante tendenza a confinare il ricorso alla *médiation pénale* a fatti di gravità contenuta, in linea peraltro con le intenzioni dello stesso legislatore. Diversi studi "empirici" hanno tuttavia evidenziato il conseguente incremento del «controllo sociale», essendo emerso che sovente l'istituto di cui all'art. 216-ter CIC costituisca un'alternativa all'archiviazione "semplice" piuttosto che all'esercizio dell'azione penale, sminuendo così la finalità "diversiva" dell'istituto⁹⁴⁴. Del resto, il fenomeno del *net widening*, oggetto di forte preoccupazione nella dottrina belga⁹⁴⁵, si fa ancor più nitido considerando che, in un numero non trascurabile di casi, all'esito "negativo" della *médiation pénale*, anziché l'avvio del processo⁹⁴⁶, fa nondimeno seguito l'archiviazione del procedimento⁹⁴⁷.

2.2. Le singole "misure" di cui all'art. 216-ter CIC

Come anticipato, ricorrendo i descritti presupposti, l'art. 216-ter CIC consente al pubblico ministero, allorché lo ritenga "opportuno", di subordinare

dei tempi necessari all'avvio della procedura nel primo triennio dall'entrata in vigore della legge del 1994, v.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, p. 598 ss.

⁹⁴³ Tanto che si è descritta la legge 10 febbraio 1994 come «[...] ambiziosa a livello della gamma di reati ricompresi nel suo ambito di applicazione [...]»; così: L. VAIRA, *Op. cit.*, cit. p. 112.

⁹⁴⁴ A tal riguardo, v. ad esempio: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 263; trovare altri. In senso analogo, e per dei dati statistici, v.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 628 e 631; D. BURSSSENS, *Op. cit.*, cit. p. 28.

⁹⁴⁵ Inequivocabili, in tal senso, le lucide considerazioni di: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 50.

⁹⁴⁶ Sulla natura di alternativa al processo della *médiation pénale*, v., ad esempio: A. DE NEUW, *Op. cit.*, cit. p. 362.

⁹⁴⁷ V.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 612, 628 e 631; D. BURSSSENS, *Op. cit.*, cit. p. 13.

la chiusura anticipata – e definitiva – del procedimento ad una o più “condizioni”, al cui compimento «invita» l'autore del reato.

La *médiation pénale*, infatti, secondo le intenzioni del legislatore, permette di fornire una risposta al reato alternativa al processo ad alla pena tradizionale che, nondimeno, sia “tangibile”, in quanto riconoscibile sia dall'autore del reato che, d'altro canto, dalla comunità. Come tale, dunque, l'istituto si inserisce dunque nel novero degli strumenti di *diversion* c.d. con intervento.

È bene, pertanto, soffermarsi sul contenuto delle varie misure che, secondo l'iter che si descriverà nel prosieguo, concretizzano tale intervento, il cui buon esito, come detto, da luogo all'«estinzione» dell'azione penale.

Si è detto, a tal proposito, che la fuorviante denominazione dell'istituto in esame, che cela, in realtà, un ventaglio articolato di opzioni a disposizione del pubblico ministero, costituendo la mediazione tra autore e vittima del reato – a cui in dottrina ci si riferisce parlando di *médiation pénale stricto sensu*⁹⁴⁸ – solo una delle varie misure attivabili, singolarmente o cumulativamente.

Benché non vi sia totale uniformità di vedute a riguardo, possono distinguersi almeno cinque diverse tipologie di prescrizioni che il pubblico ministero può impartire all'indagato⁹⁴⁹, il quale, come si è detto, resta “libero” di rifiutarne il compimento, anche in corso d'opera.

Innanzitutto, stando al primo periodo dell'art. 216-ter, co. I, CIC, il pubblico ministero può invitare l'autore del reato a riparare le conseguenze dannose del reato ed a fornirne la relativa prova, in particolare, risarcendo il danno patito dalla vittima⁹⁵⁰. A ben vedere, tuttavia, quest'ultima resta del tutto estranea alla procedura, trattandosi di una sorta di «accordo» che intercorre esclusivamente tra pubblico ministero e indagato, avente ad

⁹⁴⁸ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Médiation Pénale*, cit. p. 15.

⁹⁴⁹ Ci si rifà, ancora, a: C. MINCKE, *Op. cit.*, p. 15 e 37 ss. La maggior parte degli Autori, invece, tende a considerare un numero inferiore di “condizioni” o “misure”; ciò, tuttavia, si deve alla trattazione congiunta di alcune delle misure che ci si appresta ad analizzare; v. ad esempio: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, cit. p. 118 ss.

⁹⁵⁰ Sull'argomento, v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Médiation pénale et travail d'intérêt general*, p. 63.

oggetto il relativo “impegno” sul piano risarcitorio⁹⁵¹. Non essendole opponibile l’estinzione dell’azione penale che ne segue, la vittima conserva dunque la possibilità di costituirsi parte civile, beneficiando, nondimeno, della presunzione di colpa a carico dell’autore del reato ai sensi dell’art. 216-ter CIC, co. IV, all. 2, CIC⁹⁵². A fronte di ciò, nonostante se ne rilevi l’utilità nei casi in cui la persona offesa rifiuti – appunto – ogni ulteriore coinvolgimento nella “vicenda”, si spiega la rarissima applicazione di tale misura, nonché un certo disinteresse in dottrina⁹⁵³.

Diversamente è a dirsi per il caso in cui il pubblico ministero, ricorrendo al personale dei servizi sociali, ritenga di convocare le parti e «organizzare» una procedura di mediazione volta al raggiungimento di un accordo sulla riparazione del danno ai sensi del secondo periodo dell’art. 216-ter, co. I, CIC. Sebbene se ne siano messe in luce notevoli divergenze rispetto al paradigma della mediazione penale⁹⁵⁴, è a tale misura che in dottrina riserva l’appellativo di *médiation pénale* in senso stretto o proprio, presentando, almeno nel quadro dell’art. 216-ter CIC, significativa affinità con l’archetipo riparativo.

Tale misura, infatti, implica il coinvolgimento volontario dell’autore del reato e della vittima, i quali – come meglio si vedrà – sotto l’egida del personale dei servizi sociali, instaurano un dialogo “costruttivo” finalizzato al raggiungimento di un’intesa sulla necessità e sulle eventuali modalità di riparazione delle conseguenze negative del reato, nonché sulla relativa esecuzione. Vale la pena notare, peraltro, che il contenuto dell’accordo può andare ben al di là della semplice compensazione economica, potendosi sostanziare, ad esempio, in forme di riparazione simbolica o persino nella

⁹⁵¹ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 37. Taluno, però, osserva che in tal caso la determinazione dell’ammontare del danno non possa che avvenire con il consenso della vittima; così: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2014, cit. p. 248.

⁹⁵² Sul punto, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 118.

⁹⁵³ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 37.

⁹⁵⁴ Esplicito, a tal riguardo, già il parere reso dal Consiglio di Stato nel corso dei lavori parlamentari; cfr.: Avis du Conseil d’Etat, in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, p. 15 ss. In senso analogo, in dottrina, v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, p. 61 ss.; C. MINCKE, *Vers un nouveau type d’utilisation du ministère public. L’exemple de la médiation pénale et de la procédure accélérée*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1998, p. 644 ss.

fissazione di alcuni “principi” volti a regolare la reciproca convivenza o l’affidamento della prole⁹⁵⁵.

Nondimeno, si ritiene che tale accordo, quantomeno ove affronti aspetti propriamente risarcitori, si atteggi alla stregua di una vera e propria «transazione»⁹⁵⁶, mediante la quale la vittima rinuncia all’azione civile⁹⁵⁷.

Se, sin qui, la “gravosità” delle conseguenze per l’indagato che presti il proprio consenso alla *médiation pénale*, si risolve sul piano civile⁹⁵⁸, le ulteriori misure previste dall’art. 216-ter CIC svelano una natura più marcatamente afflittiva, risolvendosi in limitazioni anche incisive della libertà personale del soggetto, tanto che, specie in relazione al lavoro di pubblica utilità, se ne paventa l’accostamento alla «pena» vera e propria⁹⁵⁹.

Ebbene, stando all’art. 216-ter, co. I, all. 2, CIC, allorché l’indagato abbia invocato quale «causa» del reato «una patologia o una dipendenza da alcool o da sostanze stupefacenti», il pubblico ministero può invitarlo a sottoporsi ad un trattamento medico o ad altre forme di terapia ritenute adeguate ed a fornire la prova della propria partecipazione⁹⁶⁰. A proposito, si ritiene opportunamente che non sussista, in capo all’indagato, una «obbligazione di risultato»⁹⁶¹, ma che il trattamento rappresenti piuttosto una opportunità per

⁹⁵⁵ In tal senso e per un elenco più dettagliato del possibile contenuto dell’accordo in questione, v.: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 249; N. DE VROEDE, *La médiation pénale*, cit. p. 260; C. MINCKE, *Médiation Pénale*, cit. p. 38.

⁹⁵⁶ Su tutti, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 118.

⁹⁵⁷ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 32 ss. Non a caso, del resto, l’art. 216-ter, co. IV, all. 2, CIC si è curato di disciplinarne gli effetti per i “terzi”, ponendoli al riparo dai possibili pregiudizi dovuti all’estinzione dell’azione penale che accompagna il buon esito della *médiation pénale*. Si è infatti previsto che gli eventuali danneggiati o i loro aventi causa non coinvolti nella procedura beneficino di una presunzione assoluta di colpa dell’autore del reato. Qualora, dunque, intendano far valere le proprie pretese risarcitorie in sede civile, costoro potranno limitarsi dar prova dell’esistenza del danno e del nesso di causalità, senza dover fornire dimostrazione degli ulteriori elementi costitutivi dell’illecito aquiliano. A proposito, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 33; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, p. 251. Per una recente pronuncia della Corte di cassazione in materia, v.: Cass., sent. 17 février 2012, RG C.10.0742.F.

⁹⁵⁸ Ne rimarca la gravità, sottolineando l’importanza che l’indagato sia debitamente informato, prima dell’avvio della procedura, delle conseguenze della *médiation pénale*: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 33.

⁹⁵⁹ Chiaramente, in tal senso, in relazione al lavoro di pubblica utilità ed alla «formazione», v.: G. DEMANET, *La médiation pénale*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1995, cit. p. 919.

⁹⁶⁰ A riguardo, v.: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, p. 249. Più nel dettaglio, v.: G. DEMANET, *Op. cit.*, p. 917 ss.

⁹⁶¹ Così, nonché per un approfondimento a proposito, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 260.

consentirgli di superare il proprio malessere. Va notato, infine, che è previsto espressamente un tetto alla durata massima del trattamento in esame, che non può superare i sei mesi⁹⁶².

Ancora, ai sensi dell'art. 216-ter, co. I, all. 3, CIC, il pubblico ministero può invitare l'indagato a seguire un corso di «formazione», di cui la norma si limita a fissare la durata massima in 120 ore, da svolgersi nell'arco di in un periodo che va da uno a sei mesi decorrenti dall'udienza in cui si formalizza l'avvio della *médiation pénale*⁹⁶³.

Soprattutto, lo stesso art. 216-ter, co. I, all. 3, CIC consente al pubblico ministero di subordinare il provvedimento archiviatorio qui di interesse allo svolgimento, da parte dell'indagato, del lavoro di pubblica utilità per un massimo di 120 ore, da espletare in un termine variabile da uno a sei mesi decorrente dall'udienza di cui si è poc'anzi riferito.

Va notato che tale misura, contemplata nella formulazione originaria dell'art. 216-ter CIC, era stata in seguito espunta dalla norma ad opera della l. 17 aprile 2002, con la quale si è introdotta la pena autonoma del lavoro di pubblica utilità in materia di delitti e contravvenzioni, così accreditando l'opinione di chi, già in precedenza, l'aveva accostata alla tradizionale sanzione penale⁹⁶⁴. Nondimeno, la legge 22 giugno 2005 ha reintrodotta, nel quadro della *médiation pénale*, la misura del lavoro di pubblica utilità,

⁹⁶² Proprio per aggirare tale limite, spesso ritenuto eccessivamente restrittivo, si riscontra in certi parquet la prassi di ritardare strumentalmente la celebrazione dell'udienza dalla quale tale termine prende a decorrere; sull'argomento, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 40.

⁹⁶³ Sull'argomento, v., ad esempio: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 261. Quanto alla menzionata udienza, invece, si rimanda a quanto si osserverà *infra* par. 2.3. Nonostante la direttiva del Collegio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999 si sforzi di fornirne una definizione, alludendo al «processo di apprendimento» da avviare mediante tale misura (cfr.: art. 1.1.3 che, parla di «mesure de type socio-éducatif par laquelle un processus d'apprentissage au contenu plus ou moins précisé à l'avance et selon un programme structuré se met en place»), si è rilevato che la natura della «formazione» può risultare la più disparata, spaziando, ad esempio, da corsi sul controllo della rabbia a vere e proprie forme di terapia comportamentale; in tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 39.

⁹⁶⁴ Ne riscontra il carattere sanzionatorio, da cui discende(va) un certo *self restraint* nel ricorso alla misura da parte di alcune procure: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 261. Dal canto suo, rileva le critiche suscitate dalla scelta legislativa di consentire l'applicazione da parte del pubblico ministero – senza alcun intervento del giudice – di misure che, sebbene qualificate nel quadro della *médiation pénale* come mere condizioni specifiche di estinzione dell'azione penale, vengono notoriamente percepite dall'interessato come una vera e propria pena: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 63 e nt. 38. Ancor più esplicito, sulla natura di sanzione penale del lavoro di pubblica utilità: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 51. In senso analogo v., infine, anche: G. DEMANET, *Op. cit.*, cit. p. 919.

fornendone altresì, al contrario dell'originaria formulazione dell'art. 216-ter CIC, una disciplina compiuta, che – fatalmente – coincide in larga parte con quella dettata dall'art. 37-*quater* CP per la sanzione penale introdotta nel 2002⁹⁶⁵.

È bene qui solo sottolineare che la novella del 2005 ha eliminato l'obbligo – che, in precedenza, interessava altresì la misura della formazione – di far svolgere preventivamente una «inchiesta sociale» da parte dei Servizi, la quale, al pari della neo-introdotta «indagine semplificata», rappresenta attualmente solo una facoltà concessa al pubblico ministero allorché ritenga utile “chiarire” la situazione personale dell'indagato per valutare l'opportunità del lavoro di pubblica utilità o della formazione⁹⁶⁶.

Va notato, da ultimo, che l'art. 216-ter CIC non si spinge a definire il contenuto della prestazione lavorativa, limitandosi a vietare che questa coincida con le attività che, nell'ambito del medesimo ente, sono normalmente svolte da lavoratori retribuiti; trattasi, ad ogni modo, di prestazioni effettuate a titolo gratuito in orari compatibili con le esigenze lavorative o scolastiche dell'autore del reato presso Enti pubblici o associazioni senza scopo di lucro⁹⁶⁷, secondo l'articolata procedura che si analizzerà nel prosieguo.

Ancora, nonostante le descritte prescrizioni esauriscano il ventaglio di opzioni espressamente previste dall'art. 216-ter CIC, in dottrina si è messa in luce la tendenza dei *parquets* a far ricorso ad ulteriori misure, dette eufemisticamente «creative», in quanto individuate autonomamente dal

⁹⁶⁵ Si parla, a proposito, di «identità»; così: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, cit. p. 119. V., analogamente, anche: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 39, nt. 5. In precedenza, invece, la definizione del lavoro di pubblica utilità si rinveniva direttamente nell'art. 1-*bis* della legge 29 giugno 1964, la quale, come si vedrà (v. *infra* par. 3), prevede, tra l'altro, l'istituto della sospensione della pronuncia di condanna; in tal senso, v.: G. DEMANET, *Op. cit.*, cit. p. 919. È bene anticipare, peraltro, che l'interpolazione della norma da ultimo citata si deve ad una legge approvata – al pari di quella relativa all'istituto della mediazione penale – in data 10 febbraio 1994, con la quale si è introdotta la possibilità di includere nel *probation* di cui alla legge 29 giugno 1964 le inedite “condizioni” del lavoro di pubblica utilità o della formazione, contestualmente previste quali possibili misure nel quadro della “neonata” *médiation pénale*; v., in tal senso: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 61.

⁹⁶⁶ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 28. Per un'analisi della situazione pre-riforma, ed in particolare sulla funzione dell'inchiesta sociale, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 261.

⁹⁶⁷ Cfr.: art 216-ter, co. I, all. 5-7, CIC. Sull'argomento, v.: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, p. 249.

pubblico ministero a seconda delle circostanze del caso; parrebbe trattarsi, del resto, di un “eco” della vecchia prassi del c.d. *probation pretorienne*, secondo la quale il pubblico ministero, pur in assenza di qualsivoglia base legale, poteva subordinare l’archiviazione del procedimento al rispetto di una o più condizioni da lui fissate⁹⁶⁸. Benché con l’introduzione della *médiation pénale* se ne sia perseguito il superamento e sebbene il Collegio dei Procuratori generali, nel commentario alla direttiva del 30 aprile 1999, pur non spingendosi a sancirne l’illegittimità, definisca simili misure “creative” «contrarie alla filosofia della legge»⁹⁶⁹, se ne è riscontrato l’impiego in numero non trascurabile di casi⁹⁷⁰.

Così, nella pratica, i *parquets* si servono talvolta dell’art. 216-ter CIC per proporre all’indagato il pagamento di una somma di denaro all’Erario – invero fatta oggetto dell’autonomo istituto della transazione di cui all’art. 216-bis CIC – o altre forme di “controllo sociale”, tra cui, ad esempio, la c.d. reprimenda⁹⁷¹. Ad ogni modo, l’opinione di chi ravvisa in tali misure una plateale violazione del principio di legalità, sembra iniziare a far presa sulla giurisprudenza di merito. Con una nota pronuncia, infatti, si è rilevata l’illegittimità di una prescrizione di tal fatta, che dunque non è idonea ad impedire l’estinzione dell’azione penale conseguente all’esecuzione delle sole misure validamente individuate ai sensi dell’art. 216-ter CIC⁹⁷².

Infine, dato conto delle vari misure – legali o “creative” – attivabili nel quadro della *médiation pénale*, è bene rammentare che il pubblico ministero ha la possibilità di applicarle anche cumulativamente. Nonostante l’art. 216-

⁹⁶⁸ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 40 ss.

⁹⁶⁹ Cfr.: art. 4.3.3 del Commentario alla direttiva del Collegio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999. Ciò, peraltro, nonostante un riferimento a tali misure fosse contenuto nei lavori parlamentari; v.: *Exposé des motifs cit.*, in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, cit. p. 5.

⁹⁷⁰ Si è rilevato, infatti, che nel 17.9% dei casi in cui si è perfezionato un accordo tra indagato e pubblico ministero nel quadro della *médiation pénale* si è fatto ricorso a prescrizioni diverse da quelle espressamente previste dall’art. 216-ter CIC, catalogate sotto la voce «altre» misure; in tal senso, v.: D. BURSSSENS, *La médiation pénale: à la lumière de la banque de données des maisons de justice*, cit. p. 8 e nt. 2.

⁹⁷¹ Si riscontra, nella prassi, una certa “fantasia” quanto all’individuazioni di tali misure, tra cui si possono citare, sempre a titolo esemplificativo, la riparazione di una bicicletta danneggiata dal reo, la ricerca di un impiego o l’inizio di un’attività sportiva; in tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 41.

⁹⁷² Si allude a: Trib. Corr. Marche-en-Famenne, sent. 11 avril 2003, inedita. A proposito, v. ancora: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 41.

ter CIC non preveda espressamente simile eventualità, si ritiene, infatti, che il cumulo c.d. interno di prescrizioni, già esplicitamente avallato nel corso dei lavori parlamentari⁹⁷³, rinvenga un fondamento indiretto nel co. IV della citata norma, nella parte in cui fa coincidere l'estinzione dell'azione penale con il soddisfacimento, da parte dell'autore del reato, di «tutte le condizioni, da lui accettate»⁹⁷⁴.

Descritto l'articolato insieme di misure che il pubblico ministero può attivare nel quadro dell'art. 216-ter CIC, non si possono dunque condividere le perplessità cui si è fatto in precedenza cenno circa la appropriatezza della denominazione di *médiation pénale* attribuita all'istituto dal legislatore del 1994. Anche vista l'affinità – quanto ad effetto e, almeno in parte a presupposti – con l'istituto di cui all'art. 216-bis CIC, del resto, già tra i primi commentatori taluno propendeva a considerare la *médiation pénale* quale ipotesi specifica di transazione penale, qualificata dalle misure peculiari cui può condizionarsi l'estinzione dell'azione penale⁹⁷⁵.

Ad ogni modo, pur rappresentando, come visto, solo una delle possibili misure attivabili, va rimarcato conclusivamente che la mediazione tra autore e vittima del reato intesa in senso proprio mantiene una considerevole centralità nel quadro dell'art. 216-ter CIC, visto il riscontro applicativo sensibilmente più significativo fatto registrare rispetto alle differenti

⁹⁷³ Cfr.: Exposé des motifs cit., in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/1, cit. p. 5. In tal senso, v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, p. 64.

⁹⁷⁴ In tal senso, v.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique*, cit. p. 621. La possibilità di cumulare le varie misure citate, del resto, è oramai pacifica anche nella principale manualistica; v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 118; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, p. 248. Non va dimenticato, infine, che l'art. 216-ter, co. I, CIC, facendo espressamente salvo il disposto del precedente art. 216-bis CIC, prevede altresì la possibilità del cumulo c.d. esterno, che ha luogo nella – più rara – eventualità in cui pubblico ministero abbinì una o più delle descritte misure alla proposta di una «transazione penale». In dottrina, tuttavia, si sono messe il luce alcune problematiche di ordine sistematico che derivano dalla sovrapposizione della *médiation pénale* con l'istituto di cui all'art. 216-bis CIC, il quale, dal canto suo, sebbene a condizioni e con modalità differenti, determina l'estinzione dell'azione penale previo pagamento di una somma di denaro fissata da parte del pubblico ministero; in tal senso, ed in chiave critica, in generale, sulla possibilità di cumulare le varie misure, v.: C. MINCKE, *Op. ult. cit.*, cit. p. 41 ss.; nonché: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 619.

⁹⁷⁵ A proposito, v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Op. cit.*, cit. p. 63. L'impostazione è seguita in molte delle più recenti trattazioni dedicate alla *médiation pénale*.

prescrizioni⁹⁷⁶, nonché considerate alcune peculiarità dal punto di vista procedurale e dei soggetti coinvolti che ci si appresta ad analizzare.

2.3. L'iter procedurale ed il ruolo dei soggetti coinvolti

L'importanza della decisione del pubblico ministero circa l'individuazione delle misure da proporre all'indagato si riverbera, a ben vedere, anche sul versante "procedurale", dal momento che l'iter della *médiation pénale*, nonché il ruolo dei vari soggetti chiamati ad intervenire, differiscono anche sensibilmente proprio a seconda del contenuto concreto della *diversion*⁹⁷⁷.

Nonostante l'art. 216-ter CIC rimanga silente a riguardo, limitandosi ad attribuire al *parquet* la possibilità di invitare l'autore del reato a soddisfare le "condizioni" poc'anzi descritte, se del caso anche «organizzando» la mediazione con la vittima del reato, l'applicazione dell'istituto passa attraverso un iter piuttosto articolato, il quale, nel suo complesso, è descritto da alcune disposizioni del decreto reale del 24 ottobre 1994 e della direttiva del Consiglio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999 citati⁹⁷⁸.

Così, pur permanendo alcune lievi differenze nella prassi delle varie procure⁹⁷⁹, si concorda nel distinguere, nel quadro della procedura di *médiation pénale*, diverse "sotto-fasi", che si intendono ora ripercorrere, prendendo le mosse dall'attivazione dell'istituto, passando per l'esecuzione delle misure, sino alla definitiva chiusura del procedimento o alla relativa "ripresa" in caso di esito *lato sensu* negativo⁹⁸⁰.

A venire in rilievo, innanzitutto, è la c.d. selezione dei *dossiers*.

⁹⁷⁶ Un recente studio empirico, infatti, ha riscontrato che la mediazione *stricto sensu* intesa è ad oggetto del 61% delle "procedure" di *médiation pénale* avviate; a proposito, v.: D. BURSSSENS, *Op. cit.*, cit. p. 8.

⁹⁷⁷ In tal senso, e per un approfondimento sulle relative modalità, v.: G. DEMANET, *La médiation pénale*, cit. p. 911 ss.

⁹⁷⁸ Notevole importanza, peraltro, riveste talvolta il richiamo a taluni passaggi dei lavori parlamentari che hanno preceduto l'approvazione della legge 10 febbraio 1994.

⁹⁷⁹ Sul punto, v.: C. MINCKE, *Médiation Pénale*, cit. p. 27, nt. 1.

⁹⁸⁰ A tal proposito, v. ad esempio: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique*, p. 590 ss.; N. DE VROEDE, *La médiation pénale*, p. 261 ss.

Emerge da subito, in tale fase, l'anticipata centralità del pubblico ministero. È alla determinazione esclusiva di quest'ultimo che è rimesso, infatti, l'avvio della *médiation pénale*. Il *parquet*, valutata l'esistenza dei presupposti dell'istituto di cui si è detto, è chiamato a considerare l'opportunità stessa di farvi ricorso, sulla base di elementi di carattere più marcatamente soggettivi, detti appunto «condizioni di opportunità»; ciò si risolve, invero, in un apprezzamento delle circostanze del caso e, in particolare, di fattori quali l'esistenza di problematiche socio-economiche sottese alla commissione del reato, l'atteggiamento dell'autore e l'attitudine a volervi "rimediare", nonché i rapporti con l'eventuale vittima e le esigenze di quest'ultima⁹⁸¹.

Si riscontra, pertanto, un ampio margine di discrezionalità rimesso al pubblico ministero⁹⁸², la cui decisione sull'"attivazione" o meno l'istituto di cui all'art. 216-ter CIC – è bene ricordare – non è sindacabile. Benché, nella prassi, è talvolta l'indagato, tramite il suo difensore, a far ufficiosamente presente la propria favorevole "inclinazione" al ricorso alla *médiation pénale*⁹⁸³, è al solo *parquet* che è dunque attribuito il ruolo d'impulso in materia.

Allorché il pubblico ministero ritenga appropriato l'avvio dell'iter, si rivolge al personale dei servizi sociali, deferendo loro il caso una volta individuata la misura che intende proporre all'indagato⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ In tal senso, v.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 591; L. VAIRA, *La mediazione penale in Belgio*, cit. p. 118. A proposito, si rileva, peraltro, che l'applicazione della mediazione risulta ideale allorché la vittima sia individuata ed abbia patito delle conseguenze dannose apprezzabili, nonché l'indagato rischi l'applicazione di una sanzione di modesta entità ove il processo prenda; così: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 261. Sulle "caratteristiche" della vittima, v.: . ADAM, F. TORO, *La sous-utilisation de la médiation pénale: chiffres et processus*, p. 997.

⁹⁸² Cfr.: art 4. 3 della direttiva del Consiglio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999. In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 27 ss.

⁹⁸³ Sul punto, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 259.

⁹⁸⁴ Se, in passato, una seconda valutazione sull'opportunità dell'applicazione dell'art. 216-ter CIC era svolta dal magistrato incaricato, nell'abito di ciascuna procura, della supervisione della procedura in esame – detto *magistrat de liason* –, l'art. 4.1.2. della direttiva del Consiglio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999 prevede attualmente che il Procuratore del Re possa preventivamente autorizzare l'adizione dei servizi sociali direttamente da parte del magistrato titolare del fascicolo A tal proposito v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 22 ss. L'A., in particolare, se, da un lato, evidenzia i vantaggi di tale novità per la speditezza della procedura, dall'altro riscontra l'incremento della possibilità di disparità in materia di ricorso alla *médiation pénale* da parte dei singoli magistrati di una medesima Procura. Per una

Si da così il là alla c.d. fase preparatoria, nella quale emerge il ruolo svolto dal personale dei servizi sociali.

Con il decreto reale del 4 ottobre 1994, difatti, si è all'uopo creata la figura dell'*assistant de médiation*⁹⁸⁵, incaricata di coadiuvare il pubblico ministero e della concreta messa in opera della procedura di cui all'art. 216-ter CIC⁹⁸⁶. In seguito rinominato *assistant de justice* dalla legge 7 maggio 1999, tale soggetto svolge funzioni molto diversificate nel corso delle varie fasi della procedura, specie a seconda della misura che il pubblico ministero intenda proporre all'indagato⁹⁸⁷. Ricevuto il *dossier*, l'*assistant de justice* incaricato è chiamato, in un primo momento, a vagliare la fattibilità concreta della *médiation pénale*, potendo restituire il fascicolo al pubblico ministero ove riscontri – eventualmente in seguito ai primi contatti con le “parti” – «una causa di inopportunità o l'inadeguatezza del caso rispetto alla possibilità di trattarlo in mediazione»⁹⁸⁸. Ad ogni modo, egli è tenuto a convocare l'indagato, comunicandogli, mediante lettera raccomandata, l'intenzione del pubblico ministero di avviare la *médiation pénale* ed il relativo contenuto⁹⁸⁹; qualora

panoramica sulla situazione precedente, e, in generale, su tale “snodo”, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 259.

⁹⁸⁵ Cfr.: art 2 decreto reale del 4 ottobre 1994. A proposito v., più nel dettaglio: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 25.

⁹⁸⁶ In tal senso, v. ad esempio: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 259.

⁹⁸⁷ Pur facendo parte dei Servizi sociali del Ministero della Giustizia (trattasi, infatti, di personale “incorporato” nelle c.d. *Maisons de Justice*, ovvero di centri presenti sul territorio specializzati, tra l'altro, nella gestione delle dinamiche prettamente sociali del conflitto scaturente dal reato ed istituiti dalla legge del 1999 poc'anzi citata. V. più nel dettaglio: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 23 e 26. A ben vedere, però, si è rimarcato che la gestione di tali centri sarà presto affidata alle Comunità Autonome, essendo dunque destinati allo “scorporo” dal Ministero della giustizia; così: I. AERTSEN, *Belgium*, in F. DÜNKEL, J. GRZYWA-HOLTEN, P. HORSFIELD, *Op. cit.*, cit. p. 64), gli *assistants de justice* sono posti sotto la gerarchia del pubblico ministero, al quale sono tenuti a riferire dei reati di cui eventualmente apprendano nello svolgimento delle proprie funzioni ai sensi dell'art. 29 CIC⁹⁸⁷ ed a cui spetta il controllo sulle relative attività (cfr.: Art. 3.8 et 5.1, della direttiva del Consiglio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999; in tal senso, v: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 24). Il loro operato, peraltro, è coordinato e coadiuvato da criminologi o esperti in campo pedagogico, detti *conseillers*, che, in ciascun distretto di Corte di appello, collaborano con il Procuratore generale nell'elaborazione di una politica uniforme in materia di *médiation pénale* e che gli *assistants* possono contattare per la risoluzione di problemi “pratici”; costoro, per la precisione, sono attualmente denominati *Conseillers adjoints de maison de justice*; a tal proposito, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 23; N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 259. Più nel dettaglio, anche in relazione ai compiti di tali soggetti, v.: G. DEMANET, *Op. cit.*, p. 905 ss.

⁹⁸⁸ Così: L. VAIRA, *Op. cit.*, cit. p. 118 ss.; v. anche, a tal proposito: C. ADAM, F. TORO, *Op. cit.*, p. 994 ss.

⁹⁸⁹ In passato, peraltro, si riteneva che, una volta ricevuta tale comunicazione, il difensore dell'indagato, previa richiesta indirizzata al Procuratore del Re, potesse aver accesso al

l'indagato non si presenti neppure in seguito a due ulteriori comunicazioni, la procedura è abortita sul nascere⁹⁹⁰.

A questo punto, il ruolo dell'*assistant de justice*, varia sensibilmente proprio a seconda del tipo di misura “suggerita” dal pubblico ministero, coincidendo, come si è osservato, con quello del vero e proprio «mediatore» ove si tratti della mediazione penale *stricto sensu* intesa ed avvicinandosi, invece, a quello tradizionale di «assistente sociale» ove vengano in rilievo le altre misure⁹⁹¹.

Nel primo caso, infatti, una volta convocato l'indagato e raccoltane la disponibilità ad intraprendere il percorso di mediazione, l'*assistant* prende separatamente contatto nelle stesse forme con la vittima del reato⁹⁹². Quest'ultima, al pari – del resto – dell'indagato, deve essere puntualmente informata sul significato, sulle conseguenze giuridiche e, in particolare, sul carattere strettamente volontario e confidenziale della partecipazione alla mediazione; in caso di riscontro positivo a tale possibilità, l'*assistant* invita quindi la vittima ad un incontro esplorativo, che, per prevenirne qualsiasi forma di ulteriore vulnerazione, avviene rigorosamente senza la presenza dell'autore del reato⁹⁹³. Una volta incontrate separatamente le “parti”, che possono esporre all'*assistant* i rispettivi punti di vista sulla vicenda, il relativo contesto, la percezione nei confronti della parte “avversa”, e messe in luce le conseguenze dannose derivanti dal fatto nonché le possibili «soluzioni», si dà il via al vero e proprio dialogo tra di esse, finalizzato alla riconciliazione.

fascicolo di indagine, riscontrandosi così una significativa deroga al carattere segreto della fase preliminare; a proposito, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 261. Più di recente, tuttavia, si è rilevato un netto cambiamento nella prassi, secondo la quale attualmente solo all'*assistant de justice* è consentito accedere al *dossier*; a tal riguardo, v.: C. MINCKE, *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs. De l'utopie à l'aveuglement*, Wolter Kluwer, 2010, cit. p. 166, nt. 110.

⁹⁹⁰ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Médiation pénale*, cit. p. 28.

⁹⁹¹ In questi termini, e per un approfondimento a riguardo: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 599 ss.

⁹⁹² Si evita in tal modo, la possibile vittimizzazione secondaria della persona offesa; v., ad esempio: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 262.

⁹⁹³ Nel dettaglio, su tale passaggio della procedura, v. *ex plur.*: G. DEMANET, *Op. cit.*, p. 915. Peraltro, si è osservato, a riguardo, che secondo una direttiva del collegio dei Procuratori generali, diversa da quella citata del 1999, in tale comunicazione devo essere indicati la data, il luogo e la qualificazione del fatto oggetto del procedimento e gli orari in cui il fascicolo è consultabile presso la procura: in tal senso, v.: A. DE NAUW, *Les modes alternatifs de résolution des conflits en droit pénal belge*, cit. p. 363.

Quest'ultimo, invero, può svolgersi secondo due distinte modalità, a seconda che le parti accettino o meno di incontrarsi⁹⁹⁴. In entrambi i casi, ad ogni modo, la mediazione, svolta sotto l'egida dell'*assistant de justice*, è finalizzata al raggiungimento di un accordo il cui oggetto, come visto, non si limita necessariamente al risarcimento del danno ma si estende sovente ad altre forme di riparazione, anche simbolica⁹⁹⁵.

Sebbene si sia rimarcata la neutralità che deve contraddistinguere l'operato dell'*assistant* nello svolgimento di tale delicata funzione, nonché la confidenzialità di tale fase della procedura⁹⁹⁶, in dottrina si sono poste in luce alcune criticità a riguardo, dovute, in primo luogo, alla citata sottoposizione gerarchica al pubblico ministero ed all'obbligo di riferirgli, ai sensi dell'art. 29 CIC, i reati di cui abbia appreso⁹⁹⁷.

Ove, invece, il *parquet* intenda ricorrere, ai sensi dell'art. 216-ter, co. I, all. 2 ss. CIC, ad un trattamento terapeutico, ad un corso di formazione o al lavoro di pubblica utilità, l'*assistant de justice* si limita a relazionarsi con l'indagato, rimanendo la vittima del reato del tutto estranea alla procedura

⁹⁹⁴ Nel primo caso, l'*assistant* organizza una o più "sedute" di mediazione, in occasione delle quali le parti hanno la possibilità di confrontarsi anche sulle cause del conflitto ed eventualmente condividere i propri sentimenti a riguardo e le sofferenze scaturitene; diversamente, invece, il confronto tra le parti avviene a distanza, mediante contatti separati, anche in forma epistolare, con l'*assistant de justice*, che, in questo caso, si atteggia alla stregua di un «intermediario». In tal senso, v. su tutti: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 29. L'A., peraltro, rileva come la presenza e la partecipazione della vittima nel quadro della procedura di cui all'art. 216-ter e, più in particolare, persino nella procedura di mediazione vera e propria, sia lontana dall'essere indispensabile; v.: *ibid.*, cit. p. 24 e 48. Peraltro, stante il carattere ontologicamente volontario della procedura, quale che sia la modalità prescelta, entrambe le parti sono libere di abbandonare la mediazione in qualunque momento e per qualunque motivo.

⁹⁹⁵ A tal proposito, v. *retro* par. 2.3.

⁹⁹⁶ In tal senso, v. ad esempio: G. DEMANET, *Op. cit.*, cit. p. 915.

⁹⁹⁷ Ancora, soprattutto, va tenuto presente che l'art. 4.7 della direttiva del Consiglio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999 prevede la redazione di "formulario standard" mediante il quale l'*assistant* dà atto al pubblico ministero della causa dell'eventuale interruzione della procedura indicando, se del caso, le ulteriori informazioni ritenute utili; ebbene, si è evidenziato come tale formulario, risolvendosi sovente in un rapporto dettagliato sul comportamento "negativo" tenuto da una delle parti, oltre a disvelare tutta l'ambiguità del ruolo dell'*assistant de justice* nella procedura, rappresenti un *vulnus* ai principi di confidenzialità e volontarietà della mediazione, dal momento che è spesso posto alla base della decisione del pubblico ministero sull'opportunità dell'esercizio dell'azione penale in seguito al fallimento della *médiation pénale*. In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 35 e 48 ss.

allorché le citate misure non siano applicate in cumulo con la mediazione in senso stretto⁹⁹⁸.

Così, in questo caso, eventualmente svolta – ove richiesta dal pubblico ministero – l'inchiesta sociale, anche in forma “succinta”, relativa alla situazione personale dell'indagato, l'*assistant* convoca quest'ultimo per raccoglierne la disponibilità ad intraprendere una delle menzionate misure. Peraltro, il “contenuto” concreto della misura è definito, d'accordo con l'indagato, dall'*assistant*. È quest'ultimo, infatti, che, nel rispetto dei “principi” previamente fissati dal pubblico ministero – si pensi, ad esempio, alla durata ed alla tipologia della misura – provvede ad individuarne strutture, orari e modalità di svolgimento, tenuto conto delle esigenze manifestate dall'indagato⁹⁹⁹.

Ad ogni modo, salvi i casi di immediato dissenso dell'indagato alla *médiation pénale* o di precoce interruzione, la fase in esame culmina in una “intesa” che, a seconda della misura in rilievo, ha ad oggetto le modalità di riparazione del danno patito dalla vittima, ovvero lo svolgimento delle diverse attività di cui dell'art. 216-ter, co. I, all. 2 ss. CIC¹⁰⁰⁰.

Quale che ne sia il contenuto, tuttavia, tale accordo riveste ancora carattere non definitivo ed officioso. È solo nella successiva fase che, invero, si addiène alla relativa formalizzazione, nel corso di un'apposita “udienza”, detta *audience de médiation*, che si svolge innanzi al pubblico ministero¹⁰⁰¹.

Conclusi positivamente i descritti adempimenti preparatori, infatti, l'*assistant de justice* ritrasmette il fascicolo al pubblico ministero, il quale provvede a convocare l'autore del reato e, se coinvolta nella procedura, la vittima del reato. L'“udienza”, alla quale prende altresì parte l'*assistant de*

⁹⁹⁸ A proposito, v.: M. VAN DE KERCHOVE, *Médiation pénale et travail d'intérêt general*, p. 62; T. VAN CAMP, V. DE SOUTER, *Restorative justice in Belgium*, in D. MIERS, I. AERTSEN, *Op. cit.*, cit. p. 64; v, in particolare, anche: G. DEMANET, *Op. cit.*, cit. p. 916.

⁹⁹⁹ V. a proposito: G. DEMANET, *Op. cit.*, cit. p. 917 ss. Va notato, peraltro, l'art. 216-ter CIC prevede attualmente che, in caso di lavoro di pubblica utilità, sia l'*assistant de justice* a determinare in concreto il «contenuto» del lavoro da effettuare; v.: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 2014, p. 250.

¹⁰⁰⁰ In tal senso, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 29.

¹⁰⁰¹ In tal senso, v.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 590 e 613. La denominazione di tale “incontro” è ricavata dai lavori parlamentari; a proposito, v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 262. V., diffusamente, anche: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 30.

justice, si tiene nell'ufficio del *parquet*, il quale, per enfatizzare il carattere "alternativo" della procedura, normalmente non indossa la toga¹⁰⁰². Qualora non intenda prendervi parte, l'eventuale vittima del reato può farsi rappresentare da un avvocato ai sensi dell'art. 216 co. VI, al. 2 CIC. Per contro, l'assenza dell'indagato rappresenta una causa di interruzione della procedura di *médiation pénale*¹⁰⁰³. Quest'ultimo, ad ogni modo, anche vista l'importanza della *audience de médiation*, ha la possibilità di farsi assistere dal difensore¹⁰⁰⁴.

In tale occasione, prima di "ufficializzare" l'accordo raggiunto, il pubblico ministero ne verifica l'oggetto e le condizioni; benché si affermasse da tempo la necessità che il *parquet* si limiti ad un controllo sulla legittimità dell'accordo e sul carattere non pregiudizievole per le parti¹⁰⁰⁵, accadeva non di rado che il pubblico ministero si spingesse a modificarne il contenuto, allorché riscontrasse un trattamento eccessivamente "benevolo" per l'autore del reato o ritenesse le condizioni pattuite non soddisfacenti¹⁰⁰⁶.

Superata la verifica di cui si è detto, sempre nell'udienza in esame, il pubblico ministero, se del caso, provvede inoltre a stabilire la data di inizio del trattamento terapeutico, del corso di formazione o del lavoro di pubblica utilità, dalla quale inizia a decorrere il termine di durata massima di tali misure, che, come detto, non può superare i sei mesi¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² In tal senso: L. VAIRA, *Op. cit.*, cit. p. 122; v. anche, più nel dettaglio: . HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 613.

¹⁰⁰³ Così: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 30.

¹⁰⁰⁴ Quanto all'assistenza difensiva delle parti nel corso della procedura, v. ad esempio: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2012, cit. p. 121. Per un approfondimento sul ruolo del difensore dell'indagato, v., invece: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, p. 259.

¹⁰⁰⁵ A proposito, v. *ex plur.*: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 262.

¹⁰⁰⁶ Sul punto, v.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 616 ss. Simile prassi, se solo sconveniente ove a venire in rilievo sia il "rapporto" bilaterale tra indagato e *parquet* in ipotesi di misure diverse da quelle della mediazione in senso proprio, si rivela all'evidenza intollerabile in quest'ultimo caso, sostanziandosi in un'intrusione del pubblico ministero nel «fragile equilibrio» raggiunto dalle parti attraverso il dialogo che ha preceduto l'*audience de médiation*; attualmente, pertanto, la art. 4.4 della direttiva del Consiglio dei Procuratori generali del 30 aprile 1999 si cura di interdire simile pratica, di cui si è conseguentemente registrata la diminuzione. Così: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 30.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.* V. anche: G. DEMANET, *L'article 216ter du Code d'instruction criminelle: nouvelle réalité dans le domaine pénal*, in P. MARY (a cura di), *Travail d'interet general et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruylant, 1997, p. 455.

L'*audience de médiation* si conclude con la redazione di un “primo” verbale, che, nel quadro della procedura di cui all'art. 216-ter CIC, riveste notevole importanza. Tale verbale, oltre all'indicazione del numero di ruolo del procedimento e delle generalità delle parti – che lo sottoscrivono e ne ricevono una copia – formalizza infatti il contenuto dell'accordo e le conseguenze del relativo rispetto da parte dell'autore del reato. Ancora, soprattutto, nel verbale è fatta menzione dell'impossibilità, per quest'ultimo, di rimettere in discussione la propria responsabilità per il reato oggetto del procedimento¹⁰⁰⁸, da cui sorge la presunzione assoluta di colpa di cui i soggetti danneggiati non coinvolti nella procedura o la vittima che dimostri di aver subito danni ulteriori rispetto a quelli oggetto dell'accordo raggiunto in sede di mediazione possono beneficiare ove intentino l'azione risarcitoria in sede civile¹⁰⁰⁹.

Segue, a questo punto, la fase dell'esecuzione della *médiation pénale*, che si svolge sotto la “supervisione” dell'*assistant de justice*. Si giunge, così, allo svolgimento vero e proprio del *probation*, esigendosi dall'autore del reato il rispetto delle condizioni da lui accettate mediante l'accordo sigillato dal verbale d'udienza di cui si è detto.

Se, in generale, il compito dell'*assistant* si traduce nella verifica del buon andamento del periodo di “prova”, si riscontrano anche a tal proposito alcune differenze in ragione della misura in rilievo; ad ogni modo, almeno formalmente, anche tale fase si svolge sotto il controllo del pubblico ministero, a cui l'*assistant* riferisce gli esiti¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ In tal senso, v. ancora: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 30. Sul contenuto del verbale in caso di mediazione in senso stretto, v. ad esempio: G. DEMANET, *La médiation pénale*, p. 916. È con la redazione del verbale in esame, dunque, che si “cristallizza” definitivamente l'ammissione dei fatti da parte dell'indagato, la quale – come visto – rappresenta uno dei presupposti dell'istituto all'art. 216-ter CIC, Essa, pertanto, sembra conservare fino a tale momento carattere “ufficioso”, non apparendo dunque idonea a sortire effetti al di fuori della procedura di *médiation pénale*.

¹⁰⁰⁹ In tal senso, e più nel dettaglio, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 30 e 32 e ss. Analogamente, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 121.

¹⁰¹⁰ A tal proposito, v., ad esempio: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 250. È interessante notare, peraltro, che l'art. 10 del decreto reale del 24 ottobre 1994, prevede che, se nel corso dell'esecuzione della *médiation pénale* l'interessato modifica la propria residenza, il fascicolo è trasmesso al Procuratore del Re competente per territorio, ove non vi sia coincidenza con quello che ha avviato la

Così, ove si sia dato luogo alla mediazione penale vera e propria, quest'ultimo vigila sul corretto adempimento delle prestazioni risarcitorie-riparative concordate tra autore e vittima del reato, nonché sul rispetto delle eventuali ulteriori condizioni oggetto dell'accordo¹⁰¹¹; è bene solo notare, peraltro, che in tal caso la durata massima della fase esecutiva non è predeterminata, potendo estendersi – ad esempio in caso di pagamenti rateizzati – ben al di là del limite di sei mesi previsto dall'art. 216-ter CIC per le altre tipologie di misure¹⁰¹².

Allorché, invece, si tratti di dare esecuzione a queste ultime, l'*assistant* è incaricato della verifica sulla regolare partecipazione dell'indagato, secondo le modalità ed i tempi fissati nel verbale d'udienza, al programma di trattamento terapeutico, al corso di formazione ovvero sul corretto svolgimento del lavoro di pubblica utilità¹⁰¹³.

Ad ogni modo, si è rilevato che i compiti dell'*assistant de justice* vanno ben al di là della “mera” supervisione, svolgendo anche un ruolo di vero e proprio «sostegno» dell'autore del reato che riscontri difficoltà nel corso dell'esecuzione delle varie misure¹⁰¹⁴, con l'evidente finalità di prevenire il fallimento della procedura di *médiation pénale*. A tal proposito, una disciplina specifica è prevista in materia di lavoro di pubblica utilità¹⁰¹⁵.

procedura in esame; in tal senso, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 121.

¹⁰¹¹ In tal senso, v., *ex plur.*: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, cit. p. 622 ss.. L. VAIRA, *Op. cit.*, cit. p. 124.

¹⁰¹² V., ad esempio: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 31.

¹⁰¹³ Sul punto, v., *ex plur.*: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 262.

¹⁰¹⁴ In tal senso, v.: M. ROBIN, *Pratique du travail d'intérêt général dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles*, in P. MARY, (a cura di), *Travail d'interet general et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruylant, 1997, cit. p. 106. Esplicitamente, e per un approfondimento sulla fase dell'esecuzione della *médiation pénale*, v. anche: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 31.

¹⁰¹⁵ Nella precedente formulazione dell'art. 216-ter CIC, in caso di mancata esecuzione totale o parziale dell'attività lavorativa era previsto che l'*assistant de justice* riferisse senza ritardo ad un peculiare organo collegiale – competente, come si vedrà, a vigilare sul corretto svolgimento della “messa alla prova” che segue alla sospensione della pronuncia di condanna da parte del giudice – detto *commission de probation*, a cui era attribuito il controllo sulla procedura di *médiation pénale* ove includesse il lavoro di pubblica utilità. L'attuale art 216-ter, co. I-bis, all. 3 CIC, come riformulato dalla legge 27 dicembre 2006, ha invece attribuito anche il controllo sull'esecuzione di tale misura al pubblico ministero. Così, ove ne riscontri l'inadempimento, l'*assistant de justice* è tenuto a darne senza ritardo notizia al pubblico ministero, il quale, sentito eventualmente l'interessato, decide se interrompere

In ogni caso, scaduto il termine per l'esecuzione delle varie misure fissato nel verbale d'udienza, ovvero – in caso di fallimento – anche in precedenza, l'*assistant de justice* è tenuto, ai sensi dell'art. 8 del decreto reale del 24 ottobre 1994, a trasmettere un rapporto al pubblico ministero sul relativo esito¹⁰¹⁶.

Si perviene così allo stadio conclusivo della *médiation pénale*, che coincide con la redazione, da parte del pubblico ministero, di un “secondo” verbale, con il quale dà atto dell'esito – positivo o negativo – della procedura e di cui si dà comunicazione all'autore del reato e, se coinvolta, alla vittima¹⁰¹⁷. Ciò avviene, peraltro, senza che sia prevista alcuna forma di “confronto” con l'interessato circa l'esito del *probation*, che viene dunque “determinato” unilateralmente dal pubblico ministero, seppur sulla base della relazione dei Servizi sociali di cui si è poc'anzi detto, e senza che la decisione a riguardo sia sindacabile¹⁰¹⁸.

In caso di esito positivo, ad ogni modo, il pubblico ministero «constata», attraverso il verbale in esame, l'estinzione dell'azione penale¹⁰¹⁹. Si ritiene, a proposito, che il provvedimento del pubblico ministero abbia natura meramente dichiarativa, giacché, stando al tenore letterale dell'art. 216-ter, co. IV CIC, l'effetto estintivo si perfeziona con il corretto compimento delle misure fatte oggetto della *médiation pénale*, di cui il *parquet* si limita a prendere atto con il verbale che ne conclude l'iter¹⁰²⁰.

Va sottolineato che la descritta efficacia estintiva rappresenta uno degli aspetti di maggior interesse dell'istituto di cui all'art. 216-ter CIC, dal momento che si sostanzia in un impedimento processuale alla ulteriore persecuzione dell'autore del reato per lo stesso fatto; il provvedimento

definitivamente la procedura o meno; in tal senso, e sull'argomento, v.: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 250 e nt. 639.

¹⁰¹⁶ *Ibid.* In senso analogo, v. anche: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 259.

¹⁰¹⁷ Cfr. art. 9 del decreto reale del 24 ottobre 1994; In tal senso, v. ancora, ad esempio: M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 250 ss.; N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 262.

¹⁰¹⁸ Si conviene, infatti, che tale decisione sia semplicemente comunicata agli interessati; v.: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 262. V. anche: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 33 e 52.

¹⁰¹⁹ V., tra i molti: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 121.

¹⁰²⁰ In tal senso, v.: R. DECLERCQ, *Éléments de procédure pénale*, cit. p. 141. V. nel dettaglio: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 32.

conclusivo della *médiation pénale*, che determina la chiusura del procedimento, infatti, assume piena «autorité de chose jugée», al contrario, invece, dell'archiviazione semplice, della cui natura ontologicamente provvisoria si è detto¹⁰²¹.

Ma, a ben vedere, gli effetti favorevoli per l'autore del reato non si esauriscono nella definitiva chiusura del procedimento a suo carico; il verbale di cui si tratta, che viene notificato all'interessato, infatti, non solo non rileva per l'eventuale futuro accertamento dello "status" di recidivo, ma non viene neppure menzionato nel casellario giudiziario, ponendo così l'autore al riparo da ogni effetto stigmatizzante del reato che potrebbe comprometterne il reinserimento sociale¹⁰²².

Ben diverso, invece, è il quadro che si delinea in caso di fallimento della *médiation pénale*, il quale, innanzitutto, può aver luogo ove si riscontri l'inadempimento delle misure oggetto del *probation*, o, ancor prima, in caso di mancata comparizione dell'autore del reato all'*audience de médiation*¹⁰²³. Nondimeno, l'interruzione anticipata della procedura può altresì dipendere dall'iniziativa della persona offesa, che, dal canto suo, può precludere *tout court* la prosecuzione – o, ancor prima, l'avvio stesso – della *médiation pénale*. Si è visto, infatti, che la vittima del reato ha la possibilità di "mettere in moto" il processo costituendosi parte civile presso il giudice istruttore o mediante citazione diretta dell'imputato indipendentemente dal contegno del pubblico ministero, il quale, in simili eventualità, perde la «disponibilità» dell'azione¹⁰²⁴, venendo così meno uno dei presupposti applicativi della istituto di cui all'art. 216-ter CIC¹⁰²⁵.

¹⁰²¹ *Ibid.*; v. anche: M.A. BEERNAERT, *Op. cit.*, p. 174 ss.; v. anche *retro*, par. 2.

¹⁰²² In tal senso, v. *ex plur.*: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 121; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 251. È giusto il caso di rammentare, nondimeno, che ad essa si accompagna la presunzione *iuris et de iure* di colpa agli effetti civili di cui si è detto.

¹⁰²³ Per una disamina dettagliata delle possibili cause di interruzione della procedura, v.: C. HANOZIN, A. PIERS, B. VAN BOVEN, N. VANEMPTEN, C. VANNESTE, *Op. cit.*, p. 605 ss.

¹⁰²⁴ Sul punto, v.: M.A. BEERNAERT, *Introduction à la procédure pénale*, cit. p. 53.

¹⁰²⁵ Nel dettaglio, v. in tal senso: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 18 e 37. Ciò può avvenire, di norma, fintantoché non si sia perfezionato il descritto effetto estintivo dell'azione penale e, dunque, fino alla conclusione positiva della procedura. Qualora, però, la persona offesa sia stata coinvolta nell'iter, prendendo parte alla mediazione vera e propria, pare potersi ritenere che la natura transattiva dell'accordo riparativo raggiunto con l'autore del reato, consacrato

In ogni caso, qualunque sia la causa dell'interruzione della procedura, il pubblico ministero riacquista la propria piena discrezionalità sulla "sorte" del procedimento, la cui prosecuzione, attraverso l'esercizio dell'azione penale, dovrebbe – in linea di principio – rappresentare la conseguenza naturale del fallimento della *médiation pénale*¹⁰²⁶.

In simile eventualità, peraltro, il carattere intimamente volontario e confidenziale della partecipazione dovrebbe porre al riparo l'indagato da qualsivoglia pregiudizio dovuto al comportamento tenuto nel corso della procedura. Nonostante ciò, si è messa in luce una realtà ben diversa, visto il peso che il contegno dell'indagato riveste sulla successiva decisione del pubblico ministero. Si è rilevato, infatti, che i *parquets* tendono all'uopo a servirsi della relazione finale stilata dall'*assistant de justice*, esercitando l'azione penale allorché l'interruzione della procedura sia "imputabile" all'indagato, rappresentando, peraltro, il ricorso all'archiviazione per soggetti ritenuti «meritevoli» nonostante il fallimento della *médiation pénale* un'eventualità tutt'altro che rara¹⁰²⁷.

Ad ogni modo, è interessante notare che, pur preservando integralmente la propria discrezionalità sull'opportunità dell'esercizio dell'azione penale, l'avvio della *médiation pénale* – poi fallita – non è priva di "conseguenze" anche per il pubblico ministero.

In primo luogo, benché manchi un'espressa previsione in tal senso, si ritiene, infatti, che il *parquet* non possa richiedere, in fase processuale, l'applicazione di una pena superiore ai due anni di detenzione e che, in caso di "derubricazione" del reato in presenza di circostanze attenuanti, egli resti vincolato alla qualificazione giuridica attribuita al fatto al momento della valutazione sulla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 216-ter CIC¹⁰²⁸.

nel corso dell'*audience de médiation*, faccia venir meno la possibilità di mettere in moto l'azione penale, il cui innesco da parte del danneggiato resta strumentale a far valere la propria pretesa risarcitoria in sede penale.

¹⁰²⁶ A proposito, v. *ex plur.*: N. DE VROEDE, *Op. cit.*, cit. p. 259 e 262; G. DEMANET, *Op. cit.*, cit. p. 916; L. VAIRA, *Op. cit.*, cit. p. 125; C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 33. L'A. da ultimo citato, come detto, rileva però il numero considerevole di archiviazioni disposte pur in seguito al fallimento della *médiation pénale*; v. *ibid.* cit. p. 34.

¹⁰²⁷ Così, ancora: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 34 ss.

¹⁰²⁸ Lo si ricava, in particolare, da un significativo passaggio dei lavori parlamentari; cfr.: Exposé des motifs cit., in *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n. 652/2, cit. p. 30. In tal senso, v.: G.

Nonostante ciò, tuttavia, è bene sottolineare che, mancando, come visto, qualsivoglia intervento giurisdizionale nell'ambito della *médiation pénale*, il giudice dibattimentale resta libero – nei limiti della cornice edittale – di applicare una pena più gravosa e di dare al fatto una qualificazione diversa da quella individuata dal pubblico ministero¹⁰²⁹, presentandosi in tal caso, peraltro, l'annosa questione dell'utilizzabilità dell'ammissione dei fatti precedentemente resa dall'indagato di cui si è detto¹⁰³⁰.

Infine, va notato che, a ben vedere, l'estinzione dell'azione penale potrebbe aver luogo anche in caso di esito negativo della procedura *ex art. 216-ter* CIC, allorché, nel frattempo, sia maturato il termine di prescrizione del reato. Nel silenzio della legge, infatti, la dottrina, confortata dalle conclusioni della giurisprudenza in materia dell'“affine” istituto della transazione penale di cui all'art. 216-*bis* CIC, concorda sull'impossibilità di ravvisare nell'avvio della *médiation pénale* alcun effetto interruttivo o sospensivo della prescrizione, che, dunque, continua regolarmente a decorrere per tutto l'arco della “stasi” procedimentale determinata dall'innesco del descritto iter¹⁰³¹.

3. La sospensione della pronuncia di condanna con messa alla prova dell'imputato.

DEMANET, *Op. cit.*, cit. p. 903. V. anche: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 121; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 251.

¹⁰²⁹ Oltre, ovviamente, a preservare la possibilità di prosciogliere l'imputato; in tal senso, e più nel dettaglio, v.: De A. DE NAUW, *Op. cit.*, cit. p. 371.

¹⁰³⁰ A tal riguardo, v. *retro* par. 2.1.

¹⁰³¹ In tal senso, anche per i riferimenti giurisprudenziali, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 121 e nt. 115; M.A. BEERNAERT, H.D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 251. Più nel dettaglio, a proposito, se ne è rilevata la differenza ontologica con gli «atti di istruzione o di esercizio dell'azione penale», che, soli, determinano l'effetto interruttivo in oggetto; l'avvio della *médiation pénale*, infatti, da un lato non mira alla raccolta di prove o ad adire il giudice istruttore, dall'altro, come visto, rappresenta una vera e propria alternativa all'esercizio dell'azione. Infine, proprio il carattere facoltativo della decisione del pubblico ministero di avviare la descritta procedura preclude, d'altro canto, la possibilità di ravvisarvi alcun effetto sospensivo della prescrizione, che si registra solo allorché sorgano «ostacoli legali all'esercizio dell'azione penale»; in tal senso e per un approfondimento, v.: C. MINCKE, *Op. cit.*, cit. p. 35 ss. Più nel dettaglio, sulla prescrizione e sulla relativa interruzione e sospensione, v.: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 122 ss.

Caratteristiche diverse presenta l'istituto della *suspension du prononcé de la condamnation* di cui alla legge 29 giugno 1964¹⁰³², il quale, nondimeno – benché caratterizzato da un'indole più marcatamente sanzionatoria – condivide con la *médiation pénale* la finalità di fornire una risposta al reato “alternativa” alla pena, particolarmente indicata allorché la violazione del precetto si riveli «occasionale» e destinata a “tradursi” in una pena detentiva di breve durata¹⁰³³, la cui inadeguatezza era già all'epoca nota.

Nonostante sia figlio di tutt'altra “stagione” legislativa, l'istituto presenta peraltro alcuni tratti che lo accostano al *probation* di recente introdotto nel nostro ordinamento dalla l. n. 67 del 2014, consentendo parimenti al giudice di sospendere il processo e «di mettere l'autore di un reato *alla prova* per un certo periodo di tempo, in seguito al quale, se il suo comportamento è soddisfacente, nessuna condanna è pronunciata e nessuna pena detentiva è subita»¹⁰³⁴.

Proprio la circostanza che l'applicazione dell'istituto precede la pronuncia della vera e propria sentenza di condanna e, dunque, l'individuazione della pena, segna, a ben vedere, il carattere di maggior interesse dell'istituto nell'ottica del presente lavoro, sostanziandosi, per contro, l'altro “strumento” introdotto dalla l. 29 giugno 1964 – il c.d. *sursis* – nella “mera” sospensione condizionale dell'esecuzione della condanna, già completa di tutti suoi “elementi”¹⁰³⁵. Ancora, come si vedrà, solo l'istituto della *suspension* può essere attivato “precocemente”, in fase pre-processuale, da parte degli organi giurisdizionali di istruzione, così delineandosene anche un possibile effetto – benché solo indiretto e complessivamente trascurabile – deflattivo.

¹⁰³² La cui denominazione ufficiale è la seguente: *Loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*.

¹⁰³³ In tal senso, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Droit pénal général*, Bruylant Bruxelles, 2003, cit. p. 462 ss.

¹⁰³⁴ Così: M. HOUSIAUX, *Rapporter au Sénat*, 29 juin 1964, cit. p. 875.

¹⁰³⁵ Per un approfondimento sull'istituto, che, peraltro, presenta presupposti simili ed identici effetti rispetto alla *suspension*, v., ad esempio: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, p. 472 ss.; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal*, p. 664 ss.

Innumerevoli, peraltro, sono stati gli interventi legislativi che, anche visto un successo applicativo contenuto rispetto alle aspettative¹⁰³⁶, hanno apportato modifiche alla l. 29 giugno 1964, provvedendo al necessario aggiornamento dell'istituto.

Tra questi, innanzitutto, merita una menzione particolare l'interpolazione dell'art. 18-*bis* operata dalla l. 5 aprile 1999, con la quale si è estesa l'applicazione dell'istituto alle persone giuridiche, le quali, dunque, possono attualmente beneficiare della *suspension*¹⁰³⁷.

D'altro canto, non va dimenticata la “manovra” mediante la quale, con due atti legislativi distinti ma approvati lo stesso giorno, da un lato si aggiungevano il corso di «formazione» ed il lavoro di pubblica utilità nel novero delle possibili “condizioni” del *probation* di cui alla l. 29 giugno 1964, dall'altro si introduceva l'inedita *médiation pénale* di cui all'art. 216-*ter* CIC, nel cui ambito, come visto, si è consentito il ricorso alle medesime “misure”¹⁰³⁸.

Al di là della possibile “vicinanza” contenutistica con l'istituto da ultimo citato, cui si aggiunge, del resto, una certa analogia quanto al coinvolgimento dei Servizi sociali nella fase esecutiva ed all'effetto “estintivo” che segue al successo della prova, la sospensione della pronuncia di condanna ex l. 29 giugno 1964 presenta – ovviamente – peculiarità che è bene mettere in luce.

Si provvederà, pertanto, a descriverne presupposti ed iter applicativo, nonché a vagliare le possibili condizioni del *probation*, prestando particolare attenzione all'articolata disciplina opportunamente dettata – al contrario di quanto rilevato per la *médiation pénale* – per l'eventualità di revoca anticipata della *suspension*.

Preliminarmente, è bene però precisare che l'istituto in esame è suscettibile di assumere due diverse “forme”, a seconda che la definitiva

¹⁰³⁶ Si è parlato, a proposito, di «*entrée remarquée sur la scène pénale*»; così F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 657. Sulle aspettative che accompagnavano l'avvento del *probation*, v., in particolare: . HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 481.

¹⁰³⁷ Sul punto, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, p. 661 e nt. 531.

¹⁰³⁸ Su tale importante opera di novellazione, v., più nel dettaglio: M. VAN DE KERCHOVE, *Médiation pénale et travail d'intérêt general*, p. 62 ss.

rinuncia alla pronuncia della condanna sia subordinata al «rispetto di condizioni particolari» o meno, parlandosi solo nel primo caso di «*suspension probatoire*»; nel secondo – sul quale non ci si soffermerà – la sospensione, che viene appunto detta «*simple*», è invece accompagnata dal “mero” obbligo di non commettere ulteriori reati, al cui inadempimento può far seguito la sostituzione con una *suspension* probatoria o la definitiva revoca¹⁰³⁹.

3.1. I presupposti applicativi dell'istituto

Cimentandosi così nell'analisi dell'istituto, è bene prendere le mosse dall'individuazione del relativo campo di applicazione, definito da una serie di condizioni attinenti tanto all'imputato, quanto al reato oggetto del provvedimento.

A tal riguardo, va in primo luogo notato che, al contrario di quanto visto in materia di *médiation pénale*¹⁰⁴⁰, la l. 29 giugno 1964 attribuisce espressamente rilievo ai precedenti giudiziari dell'imputato. Se, inizialmente, l'applicazione della *suspension* era preclusa allorché l'imputato avesse in precedenza riportato una condanna a più di due mesi di *emprisonement* o ad una pena più grave, ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 3, modificato dalla l. 22 marzo 1999 al fine di incoraggiare il ricorso all'istituto, è attualmente sufficiente che l'imputato non sia precedentemente incorso in una condanna a più di sei mesi di detenzione¹⁰⁴¹. Con la legge, legge 25 aprile 2014, peraltro, si è attribuito rilievo a proposito anche alle condanne riportate dall'imputato in altri Paesi membri dell'Unione europea; infine, ove si tratti di una persona giuridica, l'art. 18-*bis* della l. 29 giugno 1964, preclude il

¹⁰³⁹ Cfr. art. 1 co. 1 e 2 l. 29 giugno 1964. Le due “varianti”, invero, presentano presupposti, iter applicativo e di revoca ed effetti analoghi. Sull'argomento v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 471.

¹⁰⁴⁰ Sull'argomento, v. *retro* par. 2.1.

¹⁰⁴¹ Ovvero, ovviamente, ad una pena più grave; in tal senso, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 467. Tale limite, invero, incontra una importante eccezione in materia di reati connessi all'uso od alla cessione di sostanze stupefacenti; sull'argomento, v., nel dettaglio: D. VANDERMEERSCH, *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, La Chartre, 2012, p. 248.

ricorso alla *suspension* allorché l'ente sia stato in precedenza condannato a più di dodicimila Euro di ammenda¹⁰⁴².

Altro fondamentale presupposto, stando all'art. 3, è rappresentato dall'accertamento della responsabilità dell'imputato, su cui non deve adombrare dubbio alcuno¹⁰⁴³. Come anticipato, peraltro, nonostante tale accertamento, non si adotta una sentenza di condanna, la cui pronuncia è appunto sospesa per la durata del periodo di prova; è interessante notare che, parimenti, ci si astiene anche dalla quantificazione della pena per il caso del fallimento del *probation*, alla quale, se del caso, si provvede solo in seguito e secondo una procedura che, come si vedrà, dà luogo ad un'interessante «cesura» tra l'accertamento della penale responsabilità dell'imputato e l'individuazione della conseguente punizione¹⁰⁴⁴.

Quanto invece alla natura del reato per cui si procede, sempre ai sensi dell'art. 3, è necessario che il fatto non appaia di gravità tale da dover essere sanzionato con l'*emprisonement* di durata superiore a cinque anni o con una pena più severa. Allorché, invece, il reato sia stato commesso da un ente, il limite in oggetto è segnato dalla misura dell'ammenda, la quale, ai sensi del citato art. 18-*bis*, non deve essere superiore a centoventimila euro¹⁰⁴⁵. Il giudice, pertanto, è chiamato a “stimare” la pena applicabile nel caso concreto, secondo un giudizio prognostico non dissimile da quello visto per la *médiation pénale*¹⁰⁴⁶, benché svolto in una fase più avanzata del procedimento e, dunque, sulla base di un compendio conoscitivo ben più solido. Analogo rilievo, inoltre, sortisce l'eventuale sussistenza di circostanze attenuanti, ben potendo dar luogo alla derubricazione del reato da parte del giudice; si conviene, così, nell'individuare un campo di applicazione piuttosto ampio, essendo ammessa la *suspension* non solo per le contravvenzioni ed i delitti,

¹⁰⁴² Non rileva, peraltro, il fatto che l'esecuzione della condanna precedentemente riportata sia stata sospesa (*sursis*); in tal senso, v., più diffusamente: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, p. 661.

¹⁰⁴³ Tra i molti, v. ad esempio: D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 247.

¹⁰⁴⁴ In tal senso, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 470.

¹⁰⁴⁵ Sul punto, v., più in dettaglio: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 661.

¹⁰⁴⁶ V., esplicitamente: D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, cit. p. 249.

ma anche per la maggior parte dei crimini, salvo che il giudizio si svolga innanzi alla Corte d'assise¹⁰⁴⁷ – a cui ne è del tutto preclusa l'applicazione – tanto che se ne è fatto ricorso anche per reati di elevata gravità¹⁰⁴⁸.

Ancora, nonostante il giudice possa disporla anche d'ufficio, la sospensione della pronuncia di condanna postula, anche in merito alle singole condizioni oggetto del *probation*, il consenso dell'imputato¹⁰⁴⁹, che, come si è osservato, gioca un ruolo determinante tanto sotto il profilo della stessa «legalità della misura» quanto del possibile «successo dell'iniziativa»¹⁰⁵⁰. A tal proposito, si tiene opportunamente a precisare che il consenso alla *suspension* non implichi una vera e propria confessione, tanto che si ritiene legittima la richiesta difensiva di proscioglimento accompagnata, in via subordinata, dalla richiesta della sospensione della pronuncia di condanna¹⁰⁵¹. Nondimeno, pur parlandosi di una «formalità», si sono messe in luce le conseguenze anche incisive del consenso dell'imputato, dal momento che il provvedimento di *suspension*, presupponendone accertata la responsabilità, può fondare l'azione civile del danneggiato o un'eventuale procedimento disciplinare¹⁰⁵².

Un'ulteriore condizione, infine, è prevista perché l'istituto sia applicabile al termine della fase pre-processuale, esigendo in tal caso l'art. 3 co. I, all. 2 che l'organo giurisdizionale di istruzione interessato (*chambre du conseil* o, più raramente, *chambre des mises en accusation*), ritenga che «la pubblicità del dibattito potrebbe provocare il declassamento dell'imputato o comprometterne il reinserimento sociale»¹⁰⁵³. Stante anche la formulazione “fumosa” della norma, si è proposta un'interpretazione quanto più «flessibile»

¹⁰⁴⁷ Cfr. art. 1 co. I l. 29 giugno 1964.

¹⁰⁴⁸ Si è di recente rilevata, ad esempio, l'applicazione dell'istituto della *suspension* in relazione ad un caso di «infanticidio» commesso da unna coppia di coniugi; in tal senso, v.: D. VANDERMEERSCH, *L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation*, in M. CADELLI, T. MOREAU, (a cura di), *La loi «pot-pourri II»: un recul de civilisation?*, cit. p. 99 e nt 48.

¹⁰⁴⁹ In tal senso, anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 659 e nt. 523.

¹⁰⁵⁰ Così: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 477.

¹⁰⁵¹ In tal senso, e più nel dettaglio anche sul tema della consenso alla base della *suspension*, v.: A.M. ZAHNER, O. KLEES, *Observations a Cass. 7 novembre 2001*, in *Journal de Tribunaux*, 2001, cit. p. 923.

¹⁰⁵² V.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 468.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 469 ss.

di tale condizione, così da valorizzare altresì la portata deflattiva dell'istituto in esame, imponendo il generale principio di buona amministrazione della giustizia di scongiurare i «costi e le energie di un processo pubblico avviato per raggiungere il medesimo risultato», allorché ciò sia conforme agli interessi delle parti¹⁰⁵⁴.

3.2. L'iter di applicazione

Descritti i presupposti dell'istituto, è ora possibile passare al vaglio profili più strettamente procedurali.

Innanzitutto, si è detto che l'applicazione della *suspension* è preclusa alla Corte di assise, essendo la competenza in materia attribuita al Tribunale correzionale, al Tribunale di polizia, nonché, in presenza della peculiare condizione da ultimo descritta, alle giurisdizioni di istruzione in fase pre-processuale¹⁰⁵⁵. Il ricorso all'istituto, coerentemente alle sue caratteristiche, non è dunque ammesso nel corso dell'*information*, che, come visto, si svolge sotto l'egida del pubblico ministero. Nondimeno, l'art. 2, co. I, all. 2 e co II attribuisce a quest'ultimo un ruolo *lato sensu* propulsivo in tale fase, prevedendo la possibilità che il *parquet*, in vista della futura applicazione della *suspension*, faccia svolgere dai Servizi sociali un'indagine succinta o una più approfondita inchiesta sociale sulla "situazione" personale dell'indagato¹⁰⁵⁶. Peraltro, oltre che al giudice istruttore, la stessa possibilità è attribuita al giudice di merito o agli organi giurisdizionali di istruzioni anche al fine di valutare al meglio le eventuali condizioni del *probation*¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁴ Così: D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, cit. p. 250.

¹⁰⁵⁵ Prima della citata riforma del 10 febbraio 1994, peraltro, l'applicazione dell'istituto era preclusa al Tribunale di polizia; v. sul punto: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 660 ss.

¹⁰⁵⁶ Sempreché l'indagato non abbia in precedenza riportato una condanna all'*emprisonnement* di durata superiore a dodici mesi o ad una pena più severa; ciò, invero, sembra dovuto ad un difetto di coordinamento con l'abbassamento a sei mesi di pena detentiva del limite di applicazione dell'istituto di cui si è detto; sull'argomento, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 663. Più nel dettaglio, sull'indagine succinta e l'inchiesta sociale, v., invece, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Larcier, 2012, p. 577.

¹⁰⁵⁷ In tal senso, ad esempio, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 477.

Ad ogni modo, tanto in fase dibattimentale quanto al termine della fase pre-processuale, la *suspension* è pronunciata dal giudice, su richiesta del pubblico ministero o dell'imputato sia d'ufficio. Qualora ravvisi tale possibilità, peraltro, il giudice, prima della chiusura della discussione, è tenuto ad informare ed a sentire l'imputato a riguardo, il quale, come visto, deve pur sempre quantomeno acconsentirvi (art. 2, co. 2, all. 1)¹⁰⁵⁸. In entrambi i casi, ad ogni modo, l'applicazione dell'istituto ha carattere meramente facoltativo, la cui adeguatezza alle circostanze del caso è rimessa all'apprezzamento del giudice, il quale, tanto ove vi faccia ricorso quanto ove ne rigetti la richiesta, è tenuto a motivare la propria decisione ai sensi dell'art. 3, co. I, all. 4¹⁰⁵⁹.

L'iter innanzi agli organi giurisdizionali di istruzione è dettato dall'art. 4. In sintesi, si è prevista una disciplina contraddittoria, che prevede la partecipazione delle parti, compresa l'eventuale parte civile, alle quali è comunicata la fissazione dell'udienza con almeno 10 giorni di preavviso, nel corso dei quali è loro concessa la possibilità di consultare il *dossier*.

Sentiti, sia d'ufficio che su richiesta delle parti, gli eventuali testimoni e conclusa la discussione in camera di consiglio, la decisione sulla *suspension* è resa in udienza pubblica, mediante ordinanza. A ben vedere, peraltro, ciò si traduce, come si è osservato, nell'eccezionale attribuzione alle giurisdizioni di istruzione dell'accertamento della responsabilità dell'imputato che, di norma, spetta esclusivamente al giudice di merito¹⁰⁶⁰. Così, altrettanto eccezionalmente, con il provvedimento di *suspension*, gli organi giurisdizionali di istruzione condannano l'accusato alle spese processuali e, se del caso, dispongono la confisca e si pronunciano sull'azione civile¹⁰⁶¹. Sino all'eventuale revoca, tale decisione fa ostacolo alla prosecuzione dell'azione

¹⁰⁵⁸ Così, ad esempio: D. VANDERMEERSCH, *Op. ult. cit.*, cit. p. 249.

¹⁰⁵⁹ Il quale, invero, rinvia all'art. 195 CIC; sul punto, v.: v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, p. 660.

¹⁰⁶⁰ In tal senso, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 467 ss.

¹⁰⁶¹ Cfr. art. 6 l. 29 giugno 1964. Sul punto, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 662.

penale innanzi al giudice di merito¹⁰⁶² e, in caso di buon esito del *probation*, pone fine al procedimento. Allorché sia la *chambre du conseil* ad essersi pronunciata sulla sospensione, l'art. 4 co II prevede la possibilità di appello entro il termine di 24 ore alla *chambre des mises en accusation* sia da parte del pubblico ministero che dell'imputato, il quale, tuttavia, può dolersi solo dell'insussistenza dei presupposti dell'istituto; anche la parte civile, dal canto suo, è ammessa ad impugnare l'ordinanza della *chambre du conseil*, benché ai soli effetti civili¹⁰⁶³.

L'art. 5., invece, prevede l'ipotesi – ordinaria – dell'applicazione dell'istituto da parte del giudice di merito. Non si riscontrano, invero, peculiarità rispetto al normale svolgimento del dibattimento, salva la possibilità che, su richiesta scritta del pubblico ministero o dell'imputato, l'udienza si svolga in camera di consiglio ove la trattazione pubblica dell'*affaire* possa arrecare pregiudizio al reinserimento sociale dell'imputato¹⁰⁶⁴. Anche in tal caso, ad ogni modo, il provvedimento di *suspension*, che assume il medesimo contenuto di quello adottato in fase pre-processuale, è reso in udienza pubblica¹⁰⁶⁵ ed è soggetto agli ordinari mezzi di impugnazione¹⁰⁶⁶.

3.3. La pronuncia del giudice: contenuti ed effetti

Quale che sia la fase processuale o il giudice che la adotti, le decisioni sulla *suspension* presenta i medesimi effetti e lo stesso contenuto.

In primo luogo, infatti, con il provvedimento in oggetto si dà luogo – appunto – alla sospensione della pronuncia della sentenza di condanna nei termini descritti e, di conseguenza, del procedimento, per un periodo che può

¹⁰⁶² A proposito, anche riguardo la particolare procedura prevista per il caso di citazione diretta da parte della persona offesa, v., nel dettaglio: M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 620 ss.

¹⁰⁶³ Sul punto, v.: *Ibid.*, cit. p. 621.

¹⁰⁶⁴ L'art. 2 co II richiama invero l'art. 1, co. I, all. 2 l. 29 giugno 1964, che prevede il descritto presupposto aggiuntivo per l'applicazione dell'istituto nel corso della fase pre-processuale; a tal proposito, v.: Art 2 co. 2 richiama invero art 1, co. 1 , all. 2 per presupposto istruzione; v. C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 468.

¹⁰⁶⁵ Cfr. art. 6 l. 29 giugno 1964. Sul punto, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 662.

¹⁰⁶⁶ In tal senso, v.: M.C. BASLER-PIERSON, R. SCREVEN, *La probation en Belgique. Premier bilan quinquennal*, cit. p. 69.

variare, in base alla determinazione del giudice, da un minimo di un anno ad un massimo di ben cinque anni (art. 3, co. I, all. 4).

Va sottolineato, inoltre, che, con tale decisione, la responsabilità penale dell'imputato è – come detto – senz'altro riconosciuta, ma il relativo accertamento, come si è efficacemente osservato, mantiene carattere «confidenziale»¹⁰⁶⁷; ciò, poiché tale provvedimento, da un lato, non rileva ai fini della recidiva, dall'altro, sebbene iscritto nel casellario, è accessibile esclusivamente dall'autorità giudiziaria e non dalle altre pubbliche amministrazioni o dai privati, così da evitare, in linea con la *ratio* dell'istituto, l'effetto stigmatizzante della condanna e favorire il reinserimento dell'imputato nella società¹⁰⁶⁸. Soprattutto, infine, se non revocato – nei modi di cui subito si dirà – prima della scadenza del periodo di prova fissato dal giudice, la decisione sulla *suspension* determina la chiusura anticipata del processo, a cui è «definitivamente messa fine», senza che, pertanto, nessuna condanna o alcun precedente risulti a carico dell'imputato, benché la responsabilità per il fatto addebitatogli sia stata positivamente accertata¹⁰⁶⁹.

Nondimeno, come anticipato, l'accesso ai descritti benefici, non è privo di “costi” per l'imputato.

Salvo il caso della *suspension* “semplice”, quest'ultimo è infatti tenuto ad accettare di rispettare una serie di «condizioni particolari», che descrivono il contenuto della messa alla prova¹⁰⁷⁰. Tali condizioni sono individuate dal giudice con la decisione che dà il via alla *suspension probatoire*, ancorché, come subito si dirà, il contenuto concreto è definito in un secondo momento dalla *commission de probation*.

È interessante notare che, nonostante la relativa importanza, l. 29 giugno 1964, originariamente, non menzionava alcuna delle citate condizioni, la cui individuazione era pertanto rimessa integralmente alla discrezionalità

¹⁰⁶⁷ Così: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 470.

¹⁰⁶⁸ Sul punto, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 662; C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 463.

¹⁰⁶⁹ V. ancora: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 471.

¹⁰⁷⁰ Cfr. art. 1 co II l. 29 giugno 1964.

del giudice, con l'unico – e ampio – limite, ricavato dalla giurisprudenza, della non contrarietà alla legge della misura applicata¹⁰⁷¹. Così, tra le prescrizioni più comuni, applicate in base alle circostanze del caso ed alla “situazione” personale dell'imputato eventualmente “illuminata” dall'indagine succinta o l'inchiesta sociale svolta dai Servizi sociali, si è soliti menzionare i divieti di frequentare determinati luoghi, di consumare alcolici, di esercitare una certa attività, o gli obblighi di sottomettersi ad un trattamento di disintossicazione, di accettare le visite domiciliari dei Servizi sociali o di riparare il danno causato dal reato¹⁰⁷².

In seguito, con la l. 10 febbraio 1994, come detto, si è provveduto a disciplinare, quali possibili “condizioni” (art. 1-*bis*), la «formazione» e ed il lavoro di pubblica utilità; quest'ultimo, tuttavia, una volta introdotta l'omologa pena principale con la l. 17 aprile 2002, è stato definitivamente espunto dal contesto del *probation* di cui alla l. 29 giugno 1964, a differenza di quanto visto in materia di *médiation pénale*. Ancora, ad opera della l. 28 aprile 2000, si sono previste le condizioni della «supervisione» e del «trattamento», applicabili agli imputati colpevoli di reati “a sfondo sessuale” in danno di minori previo parere dei Servizi sociali specializzati in materia (art. 9-*bis*).

Solo con la l. 27 dicembre 2012, da ultimo, si è introdotto un “pacchetto” di condizioni che, a differenza di quelle sin qui citate – tutt'ora rimesse alla discrezionalità del giudice – devono obbligatoriamente fare oggetto del *probation*: trattasi, in particolare, degli obblighi di non commettere ulteriori reati, di mantenere una residenza fissa e di comunicare ai Servizi sociali eventuali cambiamenti e di dar seguito alle convocazioni di questi ultimi o della *commission de probation*¹⁰⁷³.

Emergono, dunque, misure incidenti anche sulle libertà personali dell'imputato, di cui di cui in dottrina si è evidenziato, specie per la

¹⁰⁷¹ A proposito, anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 669 e nt. 558.

¹⁰⁷² Su tutti, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 477 ss.

¹⁰⁷³ A tal riguardo, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 669.

«formazione», la cui durata spazia dalle 20 alle 240 ore, la significativa accostabilità alla sanzione penale “classica”¹⁰⁷⁴. L’indole marcatamente sanzionatoria della *suspension probatoire*, peraltro, è di recente emersa con ancor più evidenza, allorché il legislatore belga ha introdotto, quale pena principale, il «*probation autonome*» (art. 37-*octies* ss. CP)¹⁰⁷⁵, apportando tuttavia modifiche soltanto marginali all’istituto di cui alla l. 29 giugno 1964 qui in esame; nel parere consultivo reso sulla novella del 2014, infatti, il Consiglio di Stato ha messo in luce l’incoerenza di un sistema in cui la stessa «misura» sia prevista quale vera e propria sanzione penale e, al contempo, quale «misura *sui generis*»¹⁰⁷⁶.

3.4. La fase esecutiva e la revoca anticipata della sospensione

Ad ogni modo, stabiliti la durata e le condizioni del periodo di prova, si apre, non appena divenuto inoppugnabile il provvedimento del giudice, la fase esecutiva del *probation*, a cui è dedicata una disciplina dettagliata.

Si è previsto che il provvedimento di *suspension* sia trasmesso dalla cancelleria del giudice alla *commission de probation*, sotto il cui controllo si svolge l’intera fase in esame. Trattasi, in particolare, di un organo collegiale, istituito presso ciascun Tribunale, composto da tre membri, di cui un magistrato togato o onorario, un avvocato, ed un funzionario nominato dal Ministro della giustizia (art. 10)¹⁰⁷⁷.

Ad ogni modo, quale che sia il contenuto della messa alla prova, l’interessato è sottoposto per tutta la sua durata alla supervisione di un assistente sociale, detto *assistant de probation*; quest’ultimo, ritenuto la

¹⁰⁷⁴ In tal senso, v.: G. DEMANET, *La loi du 22 mars 1999 modifiant la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*, in in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, cit. p. 916.

¹⁰⁷⁵ Introdotto ad opera della Loi du 10 avril 2014 insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d’instruction criminelle, et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, la cui entrata in vigore, tuttavia, è stata rimandata sino al 1° maggio 2016 (cfr. art. 13 l. 30 novembre 2015). Per una dettagliata ricostruzione del nuovo istituto, nonché dei lavori parlamentari che hanno preceduto la relativa introduzione, v.: P. MARY, *La peine du probation autonome ou la diversification à tout prix*, in *Journal des Tribunaux*, 2015, p. 289 ss.

¹⁰⁷⁶ Cfr.: Avis du Conseil d’État no 53.967/1/V du 24 septembre 2013, Doc. parl., Ch., 2013-2014, no 3274/001, p. 31. In tal senso, e per una disamina di ulteriori profili di criticità, v. ancora: P. MARY, *Op. cit.*, cit. p. 292 ss.

¹⁰⁷⁷ A proposito, v. ad esempio: D. VANDERMEERSCH, *Op. ult. cit.*, cit. p. 254.

«pietra angolare di tutto il sistema»¹⁰⁷⁸, è infatti incaricato della sorveglianza e della tutela dell'imputato, al fine di evitarne la recidivanza ed assicurare il corretto adempimento delle prescrizioni impartitegli (art. 9), ed è tenuto a fare rapporto alla *commission de probation*¹⁰⁷⁹.

La competenza di tale ultimo organo, peraltro, va ben al di là del mero controllo sull'andamento della prova, essendogli attribuite ampie prerogative sul "merito" del *probation*. Innanzitutto, infatti, la *commission* contribuisce a definire il contenuto delle condizioni fissate dal giudice; così, ad esempio, in materia di «formazione», convocato e sentito l'interessato, individua la tipologia, la durata e l'ente presso il quale seguire il corso di formazione in parola¹⁰⁸⁰. Ancora, soprattutto, è previsto che la *commission* possa incidere, "a monte", sulle stesse condizioni fissate dal giudice, sospendendole in tutto o in parte o, ancora, precisandole od adattandole alle circostanze del caso, senza poterle tuttavia rendere più gravose; in tal caso, peraltro, la decisione della *commission*, resa una volta convocato e sentito l'interessato, deve essere motivata ed è impugnabile innanzi al Tribunale o alla Corte di cassazione (art. 12)¹⁰⁸¹. Infine, in caso di mancato rispetto delle condizioni del *probation*, la *commission* riveste un importante ruolo "propulsivo" nella procedura di revoca della *suspension*, sulla quale è bene soffermarsi conclusivamente.

A tal proposito, va precisato che, oltre al citato caso di "inadempimento", la revoca della *suspension* può avvenire nell'ipotesi in cui, nel corso del periodo di prova, l'imputato commetta un nuovo reato per il quale sia condannato in via definitiva ad almeno un mese di detenzione o ad una pena più severa (art. 13 co. 1). L'originaria formulazione della norma, peraltro, prevedeva in materia un regime ad un tempo più severo e più mite; da un

¹⁰⁷⁸ Così: R. CHARLES, P. VAN DROOGHENBROECK, P. MARCHAND, *L'application de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation depuis son entrée en vigueur fixée au 1er septembre 1964*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1967-1968, cit. p. 171.

¹⁰⁷⁹ In tal senso, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 479; D. VANDERMEERSCH, *Op. ult. cit.*, cit. p. 254.

¹⁰⁸⁰ Sul punto, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 670 ss.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*, cit. p. 671.

lato, infatti, il citato limite era fissato in sei mesi di pena detentiva, dall'altro, tuttavia, in tal caso la revoca della misura era obbligatoria¹⁰⁸².

Attualmente, in seguito alle modifiche apportate dalla l. 10 febbraio 1994, entrambe le ipotesi di revoca hanno sempre carattere facoltativo. È il pubblico ministero, infatti, che, appreso della sussistenza dei relativi presupposti, valuta l'opportunità di richiedere al Tribunale la revoca della *suspension*. Va sottolineato, tuttavia, che in caso di mancato rispetto delle condizioni della messa alla prova, è la *commission de probation* che, ancor prima, valutata la gravità dell'inadempimento, decide se segnalarla al pubblico ministero o meno (art. 13 co. III)¹⁰⁸³.

Ad ogni modo, sia in caso di commissione di un nuovo reato che di "fallimento" del *probation*, ove il pubblico ministero stimi opportuna la revoca della *suspension* è tenuto a citare l'interessato innanzi al Tribunale di primo grado del luogo ove risiede, che, dunque, potrebbe essere anche diverso da quello che, in precedenza, aveva adottato il provvedimento di *suspension* (art. 13 co. IV)¹⁰⁸⁴.

Il Tribunale decide in apposita udienza, ove all'imputato è precluso contestare la propria colpevolezza per il reato oggetto del procedimento, già in precedenza accertata. D'altro canto, è data la possibilità alle parti di interloquire sui presupposti ed adeguatezza della revoca, nonché sull'entità della pena da applicare in tal caso. All'occasione, visto il carattere sempre facoltativo della revoca ed anche per scongiurare il cattivo esito della *suspension*, il giudice può applicare condizioni ulteriori alla prova che, dunque, prosegue; in tal caso, tuttavia, secondo la giurisprudenza, il giudice non può comunque modificare, allungandola, la durata del periodo di prova inizialmente stabilita¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸² V. ancora: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 663.

¹⁰⁸³ V., ad esempio: D. VANDERMEERSCH, *Op. ult. cit.*, cit. p. 255.

¹⁰⁸⁴ Non è prevista, invero, una disciplina specifica per il caso di revoca della *suspension* disposta dagli organi giurisdizionali di istruzione; ad ogni modo, in tale ipotesi, sembra che la procedura da seguire sia la medesima.

¹⁰⁸⁵ In questo caso, peraltro, non è chiaro se l'imputato debba acconsentire a tale modifica o meno; sul punto, v.: F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, *Op. cit.*, cit. p. 663 e nt. 537.

Allorché, invece, sia accolta la richiesta di revoca avanzata dal pubblico ministero, il Tribunale emette un provvedimento motivato, sottoposto agli ordinari mezzi di impugnazione, con il quale applica altresì la pena all'imputato. In tale operazione, invero, il Tribunale è vincolato dalla "prognosi" operata dal giudice pronunciato in precedenza sull'*an* della *suspension*, talché è tenuto ad adeguarsi all'eventuale derubricazione del reato e non può, in ogni caso, applicare una pena detentiva di durata superiore ai cinque anni, che, come visto, segna uno dei presupposti dell'istituto in esame¹⁰⁸⁶. È interessante notare, peraltro, che, in tal caso, gli "elementi" tradizionali della sentenza di condanna sono scissi tra due distinti provvedimenti, contenendo il provvedimento iniziale di *suspension* l'accertamento della responsabilità, da un lato, e la successiva decisione di revoca la comminatoria della pena all'imputato, dall'altro.

Va detto, infine, che si è opportunamente escluso che l'imputato possa trovarsi esposto *sine die* ai pesanti effetti negativi della revoca testé descritti, in seguito alla quale acquista a tutti gli effetti la "qualità" di condannato; l'art. 13 co. 6, prevede, infatti, che l'"azione" volta a far pronunciare la revoca si prescrive decorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza che accerti la commissione del nuovo reato, ovvero, in caso di mancato rispetto delle condizioni del *probation*, una volta trascorso un anno dalla fine del periodo di prova¹⁰⁸⁷.

6. Rilievi conclusivi.

Compiuta l'analisi degli istituti della *médiation pénale* di cui all'art. 216-ter CIC e della *suspension probatoire* di cui alla l. 29 giugno 1964, è tempo di qualche breve considerazione conclusiva.

Nonostante i profili di analogia tra i due "strumenti", i quali, in sintesi, danno parimenti luogo alla sospensione del procedimento accompagnata dalla "messa alla prova" – dal contenuto e durata differenti – dell'accusato,

¹⁰⁸⁶ In tal senso, *ex plur.*, v.: C. HENNAU., J. VERHAEGEN, D. SPIELMANN, A. BRUYNDONCKX, *Op. cit.*, cit. p. 471 ss.

¹⁰⁸⁷ A proposito, v.: D. VANDERMEERSCH, *Op. ult. cit.*, cit. p. 255.

determinandone, in caso di buon esito, la definitiva ed anticipata chiusura, se ne sono messe in luce le profonde e fisiologiche differenze tra gli stessi.

Oltre alle diverse fasi del procedimento in cui sono applicabili, essendo il ricorso alla *médiation pénale* rigidamente precluso una volta esercitata l'azione penale, è emerso il diverso grado di dettaglio della disciplina dettata per i due istituti. Così, coerentemente alla funzione di “immediata” alternativa alla sentenza di condanna e, dunque, alla pena, il legislatore, in materia di *suspension probatoire*, si è curato di definire compiutamente alcuni aspetti – tra cui, ad esempio, la revoca della misura –, lasciati invece alla normativa sub-legislativa o, addirittura, alla prassi rispetto alla *médiation pénale*, la cui “snella” disciplina si spiega, del resto, alla luce del principio di opportunità dell'azione penale che “fonda” la decisione del pubblico ministero sull'esito del procedimento nel corso della fase preliminare e, dunque, sull'attivazione stessa dell'istituto diversivo.

Ciò non toglie, tuttavia, che sia possibile riscontrare talune problematiche comuni ai due istituti, tra le quali spicca quella dell'effettiva natura delle misure, dal contenuto evidentemente afflittivo, oggetto del *probation*. Per entrambi gli istituti, infatti, la dottrina paventa da tempo l'accostamento alla «sanzione penale». Tali preoccupazioni, peraltro, sembrano esser aver ricevuto una conferma indiretta da parte dallo stesso legislatore, il quale, come visto, ha recentemente introdotto il *probation* quale vera e propria «pena autonoma», preservando tuttavia l'istituto della *suspension probatoire*. Quanto alla *médiation pénale*, la cui applicazione è circoscritta agli stadi iniziali del procedimento, inoltre, ciò si traduce in un possibile *vulnus* alla presunzione di innocenza, solo in parte arginato dal fondamento “consensuale” dell'istituto.

Persino a tale ultimo proposito, peraltro, non si è mancato di mettere in luce le perplessità della dottrina circa l'effettiva «volontarietà» – che, sola, ne segnerebbe la legittimità – della procedura vista la portata potenzialmente “inquinante” della prospettiva di un costoso e “pericoloso” processo sul consenso dell'indagato. D'altro canto, invero, ciò sembrerebbe valere *a fortiori* in materia di *suspension probatoire*, allorché, a processo avviato, all'imputato

si paventa l'alternativa concreta e "tangibile" della condanna e, dunque, dell'applicazione della pena.

Non può escludersi, del resto, che le emerse "contraddizioni" sottese ai due istituti ne abbiano verosimilmente intaccato il successo applicativo. In particolare, nonostante si sia fatto un non esiguo ricorso all'istituto della *suspension probatoire*, il relativo impatto si è rivelato senz'altro inferiore alle aspettative iniziali; ancora, soprattutto, la recente introduzione della pena autonoma del *probation* sembra addirittura preludere alla futura soppressione dell'istituto, il cui mantenimento è stato giustificato alla luce della possibilità di evitare gli effetti stigmatizzanti del processo offerta dalla *suspension*, la cui procedura, come visto, può svolgersi nel riserbo della camera di consiglio¹⁰⁸⁸.

Prospettive meno "nefasti" aleggiano, invece, sulla *médiation pénale*, nell'ambito della quale – è bene ancora rammentare – la vera e propria mediazione tra autore e vittima del reato, che descrive l'indole riparativa dell'istituto, non rappresenta che una delle possibili "misure" individuabili dal pubblico ministero. L'istituto, a ben vedere, è riuscito a ritagliarsi un certo "spazio" nel novero delle alternative all'esercizio dell'azione penale; ad ogni modo, va notato conclusivamente come l'utilizzo della *médiation pénale* resti invero marginale se paragonato al ricorso all'archiviazione "semplice", la quale, specie se fondata su ragioni di opportunità, segna tutt'ora la sorte della stragrande maggioranza delle *notitiae criminis*¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ Si allude ai lavori preparatori della l. 10 aprile 2014; cfr. Exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2013-2014, no 3274/001, cit. p. 5 ss.; in tal senso, v.: P. MARY, *Op. cit.*, cit. p. 292. Per dei dati statistici, riferiti all'anno 2010, v.: J.M. JEHLÉ (a cura di), *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fifth ed., Helsinki, 2014, p. 301 ss.

¹⁰⁸⁹ Cfr.: *Analystes statistiques du Ministère Public présentée par le Collège des Pprocureurs Généraux*, Bruxelles, 2 aprile 2015, p. 3 (http://www.ommp.be/stat/StatistiquesMP_Correctionnel_2014_FR.pdf). Nelle statistiche federali relative all'anno 2015, peraltro, si registra un incremento delle mediazioni portate positivamente a compimento; v: *Analystes statistiques du Ministère Public présentée par le Collège des Pprocureurs Généraux*, Bruxelles, 21 aprile 2016, p. 3 (https://justice.belgium.be/fr/nouvelles/autres_communiquees_19).

Bibliografia:

- AA.VV., *Standards Relating to Probation*, New York, Institute of Judicial Administration, 1970.
- ADAM, C., TORO, F., *La sous-utilisation de la médiation pénale: chiffres et processus*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1999, p. 966 ss.
- AERTSEN, I., *Belgium*, in DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J., HORSFIELD, P., (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Forum Verlag Godesberg, 2015, p. 47 ss.
- ALBERTA, V., *Con l'affidamento allargato pena sospesa fino a 4 anni: incostituzionale il quinto comma dell'articolo 656 c.p.p.*, in *Giur. pen. Web*, 2018, n. 3.
- ALBRECHT, H.J., *Criminal Prosecution: Developments, Trends, and Open Questions in the Federal Republic of Germany*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8/3, 245–256, 2000, p. 253 ss.
- AMBROSETTI, E. M., *sub artt. 102-108 c.p.*, in RONCO, M., ROMANO, B., (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012, p. 737 ss.
- AMATO, GIUS., *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *Giuda dir.*, 2014, n. 21, p. 87 ss.
- AMOROSO, M. C., *La disciplina della messa alla prova al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4340 ss.
- ANCESCHI, A., *La tutela penale dei minori*, in CENDON, P., (diretta da), collana *Fatto e diritto*, Giuffrè, 2007.
- ANDOLFATTO, E., *Nuovo giudizio di legittimità costituzionale sulla sospensione del procedimento con messa alla prova: la Consulta respinge tre questioni sollevate dal Tribunale di Prato*, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017.
- ANNUNZIATA, L., *Prime criticità applicative in tema di sospensione del processo per la messa alla prova*, in *Dir. pen. e processo*, 1, 2016, p. 101 ss.
- AUGUSTUS, J., *A Report of the Labors of Jhon Augustus*, in *Aid of the Unfortunate*, Boston, Wright an Hasty, 1852.
- BALSAMO, A., *La Corte europea e la "confisca senza condanna" per la lottizzazione abusiva*, in *Cass. pen.*, 2014, 1396 ss.
- BANNENBERG, B., *Victim-offender mediation in Germany*, in WALGRAVE, L., (a cura di), *Victim-offender mediation in Europe. Making Restorative Justice Work*, The European Forum for Victim-Offender Mediation ed., 2000, p. 253 ss.
- BARON, J., PAPART, T., *La procédure devant le tribunal de police*, Anthemis, 2012.
- BARONE, L., *I rimedi avverso il denegato probation. Dalle Sezioni Unite segnali incoraggianti di implementazione dell'istituto*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4379 ss.

- BARONE, L., BRANCACCIO, M., *Le Sezioni Unite tornano a pronunciarsi sugli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sulla legislazione vigente*, in *Quest. giust. (web)*, 18 novembre 2014.
- BAROSIO, V., *Il processo penale tedesco dopo la riforma del 1965*, Giuffrè, 1967.
- BARTOLI, L., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1755 ss.
- BARTOLI, R., *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 1473 ss.
- *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. Pen. e proc.*, n. 6, 2014, p. 661 ss.
- *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, p. 1 ss.
- BASCO, M. G., DE GENNARO, S., *La messa alla prova nel processo penale minorile*, Giappichelli, 1997.
- BASLER-PIERSON, M.C., SCREVEENS, R., *La probation en Belgique. Premier bilan quinquennal*, Bruylant Bruxelles, 1980.
- BEERNAERT, M., *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 208 ss.
- (a cura di), *Introduction à la procédure pénale*, La Chartre, 2017.
- BEERNAERT, M.A., BOSLY, H.D., VANDERMEERSCH, D., *Droit de la procédure pénale*, La Chartre, 2010;
- *Droit de la procédure pénale*, La Chartre, 2014.
- BENTHAM, G., *Traité de législation civile et pénale*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1829.
- BERNAZZANI, P., *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen., suppl.* n. 6, 2016, p. 370 ss.
- BERTOLINI, B., *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in MARANDOLA, A., LA REGINA, K., APRATI, R., (a cura di), *Verso un processo penale accelerato, riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Jovene, 2015.
- BORDANZI, G., *Ingiustificato ritenere che la sospensione del procedimento con messa alla prova sia necessariamente subordinata all'integrale risarcimento del danno*, in *Giur. pen. web.*, 19 marzo 2016.
- BOSLY, H.D. MASSET, A., (a cura di), *Recueil de jurisprudence de procédure pénale*, La Chartre, 2008.
- BOUCHARD, M., voce *Processo penale minorile*, in *Dig. d. Pen.*, X, Utet, 1995, p. 137 ss.
- BOVE, V., *Messa alla prova per adulti: un punto sulla L. 67/2014*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014.

- *L'istituto della messa alla prova per adulti: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2014.
- *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015, p. 1 ss.
- BOYNE, S., *Is the Journey from the Inbox to the Out-box a straight lane? The Drive for Efficiency and the Prosecution of Low-level Criminality in Germany*, in E. LUNA, M. WADE (a cura di), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012.
- BRODOWSKY, D., (e altri), *Germany*, in CAPE, E., NAMORADZE, Z., SMITH, R., SPRONKEN, T., (a cura di), *Effective Criminal Defense in Europe*, Intersentia, 2010, p. 254 ss.
- BUCCELLATO, T., *Sull'ammissibilità del giudizio immediato nel procedimento relativo alla responsabilità amministrativa delle società*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3789 ss.
- BURSSSENS, D., *La médiation pénale: à la lumière de la banque de données des maisons de justice*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2013, p. 5 ss.
- CADELLI, M., (a cura di), *La figure du juge d'instruction: réformer ou supprimer?*, Anthemis, 2017.
- CAPE, E., HODGSON, J., R. SMITH, PRAKKEN, T., SPRONKEN, T., (a cura di), *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Intersentia, 2007, p. 81 ss.
- CAPOROTUNDO, F., *Estinzione del reato per condotte riparatorie e "confisca senza condanna": problemi applicativi alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza*, In *Giur. pen. web.*, 2018, n. 3.
- CAPRIOLI, F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 9 ss.
- CASSIBBA, F. S., *Il "patteggiamento" supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell'equità processuale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2014.
- CASTELLUCCI, L., *Sub art. 20 l. 26 luglio 1975, n. 354*, in GIARDA, A., SPANGHER, G., (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Ipsoa, 2017, p. 2275 ss.
- *sub art. 72*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Ipsoa, 2017, p. 2669 ss.
- CERCOLA, L., *Patteggiamento parziale: ancora resistenze dai giudici di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2581 ss.
- CERESA-GASTALDO, M., *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 1415 ss.
- CESARI, C., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005.

- *Trasferire alla messa alla prova nel processo penale per adulti: condizioni e limiti di una riforma possibile*, in MORDEGLIA, S., MASTROPASQUA, I., (a cura di), *Esperienze di probation in Italia e in Europa*, Gangemi, 2011, p. 151 ss.
 - *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, n. 4, p. 510 ss.
 - *sub art. 464-bis*, in CONSO, G., ILLUMINATI, G., (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, 2015, cit. p. 2122 ss.
 - *sub art. 28*, in GIOSTRA, G., (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al D.P.R. n. 448 del 1988*, Giuffrè, 2016, p. 456 ss.
- CEULEMANS, B., PAPART, T., *Le tribunal de police: éléments de procédure*, Wolters Kluwer, 2015.
- CHARLES, R., *Du Ministère public. Mercuriale prononcée le 1er Septembre 1982 lors de la rentrée solennelle de la Cour de Cassation*, in *Journal des Tribunaux*, 1982, p. 553. ss.
- CHARLES, R., VAN DROOGHENBROECK, P., MARCHAND, P., *L'application de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation depuis son entrée en vigueur fixée au 1er septembre 1964*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1967-1968, p. 160 ss.
- CHIAVARIO, M., *La sospensione del processo penale*, Giuffrè, 1967.
- (a cura di), *Procedure penali d'Europa. Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia: sintesi nazionali e analisi comparatistiche*, Cedam, 2001.
 - voce *Sospensione del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, 1993, p. 1 ss.
- CIAMPI, S., *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1990 ss.
- CIAVOLA, A., PATANÈ, V., *La specificità delle formule decisorie minorili*, in ZAPPALÀ, E., (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, 2009, p. 178 ss.
- CIVELLO, G., *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza "Varvara"?*, in *Arch. Pen.*, 2015, 2, 1-10.
- *Confisca in presenza di declaratoria di prescrizione per il reato di lottizzazione abusiva: sulla questione si pronuncerà la Grande Camera della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2015.
- COLAMUSSI, M., *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la «messa alla prova». Profili controversi della disciplina*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2809 ss.
- *La messa alla prova*, Cedam, 2010.
 - *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 6, 2012, p. 123 ss.

- COLAMUSSI, M., MESTIZ, A., voce *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, V, Utet, 2010, p. 558 ss.
- CONSO, G., GREVI, V., NEPPI MODONA, G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. VII, *Il processo penale a carico di imputati minorenni*, a cura di LA GRECA, G., MONTALDI, A., Cedam, 1991.
- CONSTANT, J. *Cours de procédure pénale*, Note pubblicate con l'autorizzazione dell'Autore, 1971-1972.
- COPPETTA, M. G., *La sospensione del processo con messa alla prova* in ZATTI, P., (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, Giuffrè, 2011, p. 607 ss.
- CORDERO, G., *Oltre il «patteggiamento» per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco-federale e il «nostro» Art. 112 Cost.*, in *Leg. pen. com.*, 1986, p. 658 ss.
- M. F. CORTESI, *Il probation giudiziale: la sospensione dle processo con messa alla prova*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Utet, 2015, p. 421 ss.
- CUPELLI, C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla corte di giustizia*, in *Dir. Pen. cont.*, 30 gennaio 2017.
- DECLERCQ, R., *Éléments de procédure pénale*, Bruylant Bruxelles, 2006;
– *Procédure pénale*, in BRUNET, E., SERVAIS, J., RESTAU, C., (a cura di), *Répertoire pratique du droit belge. Complément*, Bruylant Bruxelles, 2004.
- DE FRANCESCO, A., *La confisca va disposta anche in caso di prescrizione maturata anteriormente alla sentenza di primo grado*, in *Diritto & Giustizia*, 2017, fasc. 124, p. 29 ss.
- DEGL'INNOCENTI, L., FALDI, F., *I benefici penitenziari*, Giuffrè, 2014.
- DELLA TORRE, J., *La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova 'parziale' in nome della rieducazione 'totale' del richiedente*, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2015.
– *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1488 ss.
– *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2016.
- DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, 2014, *passim*.
- DELLA BELLA, A., VIGANÒ, F., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull'art. 73 t.u. stup.*, *Dir. pen. cont.*, 27 febbraio 2014.
- DELMAS-MARTY, M., (a cura di), *Procédures pénales d'Europe*, THEMIS, 1995.
- DEMANET, G., *La loi du 22 mars 1999 modifiant la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, cit. p. 916

- *L’article 216ter du Code d’instruction criminelle: nouvelle réalité dans le domaine pénal*, in MARY, P., (a cura di), *Travail d’interet general et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruylant, 1997, p. 445 ss.
- *La médiation pénale*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1995, p. 887 ss.
- DE NAUW, A., *Les modes alternatifs de résolution des conflits en droit pénal belge*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1997, p. 357 ss.
- DE VALKENEER, C., *La reconnaissance préalable de culpabilité*, in CADELLI, M., MOREAU, T., (a cura di), *La loi «pot-pourri II»: un recul de civilisation?* Anthemis, 2016. p. 111 ss.;
- *Manuel de l’enquête pénale*, Larcier, 2011.
- DE VROEDE, N., *La médiation pénale*, in *Journal des tribunaux*, 1999, p. 258 ss.
- DEVREUX, J., *La médiation réparatrice dans le champ pénal: un outil encore méconnu*, in *Journal des Tribunaux*, 2007, p. 265 ss.
- DIDDI, A., *La fase di ammissione alla prova*, in TRIGGIANI, N., (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 109 ss.
- DI CHIARA, G., *Le forme della semplificazione avanzata: dall’irrilevanza del fatto alla mediazione*, in RUGGIERI, F., (a cura di), *Il rito accusatorio a vent’anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Giuffrè, 2012, p. 325 ss.
- *sub art. 464 bis*, in GIARDA, A., SPANGHER, G., (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V. ed, Wolters Kluwer, 2017, II, p. 2168 ss.
- DI GENNARO, G., *Il probation. Aspetti operativi.*, in *Quad. crim. clin.*, n. 3, 1970, p. 51 ss.
- *Aspetti teorici e pratici del «probation»*, in *Quad. crim. clin.*, n. 3, 1970, p. 323 ss.
- DI PAOLO, G., *Riflessioni in tema di probation minorile*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2866 ss.
- DI NUOVO, S., GRASSO, G., *Diritto e procedura penale minorile: profili giuridici, psicologici e sociali*, Giuffrè, 2005.
- DI TULLIO D’ELISIS, A., *L’applicazione della messa alla prova per adulti e minori*, Maggioli, 2016.
- DOMINIONI, O., voce *Azione penale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, UTET, 1987, p. 399 ss.
- DOVA, M., *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2013, p. 948 ss.
- DÜNKEL, F., *Victim Compensation and Offender Restitution in the Federal Republic of Germany – a Western-European Comparative Perspective*, in *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 1985, p. 29 ss.
- DÜNKEL, F., PĂROȘANU, A., *Germany*, in DÜNKEL, F., GRZYWA-HOLTEN, J., HORSFIELD, P., (a cura di), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*, F.V. Godsberg, 2015.
- FANULI, G. L., *L’istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 427 ss.

- FADIGA, L., *Le regole di Pechino e la giustizia minorile*, in *Giust. e Cost.*, 1989, II, p. 9 ss.
 – *Riti speciali nel processo penale*, in CUOMO, M.P., LA GRECA, G., VIGGIANI, L., (a cura di), *Giudici, psicologi e riforma penale minorile*, Giuffrè, 1990, p. 190.
- FASSONE, E., voce *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. Dir.*, XXXV, 1986, p. 783 ss.
- FELICIONI, P., *Gli epiloghi*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla deflazione giudiziaria*, Wolters Kluwer-Cedam, 2014, p. 415 ss.
- FETTWEIS, A., *Introduction au droit judiciaire. Les institutions*, Presses universitaires de Liège, 1985, p. 98 ss.
- FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014.
- FIDELBO, G., RUGGIERO, R. A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Rivista* 231, 2016, n. 4.
- FINOCCHIARO, S., *Secondo il Tribunale di Milano, la richiesta di messa alla prova è ammissibile anche 'per più reati'*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2015.
- FIorentin, F., *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 63 ss.
 – *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 68 ss.
 – *Una sola volta nella storia giudiziaria del condannato*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 70 ss.
 – *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 75 ss.
 – *Volontariato quale forma di "riparazione sociale"*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 78 ss.
 – *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 83 ss.
 – *Necessaria una nuova pianta organica degli uffici di esecuzione esterna*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, p. 85 ss.
- FISHER, H. D., *German Legal System and Language*, Cavendish, 2002.
 – *The German Legal System and Legal Language*, Routledge-Cavendish, 2009.
- FORNASARI, G., *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, 1993.
 – *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in PICOTTI, L., SPANGHER, G., *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, 2002.
- FOSTER, N., SULE, S., *German Legal System and Laws*, Oxford, 2002.
- FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Larcier, 2012:
 – *Manuel de procédure pénale*, Larcier, 1989.
- FRASE, R.S., *Sentencing in Germany and the United States: Comparing Äpfel with Apples*, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Iuscrim eds., 2001.
- FURGIUELE, A., *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in SCALFATI, A., (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, 2017 p. 325 ss.
- GAETA, P., *Il processo penale minorile: condanna o messa alla prova?*, in *Quest. giust.*, 1993, n. 1, p. 39 ss.

- GALATI, M. L., RANDAZZO, L., *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Giuffrè, 2015.
- GALLO, E., *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, nota a Corte cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1254 ss.
- *Pena senza giudizio e giudizi costituzionali*, in S. MOCCIA (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Ed. Scientifiche Italiane, 1998.
- GAMBARDELLA, M., *Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss.
- *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2013.
- GANTY, J., *Traité de procédure pénale policière*, UGA Kortrijk-Heule, 2014.
- GARUTI, G., *Messa alla prova e norma transitoria*, *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 949 ss.
- *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, profili processuali*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 1 ss.
- GATTA, G. L., *Decreto penale di condanna: la Corte cost. parifica la sospensione del procedimento con messa alla prova ai riti speciali, ai fini dell'avviso ex art. 460, co. 2, lett. e) c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016.
- GATTI, U., MARUGO, M. I., *La sospensione del processo e messa alla prova: limiti e contraddizioni di un «nuovo» strumento della giustizia minorile italiana*, in *Rass. it. crim.*, 1992, n. 1, p. 85 ss.
- GIAMBRUNO, S., *Lineamenti di diritto processuale penale minorile*, Giuffrè, 2004.
- GIANNINO, P., *Il processo penale minorile*, Cedam, 1997.
- GIUNCHEDI, F., *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in *Arch. Pen. (web)*, n. 3, 2014, p. 1 ss.
- GHIARA, A., *La “messa alla prova” nella legge processuale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, p. 82 ss.
- GIARDA, A., *Procedimento di accertamento della «responsabilità amministrativa degli enti» (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 8^a ed., Wolters Kluwer, 2016, p. 1149 ss.
- GLESENER, A., *Le classement sans suite et l'opportunité des poursuites*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1972-1973, p. 353 ss.
- GOTTFREDSON, D. M., *Probation and Parole. Release and Revocation*, in S. H. KADISH (a cura di), *Encyclopedia of Crime and Justice*, 1983, IV, p. 1284.
- GRASSIA, R. G., *Confisca e causa estintiva del reato: la misura sopravvive alla prescrizione solo se diretta e preceduta da sentenza di condanna*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 31 ss.
- GUERINI, I., *In claris (non) fit interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 15 novembre 2016.

- GUILLAIN, C., VAN EX, J., *Le traitement policier autonome: une autonomie relative?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2004, p. 417 ss.
- HANOZIN, C., PIERS, A., VAN BOVEN, B., VANEMPTEN, N., VANNESTE, C., *La loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale en Belgique. Evaluation de sa mise en application*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1997, p. 589 ss.
- HARTMANN, A., *The Practice of "Täter-Opfer-Ausgleich" in Germany*, in AA.VV., *European Best Practices of Restorative Justice in the Criminal Procedure*, Conference Publication, 2010.
- HAYOIT de TERMICOURT, R., *Propos sur le Ministère Public*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1936, cit. p. 982 ss.
- HENNAU, C., VERHAEGEN, J., SPIELMANN, D., BRUYNDONCKX, A., *Droit pénal général*, Bruylant Bruxelles, 2003.
- HERRMANN, J., *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, *University of Chicago Law Review*, 1974, Vol. 41, Iss. 3, Article 13, p. 470 ss.
- HERZOG-EVANS, M., *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 2011.
- HUBER, B., *Germany*, in R. VOGLER, B. HUBER, *Criminal Procedure in Europe*, Duncker&Humblot, Berlin, 2005, p. 283.
- ICHINO, G., *L'affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 ss.
- IELO, P., *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1392 ss.
- JANSSEN, C., VERVAELE, J., SCREVEN, R., *Le ministère public et la politique de classement sans suite*, Bruylant Bruxelles, 1990.
- JEHLE, J.M., *Criminal Justice in Germany. Facts and Figures*, Federal Ministry of Justice publ., 5th ed., 2009.
- KANT, E., *La dottrina del diritto*, Trad. it., Milano, 1916.
- KILCHLING, M., *Germany*, in VANDER BEKEN, T., KILCHLING, M., (a cura di), *The Role of the Public Prosecutor in the European Criminal Justice Systems*, Brussels, 2000, p. 73 ss.
- KILCHLING, M., LÖSCHNIG-GSPANDL, M., *Legal and Practical Perspectives on Victim/Offender Mediation in Austria and Germany*, in *International Review of Criminology*, 2000, vol. 7, p. 305 ss.
- KILCHLING, M., PARLATO, L., *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima? Verso un "diritto" alla mediazione? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4188 ss.
- KLEINKNECHT, T., *Straffprozessordnung*, 31st. ed., 1974.
- KREY, V.F., *German Criminal Procedure Law, Vol. 1: Basics – Prosecution Authorities – Glossary*, Kohlhammer, 2009.

- *Speech: Characteristic Features of German Criminal Proceedings: An Alternative to the Criminal Procedure Law of the United States?*, 21 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 591, 1996.
- L., G., *La Corte costituzionale esclude l'applicazione della messa alla prova nei dibattimenti già aperti all'epoca della sua introduzione (e nega l'illegittimità della relativa disciplina intertemporale)*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2015.
- LANGBEIN, J.H., *Controlling Criminal Prosecution in Germany*, in *University of Chicago Law Review*, 1974, Vol. 41, Iss. 3, Article 2, p. 459 ss.
- *Comparative Criminal Procedure: Germany*, American Casebook Series, 1977, p. 91 ss.
- LANZA, E., *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, 2003.
- LARIZZA, S., *La sospensione del processo con messa alla prova*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, Giuffrè, 2011, p. 279 ss.
- LEMONNE, A., *Evolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale: entre idéalisme et pragmatisme*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2007, p. 156 ss.
- LENZE, S., (e altri), *Depicting the development of victim-offender mediation. Empirical research on restorative justice in Germany*, in VANFRAECHEM, I. AERTSEN, I., WILLEMSSENS, J., *Restorative Justice Realities*, Eleven eds., 2010.
- LEO, G., *La Corte costituzionale ricostruisce ed 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2018.
- LEONE, G., voce *Azione Penale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1959, IV, p. 851 ss.
- LETTIERI, F., *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2290 ss.
- LINERS, A., BERKMOES, H., DE MESMAEKER, M., DERAEDT, E., *La loi sur la fonction de police. Le manuel de la fonction de police*, Politeia, 2011.
- LOCATELLI, M., *Proscioglimento predibattimentale per tenuità del fatto: portata e limiti dell'opposizione del pubblico ministero*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 142 ss.
- LOSANA, C., sub art. 28, in CHIAVARIO, M., (coordinato da) *Commento al Codice di procedura penale*, Utet, 1994, I, p. 288 ss.
- LOUVEAUX, H., *Discussion: l'extension de la mini-instruction à la perquisition*, in CADELLI, M., MOREAU, T., (a cura di), *La loi «pot-pourri II»: un recul de civilisation?* Anthemis, 2016.
- LUCCHINI, L., *Codice di procedura penale e legge dell'ordinamento giudiziario per l'Impero Germanico*, Ufficio della Rivista penale, Roma, 1878.
- LUNA, E., WADE, M., *Prosecutors as Judges*, 67 Wash. & Lee L. Rev. 1413, 2010, p. 1430.
- LUPO, E., *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in *Dir. per. cont.*, 22 dicembre 2017.
- LUMINO, F., *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 4, p. 1362 ss.

- MANCUSO, E.M., *La giustizia riparativa tra Austria e Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. IV, 2015, p. 1970 ss.
- MANERA, G., *Sull'applicabilità della 'probation' processuale nel giudizio d'appello*, in *Giur. it.*, 1991, III, p. 289 ss.
- MANES, V., *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2200 ss.
- MANGIARACINA, A., *La tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.: vuoti normativi e ricadute applicative*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2015.
- MANNOZZI, G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, Giuffrè, 2003.
 – *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 781 ss.
- MARAFIOTI, L., *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione ed opportunità «di fatto»*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 208 ss.
- MARANDOLA, A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. e proc.*, n.6, 2014, p. 674 ss.
 – *Il criterio quantitativo della pena per l'ammissione alla messa alla prova*, in *Giur. it.*, 2015, n. 10, p. 2226 ss.
- MARCOLINI, S., *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla CEDU? (Corte EDU, 29 aprile 2014, Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia)*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3488 ss.
- MARINUCCI, G., DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale*, 6^a ed., Giuffrè, 2017.
- MARTELLA, F., *Messa alla prova 'per adulti': la questione della (assenza di) disciplina intertemporale*, in *Dir. pen. cont.*, 15 aprile 2015.
- MARTINI, A., *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica criminale già vista*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 1, 2008, p. 237 ss.
- MARUOTTI, R. G., *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Quest. giust. (web)*, 20 giugno 2017.
- MARUSCHAK, L. M., PARKS, E., *Probation and Parole in the United States*, in *Bureau of Justice Statistics*, 2012.
- MARY, P., *La peine du probation autonome ou la diversification à tout prix*, in *Journal des Tribunaux*, 2015, p. 289 ss.
- MARZADURI, E., *L'ennesimo compito arduo (...ma non impossibile) per l'interprete delle norme processualpenalistiche: alla ricerca di una soluzione ragionevole del rapporto tra accertamenti giudiziari e declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 131-bis c.p.*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, p. 1 ss.
- MASSET, A., DERENNE-JACOBS, C., *La loi du 4 mars 1997 instituant le collège des procureurs généraux: une tradition consacrée ou bouleversée?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1997, p. 848 ss.

- MAZZA, O., *La norma processuale nel tempo*, Giuffrè, 1999.
- MAZZACUVA, F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2013.
- MAZZACUVA, FED., *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, p. 737 ss.
- MAZZUCCATO, C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale*, in PICOTTI, L., SPANGHER, G., *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Giuffrè, 2002.
- *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici*, in G. COSI, M.A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, 2003, p. 170 ss.
- MCANANY, P. D., THOMSON, D., FOGUE, D., *Probation and Justice: reconsideration of a mission*, Cambridge, 1984.
- MELILLO, G., *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mal sopiti contrasti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2002, 1701 ss.
- MENNA, M., *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Arch. pen.*, 1992, p. 174 ss.
- MICHIELS, O., *La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale: le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable?*, Anthemis, 2015.
- MIEDICO, M., *La 'sospensione del processo e messa alla prova': fra prassi e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2468 ss.
- *La confessione del minore nella «sospensione del processo con messa alla prova»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1292 ss.
- *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014, p. 1 ss.
- *Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014.
- MILANO, L., *La conventionnalité de principe de la procédure de «plaider coupable»*, in *La semaine juridique*, n. 21-22, 26 maggio 2014.
- MINCKE, C., *Efficacité, efficience et légitimité démocratique du ministère public. Quand l'arbre cache la forêt*, Presses universitaires de Louvain, 2002.
- *La médiation pénale face à ses idéaux fondateurs. De l'utopie à l'aveuglement*, Wolter Kluwer, 2010.
- *Médiation Pénale*, in *Droit pénal et procédure pénale*, Suppl. n. 14, Kluwer, 2006, p. 9 ss.
- *Vers un nouveau type d'utilisation du ministère public. L'exemple de la médiation pénale et de la procédure accélérée*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1998, p. 644 ss.

- MINNELLA, C., *Il beneficio non può essere richiesto nel giudizio di cassazione*, in *Dir. e giust. (web)*, 5 settembre 2014.
- MOLINARI, F., *Pubblico ministero e azione penale nell'ordinamento della Repubblica federale di Germania*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, 1979, p. 225 ss.
- MONTAGNA, M., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in CONTI, C., MARANDOLA, A., VARRASO, G., (a cura di), *Le nuove norme sulla deflazione giudiziaria*, Wolters Kluwer-Cedam, 2014.
- MOREAU, T., *La reconnaissance préalable de culpabilité: just a deal? Un occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier*, in CADELLI, M., (a cura di), *La loi «pot-pourri II»: un recul de civilisation?* Anthemis, 2016, p. 127 ss.
- MORO, A. C., *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, 2014.
- MORRIS, N., TONRY, M., *Between Prison and Probation. Intermediate punishments in a rational sentencing system*, Oxford University Press, 1990.
- MUHM, R., *Il caso Helmut Kohl, analisi di una corruzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, cit. p. 1028 ss.
- MURRO, O., *Le criticità della richiesta “parziale” di messa alla prova: oscillazioni giurisprudenziali*, in *Arch. pen. (web)*, 2015, n. 2.
- MUTZ, J., *Germany*, in VAN KALMTHOUT, A.M., DURNESCU, I., (a cura di), *Probation in Europe*, Wolf Legal Publishers, 2008.
- MUZZICA, R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 158 ss.
– *Sospensione del processo con messa alla prova e ‘materia penale’: tra Corte EDU e Corte costituzionale nuovi scenari pro reo sul versante intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 4, p. 1432 ss.
– *La Consulta ‘salva’ la messa alla prova: l'onere di una interpretazione ‘convenzionalmente’ orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 26 giugno 2018.
- NÈVE, M., BERBUTO, S., *Le nouveau droit de la procédure pénale. Loi du 12 mars 1998*, Kluwer Éditions juridiques.
- NEVOLI, F., *La sospensione del procedimento e la decisione “sulla prova”*, in TRIGGIANI, N., (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 145 ss.
- NOUWYNCK, L., *Politique criminelle et institutionnalisation du collège des procureurs généraux*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1997, p. 832 ss.
- ORLANDI, R., *Procedimenti speciali*, in CONSO, G., GREVI, V., BARGIS, M., (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2014, p. 687 ss.
- PADOVANI, T., *Diritto penale*, Milano, 2012.

- PAGLIARO, A., *Prescrizione del reato e “nuova” estinzione del processo penale*, in *Cass. pen.* 2010, p. 4043 ss.
- PALIERO, C.E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, 1985.
- PALOMBA, F., *Il sistema del processo penale minorile*, Giuffrè, 2002.
- PAPART, T., CEULEMANS, B., *Le vade-mecum du tribunal de police*, Éditions Kluwer, 2004.
- PARLATO, L., *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in BACCARI, G.M., LA REGINA, K., MANCUSO, E.M., (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Wolter Kluwer-Cedam, 2015.
- *L’esercizio dell’azione e il giudizio di prima istanza tra ordinamento italiano e tedesco. Spunti comparatistici a margine dell’opera di Manfred Maiwald*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1176 ss.
- PARMENTIER, S., FIJNAUT, C., VAN DAELE, D., *From Ssyphus to Octopus: towards a modern public prosecutor’s office in Belgium*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 8/3, 2000.
- PĂROȘANU, A., *Restorative Justice in Germany, Final National Report of Germany*. in AA.VV., *The 3E Model for a Restorative Justice Strategy in Europe*, Specific Programme Criminal Justice, European Commission, 2013.
- PASCUCCI, N., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e questioni di diritto intertemporale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1142 ss.
- PAOLONI, L., *Il limite edittale per l’accesso alla messa alla prova. Dalle Sezioni Unite una soluzione attesa, che favorisce il ricorso alla probation processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4352 ss.
- PASTA, A., *Il giudice competente a decidere sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova proposta con l’atto di opposizione a decreto penale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1152 ss.
- PATANÈ, V., *L’individualizzazione nel processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese*, Giuffrè, 1999, p. 85 ss.
- sub art. 9, in DALLA CASA, F., GIOSTRA, G., (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, I, p. 133 ss.
- PAVAN, G., *Le figure tradizionali di pericolosità sociale*, in RONCO, M., (diretto da), *Commentario sistematico al codice penale*, III, Bologna, 2006, p. 191 ss.
- P. C. PAZÈ, *Un riesame complessivo della messa alla prova per i minorenni*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2172 ss.
- PECORELLA, C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010 p. 832 ss.
- *Il Tribunale di Genova ammette la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l’entrata in vigore della legge 28 aprile 2014 n. 67*, in *Dir. pen. cont.* 29 ottobre 2014.

- PECORELLA, G., *La messa alla prova ... alla prova delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3264 ss.
- PEPINO, L., voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, 1997 p. 481 ss.
- PESQUIÉ, B., *The Belgian system*, in DLEMAS-MARTY, M., SPENCER, R.J., (a cura di), *European criminal procedures*, Cambridge University Press, 2002.
- PICCICHÈ, F., *Alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso*, in *Dir. pen. cont.*, 21 ottobre 2014.
- *La messa alla prova per adulti alla consulta*, in *Quest. giust. (web)*, 10 febbraio 2016.
- *Messa alla prova e sanzioni amministrative accessorie*, in *Quest. giust. (web)*, 27 luglio 2016.
- PICCIRILLO, R., (a cura di), *Relazione predisposta dall'ufficio del Massimario*, 5 maggio 2014, *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*.
- sub *art. 464 bis*, in G. CANZIO, R. BRICCHETTI, *Codice di procedura penale*, Giuffrè, 2017, II, p. 3435 ss.
- PINELLI, C., *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3047 ss.
- PIZIALI, G., *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 327 ss.
- POMODORO, L., *Le regole di Pechino nel codice di procedura penale minorile*, in *Giust. e Cost.*, 1989, II, p. 5 ss.
- PRESUTTI, A., sub *art. 47*, in DALLA CASA, F., GIOSTRA, G., (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2015, I, cit. p. 502.
- PULITO, L., *Presupposti applicativi e contenuti della misura*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 77 ss.
- *Messa alla prova per adulti, anatomia di un nuovo modello processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 1, p. 97 ss.
- *Profili di inammissibilità della richiesta di messa alla prova dell'adulto*, in *Dir. pen. cont.*, 22 maggio 2016.
- PULVIRENTI, A., *Sulla consensualità della messa alla prova*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 299 ss.
- *Il giudizio e le impugnazioni*, in PENNISI, A., (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, 2004, p. 355 ss.
- QUATTROCOLO, S., *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, M. DANIELE, M., PAULESU, P. P., (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, Giappichelli, 2015, p. 97 ss.
- RAFARACI, T., voce *Processo penale tedesco*, in *Enc. Dir.*, Ann. II, 2007, p. 849 ss.
- REIMMAN, M., ZEKOLL, J., *Introduction to German Law*, C. H. Beck, 2006.

- REMELLI, A., *Deflazione dibattimentale e parcellizzazione dei riti speciali: un mosaico di difficile composizione*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 963 ss.
- RICCIARDI, M., CHILOSI, M., *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Dir. pen cont.*, 11 ottobre 2017.
- RIZZO, F., *Sub artt. 28-29 d.p.r. 22 settembre 1988*, n. 448, in GAITO, A., RONCO, M., (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Utet, 2009, p. 1839 ss.
- ROBBERS, G., *An Introduction to German Laws*, NomosStudium, 2012.
- ROBIN, M., *Pratique du travail d'intérêt général dans l'arrondissement judiciaire de Bruxelles*, in MARY, P., (a cura di), *Travail d'interet general et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruylant, 1997, p. 103 ss.
- ROXIN, C., *Strafverfahrenrecht*, Beck'sche, München, 1995.
- RUGGERI, F., *Introduzione al sistema processuale tedesco*, in GALANTINI, N., RUGGIERI, F., *Scritti inediti di procedura penale*, Trento, 1998.
- RUOTOLO, M., *Pena dell'ergastolo per i minori: davvero incostituzionale*, nota a Corte cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1254 ss.
- SALVADORI, A., ARATA, R., *La scommessa "culturale" della sospensione con messa alla prova alla verifica delle aule di tribunale*, in *Quest. giust.*, 17 ottobre 2014.
- SANNA, A., *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262 ss.
- SANTINI, S., *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*, in *Dir. Pen. cont.*, 18 settembre 2017.
- SCARCELLA, A., *L'estinzione del reato per messa alla prova blocca la demolizione. (Reati edilizi)*, in *Urb. e app.*, 2018, n. 2, p. 266 ss.
- SCOMPARIN, L., *Sospensione del processo minorile e "messa alla prova": limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili processuali dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 509 ss.
- SCREVEVS, R., VAN BEIRS, L., *Le rôle des organes de poursuites dans le procès pénal*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1963, p. 19 ss.
- SERGIO, G., *Discrezionalità e messa alla prova nel processo penale minorile*, in *Min. Giust.*, 2005, IV, p. 117 ss.
- SPADANO, L., *E' incompatibile il giudice che ha disposto la messa alla prova nel processo soggettivamente cumulativo?*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2931 ss.
- SPANGHER, G., *Lineamenti del processo penale minorile riformato*, in *Giust. pen.*, 1992, III, p. 196 ss.
- *Le incursioni di regole speciali nella disciplina del rito ordinario*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, p. 55 ss.

- *La pratica del processo penale*, vol. I, *I procedimenti speciali. Le impugnazioni. Il processo penale minorile. Accertamento della responsabilità degli enti*, Cedam, 2012, p. 423 ss.
- STOPPATO, A., *I tribunali speciali per i minorenni delinquenti*, in *Riv. pen.*, 1907, I, p. 416.
- SVENDIREN, Ö., *Alternatives to Imprisonment in England and Wales, Germany and Turkey. A Comparative Study*, Springer, 2009.
- SYLOS LABINI, E., *Richiesta di messa alla prova in seguito a opposizione a decreto penale: la competenza è del giudice per le indagini preliminari*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2017.
- TABASCO, G., *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. Pen. (web)*, n. 1, 2015, p. 1 ss.
- TAMBURINO, G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.
- TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, 18^a ed., Giappichelli, 2017.
- TRAPELLA, F., BARDELLE, F., *Il protocollo rodigino sulla messa alla prova per adulti*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3339 ss.
- TRENCZEK, T., *Victim-Offender Mediation in Germany – ADR under the Shadow of the Criminal Law?*, in *Bond Law Review*, 2001, Vol. 13, iss. 2, p. 2 ss.
- TRIGGIANI, N., *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in TRIGGIANI, N., (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, 2014, p. 13 ss.
- *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, p. 137 ss.
- TROISFONTAINES, P., *Le ministre de la Justice peut-il adresser aux magistrats des parquets des injonctions négatives à caractère général?*, in *Annales de Droit de Liège*, 1983, p. 23 ss.
- TULKENS, F., VAN DE KERCHOVE, M., CARTUYVELS, Y., GUILLAIN, C., *Introduction au droit pénal*, Wolters Kluwer, 2014.
- UBERTIS, G., voce *Sospensione del processo penale*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, 1997, p. 940 ss.
- *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2, p. 1 ss.
- VAIRA, L., *La mediazione penale in Belgio*, in PISAPIA, G., (a cura di), *Prassi e teoria della mediazione*, CEDAM, 2000, p. 111 ss.
- VAN CAMP, T., DE SOUTER, V., *Restorative justice in Belgium*, in MIERS, D., AERTSEN, I., (a cura di), *Regulating Restorative Justice. A comparative study of legislative provision in European countries*, COST, 2012.
- VAN DE KERCHOVE, M., *Médiation pénale et travail d'intérêt general. Réflexions et commentaires relatifs aux lois du 10 février 1994*, in *Journal des tribunaux*, 1995, p. 61 ss.

- VAN DER WYNGAERT, C., (a cura di), *Criminal Procedure Systems in the European Community*, Butterworths, 1993.
- VANDERMEERSCH, D., *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, La Chartre, 2012;
 – *L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation*, in CADELLI, M., MOREAU, T., (a cura di), *La loi «pot-pourri II»: un recul de civilisation?* Anthemis, 2016.
- VOLK, K., *Sulla riforma del Pubblico Ministero*, in 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*”, in *Arch. pen.*, 1995, p. 377 ss.
- VIGANO', F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3, 2013, p. 1300 ss.
 – *Retroattività della legge penale più favorevole*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013.
- VIGONI, D., *Codice della giustizia penale minorile. Il minore autore di reato. Raccolta normativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, 2005.
 – *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Giuffrè, 2011.
- WALTHER, S., *Reparation and Criminal Justice: can they be Integrated?*, in 30 *Isr. L. Rev.*, 136, 1996, p.320 ss.
 – *Reparation in the German Criminal Justice System: What is, and What remains to be done*, in *International Review of Criminology*, 2000, vol. 7, p. 265 ss.
- WEBER, M.M., *Esercizio dell'azione penale: caratteristiche ed ambiguità dell'obbligatorietà dell'azione e dell'indipendenza del pubblico ministero in Germania*, in 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*”, in *Arch. pen.*, 1995, p. 363 ss.
 – *Organizzazione e funzionamento dell'ufficio del pubblico ministero tedesco*, in 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*”, in *Arch. pen.*, 1995, p. 370 ss.
- WEIGEND, T., (e altri), *Sentencing and Punishment in Germany*; in: TONRY, M., FRASE, R.S., (a cura di), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford University Press, 2001, p. 211 ss.
- ZACCARO, G., *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *Quest. Giust. (web)*, 29 aprile 2014, p. 1 ss.
 – *Prima applicazione della messa alla prova per adulti*, in *Quest. giust. (web)*, 22 maggio 2014.
 – *No alla “messa alla prova” in Cassazione*, in *Quest. giust. (web)*, 24 settembre 2014.
- ZAHNER, A.M., KLEES, O., *Observations a Cass. 7 novembre 2001*, in *Journal de Tribunaux*, 2001, cit. p. 923.

Giurisprudenza:

Corte Costituzionale:

Corte cost., 12 giugno 1985, n. 185.

Corte cost., sent. 31 maggio 1990, n. 277, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1673 ss.

Corte cost., sent. 29 settembre 1990, n. 412, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2505 ss.

Corte cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1254 ss.

Corte cost., sent. 5-14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, p. 972 ss.

Corte Cost., 4 aprile 2008, n. 85, in *Giur. cost.*, 2008, II, 1032 ss.

Corte cost., 22 luglio 2011 n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 23 luglio 2011.

Corte cost., n. 32 del 12 febbraio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2014.

Corte cost., 31 marzo – 4 aprile 2015, n. 49, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2200 ss.

Corte cost., sent. n. 240 del 7 ottobre 2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1482 ss.

Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 201, in *Dir. pen. cont.*, 24 luglio 2016.

Corte cost., ord. 23 gennaio 2017, n. 24, in *Dir. Pen. cont.*, 30 gennaio 2017.

Corte cost., 11 gennaio 2017, n. 54, in *Dir. pen. cont.*, 15 marzo 2017

Corte cost., 24 maggio 2017, n. 240, in *Dir. Pen. cont.*, 18 settembre 2017.

Corte cost., sent. 6 febbraio 2018, n. 41, in *Giur. pen. (Web)*, 2018, n. 3.

Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 91, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2018.

Corte cost., sent. 21 marzo 2018, n. 141.

Corte di cassazione:

Cass., Sez. I, n. 5399 del 23 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1990, VI, p. 167.

Cass., Sez. I, 6 maggio 1991, G., in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 981.

Cass., Sez. Un., n. 5 del 25 marzo 1993, *Carlea*, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 575 ss.

Cass, sez. VI, 14 settembre 1994, *Chiodanza*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 844

Cass., sez. V, n. 1600 del 7 aprile 1997, in *Riv. pen.*, 1998, p. 122.

Cass., Sez. I, n. 5262 del 25 settembre 2000, in *Cass. pen.*, 2002, 1701 ss.

Cass, sez. II, n. 2879 del 4 novembre 2003, in *Giust. pen.*, 2005, III, p. 309.

Cass., Sez. V, n. 25155 del 15 febbraio 2005, in *C.E.D. Cass.*, n. 231896.

Cass., Sez. V, n. 21181 del 9 maggio 2006, in *C.E.D. Cass.* n. 234206.

Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, *Di Paola*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2531.

Cass., Sez. Un., n. 38834 del 10 luglio 2008, *De Maio*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1392 ss.

Cass., Sez. II, n. 3227325 maggio 2010, in *C.E.D. Cass.* n. 248409.

Cass., Sez. II, n. 28225 dell'8 luglio 2010, in *C. E.D. Cass.* n. 248209.

Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2010, *F. ed altri*, in *C.E.D. Cass.* n. 248792.

Cass., Sez. VI, n. 29815 del 24 aprile 2012, in *C.E.D. Cass.* n. 253173.

Cass., Sez. VI, n. 48765 del 6 dicembre 2012, in *C.E.D. Cass.*, n. 254104.

Cass., Sez. III, n. 41138 del 7 ottobre 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2581.

Cass., Sez. II, n. 6618 del 21 gennaio 2014, in *C.E.D. Cass.* n. 258275.

Cass., Sez. IV, n. 30559 del 9 luglio 2014, in *Cass. pen.*, 2014.

Cass., Sez. Un. pen., n. 44895 del 17 luglio 2014, in *Quest. giust. (web)*, 18 novembre 2014.

Cass., Sez. fer., n. 35717 del 31 luglio 2014, in *Guida dir.*, 2014, n. 37, p. 71 ss.

Cass., Sez. fer., n. 42318 del 9 settembre 2014, in *Banca Dati Dejure*.

Cass., Sez. VI, n. 47587 del 22 ottobre 2014, in *C.E.D. Cass.* n. 261255.

Cass., Sez. II, n. 33461 del 14 luglio 2014, in *C.E.D. cass.* n. 264154.

Cass., Sez. II, n. 48025 del 4 novembre 2014, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1142.

Cass., sez. VI, n. 6483 del 9 dicembre 2014, in *C.E.D. cass.* n. 26234.

Cass., Sez. II, n. 18265 del 16 gennaio 2015, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 6, p. 96 ss.

Cass., sez. II, n. 14112 del 12 marzo 2015, in *Dir. pen. cont.*, 20 maggio 2015.

Cass., Sez. III, n. 22104 14 aprile 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 263666.

Cass., Sez. III, n. 27071 del 24 aprile 2015, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4543 ss.

Cass., Sez. II, n. 20602 del 6 maggio 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 263787.

Cass., Sez. V, n. 25566 del 3 giugno 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 264061.

Cass., Sez. V. n. 24011 del 4 giugno 2015, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, p. 78.

Cass., Sez. II, n. 40397 del 12 giugno 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 264574.

Cass., Sez. VI, n. 36687 del 30 giugno 2015, in *C.E.D. cass.* n. 264045.

Cass., sez. IV, n. 32787 del 10 luglio 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264325.

Cass., sez. II, n. 33461 del 14 luglio 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264154.

Cass., Sez. II, n. 26761 del 9 settembre 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264221.

Cass., Sez. IV, n. 40069 del 17 settembre 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 264819.

Cass. Sez. VI, n. 46795 del 6 ottobre 2015, in, Crocitti, in *C.E.D. Cass.* n. 265484.

Cass., Sez. III, n. 47039 dell'8 ottobre 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 26544.

Cass., Sez. II, n. 18265 del 16 ottobre 2015, in *C.E.D. Cass.* n. 263792.

Cass., Sez. IV, n. 4527 del 20 ottobre 2015, in *Arch. pen. (web)*, 2016, n. 1.

Cass., Sez. V, n. 4586 del 20 ottobre 2015, in *C.E.D. Cass.*, n. 265627.

Cass., Sez. Un., n. 13618 del 25 febbraio 2016, in *C.E.D. Cass.* n. 266589 ss.

Cass., Sez. II, n. 12305 del 23 marzo 2016, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 139 ss.

Cass., Sez. Un., n. 36272 del 31 marzo 2016, Sorcinelli, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4334 ss.

Cass., Sez. Un., n. 33216 del 31 marzo 2016, Rigacci, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4371 ss.

Cass., Sez. III, n. 14750 dell'11 aprile 2016, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2931 ss.

Cass., Sez. Un., n. 31617 del 26 giugno 2015, Lucci, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 31 ss.

Cass., Sez. V, n. 4610 del 3 febbraio 2016, in *Giur. pen. web.*, 19 marzo 2016.

Cass., Sez. I, n. 25867 del 22 giugno 2016, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1152 ss.

Cass., Sez. IV, n. 29639 del 23 giugno 2016, in *Quest. giust. (web)*, 27 luglio 2016.

Cass., Sez. IV, n. 43874 del 6 ottobre 2016, in *C.E.D. Cass.*, n. 267926.

Cass., Sez. I, n. 21324 del 2 febbraio 2017, in *Proc. pen. e giust.*, 2017, p. 592 ss.
Cass., Sez. III, n. 34537 del 21 aprile 2017, in *Diritto & Giustizia*, 2017, fasc. 124, p. 29 ss.
Cass., Sez. V, n. 43958 del 12 maggio 2017, in *C.E.D. Cass.* n. 271610.
Cass., Sez. III, n. 39455 del 28 agosto 2017, in *Urb. e app.*, 2018, n. 2, p. 266 ss.
Cass., Sez. V, n. 57506 del 24 novembre 2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 271875.
Cass., Sez. I, n. 7955 del 7 dicembre 2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 272409.
Cass., Sez. V, n. 9398 del 21 dicembre 2017, in *C.E.D. Cass.*, n. 272570.
Cass., Sez. VI, n. 7909 del 9 febbraio 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 272236.
Cass., Sez. III, n. 29622 del 15 febbraio 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 273174.
Cass., Sez. III, n. 16711 del 16 febbraio 2018, in *C.E.D. Cass.*, n. 272556.

Corte di Giustizia dell'Unione europea:

Corte Giust. EU, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C-42/17, in curia.europa.eu.

Corte europea dei diritti dell'uomo:

Corte e.d.u., Sez. II, 22 giugno 2000, *Coëme e a. c. Belgio*.

Corte e.d.u., Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Rass. pen. e crim.*, 2009, p. 175

Corte e.d.u., Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 832 ss.

Corte e.d.u., Sez. XII, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*.

Corte e.d.u., Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*.

Corte e.d.u., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, in *Cass. pen.*, 2014, 1392 ss.

Corte e.d.u., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia*.

Corte e.d.u., Sez. III, 8 luglio 2014, *Biagioli c. San Marino*.

Corti di merito:

Trib. Min. Roma, ord. 12 marzo 1990, in *Gazzetta Ufficiale*, n. 19, 1° serie speciale, 9 maggio 1990.

Corte app. Caltanissetta, Sez. min., 27 marzo 1990, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 544.

Corte app. Caltanissetta, Sez. min., 6 aprile 1991, S., in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 442.

G.i.p. Trib. Milano, 23 marzo 2004, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3789 ss.

Trib. di Milano, 25 giugno 2005, in *Foro ambr.*, 2005, n. 2, p. 198.

Trib. di Torino, ord. 21 maggio 2014, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2014.

Trib. di Brindisi, ord. 11 giugno 2014, in *Arch. pen. (web)*, 2014.

Trib. di Torino, ord. 28 ottobre 2014, in *Gazz. Uff.*, 1° Serie Speciale – Corte costituzionale, n. 5 del 4 febbraio 2015, p. 16 ss.

Trib. di Brindisi, ord. 17 dicembre 2014, in *Arch. pen. (web)*, 2015.

Trib. di Milano, ord. 28 aprile 2015, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2015.

Trib. di Firenze, ord. 18 novembre 2016, in *Giur. pen. (web)*, 6 aprile 2017.

Trib. di Milano, ord. 27 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2017.

Trib. di Palermo, Sez. III, ord. 19 marzo 2018, in *Giur. pen. (web)*, 21 giugno 2018.