

LA CONSULTA 'SALVA' LA MESSA ALLA PROVA: L'ONERE DI UNA INTERPRETAZIONE 'CONVENZIONALMENTE' ORIENTATA PER IL GIUDICE NAZIONALE

Nota a [Corte cost., 21 febbraio \(dep. 17 aprile 2018\),
n. 91, Pres. e Red. Lattanzi](#)

di Raffaele Muzzica

Abstract. La sentenza 21 febbraio 2018, n. 91 della Corte costituzionale rappresenta l'ultimo e più incisivo avallo costituzionale nei confronti della sospensione del processo con messa alla prova. Nel dichiarare infondata la questione dell'illegittimità della sospensione del processo con messa alla prova – in quanto “pena senza condanna” applicata in violazione della presunzione di non colpevolezza, secondo il giudice remittente – la Corte costituzionale sottolinea il carattere fondante del consenso dell'imputato nella struttura dell'istituto, desumendo da ciò una natura non stricto sensu penale del programma di trattamento. Sembra profilarsi, in capo al giudice di merito, l'oneroso compito di bilanciare le affermazioni della Corte costituzionale con la concezione autonomista di pena ex art. 7 CEDU sostenuta dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel cui alveo sembrano rientrare le misure connesse alla probation.

SOMMARIO: 1. Breve *excursus* sulle pronunce della Corte costituzionale in tema di sospensione del processo con messa alla prova. – 2. La sentenza 91 del 2018: un definitivo 'accreditamento' costituzionale? – 3. Ancora dubbi di legittimità costituzionale su una “pena senza condanna”: il rischio di un nuovo caso Varvara. – 4. Una proposta interpretativa convenzionalmente orientata. – 5. Conclusioni.

1. Breve *excursus* sulle pronunce della Corte costituzionale in tema di sospensione del processo con messa alla prova.

L'istituto della sospensione del processo con messa alla prova rappresenta, indubbiamente, una delle più importanti scommesse su cui il legislatore penale ha “puntato” negli ultimi anni, al fine di risolvere, almeno in parte, problemi annosi della penalità, quali l'eccessivo utilizzo della pena detentiva, l'irragionevole durata dei

processi, l'ineffettività della sanzione penale, la sistematizzazione delle istanze della giustizia riparativa¹.

La rilevanza, teorica e pratica, dell'istituto emerge nettamente dall'analisi dell'enorme mole di produzione dottrina² e giurisprudenziale³ stratificatasi nei soli quattro anni di vigenza dell'istituto.

Altresì i dati statistici⁴ dimostrano la forte diffusione della sospensione del processo con messa alla prova nelle aule di giustizia: dato, questo, che ha indubbiamente rappresentato il principale propellente per le molteplici questioni di legittimità costituzionale⁵ che hanno attinto l'istituto nell'arco di soli quattro anni.

La Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondate alcune questioni, come quelle relativa all'applicazione retroattiva della sospensione ai giudizi in corso. Nella sent. 26 novembre 2015, n. 240⁶ la Consulta, pronunciandosi per la prima volta sul

¹ Per alcune perplessità sul punto, sia consentito rinviare a R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 158 ss.

² Tra i molti, cfr. V. BOVE, [Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della l. 67/2014](#), in questa Rivista, 25 giugno 2014; 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. proc.*, 2014, 674 ss.; L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen.*, 2015, 1755 ss.; R. BARTOLI, [La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova](#), in questa Rivista, 9 dicembre 2015; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in [www.archiviopenale.it](#); P. TRONCONE, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Roma, 2017; A. NAPPI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in [www.lalegislazionepenale.eu](#); V. MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017; C. CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016, 1005 ss.

³ Al di là delle innumerevoli pronunce di merito, si sottolinea che le Sezioni unite si sono già pronunciate due volte sull'istituto. Cfr. Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, Sorcinelli, che si sono espresse sulla non computabilità delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione del limite edittale dell'istituto e Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 33216, Rigacci, sulla non immediata ricorribilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione alla sospensione. Per un commento a tale ultima decisione si rinvia a I. GUERINI, [In claris \(non\) fit interpretatio? Le Sezioni unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova](#), in questa Rivista, 15 novembre 2016.

⁴ Liberamente consultabili su [www.giustizia.it](#), dai quali si desume un trend in costante crescita: al 30 aprile 2017 le indagini esplorative per la concessione della sospensione erano 12.862 mentre i processi sospesi 9.782. Al 30 novembre 2016 le indagini esplorative per la concessione della sospensione del processo con messa alla prova erano 11.708 mentre i processi attualmente sospesi erano 9.046. Esattamente l'anno precedente, al 30 novembre 2015, le indagini per messa alla prova erano 9.416 ed i processi sospesi 6.234.

⁵ Sulle quali, da ultimo, G. LEO, [La Corte costituzionale ricostruisce ed 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova](#), in questa Rivista, 7 maggio 2018; cfr., inoltre, P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di M. Daniele – P. P. Paulesu, 2015, 183; J. DELLA TORRE, [I dubbi di legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale](#), in questa Rivista, 11 febbraio 2016.

⁶ Corte cost., sent. 7 ottobre 2015, n. 240, in *Cass. pen.*, 2016, 1482 s., con nota di J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*; cfr. F. CENTORAME, *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: "pollice verso" della Consulta*, in *Cass. pen.*, 9, 2016, 3236 ss.; F. MARTELLA, [Messa alla prova "per adulti": la questione della \(assenza di\) disciplina intertemporale](#), nota a Cass., Sez. Fer., 31 luglio 2014, n. 35717, in questa Rivista, 15 aprile 2015; per una lettura critica dell'orientamento avallato dalla Corte costituzionale, sia consentito rinviare a R. MUZZICA, *Sospensione*

nuovo istituto, ha dichiarato infondate le censure mosse all'applicazione del *tempus regit actum* nella risoluzione dei problemi intertemporali della messa alla prova, confermando l'orientamento di legittimità fino ad allora largamente prevalente, secondo il quale la sospensione del processo con messa alla prova doveva ritenersi inapplicabile nei giudizi in corso per i quali fossero già superate le preclusioni processuali previste dalla legge.

Analogamente la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 54 del 2017⁷, ha dichiarato manifestamente infondate le questioni sollevate dal Tribunale di Prato con un'ordinanza in cui si censurava, sotto il profilo della violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e del finalismo rieducativo *ex art. 27 Cost.*, l'indeterminata e vaga formulazione dell'art. 168-bis del codice penale in ordine alle concrete modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità, ritenendo non specificato né il termine di durata massima, né il soggetto che doveva determinarla né, tantomeno, i parametri in base ai quali tale durata doveva essere determinata.

Secondo il giudice remittente, inoltre, l'art. 168-bis c.p. si poneva in contrasto con l'art. 3 Cost., perché riconosceva la possibilità della sospensione con messa alla prova per un numero cospicuo di reati tra loro molto diversi, senza un apparente criterio unificante se non quello legislativo di tipo estrinseco.

La Corte, nell'ordinanza sopra citata, ha ritenuto che la limitazione dell'ambito applicativo dell'istituto a determinate ipotesi di reato non appare una scelta manifestamente irragionevole da parte del legislatore, stante la natura ibrida dell'istituto, a metà tra diritto sostanziale e processuale. Inoltre, la Consulta sottolinea che la disciplina positiva consegna al giudice una valutazione discrezionale ed individualizzata – che pone ancor di più l'istituto al riparo dalle censure *ex art. 3 Cost.* – tanto in relazione all'ammissibilità della richiesta quanto in relazione ai contenuti del programma di trattamento.

La Corte ha osservato, in proposito, che il modulo procedimentale disciplinato dalla legge è funzionalmente configurato a disciplinare un ampio novero di situazioni concrete, alla cui varietà, d'altra parte, l'ordinamento reagisce garantendo margini cospicui di individualizzazione del trattamento.

Con la medesima ordinanza 54/2017, inoltre, la Corte ha dichiarato altresì infondata la questione di legittimità relativa alla mancata predefinizione legislativa della durata del lavoro di pubblica utilità, attribuendo all'art. 464-*quater*, comma 5, c.p.p. il ruolo di fissare indirettamente tale durata.

In mancanza di una sua diversa determinazione, infatti, la durata del lavoro di pubblica utilità corrisponde necessariamente alla durata della sospensione del procedimento, la quale non può essere superiore a due anni (reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) o ad un anno (reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria): è infatti dopo la fine della

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, 4, 1432 ss.

⁷ Corte cost., ord. 10 marzo 2017, n. 54, Pres. Grossi, Rel. Lattanzi, 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](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 292 ss.

sospensione, e dunque della misura, che il giudice valuta l'esito della messa alla prova. Quanto poi ai criteri per la determinazione in concreto del tempo del lavoro di pubblica utilità, si tratta evidentemente di quelli indicati all'art. 133 c.p.

L'acclarata determinatezza della durata della sospensione e del correlato programma di trattamento rendono, secondo la Corte costituzionale, infondata altresì la questione di compatibilità con il finalismo rieducativo imposto dalla Costituzione ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost.

Infine, in maniera forse troppo rapida, la Corte costituzionale nell'ordinanza 54/2017 giudica non pertinente il riferimento all'art. 24 Cost. come parametro di illegittimità costituzionale, ritenendo che l'eventuale indeterminatezza normativa del trattamento, in cui consiste il programma di messa alla prova, atterrebbe al profilo sostanziale e non a quello processuale dell'istituto in questione, e in particolare al diritto di difesa, che non è in alcun modo pregiudicato dalla norma censurata.

Altre questioni, invece, come quelle sollevate dal Trib. Grosseto, con ord. 10 marzo 2015, sono state invece dichiarate manifestamente inammissibili dalla Corte costituzionale, con ordinanza n. 237 del 21 settembre 2016, per omessa o insufficiente descrizione della fattispecie concreta, che ha indotto la Corte a ritenere irrilevante la questione.

Ancora, la Corte costituzionale con ordinanza n. 19 del 7 dicembre 2017⁸ ha dichiarato inammissibile, perché motivata *per relationem*, la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 34, comma 2, del codice di procedura penale, in relazione alla legge 28 aprile 2014, n. 67, sollevata dal Trib. Firenze con ord. 19 maggio 2015, M.F.

La Corte costituzionale nella più volte citata ordinanza n. 54 del 2017, contestualmente alla declaratoria di manifesta infondatezza relativa alle questioni attinenti all'art. 168-bis c.p., ha altresì dichiarato manifestamente inammissibili le medesime questioni sollevate dal Tribunale di Prato con ordinanza 21 aprile 2015 con riferimento all'art. 464-bis e ss. c.p.p., perché sollevate in modo generico, indicando le norme censurate con l'espressione "e seguenti", senza esprimere le ragioni della loro denunciata illegittimità costituzionale.

Non sono tuttavia mancate le decisioni di accoglimento, come quella sollevata dal Trib. Savona, con ord. 3 giugno 2015, Pisati, in accoglimento della quale la Corte costituzionale con sentenza 6 luglio 2016, n. 201 ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 460 c.p.p., nella parte in cui non imponeva che il decreto penale contenesse l'avviso della possibilità, in sede di opposizione, di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova. Questioni di legittimità in parte analoghe sono state sollevate anche con riguardo al provvedimento di giudizio immediato e con riguardo al decreto di citazione diretta a giudizio, ma con ord. 18 gennaio 2018, n. 7, e con ord. 7 febbraio 2018, n. 85, la Corte ha dichiarato le due questioni inammissibili, per gravi vizi della motivazione in punto di rilevanza.

⁸ Su cui cfr. E. ANDOLFATTO, [Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 289 ss.

Dal breve *excursus* finora compiuto emerge, dunque, un orientamento interpretativo della Corte costituzionale decisamente conservativo nei confronti dell'istituto della messa alla prova.

2. La sentenza 91 del 2018: un definitivo 'accreditamento' costituzionale?

Nonostante la sopra citata produzione giurisprudenziale, la sentenza in commento rappresenta l'arresto sino ad ora più rilevante in tema di sospensione del processo con messa alla prova.

A differenza delle precedenti pronunce, in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in relazione a singoli aspetti, pur importanti, del funzionamento dell'istituto, con tale sentenza il Giudice delle leggi si è pronunciato in relazione al nucleo fondamentale della messa alla prova, con particolare riguardo al rapporto dell'istituto con il principio della presunzione di innocenza, da sempre "convitato di pietra" nelle questioni attinenti alla sospensione del processo con messa alla prova.

D'altronde, una presa di posizione più decisa da parte della Corte costituzionale era necessitata altresì dal fatto che essa era chiamata a pronunciarsi su questioni già in precedenza dichiarate inammissibili per un difetto di motivazione della loro rilevanza nel procedimento principale (ord. n. 237 del 2016). Non a caso, questa volta il giudice remittente enuncia minuziosamente i presupposti di rilevanza delle medesime questioni ed il relativo stato del procedimento, "costringendo" la Corte ad una pronuncia densa e motivata nel merito delle questioni.

Secondo il rimettente, gli artt. 464-*quater* e 464-*quinqüies* c.p.p. si porrebbero in contrasto con la presunzione di non colpevolezza, sancita dall'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto legittimerebbero l'applicazione di sanzioni penali – tale è la qualificazione fornita dal giudice *a quo* circa il contenuto del programma di trattamento – senza che risulti pronunciata, né di regola pronunciabile, alcuna condanna definitiva o non definitiva.

D'altronde, sempre secondo il giudice *a quo*, l'irrogazione di qualsiasi sanzione penale, quantunque morfologicamente strutturata in forma alternativa e sostitutiva rispetto alle ordinarie sanzioni (pecuniarie e/o detentive) previste dal codice penale, «postula l'indefettibile presupposto del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato in relazione» al reato contestato. Tale convincimento non sussisterebbe nel funzionamento della sospensione del processo con messa alla prova.

Anticipando, in parte, le argomentazioni della Corte costituzionale, il giudice *a quo* censura altresì il comma 4 dell'art. 464-*ter* c.p.p. – «nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione meramente potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale recante modificazione o integrazione del programma di trattamento» – perché contrasterebbe con il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), con le direttive del giusto processo (comma 2 dell'art. 111 Cost.), finanche con il principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

Le suddette questioni di legittimità costituzionale rappresentano – tra le altre, pure sollevate dal giudice remittente⁹ – una critica all’essenza stessa della sospensione del processo con messa alla prova, il che ha indotto la Corte ad una disamina prioritaria e approfondita della *ratio* dell’istituto e del suo funzionamento sistematico.

Con la sentenza n. 91 del 2018 la Corte costituzionale ha cura di sottolineare il carattere innovativo della sospensione del processo con messa alla prova, espressione di «un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio»¹⁰.

L’istituto, infatti, che affonda le radici nel modello anglosassone della *probation*¹¹, inverte l’ordinaria sequenza tra cognizione ed esecuzione al fine di incentivare la risocializzazione del presunto reo senza pervenire all’applicazione di una pena, per quanto concordata (a differenza di quanto accade nel patteggiamento, in cui il negozio processuale porta all’applicazione di una pena tradizionale nei confronti dell’imputato, su consenso delle parti).

Come riconosciuto dalla Corte, infatti «se è vero che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca un’attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell’imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un’eventuale condanna»¹².

La Corte costituzionale, dunque, sembra riconoscere alla messa alla prova una spiccata natura sostanziale, quale trattamento alternativo alla pena, pur disciplinata nell’applicazione da norme procedurali che la configurano altresì come eccezione rispetto al rito ordinario. Il prioritario obiettivo politico-criminale che la messa alla prova si prefigge è quello di una diversificazione sanzionatoria per reati di media gravità, in un’ottica più orientata alla funzione rieducativa della pena che alla mera deflazione processuale.

D’altronde, le stesse Sez. Un., 31 marzo 2016 n. 36272, Sorcinelli, più volte citate dalla Corte costituzionale, avevano affermato che la messa alla prova è «*da un lato, nuovo rito speciale, in cui l’imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall’altro, istituto che persegue scopi special-preventivi*

⁹ Con riguardo alle altre questioni sollevate dal giudice *a quo*, la Corte costituzionale nella sentenza 91 del 2018 si pronuncia nuovamente sull’infondatezza della questione relativa all’indeterminatezza, censurata *ex art. 25 co. 2 Cost.*, delle prescrizioni e dei contenuti del programma di trattamento, richiamando il proprio precedente dell’ordinanza 54 del 2017. Pertanto, la Corte costituzionale conferma che la durata del lavoro di pubblica utilità, nonché dell’affidamento in prova al servizio sociale, deve essere contenuta entro il termine di durata fissato per la sospensione del procedimento, la cui conclusione segna inevitabilmente e logicamente quella della misura di prova. Analogamente, la Corte ritiene sufficientemente determinato il quadro normativo relativo al programma di trattamento, che per la sua natura special-preventiva e risocializzante può essere determinato legislativamente solo in via generale, attraverso l’indicazione dei tipi di condotta che ne possono formare oggetto, rimettendone la specificazione all’ufficio di esecuzione penale esterna e al giudice, con il consenso dell’imputato.

¹⁰ Corte cost., sent. 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 91, Pres. e Red. Lattanzi, p. 13, richiamando testualmente Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272.

¹¹ C. CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 1005 ss.

¹² Corte cost., sent. 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 91, Pres. e Red. Lattanzi, p. 12.

in una fase anticipata, in cui viene “infranta” la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto. (...) In considerazione delle finalità special-preventive perseguite dall’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione, risulta pertanto plausibile una sua applicazione anche a reati ritenuti astrattamente gravi».

La Corte costituzionale argomenta gran parte del suo ragionamento attraverso un pedissequo richiamo alla propria giurisprudenza in tema di patteggiamento, mediante un’applicazione analogica dei medesimi principi ritenuta dalla Corte, in verità, di per sé bastevole a “salvare” la sospensione del processo dalla scure della declaratoria di illegittimità.

Tuttavia la Corte opera un acuto distinguo, che rappresenta il punto nodale della sentenza.

Infatti, la disamina della *ratio* dell’istituto permette alla Corte costituzionale di osservare che il programma di trattamento non è una sanzione penale, eseguibile coattivamente nei confronti dell’imputato (e pertanto che l’ordinanza di sospensione del processo non è un titolo provvisoriamente esecutivo emesso nei confronti dell’imputato); piuttosto la Corte evidenzia che la messa alla prova dà luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza da parte dell’imputato, il quale può liberamente sottrarsi alle prescrizioni imposte, con l’unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso.

La sospensione del procedimento con messa alla prova può dunque ben essere assimilata all’applicazione della pena su richiesta delle parti, perché entrambi i riti speciali si basano sulla volontà dell’imputato che, non contestando l’accusa, in un caso si sottopone al trattamento e nell’altro accetta una vera e propria pena. Tuttavia la Corte sottolinea che l’assimilazione tra i due istituti non è piena, dal momento che la sentenza di patteggiamento costituisce un titolo esecutivo per l’applicazione di una sanzione tipicamente penale, mentre l’ordinanza che dispone la sospensione del processo e ammette l’imputato alla prova non costituisce, lo si ribadisce, un titolo per dare esecuzione coattiva alle relative prescrizioni.

La Corte evidenzia – in ciò corroborando l’infondatezza della questione sollevata dal giudice remittente in relazione al consenso come “condizione potestativa” dell’istituto – che il consenso dell’accusato, pur fondamentale, non è unico requisito della messa alla prova: il controllo giudiziale ai sensi dell’art. 129 c.p.p. è comunque elemento coesistente che si estrinseca attraverso una cognizione, per quanto incidentale e sommaria, preposta ad evitare l’ammissione all’istituto quando risulti che il fatto non sussiste o che l’imputato non l’ha commesso.

La mancanza di un riconoscimento di colpevolezza dell’imputato, logicamente concatenata alla natura non strettamente penale attribuita al programma di trattamento, rappresenta l’argomento fondamentale adoperato dalla Corte costituzionale per considerare l’istituto della messa alla prova immune da censure di incostituzionalità e, segnatamente, non in contrasto con l’articolo 27 co. 2 Cost., nella parte in cui sancisce la presunzione di non colpevolezza dell’imputato fino a sentenza definitiva.

3. Ancora dubbi di legittimità costituzionale su una “pena senza condanna”: il rischio di un nuovo caso *Varvara*.

La qualificazione del programma di trattamento come insieme di prescrizioni non afferenti al concetto di “pena”, in virtù del loro fondamento prevalentemente consensualistico, rappresenta, lo si ribadisce, l’argomento fondamentale della sentenza 91 del 2018.

Tuttavia, esso non sembra del tutto conforme alla giurisprudenza consolidata della Corte Europea dei diritti dell’uomo e, dunque, attraverso tale norma interposta, all’art. 117 co. 1 Cost.

Come è noto, infatti, la giurisprudenza della Corte EDU, valorizzando criteri sostanziali di interpretazione al fine di evitare cd. “truffe delle etichette” da parte degli Stati parte della Convenzione, si emancipa dai rigidi formalismi del *nomen juris* o della collocazione sistematica quando si tratta di tutelare i diritti fondamentali dell’individuo.

Infatti, ai fini dell’individuazione della materia penale e delle connesse garanzie, in primo luogo quella rappresentata dall’art. 7 CEDU, la Corte EDU, con la sentenza Engel¹³ poi sostanzialmente confermata dalla giurisprudenza a seguire, ha adottato una nozione sostanziale di ‘materia penale’ e di pena, autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni¹⁴.

La Corte di Strasburgo, con orientamento ormai assolutamente consolidato, ha al riguardo enucleato tre distinti criteri, alternativi e non cumulativi, al fine di ritenere effettivamente penale una determinata sanzione: la qualificazione dell’illecito secondo l’ordinamento nazionale; la natura dell’infrazione e la sua funzione; la natura, la gravità e lo scopo della sanzione¹⁵.

Alla luce dei suddetti criteri, appare innegabile la corrispondenza tra il programma contenutistico della messa alla prova con il concetto di pena *ex* art. 7 CEDU.

Il programma di trattamento, per quanto elaborato dall’UEPE, può essere modificato dal giudice penale, è da questi approvato come congrua reazione ordinamentale nei confronti di un reato e viene valutato nei suoi esiti concreti sempre dall’autorità giudiziaria penale nella tipica prospettiva individualizzante e special-preventiva indicata dall’art. 27 comma 3 Cost. Infatti il programma di trattamento consegue alla commissione di un illecito penale – sebbene non accertata attraverso una cognizione piena del giudice di merito – ovvero della violazione di un precetto di portata generale a tutela di interessi, più o meno mediatamente, della collettività: ricorrono,

¹³ Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, n. 5100/71, 8 giugno 1976; Corte E.D.U., 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito e Corte E.D.U., 8 giugno 1995, Jamil c. Francia.

¹⁴ Cfr., per tutti, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

¹⁵ Sul punto, cfr., altresì P. TRONCONE, *op. cit.*, 105.

dunque, entrambi i parametri valorizzati dalla giurisprudenza della Corte EDU nell'applicazione del criterio della natura dell'infrazione¹⁶.

Altresì il parametro della gravità della sanzione appare perfettamente concretizzato nel caso di specie, dal momento che i meccanismi — effettivi, simbolici o vicari — di riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il lavoro di pubblica utilità e, complessivamente, tutte le forme non strettamente riducibili al risarcimento del danno con funzione compensatoria potenzialmente prevedibili nel programma di trattamento involgono incisivamente la sfera giuridica del singolo e, direttamente o di riflesso, la sua libertà personale.

Anche il parametro della natura della sanzione, che secondo la dottrina ha assunto con il trascorrere del tempo un carattere centrale nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁷, appare perfettamente rispettato nel caso di specie, dal momento che la finalità della messa alla prova, oltre ad una componente riparativa, presenta indubbie tensioni special-preventive e general-preventive, finalizzate alla tutela di beni giuridici, come riconosciuto dalle stesse Sezioni unite Sorcinelli richiamate dalla Corte costituzionale; senza tralasciare che il programma di trattamento è suscettibile di presentare un palese contenuto afflittivo, in ogni caso tendente ad infliggere la limitazione di un diritto o un bene giuridico del reo.

Lo stesso art. 168-bis co. 2 c.p. — benché considerato, in ben due pronunce della Corte costituzionale, perfettamente rispettoso del canone di determinatezza ai sensi dell'art. 25 co. 2 Cost. — contempla la possibilità di prescrizioni attinenti ai rapporti con i servizi sociali o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. Per giunta, secondo una parte della dottrina, l'elencazione delle prescrizioni di cui all'art. 168-bis c.p. è considerata meramente esemplificativa e non tassativa, stante l'espressione “tra l'altro” contenuta nella norma¹⁸.

Anche volendo prescindere dalla natura penale o meno di tali prescrizioni, non sembrano infondati i dubbi di legittimità derivanti dal confronto con l'ordinamento CEDU di una disciplina del programma di trattamento involgente prescrizioni di questo tipo: è nota la sempre maggiore sensibilità della Corte di Strasburgo verso misure penali, o anche genericamente preventive, che non siano predeterminate in maniera espressa e chiara dall'ordinamento, onde garantirne la prevedibilità della loro applicazione ed il rispetto del giusto equilibrio tra l'interesse pubblico, da un lato, e i diritti della persona, dall'altro¹⁹.

¹⁶ Corte EDU, sentenza del 22 maggio 1990, Weber c. Svizzera; Corte EDU, sentenza del 27 agosto 1991, Demicoli c. Malta; Corte EDU, sentenza del 22 febbraio 1996, Putz c. Austria; Corte EDU, sentenza del 30 maggio 2006, Matyjek c. Polonia.

¹⁷ F. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte Europea; le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.

¹⁸ F. FIORENTIN, *Volontariato quale forma di “riparazione sociale”*, in *Guida al diritto*, 2014, 21, 78.

¹⁹ Ci si riferisce al famoso caso De Tommaso c. Italia in cui la Corte EDU ha condannato l'Italia, in primo luogo, poiché la disciplina dettata dall'art. 1, lett. a) e b) della legge n. 159/2011 consentiva di disporre la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza anche nei casi di c.d. pericolosità generica; in secondo luogo, perché considerava non compatibile con i principi di determinatezza e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie il contenuto di talune prescrizioni che — ai sensi dell'art. 8

Pertanto, le prescrizioni connesse al programma di trattamento non possono essere sottratte alle garanzie che circondano la materia penale; i parametri che vengono in gioco sono quelli schiettamente 'penalistici' della intangibilità della libertà personale di cui all'art. 5 CEDU, del diritto ad un equo processo *volet pénal* di cui all'art. 6 CEDU e della legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU; *a fortiori* ciò vale per prescrizioni che, incidendo sulla libertà di circolazione del reo, violano l'art. 2, Protocollo 4 CEDU, che la ritiene comprimibile soltanto in base ad una legge.

Alla luce di tali indici, dunque, appare possibile ritenere che la sospensione del processo con messa alla prova si sostanzia in un meccanismo che applica una pena a tutti gli effetti, anche se concordata con l'imputato, senza un pieno accertamento di responsabilità penale.

Né il fondamento consensualistico della messa alla prova potrebbe fungere da argomento contrario all'inclusione dell'istituto nel novero delle pene nel senso convenzionale *ex art. 7 CEDU*, dal momento che, in primo luogo, tale dato non elide le considerazioni poc'anzi svolte sulla concretizzazione dei parametri Engel in relazione al programma di trattamento della messa alla prova.

D'altronde, l'esempio del lavoro di pubblica utilità è da questo punto di vista paradigmatico. Sanzione giuridica proteiforme ma considerata penale *ex art. 7 CEDU* per eccellenza, il lavoro di pubblica utilità è sempre veicolato dal consenso dell'imputato/condannato, perché è la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, all'art. 4 co. 2 recita "Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio".

Infine, la dimostrazione dell'irrilevanza del consenso nella qualificazione di una sanzione come penale o meno ai sensi dell'art. 7 CEDU è raggiunta altresì da un ragionamento per assurdo: l'applicazione di pene detentive in virtù di negozi processuali, come il patteggiamento, non per questo sottrae alla pena detentiva in sé il carattere di pena, né la sua intrinseca afflittività, tant'è che nell'ordinamento interno la sentenza di patteggiamento è "equiparata" *ex art. 445 c.p.p.* alla sentenza di condanna.

La sussistenza o meno del consenso dell'imputato/condannato appare, dunque, del tutto irrilevante nella valutazione della natura di pena ai sensi dell'art. 7 CEDU del trattamento connesso alla *probation*.

Se ciò è vero, e dunque il trattamento della messa alla prova – pur considerato come "non-pena" secondo il *nomen juris* interno, avallato dall'autorevole interpretazione della Corte costituzionale – costituisce pena ai sensi dell'art. 7 CEDU, ne deriva che essa non può essere sottratta alle garanzie che presidiano la materia penale: sono rilevanti non solo le conseguenze deducibili in punto di retroattività favorevole²⁰ ma, soprattutto,

del codice antimafia – devono, o possono, essere imposte all'interessato, ritenendo, in particolare, estremamente vaghe quelle di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi". Cfr. A.M. MAUGERI, [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera](#), in questa Rivista, fasc. 3/2017, 15 ss.; F. VIGANÒ, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in questa Rivista, 3 marzo 2017, p. 370 ss.

²⁰ Per più ampie riflessioni sul punto, sia consentito rinviare a 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*,

ai fini che qui interessano, le ricadute applicative concernenti il principio di colpevolezza, che la giurisprudenza CEDU notoriamente enuclea dall'art. 7 della Convenzione²¹.

In ordine all'applicazione di una pena *ex art. 7 CEDU*, qualsivoglia sia la qualificazione interna, secondo i più recenti arresti della giurisprudenza sovranazionale e di legittimità, sviluppatasi prevalentemente in tema di confisca urbanistica in sede di prescrizione²², il giudice di merito deve effettuare un pieno accertamento sulla sussistenza del fatto e sulla responsabilità del reo, quand'anche non contenuto in una formale sentenza di condanna.

Come è noto, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza 29 settembre 2013, *Varvara c. Italia* ha stabilito che le garanzie convenzionali di cui all'articolo 7 CEDU risultano violate dall'applicazione della confisca urbanistica mediante una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione, non essendo ammissibile punire un soggetto dichiarato innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza.

È noto che il principio *Varvara* è stato poi acutamente "temperato" dalla Corte costituzionale nella ormai celebre sentenza n. 49 del 2015.

In tale pronuncia, la Corte costituzionale ha valorizzato il portato sostanzialista della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ritenendo che la dichiarazione di responsabilità, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore, non possa né debba essere letta come sinonimo di "formale sentenza di condanna".

Secondo la Corte costituzionale, infatti «*simili espressioni linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti*»²³.

La Corte, pertanto, chiarisce come «*nell'ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione del reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità*»²⁴.

Tuttavia, in relazione alla confisca urbanistica gli ultimi arresti della Suprema Corte²⁵ inducono il giudice di merito ad "accantonare" la pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* e proseguire *de facto* il processo, al fine di accertare pienamente la sussistenza del fatto e la

in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2017, 1432 ss.

²¹ Corte EDU, sentenza del 20 gennaio 2009, *Sud Fondi e altri c. Italia*. Nella dottrina italiana, cfr. F. VIGANÒ, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in questa *Rivista*, 30 marzo 2015; G. CIVELLO, *La sentenza Varvara contro Italia non "vincola" il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologhi di Corti?*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, n. 2; A. DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: questione di costituzionalità o di sfiducia verso il sistema?* in *www.archiviopenale.it*, 2014, n. 2.

²² Da ultimo, Cass., III sez., 5 aprile 2018 n. 15126, in *CED Cassazione*.

²³ Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, p. 12.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cass., sez. III, 5 aprile 2018 n. 15126, in *CED Cassazione*.

responsabilità del suo autore (o comunque del terzo inciso dalla misura ablatoria della confisca), compiendo la necessaria attività istruttoria sulla base delle prove richieste dalle parti o, in quanto assolutamente necessarie, disposte d'ufficio, senza accontentarsi di un accertamento allo stato degli atti sino a quel punto acquisiti che finirebbe per vulnerare la presunzione d'innocenza nel suo significato più sostanziale.

Tale soluzione non è praticabile in relazione alla sospensione del processo con messa alla prova, che nasce con un preciso intento deflattivo²⁶, per quanto, si ritiene, scarsamente realizzato nella prassi²⁷: ipotizzare lo svolgimento del processo per applicare il trattamento connesso alla messa alla prova, per quanto rispettoso dello standard europeo, risulterebbe antitetico rispetto alla *ratio* dell'istituto, almeno finché il legislatore non decida di ripensare completamente la struttura della *probation*, rinunciando al (blando) effetto deflattivo e puntando sul più vincente effetto decarcerizzante e risocializzante²⁸.

In una prospettiva *de jure condito*, tuttavia, il giudice di merito non può sottrarsi al suo ruolo di "primo giudice della Convenzione", a maggior ragione in un caso come quello di cui si dibatte, nel quale la Corte europea dei diritti dell'uomo non è finora stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'istituto con le garanzie della Convenzione.

Come riconosciuto dalla Corte costituzionale 49 del 2015, infatti «sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato». Il confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo rappresenta la sede più opportuna per concretizzare quel "margine di apprezzamento"²⁹ valorizzato dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo come strumento che spetta ai singoli Stati membri, al fine di temperare la rigidità dei principi formulati in sede europea in un'ottica di tutela sistematica e non frazionata dei diritti fondamentali.

²⁶ Sulla *ratio* della legge 67 del 2014, istitutiva della messa alla prova per gli adulti, cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1705 ss.

²⁷ Sulla scarsa portata deflattiva dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, anche alla luce dei protocolli diffusi nei vari uffici giudiziari, sia consentito rinviare a R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova: liquefazione postmoderna di un nobile ideale*, in *Politica e giustizia nella postmodernità del diritto*, a cura di C. Iasevoli, Napoli, 2018, 267 ss.; con particolare riguardo alle problematiche suscitate dall'uso dei protocolli, originatosi con l'introduzione della messa alla prova per gli adulti cfr. V. BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *questa Rivista*, 17 luglio 2015.

²⁸ Sulla rifondazione della messa alla prova come forma di sospensione condizionale della pena sia consentito rinviare a R. MUZZICA, op. ult. cit.

²⁹ Cfr. Corte cost., ord. 4 dicembre 2009, n. 317.

4. Una proposta interpretativa convenzionalmente orientata.

Lo sdoganamento della messa alla prova come istituto a cognizione sommaria, su base consensualistica, e pertanto ritenuto conforme alla presunzione di non colpevolezza sancita dalla Costituzione sembra porsi in antitesi con la ritenuta natura di pena *ex art. 7 CEDU* del trattamento corrisposto in sede di messa alla prova: ciò, infatti, implicherebbe, secondo lo standard europeo, un pieno accertamento del fatto e della responsabilità dell'imputato che chiede di essere ammesso alla prova.

Naturalmente, spetta alla Corte europea di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale. Tuttavia appartiene alle autorità nazionali e, dunque, anche al giudice di merito il dovere di evitare che la tutela dei diritti fondamentali si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea.

Ciò sembra perfettamente attagliarsi al caso della sospensione del processo con messa alla prova: giacché la pretesa di una cognizione piena ed esaustiva, pur rispettosa dell'art. 7 CEDU, frusterebbe la tutela di quegli interessi cui la sospensione del processo risulta parimenti funzionale (la ragionevole durata dei processi, ma soprattutto la funzione risocializzante della pena e la sua maggiore effettività), l'integrazione della garanzia convenzionale all'interno dell'ordinamento deve essere filtrata attraverso il «margine di apprezzamento» nazionale, che può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze.

D'altronde, è stato debitamente sottolineato che la fase di ammissione della sospensione del processo con messa alla prova non è disciplinata dalla legge in modo organico³⁰. La legge, cioè, non stabilisce quali sono i provvedimenti che il giudice può adottare al fine di accertare la sussistenza (o meno) dei requisiti formali e sostanziali della domanda e/o la mancanza di preclusioni; né il legislatore si preoccupa di definire la scansione procedimentale di questa fase, che necessita, salvo i casi di inammissibilità palese e cartolare (es. decorso dei termini), addirittura di apposite udienze, come quella necessaria per la citazione della persona offesa *ex art. 464-quater co. 1 c.p.p.* ovvero quella (non necessariamente diversa) in cui il giudice dispone la comparizione dell'imputato per accertare la volontarietà della richiesta. Ne consegue, dunque, la sussistenza di importanti spazi interpretativi del giudice nel concreto dipanarsi del meccanismo processuale, che ben possono e devono essere riletti in un senso convenzionalmente conforme.

Quanto detto si traduce, in concreto, in una proposta interpretativa "convenzionalmente orientata" che mira – pur nell'alveo di una cognizione sommaria e allo stato degli atti, qual è quella insita nella sospensione del processo con messa alla prova, come sancito autorevolmente dalla Corte costituzionale – a potenziare l'utilizzo

³⁰ V. BOVE, *L'istituto della messa alla prova per gli adulti: indicazioni operative per il giudice e provvedimenti adottabili*, cit., 4 ss.

degli strumenti cognitivi che il dato legislativo pone a disposizione del giudice di merito, soprattutto nella fase di ammissione della messa alla prova. La disciplina della messa alla prova come negozio processuale penale, d'altronde, si fonda sull'interazione tra la cognizione dell'organo giudicante e il consenso dell'interessato.

Quest'atteggiamento interpretativo, inoltre, sembra portare a compimento una tendenza che è già *in nuce* nella pronuncia della Corte costituzionale in commento. La Corte, infatti, chiarisce che «*in questa struttura procedimentale tuttavia non manca, in via incidentale e allo stato degli atti (perché l'accertamento definitivo è rimesso all'eventuale prosieguo del giudizio, nel caso di esito negativo della prova), una considerazione della responsabilità dell'imputato, posto che il giudice, in base all'art. 464-quater, comma 1, cod. proc. pen., deve verificare che non ricorrano le condizioni per «pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129» cod. proc. pen., e anche a tale scopo può esaminare gli atti del fascicolo del pubblico ministero, deve valutare la richiesta dell'imputato, eventualmente disponendone la comparizione (art. 464-quater, comma 2, cod. proc. pen.), e, se lo ritiene necessario, può anche acquisire ulteriori informazioni, in applicazione dell'art. 464-bis, comma 5, cod. proc. pen.*»³¹

Proprio in un'ottica di potenziamento degli "strumenti di cognizione alternativa" a disposizione del giudice, la Corte costituzionale nella sentenza in commento dichiara inammissibile la questione sollevata dal giudice remittente circa l'impossibilità, per il giudice del dibattimento, di conoscere degli atti del fascicolo delle indagini.

In pre-dibattimento, infatti, normalmente il giudice ha a propria disposizione un fascicolo dal contenuto assai scarso: in genere esso contiene il decreto che ha introdotto il giudizio, gli atti irripetibili e il certificato del casellario giudiziale; certamente, non essendo stato ancora dichiarato aperto il dibattimento, il giudice non ha contezza degli elementi di prova che sorreggono l'accusa e la difesa. Il Tribunale di Grosseto, in qualità di giudice remittente, rilevava che i pochi atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento risultavano largamente insufficienti a fondare la cognizione necessaria per ammettere l'imputato alla prova; né il giudice poteva prendere in visione gli atti di indagine contenuti nel fascicolo del p.m., dato che nessuna norma consentiva tale deroga al principio di separazione delle fasi (e dei fascicoli).

Infine, secondo il tribunale rimettente non era praticabile un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 464-quater c.p.p., che avrebbe semmai indotto il giudice a procedere all'istruttoria dibattimentale, scelta, questa, chiaramente in contrasto con la *ratio* del rito.

La pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale si fonda proprio su quest'ultimo aspetto, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto *in parte qua* che ha il merito di consegnare al giudice uno strumento di cognizione alternativa in linea con l'interpretazione convenzionalmente orientata qui proposta.

Il giudice delle leggi, infatti, pur in assenza di una specifica disposizione in tal senso, ha consentito al giudice di merito, ma ai soli fini della decisione sulla richiesta di messa alla prova, di prendere visione degli atti del fascicolo del pubblico ministero, rieditando un'applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. c.p.p. già praticata in

³¹ Corte cost., sent. 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 91, Pres. e Red. Lattanzi, p. 14.

relazione alla richiesta condizionata di giudizio abbreviato riproposta in pre-dibattimento perché respinta dal giudice per le indagini preliminari³².

Questa norma, infatti, stabilisce che «[il] giudice, per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero».

Questo meccanismo conoscitivo, sebbene limitato ai fini della decisione sulla richiesta di messa alla prova (e dunque di una decisione in via incidentale ed allo stato degli atti), dovrebbe essere configurato come un potere-dovere del giudice del dibattimento che, nell'ottica di potenziamento cognitivo necessario per rispettare lo standard di Strasburgo, non dovrebbe mai esimersi dall'acquisizione del fascicolo delle indagini, decidendo sempre e comunque anche sulla base degli atti ivi contenuti, ovviamente restituendoli nel caso in cui, per una qualunque ragione, il procedimento debba riprendere il suo corso ordinario³³.

Un ulteriore strumento che permette al giudice di allargare la sua cognizione nella fase di ammissione dell'imputato al beneficio, e che dovrebbe essere potenziato in un'ottica maggiormente rispettosa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è rappresentato dai poteri previsti dall'art. 464-bis co. 5 c.p.p. nella fase di deliberazione dell'istanza di messa alla prova.

Questa norma riconosce al giudice un vasto potere inquisitorio, che concorre, insieme con l'art. 135 disp. att. c.p.p., a sopperire alle lacune del fascicolo dibattimentale, attraverso l'acquisizione tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici di «tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato».

Tali informazioni devono essere portate tempestivamente a conoscenza delle parti, ovvero, si ritiene, depositate in cancelleria con facoltà di visione ed estrazione di copia. Come è evidente, si tratta di un potere assolutamente ampio, veicolato da un generico vaglio di "necessarietà" da parte del giudice, che ben può e deve essere da questi adoperato come uno strumento assolutamente indispensabile al fine di

³² Cfr. Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, così massimata *"In tema di giudizio abbreviato, quando l'imputato rinnova prima della dichiarazione di apertura del dibattimento una richiesta condizionata di accesso al rito già respinta dal giudice per le indagini preliminari (secondo il meccanismo di sindacato introdotto dalla sentenza costituzionale 23 maggio 2003 n. 169), il giudice è chiamato ad effettuare, acquisendo gli atti del fascicolo del pubblico ministero in applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. cod. proc. pen., una valutazione solo incidentale delle risultanze raccolte, finalizzata alla verifica della prospettata necessità della prova integrativa richiesta, senza che ciò si traduca in giudizio sul merito dell'azione penale e dunque in causa di incompatibilità per il giudice stesso"*.

³³ Il grado di cognizione sommaria sembra porre a riparo da eventuali problemi di incompatibilità del giudice di merito, qualora la messa alla prova venga rigettata, revocata, o abbia esito negativo, così come nei casi di messa alla prova oggettivamente o soggettivamente parziale. Si concorda, sul punto, con V. BOVE, *La messa alla prova si scrolla di dosso altre censure di incostituzionalità. Come a suo tempo il patteggiamento*, in *Il Penalista*, 28 maggio 2018.

concretizzare, sebbene attraverso il margine di apprezzamento interno, la garanzia stabilita dall'art. 7 CEDU.

Un ulteriore meccanismo che il giudice di merito dovrebbe pienamente utilizzare, al fine di riempire di contenuto cognitivo la fase processuale dell'ammissione all'istituto, rendendola pienamente funzionale ad assicurare un contraddittorio sulla (messa alla) prova³⁴, è rappresentata dall'udienza di cui all'art. 464-*quater* co. 1 c.p.p.

Com'è noto, si tratta di un'udienza camerale pura, disciplinata dall'art. 127 c.p.p., in cui il giudice deve sentire le parti e la persona offesa, anche non costituita parte civile.

Tuttavia non si ritiene praticabile né opportuno richiedere in quella sede la confessione dell'imputato come elemento necessario a corroborare la cognizione del giudice di merito, trattandosi un'interpretazione *praeter legem* che, inoltre, rischierebbe di dare adito a confessioni strumentali degli imputati, fatte soltanto per accedere al rito. Dunque, nonostante l'interpretazione che qui si sostiene, volta a potenziare gli strumenti di cognizione del giudice di merito in un'ottica di maggiore conformità alla CEDU, appare del tutto condivisibile l'arresto della Suprema Corte³⁵ con il quale è stato chiarito espressamente che la citazione dell'imputato, ai sensi dell'art. 464-*quater* co. 2 c.p.p., è limitata alla mera verifica della volontarietà della richiesta, non essendo richiesta una vera e propria confessione ai fini dell'ammissione alla sospensione del procedimento.

Piuttosto, l'udienza camerale in parola dovrebbe essere utilizzata dal giudice, oltre che per imbastire il blando contraddittorio previsto dalla legge, per valorizzare il contributo conoscitivo della persona offesa.

Tale approccio interpretativo, oltre a potenziare il grado conoscitivo del giudice di merito in un'ottica maggiormente rispettosa dello standard europeo, risulterebbe altresì funzionale alla *ratio* della sospensione del processo con messa alla prova quale primordiale istituto di giustizia riparativa all'interno del sistema penale.

Tale velleità implica, imprescindibilmente un maggiore protagonismo della vittima, altrimenti relegata ad un ruolo del tutto evanescente, sia nel contraddittorio circa l'ammissibilità dell'istanza, sia nei contenuti del programma.

Sotto il primo profilo, è pur vero che la persona offesa non ha alcun potere di veto: l'art. 464-*quater* c.p.p. prevede un mero dovere di audizione della persona offesa da parte del giudice, prima di decidere sull'istanza. Il vero e proprio consenso della persona offesa è richiesto soltanto in relazione alla marginale ipotesi in cui il giudice decida di concedere la rateizzazione del pagamento delle somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno (art. 464-*quinquies* co. 1 c.p.p.), mentre la persona offesa non è affatto interpellata nel caso di modifiche o integrazioni del programma di trattamento (artt. 464-*quater* co. 4, 464-*quinquies* co. 3 c.p.p.).

Proprio la mancanza di un potere di veto da parte della persona offesa sembra dimostrare la bontà dell'interpretazione qui proposta, se si vuole rivestire d'utilità l'escussione della persona offesa e non tramutarla in un vieto formalismo.

³⁴ C. CESARI, *op. cit.*, 1033.

³⁵ Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2015 (dep. 4 giugno 2015) n. 24011, Rv. 263777.

Pertanto, una rivalorizzazione del ruolo della vittima ai sensi dell'art. 464-*quater* co. 1 c.p.p. deve essere veicolata attraverso una sua escussione da parte del giudice, che potrà giovare, pertanto, del suo contributo conoscitivo in ordine al fatto, alla responsabilità e alla personalità dell'imputato, nonché alle conseguenze da essa subite in termini di vittimizzazione.

Pur non trattandosi di una struttura dialettica e interpersonale tra vittima e autore del reato – finalità, questa, se del caso attuabile attraverso la prescrizione delle “condotte volte a promuovere la mediazione con la persona offesa” *ex art. 464-bis* co. 4 lett. c) c.p.p. – il ricorso ad un tale meccanismo conoscitivo, sulla falsariga dei *Victim Impact Statements*³⁶ diffusi nella prassi anglosassone, permetterebbe un connubio tra *empowerment* della vittima e potenziamento di una cognizione alternativa da parte del giudice.

³⁶ Si tratta di un istituto, tra l'altro caldeggiato dall'art. 46 della Direttiva 2012/29/UE e diffuso nella prassi anglosassone sebbene nella fase del *sentencing*, ovvero quando il giudice ha deciso in senso positivo sulla responsabilità del reo per il fatto e può quindi ricevere una dichiarazione, scritta o orale, da parte della vittima circa gli effetti di vittimizzazione che il reato ha avuto sulla sua esistenza. Per maggiori chiarimenti, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 156-157; più diffusamente, cfr. G. MANNOZZI – G. A. LODIGIANI, *La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 290 ss.