

**MESSA ALLA PROVA “PER ADULTI”:
LA QUESTIONE DELLA (ASSENZA DI) DISCIPLINA INTERTEMPORALE**

*Considerazioni sulla natura dell’istituto e qualche nota a margine di
[Cass. pen., Sez. Feriale, 31 Luglio 2014, n. 35717, Ceccaroni](#)*

di Federico Martella

Abstract. *A seguito della recente introduzione del nuovo istituto della messa alla prova, una prima sentenza della Suprema Corte (la n. 35717 del 2014) affronta il problema della natura dello stesso. Da un lato, si condivide, qui, il riconoscimento, effettuato in tale sentenza, del prevalente carattere processuale dell’istituto, con conseguente possibilità di dare applicazione al novum legislativo soltanto entro i limiti decadenziali fissati dalla legge. D’altra parte, si esprime qualche dubbio sulla pronuncia in questione, là dove, in punto di retroattività della legge penale più favorevole, la stessa individua, pur a seguito della sentenza Scoppola, quale limite all’operare retroattivo di una modifica sostanziale in mitius, il richiamo a valori (quali l’efficienza giurisdizionale, etc.) non più in grado di fondare razionali deroghe al principio di retroattività della legge penale più favorevole, proprio a fronte del riconoscimento del predetto principio in termini di diritto fondamentale della persona.*

SOMMARIO: 1. – Le immediate perplessità attorno all’inquadramento dell’istituto: l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Suprema Corte. – 1.1. Il prevalente carattere processuale della nuova disciplina. – 2. La considerazione della messa alla prova nel primo indirizzo di legittimità come istituto dal carattere essenzialmente processuale (Cass., sez. Penale Feriale, 31 luglio 2014, n. 35717). – 2.1. L’inopportuno richiamo al paradigma della “diversità tra contesti processuali” quale limite al principio di retroattività della legge penale più favorevole.

1. Le immediate perplessità attorno all’inquadramento dell’istituto: l’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Fra le questioni implicate dall’ingresso del nuovo istituto della messa alla prova (c.d. per adulti) rientra quella relativa all’assenza, nella legge n. 64/2014, di previsioni di carattere intertemporale.

Il tema è apparso fin da subito controverso al punto che, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della nuova disciplina, la questione è stata rimessa al giudizio delle Sezioni Unite¹.

Per il *novum* inserito nel codice di rito, l'accesso alla sospensione con messa alla prova è subordinato alla proposizione di una richiesta, da parte dell'imputato, da esperirsi entro precisi limiti decadenziali².

¹ Cass., Sez. IV, ord. 9 luglio 2014, n. 30559, in *questa Rivista*, 21 ottobre 2014 (con nota di [F. PICCICHÈ, Alle sezioni unite la questione della applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso](#)), all'interno della quale si pone da subito in luce il carattere pluridimensionale dell'istituto della sospensione con messa alla prova, in quanto, in rapporto ad esso, risultano individuabili "profili sia di carattere sostanziale (si tratta di una nuova causa di estinzione del reato inserita nel codice penale conseguente all'adempimento di un programma che implica misure limitative della libertà del soggetto) sia di carattere processuale, avendo il legislatore previsto specifici momenti processuali per la proposizione della richiesta". La questione relativa all'inquadramento del nuovo istituto, nell'ambito della disciplina sostanziale oppure di quella processuale, assume, come può intuirsi e come si vedrà, rilievo decisivo ai fini della risoluzione del problema qui esaminato.

In relazione a tale ordinanza e alla evoluzione processuale della vicenda, cfr. [F. GIUNCHEDI, In nome della nomofilachia. La Cassazione cerca di prevenire i fenomeni di overruling](#), in *Archivio penale online*.

Per un completo inquadramento del problema, cfr. [Relazione n. III/07/2014, a cura dell'Ufficio del Massimario, sulla 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. Nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, a cura di R. PICCIRILLO](#), in *questa Rivista*, 7 maggio 2014. In tale Relazione, si sottolinea come l'innovazione legislativa ponga invero dei problemi di diritto intertemporale difficilmente risolvibili in sede interpretativa. V., sempre per uno sguardo d'insieme alla nuova disciplina, altresì, [V. BOVE, Messa alla prova per adulti: una prima lettura della L. 67/14](#), in *questa Rivista*, 25 giugno 2014. Inoltre, sempre in termini di analisi generale delle questioni poste dalla nuova legge, cfr. le schede di [A. DELLA BELLA, Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio](#), in *questa Rivista*, 4 aprile 2014; e di [M. MIEDICO, Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni](#), in *questa Rivista*, 14 aprile 2014, là dove si precisa la duplice finalità perseguita dal legislatore del 2014, rappresentando l'istituto della sospensione con messa alla prova uno strumento di deflazione processuale caratterizzato, altresì, da un orientamento fortemente rieducativo.

Fra gli altri contributi registrati sulla sospensione del processo con messa alla prova, riguarda anche sotto lo specifico profilo qui considerato, v. ancora [M. MIEDICO, Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni, un primo provvedimento del Tribunale di Torino](#), in *questa Rivista*, 25 giugno 2014; [C. PECORELLA, Il Tribunale di Genova ammette la richiesta di sospensione del procedimento per messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della legge 28 Aprile n. 67 del 2014](#), in *questa Rivista*, 29 ottobre 2014; [F. PICCICHÈ, cit.](#), in *questa Rivista*, 21 ottobre 2014; [G. PECORELLA, L'assenza di una norma transitoria e i limiti della applicabilità della sospensione del processo per la messa alla prova nei procedimenti in corso](#), in *Cass. pen.*, 2014, p. 3264 ss. Ed ancora: v. [R. BARTOLI, La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento](#), in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, p. 672; [A. MARANDOLA, La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale](#), *ivi*, p. 674 ss.; [F. FIORENTIN, Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa](#), in *Guida dir.*, 2014, 22, p. 74. [S. PERELLI, L'impatto della messa alla prova e del processo in absentia sui processi in corso e, in particolare, sul giudizio di appello](#), in [questioneigiustizia.it](#); [F. FILICE, Relazione accompagnatoria dei moduli per l'applicazione delle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova](#), *ivi*.

² Per quello che qui più interessa, occorre rammentare il nuovo dato positivo di cui all'art. 464-bis c.p.p. secondo il quale: "Nei casi previsti dall'articolo 168-bis del codice penale l'imputato può formulare richiesta di sospensione del procedimento con 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

Ebbene, la discussione si è incentrata sulla necessità o meno, rispetto ai processi pendenti, nei quali, in particolare, risulti superata la fase segnata da tali limiti, di garantire all'imputato, in assenza di specifiche previsioni, di accedere comunque al nuovo rito.

Il problema si è posto in considerazione dell'indubbio profilo sostanziale che caratterizza l'istituto, il quale, prospettando una nuova causa di estinzione del reato, appare suscettibile di rientrare nel sistema della legge sostanziale.

Il che, di conseguenza, dovrebbe condurre, per quanto si è già affermato, ad un'applicazione retroattiva della *lex mitior* sopravvenuta: l'imputato, nei processi pendenti, dovrebbe dunque poter avanzare richiesta di messa alla prova ancorché il limite decadenziale posto dalla novella risulti superato.

Una simile lettura interpretativa, sin da principio, è stata sostenuta in dottrina³, trovando del resto accoglimento anche in sede applicativa⁴.

L'opinione trae argomento, in particolare, anzitutto dalla rilevata dimensione (anche) sostanziale dell'istituto.

E, in secondo luogo, e di conseguenza, stante il principio di retroattività della *lex mitior*, dalla necessità di evitare disparità di trattamento fra imputati per i quali – non essendo giunto il procedimento alle soglie decadenziali predette – sarà consentito, da un

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". Come noto, l'innovazione legislativa ha determinato, inoltre, l'inserimento di altre, nuove disposizioni, sia nel codice penale che in quello di rito. In quest'ultimo, esse si riferiscono agli artt. 464-ter, quater, quinquies, sexies, septies, opties, nonies c.p.p. nonché all'art. 657-bis c.p.p.; e agli artt. 140-bis e ter del D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 271 in materia di disposizioni di attuazione, coordinamento e transitorie del codice di procedura penale; e, in materia di casellario giudiziale, alla lettera i-bis dell'art. 3 del DPR del 14 novembre 2002, n. 313. Nel codice penale, si registra invece l'ingresso degli artt. 168-bis, ter, quater. Ai sensi della previsione di cui all'art. 168-ter c.p., in particolare, e per quello che qui pure rileva, "Durante il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova il corso della prescrizione del reato è sospeso. Non si applicano le disposizioni del primo comma dell'articolo 161. L'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede. L'estinzione del reato non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge".

³ V., per esempio, R. BARTOLI, *La sospensione de procedimento con messa alla prova*, cit., p. 672, ove peraltro si precisa che il regime più favorevole possa trovare applicazione solo dove non sia tecnicamente incompatibile, come per esempio nel giudizio di legittimità, implicando l'istituto valutazioni afferenti al merito; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, cit., p. 684.

⁴ Cfr. Tribunale Torino, ord. 25 maggio 2014, in *Il Sole 24 ore*, 6 giugno 2014, p. 48 nonché in *questa Rivista*, con nota di M. MIEDICO, cit.

Ad avviso del Tribunale di Torino, infatti, il diritto di richiedere la sospensione del procedimento per messa alla prova – investendo istituti di natura anche sostanziale – è diritto che deve trovare applicazione ex art. 2 c.p. anche ai fatti pregressi e per i procedimenti pendenti. In assenza di norme transitorie che, afferma il Giudice di merito, perimetrino nel tempo gli effetti della novella debbono valere i principi generali, e dunque l'applicabilità dell'istituto di favore ai processi in corso. E a fronte del superamento del termine utile alla proposizione della domanda, lo strumento più utile, secondo Tribunale, è rappresentato dall'istituto della restituzione nel termine ex art. 175 c.p.p.

Su tale ultimo punto, v. peraltro C. PECORELLA, cit., secondo la quale "il Tribunale di Torino ha fatto ricorso alla restituzione del termine ex art. 175 c.p.p., considerando che quello imposto dalla legge non era stato rispettato per causa di forza maggiore (non essendo entrata in vigore ancora la legge) e sorvolando sul fatto che la richiesta di restituzione nel termine avrebbe dovuto essere presentata entro 10 giorni dalla cessazione della forza maggiore (quindi dall'entrata in vigore della legge)".

lato, accedere al rito alternativo (e per i quali, in caso di esito positivo della prova, vi sarà l'estinzione del reato), e quelli per i quali, d'altro lato, non sarà più possibile usufruire della nuova causa estintiva proprio per il superamento di tali limiti.

L'osservazione è contenuta all'interno della stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, là dove parrebbe suggerirsi l'adozione della scelta interpretativa più garantista, tesa, per l'appunto, a consentire l'applicazione della nuova disciplina anche ai processi in corso e a prescindere dal superamento dei limiti di legge.

L'interprete, del resto, non potrebbe sfuggire, si afferma, ad una simile opzione, in considerazione della sempre maggiore intensità assunta dal canone della retroattività della legge penale più favorevole, oggi, come noto, non più radicato nella sola dimensione positiva interna ma fondato ormai anche su basi di ordine sovranazionale⁵.

Significativo, sul punto, è il richiamo, pure contenuto nell'ordinanza di rimessione, all'art. 7 CEDU, consacrato, nella nota sentenza Scoppola, quale ulteriore fondamento della garanzia di retroattività della legge penale più favorevole.

In sintesi, stante la natura anche sostanziale del nuovo istituto, l'attuale statuto della "retroattività europea"⁶ non può che rendere applicabile, in assenza di previsioni intertemporali, la disciplina in esame anche ai processi in corso ed al di là di ogni limite decadenziale.

⁵ Ad avviso dell'ordinanza di rimessione, infatti, "la soluzione più garantista, che meglio coniuga le esigenze difensive con un portato normativo non leggibile in modo inequivoco, è ovviamente quella della immediata applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche ai fatti pregressi e per i processi pendenti, pur in assenza di una disciplina transitoria, in applicazione delle regole generali previste dall'art. 2 comma 4". Una simile soluzione, del resto, sempre per l'opinione della Suprema Corte, s'impone per via della "significativa evoluzione della giurisprudenza sul principio della *lex mitior*, alla luce delle fonti internazionali e comunitarie e dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo. In questa prospettiva, ci si richiama "all'art. 15 comma 1 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966; all'art. 49 comma 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea"; e "alle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, già prima del Trattato di Lisbona, iscrivevano il principio della retroattività della *lex mitior* tra quelli facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, destinati perciò a costituire parte integrante dei principi generali del diritto comunitario". E, in ultimo, si fa soprattutto "riferimento all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza 17 settembre 2009 ([Scoppola contro Italia](#)) – confermata dalla successiva decisione 27 aprile 2010 ([Morabito contro Italia](#)) – laddove per la prima volta venne affermato il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche il principio della retroattività della legge penale meno severa, traducendosi nella norma secondo la quale, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quelle le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato".

I Giudici, nell'occasione, prospettano fra l'altro anche il problema del giudice competente a ricevere la richiesta, il quale, si afferma, potrebbe essere "individuato nel giudice indicato dalla nuova disciplina negli artt. 464 ss. c.p.p. oppure nel giudice di appello" interrogandosi, inoltre, anche in relazione all'individuazione del giudice competente in "caso di annullamento con rinvio". A scanso di equivoci va comunque precisato che quando ci si riferisce, come afferma la Suprema Corte, all'applicazione della nuova disciplina ai fatti pregressi e ai processi pendenti occorre fare riferimento cioè all'applicazione della nuova disciplina rispetto ai processi in corso nei quali sia scaduto il termine decadenziale introdotto dalla nuova legge, atteso che, naturalmente, il medesimo nuovo istituto troverà applicazione, secondo il principio *tempus regit actum*, rispetto ai processi nei quali non si sia ancora giunti al superamento di tale limite.

⁶ L'espressione è di R. BARTOLI, *La sospensione*, cit. p. 672.

Ad una simile conclusione, sempre in chiave estensiva, dovrebbe del resto giungersi in considerazione della disciplina transitoria che, al momento dell'entrata in vigore della messa alla prova nel settore dei minori (DPR 22 settembre 1988, n. 448), si era preoccupata di estendere l'applicazione della nuova legge anche ai processi in quella fase pendenti, là dove la giurisprudenza aveva ulteriormente ritenuto di poter consentire l'accesso alla causa di estinzione del reato anche nei gradi di giudizio successivi⁷.

1.1. *Il prevalente carattere processuale della nuova disciplina.*

L'apprezzabile intento, sotteso a tali prime istanze, è certamente motivato dall'esigenza di evitare le possibili, segnalate disparità di trattamento.

E certamente, la soluzione più in linea con la disciplina della retroattività della legge penale più favorevole sarebbe proprio quella di consentire ad ogni imputato la facoltà di richiedere, all'interno dei processi pendenti, e fuori dai limiti di legge, l'accesso alla procedura idonea a condurre all'estinzione del reato.

È ben vero, peraltro, che simili prospettazioni non possono ritenersi le uniche consentite dal nuovo dato positivo.

Gli stessi giudici remittenti non danno affatto per scontata l'impostazione sopra tratteggiata, considerando, piuttosto, altrettanto razionali letture volte a valorizzare maggiormente il profilo processuale della messa alla prova per adulti, e dunque a ribadire la valida applicazione del principio *tempus regit actum*⁸.

In realtà, come si è osservato efficacemente in sede di prima interpretazione della nuova legge, gli effetti sostanziali della sospensione con messa alla prova non consistono affatto in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione all'esito del dibattimento⁹.

Ed infatti, l'ingresso della nuova causa estintiva del reato non ha immediata incidenza nei processi in corso, restando l'operatività della stessa subordinata ad una scelta processuale di parte che proietta l'istituto, anzitutto e principalmente, in una dimensione di carattere processuale.

⁷ Cfr. G. PECORELLA, *L'assenza di una norma transitoria*, cit. p. 3267, ove l'Autore sottolinea come quella disciplina transitoria possa essere letta come una conferma della natura sostanziale della disposizione, e come ulteriore elemento a sostegno della tesi secondo cui l'istituto si applica anche ai procedimenti in corso nei confronti degli imputati adulti. Cfr., anche, il riferimento alle sentenze ivi menzionate, volte a condividere l'indirizzo, per così dire, più estensivo di quella disciplina, ritenuta applicabile anche nei gradi successivi: Cass., 30 marzo 1990; Cass., Sez. Prima, 23 marzo 1990, Liistro.

⁸ Sempre secondo il contenuto dell'ordinanza di remissione, infatti, può certamente prospettarsi una "soluzione interpretativa diversa, potendosi legittimamente sostenere la tesi che il *novum* normativo, riguardando anche l'ambito processuale (v. artt. 464-bis ss. c.p.p.), non determini di per sé l'applicazione della messa alla prova ai fatti pregressi e per i procedimenti pendenti, pregiudicando, tale interpretazione, il canone *tempus regit actum*, che corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità e logicità, che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica".

⁹ *Relazione n. III/07/2014, a cura dell'Ufficio del Massimario, sulla legge 28 aprile 2014 n. 67*, a cura di R. PICCIRILLO, cit., p. 33. Il rilievo è ripreso da M. MIEDICO, *Sospensione del processo*, cit.

La possibilità per l'imputato di giungere, in caso di esito positivo della prova, alla dichiarazione di estinzione del reato risulta cioè dischiusa dall'esercizio di una opzione processuale. E di conseguenza, le modalità di esercizio di tale opzione processuale, proprio perché tale, non possono che trovare la relativa fonte di regolazione nella medesima disciplina di rito, la quale, ad oggi, inibisce la proposizione della richiesta in questione oltre i limiti dalla stessa fissati¹⁰.

In questo contesto, si è giustamente sottolineato, non appare pertinente il richiamo alla garanzia di cui all'art. 2 comma 4 c.p.¹¹.

Al più, il vizio della nuova disciplina, nella misura in cui essa non estende la sfera operativa della stessa ai procedimenti pendenti, per i quali risultino superati i termini decadenziali, colpisce proprio il disposto dell'art. 464-*bis* c.p.p. per il contrasto con l'intento dilatorio pure perseguito dal legislatore, onde è rispetto a tale disposizione che potrebbe eventualmente prospettarsi una questione di illegittimità costituzionale¹².

La conseguenza è che l'istituto della messa alla prova, ai sensi dell'art. 11 delle preleggi, può certo trovare applicazione nei processi pendenti, potendo però disciplinare solo situazioni giuridiche non ancora esaurite e non ancora giunte alle soglie decadenziali fissate dall'art. 464-*bis* c.p.p.

Lo stesso istituto resta invece inapplicabile nei casi di superamento delle stesse.

2. La considerazione della messa alla prova nel primo indirizzo di legittimità come istituto dal carattere essenzialmente processuale: Cass. sez. Penale Feriale, 31 luglio 2014, n. 35717.

¹⁰ Per l'opinione di V. BOVE, *Messa alla prova*, cit., "prima ancora di valutare se il beneficio sia o no applicabile al procedimento in corso, forse occorrerebbe chiedersi se la mancanza di una norma transitoria o comunque di una disposizione normativa che espressamente sia individuata quale norma transitoria, sia stata una mera dimenticanza, o se il legislatore abbia comunque previsto una disposizione che possa fungere da norma transitoria. Forse – senza pretesa di voler fornire una interpretazione autentica del quadro normativo in esame – non si è trattato di una dimenticanza ed è proprio la disposizione di cui all'art. 464-*bis* comma 2 c.p.p. che può portare a questa riflessione: l'aver infatti individuato uno sbarramento oltre il quale il beneficio non è più applicabile, può rispondere ad una scelta precisa adottata dal legislatore, il quale, con tale disposizione, ha probabilmente voluto dettare una disciplina applicabile a tutti i procedimenti pendenti, individuando tra essi quelli in cui la disciplina sostanziale può trovare applicazione e, per converso, quelli ai quali la disciplina non è applicabile. In altri termini, la norma in esame svolge anche una funzione di norma transitoria, nonostante non ne abbia il *nomen iuris*".

¹¹ C. PECORELLA, *Il Tribunale di Genova*, cit., secondo la quale il vizio di fondo risiede proprio nel ricorso all'art. 2 comma 4 c.p. per giustificare l'applicazione retroattiva del nuovo istituto, il quale ultimo svolge tuttavia una funzione tipicamente processuale che ne condiziona fortemente l'operatività. L'Autrice, infatti, riconosce giustamente il carattere prevalentemente processuale dell'istituto, perché l'effetto sostanziale che esso è in grado di produrre risulta rigidamente ed ineludibilmente vincolato a scelte processuali rispettose di tempi e modalità prefissate.

¹² Ancora, C. PECORELLA, *Il Tribunale di Genova*, cit. Il rilievo nasce proprio dalla statuizione del Tribunale di Genova il quale, come visto sopra, prospetta un'interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo art. 464-*bis* c.p.p., interpretazione costituzionalmente orientata che potrebbe giustificarsi, secondo l'Autrice, proprio per la presenza di un vizio di incostituzionalità della stessa disposizione, là dove, in contrasto con l'intento dilatorio della legge, non prevede termini diversi e più elastici per l'applicazione in regime transitorio del nuovo istituto.

La diversa tesi iniziale, volta a sostenere l'applicabilità della nuova disciplina ai processi pendenti, a prescindere dallo stato e dal grado degli stessi, ha già del resto subito un qualche ridimensionamento.

A distanza, infatti, di pochi giorni dall'ordinanza di rimessione, in occasione di altra pronuncia, la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover escludere la possibilità di dare applicazione alla nuova disciplina all'interno dei processi in corso, quanto meno con riferimento a quei processi giunti in grado di impugnazione¹³.

Consentire all'imputato, si afferma, di avanzare richiesta di messa alla prova nel giudizio di legittimità porterebbe a conclusioni inammissibili anzitutto sul piano sistematico.

Ed invero, proporre la richiesta innanzi alla Corte di Cassazione significherebbe trasformare natura e ruolo di tale giudice, chiamato a svolgere, in tal modo, funzioni non già e non più nomofilattiche quanto di cognizione vera e propria.

Il discorso non cambia per l'eventuale ipotesi di annullamento con rinvio ai fini della proposizione della richiesta, nel qual caso si porrebbe invece, in primo luogo, il problema di individuare il giudice del merito cui rinviare il processo, nonché, in seconda battuta, quello di dover procedere all'annullamento di una sentenza di per sé immune da vizi. Senza contare poi che, nel caso di esito negativo della messa alla prova, dovrebbero celebrarsi nuovamente uno o due gradi di giudizio di merito, peraltro già conclusi efficacemente in termini di accertata legittimità¹⁴.

L'impossibilità, del resto, di far accedere l'imputato al nuovo rito in fase di impugnazione discende, secondo l'opinione della Corte di Cassazione, dalla circostanza che l'istituto della sospensione con messa alla prova, prospettando una radicale alternativa alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito, si configura come un'opportunità assolutamente incompatibile con alcun giudizio di impugnazione.

Tale indirizzo è stato di recente ripreso in sede di merito, ove, da un lato, stante quanto sostenuto dalla Suprema Corte, si è appunto affermata la necessità di escludere la possibilità di avanzare richiesta di messa alla prova in sede di impugnazione¹⁵.

D'altra parte si è però sostenuto che l'imputato potrebbe richiedere di essere ammesso alla sospensione nel corso del giudizio di primo grado: il che, in particolare, dovrebbe potersi configurare, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 464-bis c.p., nel corso della prima udienza utile all'entrata in vigore della nuova legge, ancorché successiva alla dichiarazione di apertura del dibattimento o agli altri limiti tracciati dalla legge¹⁶.

Quest'ultimo assunto trae argomento, ancora una volta, dalla rilevata natura sostanziale dell'istituto e dalla conseguente necessità di assicurare applicazione all'art. 2 comma 4 c.p., valore tanto più cogente, oggi, alla luce degli orientamenti sovranazionali.

¹³ Cfr. Cass., sez. Penale Feriale, 31 luglio 2014 (dep. 13 agosto 2014), n. 35717 (citata e ripresa, per esempio, in C. PECORELLA, *Il Tribunale di Genova*, cit.).

¹⁴ Testualmente, Cass., sez. Penale Feriale, 31 luglio 2014 (dep. 13 agosto 2014), n. 35717.

¹⁵ Tribunale di Genova, sezione Prima Penale, ord. 7 ottobre 2014, cit.

¹⁶ Tribunale di Genova, cit.

Per il Giudice di merito, una simile lettura non contrasta con quanto affermato dalla Corte di Cassazione in occasione della pronuncia sopra segnalata, la quale avrebbe soltanto sancito la preclusione dell'operatività dell'istituto in sede di impugnazione.

È ben vero a riguardo che la Suprema Corte ha sottolineato l'assoluta incompatibilità della procedura in questione con qualsivoglia giudizio di impugnazione.

E però, il riferimento alla circostanza che la sospensione per messa alla prova sostanzia una radicale alternativa alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio sembra avere carattere assorbente, nel senso che una simile affermazione pare inibire l'esperibilità della richiesta rispetto ad ogni tipo di giudizio, dunque anche rispetto al giudizio di primo grado.

Per l'indirizzo della Corte, in sostanza, l'impossibilità di accedere alla sospensione per messa alla prova discende dalla diversità ontologica tra la realtà sottesa alla celebrazione del giudizio e quella relativa alla richiesta di sospensione, agganciata a logiche dilatorie ed implicante l'assenza di qualsivoglia giudizio.

In altri termini, il dato essenziale – posto in luce in tale pronuncia – sembra proprio la qualificazione del nuovo istituto in preminente chiave di rito alternativo, il quale, anche in relazione ai presupposti applicativi, resta regolato dunque dalla disciplina processuale.

Il prevalente carattere processuale, attribuito dalla Corte alle nuove norme, emerge altresì dalla rimarcata connessione intercorrente tra il beneficio estintivo e l'opzione di rito iniziale, la quale svela l'impensabilità dell'operare della causa estintiva senza la scelta processuale di parte, destinata in quanto tale ad essere disciplinata dal tradizionale canone del *tempus regit actum*¹⁷.

2.1. L'inopportuno richiamo al paradigma della "diversità tra contesti processuali" quale limite al principio di retroattività della legge penale più favorevole.

¹⁷ Del resto, gli stessi Giudici di legittimità giungono ad affermare, in definitiva, che "deve infatti avere risposta negativa il quesito se, non essendo più possibile per l'imputato, in ragione dello stato in cui si trova il processo al momento dell'entrata in vigore della legge n. 67/2014, proporre la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nei soli termini in cui essa è, come ricordato, ammissibile, sia comunque configurabile, in ragione della natura della causa estintiva del reato che il positivo esito della messa alla prova assume, l'obbligo, riconducibile a fonti normative ordinarie o costituzionali nazionali ovvero normative o giurisprudenziali europee, di rendere comunque applicabile la nuova disciplina anche al processo in corso, trattandosi di legge penale più favorevole". Tale rilievo sembra in realtà riferirsi all'impossibilità di invocare la sospensione con messa alla prova rispetto ad ogni stato e grado del processo (purché ovviamente non risultino spirati i termini). Per l'indirizzo di merito sopra segnalato, invece (Tribunale di Genova), il fatto che la Suprema Corte non abbia precisato alcuna preclusione rispetto ai giudizi di primo grado, avendo piuttosto affermato la non applicabilità della nuova disciplina solo rispetto ai giudizi di impugnazione, legittima, come visto sopra, una lettura tesa a consentire l'accesso al rito nei giudizi di primo grado, oltre i termini decadenziali, e alla prima udienza utile. In questa prospettiva, tuttavia, in assenza di specifiche previsioni di legge, si giungerebbe oltretutto ad una sorta di retroattività monca, per così dire, dovendosi applicare la nuova disciplina, oltre i termini di legge, nei processi in corso, limitatamente però a quelli di primo grado, e non già a quelli di impugnazione. Viceversa, come si è rilevato in dottrina, un istituto di diritto sostanziale più favorevole dovrebbe trovare applicazione in tutti i gradi di giudizio (C. PECORELLA, cit.). In verità, pare che la Suprema Corte, nella pronuncia richiamata, inquadrò l'istituto proprio in un'ottica principalmente processuale.

Per inciso, e in ultimo, va notato come, nell'occasione in questione, la Suprema Corte, nell'escludere l'applicazione della nuova disciplina nei processi pendenti, per i quali risulta superato il limite di decadenza, effettua un richiamo al modello argomentativo di recente impiegato dalla Consulta – nella sentenza n. 236 del 2011 – in ordine al problema dei limiti al principio della retroattività della legge penale più favorevole.

Quest'ultima, come noto, è garanzia che trova giustificazione, nel sistema interno, nella disposizione di cui all'art. 2 comma 4 c.p. Da tempo, tuttavia, in dottrina si riconosce alla medesima anche fondamento costituzionale, in virtù del canone di uguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.). E il valore del principio risulta ulteriormente rafforzato, oggi, proprio a seguito della richiamata sentenza Scoppola, che ne ha affermato la diretta riconducibilità all'art. 7 CEDU il quale, per il tramite dell'art. 117 comma 1 Cost., filtra nel sistema interno¹⁸.

È ben vero peraltro che la Corte Costituzionale, pur a fronte di tale ultima pronuncia, volta ad inquadrare il principio di retroattività della *lex mitior* in chiave di diritto fondamentale della persona, ne ha negato il carattere assoluto, risultando, esso, suscettibile di bilanciamenti con interessi di pari rango.

E fra le “consistenti ragioni” in grado di concretare razionali deroghe alla retroattività della legge penale più favorevole, va annoverata, per esempio, secondo quanto espresso dalla Consulta, la necessità di garantire l’ “effettività del diritto penale”. Allo stesso modo, la “diversità o disomogeneità tra contesti fattuali e normativi” dovrebbe costituire un'ulteriore giustificazione del limite all'operare retroattivo della legge più mite successiva¹⁹.

¹⁸ Per il problema della retroattività della legge penale più favorevole, e per una ricostruzione dello stesso in termini di principio fondato su tre cerchi concentrici, v. [F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*](#) (Voce per “*Il libro dell'anno Treccani 2014*”), in *questa Rivista*, 20 Dicembre 2013, il quale mette, anzitutto, in evidenza come “la copertura del principio da parte dell'art. 7 CEDU rappresenta [...] un deciso salto di qualità: l'art. 7 CEDU incorpora un diritto fondamentale a carattere assoluto, che non appare ammettere deroghe in alcuna circostanza – nemmeno in caso di guerra o emergenza nazionale – e a fronte di alcun interesse confliggente”. Attualmente, il principio, si sottolinea in seguito, trova la sua tutela in una sorta di sistema multilivello, costituito da una prima dimensione, rappresentata dall'ambito applicativo del diritto dell'Unione Europea, là dove trova applicazione l'art. 49 CDFUE con conseguente possibilità di disapplicazione della norma interna contrastante. In un secondo livello risulta collocata la generalità delle materie non regolate dal diritto UE e nella quale opererà la garanzia dell'art. 7 CEDU. In un terzo livello risiede invece la dimensione domestica di tutela del principio, nella quale il c.d. “vaglio positivo di ragionevolezza” rende bilanciabile il principio con altri interessi di pari rango.

¹⁹ In via di estrema sintesi, si ricorda che, in occasione della pronuncia 231 del 2011, la Consulta, era stata chiamata a giudicare della illegittimità costituzionale della disciplina transitoria (art. 10 comma 3 L. n. 251/2005) connessa alla legge introdotta in materia di prescrizione, nella misura in cui la stessa inibiva l'applicazione retroattiva delle nuove norme, contenenti termini di prescrizione senz'altro più brevi, ai processi pendenti in grado di appello e di Cassazione. La questione traeva argomento proprio dal valore via via assunto dal principio di retroattività della legge penale più favorevole, costituzionalmente fondato ed ormai largamente riconosciuto in sede sovranazionale anche alla luce della sentenza Scoppola. La Corte, come noto, ha ritenuto di non dover affermare l'incostituzionalità di tale disciplina transitoria in quanto l'applicazione retroattiva della nuova disciplina avrebbe fatto finire in nulla una pluralità di processi con buona pace dell’ “effettività del diritto penale”, principio (per la prima volta teorizzato in *subiecta materia*) evidentemente ritenuto in grado di giustificare limitazioni alla retroattività della disciplina più favorevole e

Il modello argomentativo prospettato dalla Corte Costituzionale ha per vero suscitato qualche dubbio in dottrina.

E ciò non solo per la ricostruzione, fornita dai Giudici Costituzionali, della sentenza Scoppola, nella misura in cui, in particolare, la stessa Corte di Strasburgo non avrebbe escluso possibilità di deroga alla garanzia in questione. Ma anche perché, per quello che qui più conta, proprio sul piano di tali deroghe, gli argomenti sostenuti dalla Corte Costituzionale sembrano sostanzialmente riproporre la validità di quel criterio interpretativo, rappresentato dal c.d. “vaglio positivo di ragionevolezza”, elaborato – già in fase antecedente alla sentenza Scoppola – in qualità di parametro idoneo, nella dimensione interna del principio, a giustificare limitazioni ad innovazioni legislative *in mitius*²⁰.

Il punto, si osserva, è che per giustificare una deroga ad un principio, proclamato pur sempre in sede sovranazionale in qualità di diritto fondamentale della persona, e per questa via, per il tramite dell’art. 117 comma 1 Cost., ulteriormente rinforzato nel sistema interno, occorrerebbe enucleare un corredo di ragioni più precise e tassative da porre a sostegno della eventuale deroga alla *lex mitior*. Donde non dovrebbe più risultare sufficiente il richiamo a valori (quali la necessità di salvaguardia dell’attività processuale compiuta, dell’efficienza giurisdizionale, etc.) che, per quanto rilevanti, hanno sinora giustificato il limite alla *lex mitior* nella sola dimensione interna, e che forse dovrebbero ormai considerarsi recessivi rispetto ad un diritto essenziale della persona come quello in esame²¹.

consistente nella esigenza che la norma penale sia effettivamente applicata ai responsabili della sua violazione, quale condizione minima perché la norma penale possa esplicare la sua primaria funzione generalpreventiva e perché possa essere ricomposta la frattura creatasi all’interno del corpo sociale (*in primis* tra la vittima e il reo) in seguito alla commissione del reato.

Quanto alla “disomogeneità tra i contesti fattuali e normativi” all’interno dei quali si succedono le leggi, ipotizzata quale ulteriore fondamento del limite alla retroattività, la Consulta, fra l’altro, sembra riferirsi a situazioni caratterizzate da eccezionalità ed urgenza, caratterizzate dalla circostanza che la relativa disciplina normativa rimane insensibile a modifiche migliorative proprio a causa del carattere eccezionale del contesto nel quale viene concepita.

²⁰ Come accennato, si tratta di criterio interpretativo elaborato in occasione della sentenza n. 393 del 2006 della Corte Costituzionale, in una fase antecedente la sentenza Scoppola. Quest’ultima, come detto, secondo le ricostruzioni più autorevoli (F. VIGANÒ, *Retroattività*, cit.), ha invece determinato un’intensificazione del valore della retroattività, difficilmente superabile col ricorso all’argomento del “vaglio positivo di ragionevolezza”.

²¹ Naturalmente il tema è vasto e non può certo essere trattato in questa sede, essendone qui soltanto accennati superficialmente gli aspetti implicati dalla questione in esame. Si rinvia pertanto al contenuto della sentenza n. 236 del 2011 e, fra gli altri, ai contributi dottrinali (F. VIGANÒ, [Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole](#), in *questa Rivista*, 6 Settembre 2011, p. 16 ss., 22) che della stessa ne hanno esaminato vari profili, come per esempio, fra gli altri, quello relativo al rapporto tra le due Corti, la Corte Costituzionale e la Corte di Strasburgo, quello riguardante il valore delle sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani nel sistema interno, anche in considerazione del contenuto delle “sentenze gemelle” del 2007. Per quello che comunque qui maggiormente rileva va rammentata, e sempre a grandi linee, la perplessità sollevata in relazione al contenuto della pronuncia n. 236 del 2011, nella misura in cui, in sostanza, la Consulta, si è detto, ripropone di fatto il modello del “vaglio positivo di ragionevolezza” senza dar conto, con maggiore precisione, delle ragioni idonee a consentire deroghe al principio di retroattività, consacrato e fortificato per effetto degli interventi sovranazionali. E si è sottolineato, ancora, come la stessa Consulta, in luogo della logica “assertiva” con cui, nell’occasione, si è espressa, avrebbe forse dovuto, con

La Suprema Corte di Cassazione ha peraltro ripreso un simile modello interpretativo nella pronuncia in esame²², là dove, in particolare, il riferimento al concetto della “diversità tra i contesti processuali” dovrebbe identificare la ragione fondante il limite all’operare retroattivo della nuova disciplina.

In altre parole, per i Giudici di legittimità, far accedere l’imputato alla nuova causa estintiva, mediante apposita richiesta, nei gradi successivi al primo (allorché, cioè, si sia già celebrata gran parte dell’attività processuale) significherebbe arrecare pregiudizio ai valori dell’efficienza della giurisdizione e della ragionevole durata del processo, onde la diversità tra il contesto processuale sotteso alle fasi di impugnazione e quello relativo al giudizio di primo grado, suscettibile di essere evitato, dovrebbe assurgere a fondamento del limite alla retroattività della nuova e più favorevole legge²³.

Con tutta probabilità, la Suprema Corte avrebbe anche potuto evitare il richiamo – attraverso il riferimento al concetto di “diversità tra i contesti processuali” – all’indirizzo interpretativo propugnato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 236 del 2011.

E ciò anzitutto per le medesime ragioni che, a seguito di tale ultima pronuncia, portarono la dottrina, come visto sopra, ad esprimere perplessità attorno agli argomenti sostenuti dalla Consulta. La problematicità del contesto interpretativo, legata alle critiche suddette, e dunque ad una (non ancora) ben consolidata ermeneutica capace di garantire l’esatta identificazione delle modalità e delle ragioni di deroga al principio della retroattività della legge più favorevole, avrebbe potuto consigliare di evitare il richiamo a tal modo di risolvere la questione²⁴.

D’altronde il problema si mostrava risolvibile su altro terreno, senza l’implicazione degli argomenti suddetti.

l’impiego di una tecnica più persuasiva, fornire maggiori argomenti con i quali interpretare le norme Convenzionali e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nonché giustificare le ragioni di eventuali deroghe al principio di retroattività. Sulla questione e sugli altri problemi menzionati, v. anche V. MANES, *Il Giudice nel labirinto*, 2012, p. 150 ss.

²² Cfr. Cass., sez. Penale Feriale, 31 luglio 2014 (dep. 13 agosto 2014), n. 35717, cit.

²³ La locuzione, utilizzata dalla Suprema Corte (“diversità tra contesti processuali”) parrebbe poi doversi riportare al concetto della “disomogeneità tra i contesti fattuali o normativi”, identificato, come visto, dalla Consulta, nella sentenza 236 del 2011, quale situazione in grado di concretare una deroga alla retroattività della legge penale più favorevole.

²⁴ Piuttosto, in considerazione del sottolineato carattere assoluto, assunto oggi dal valore della retroattività della legge penale più favorevole, e della critica dottrina rivolta alle statuizioni contenute nella sentenza n. 236 del 2011, dovrebbero forse prospettarsi interpretazioni più restrittive possibile dei concetti idonei a concretare le (ove ammesse) deroghe alla retroattività della legge più favorevole. Resta peraltro vero che, per accennare ad un altro aspetto del complesso problema, nella disciplina in questione non si tratta di misure volte ad incidere su “preesistenti, vere e proprie” limitazioni della libertà personale, nel qual caso, come si afferma, la “retroattività europea” esercita un’influenza ancor più significativa. Di contro, sarebbe certo più ragionevole l’ipotesi di deroghe o limiti allorché vengano in considerazione istituti non diretti ad incidere su limitazioni di libertà già in atto (per questi rilievi, in linea generale nonché in relazione alla disciplina qui esaminata, v. R. BARTOLI, *La sospensione*, cit., 673).

L'espressione relativa alla "diversità dei contesti processuali" sembra infatti dischiudere, come già sottolineato, una interpretazione inequivoca, volta ad attribuire alla nuova disciplina, essenzialmente e principalmente, il valore di rito alternativo²⁵.

Tale locuzione, infatti, si risolve, secondo l'impostazione seguita nella pronuncia, nella semplice constatazione della differenza intercorrente tra i giudizi di primo grado, nei quali ancora non si sia giunti a sentenza – e nei quali l'imputato può scegliere di accedere al rito alternativo evitando il giudizio – e le fasi di impugnazione, laddove non potrebbe ammettersi tale facoltà proprio perché il giudizio non può più essere evitato.

Altro dunque, per la Corte, è il decorso ordinario del processo, altra è la definizione in via alternativa ed anticipata dello stesso, realtà sistematicamente ed ontologicamente non sovrapponibili.

Ma il che, in definitiva, equivale ad implicito riconoscimento, in capo alla nuova disciplina, principalmente di un nuovo rito alternativo che, in quanto tale, e di conseguenza, dovrà essere assoggettato alla disciplina processuale, anche sul terreno dei presupposti applicativi.

Il fatto, poi, che l'eventuale accesso al nuovo rito in fasi di impugnazione, o comunque successive alle soglie decadenziali, potrebbe portare pregiudizio al valore dell'efficienza giurisdizionale o dell'attività processuale svolta, è constatazione ovvia ma poco significativa una volta inquadrato, come fa la Cassazione, il nuovo istituto in termini processuali: una simile circostanza risolve il problema a monte, rimanendo lo stesso regolato dalla normativa processuale.

Per tale ragione, si sarebbe potuto, come detto, evitare il richiamo a quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 236 del 2011.

In conclusione, va comunque rammentato, come pure si è sottolineato sopra, che quanto statuito dalla Corte Costituzionale in occasione di tale sentenza, riguarda pur sempre una disciplina che, in caso di accoglimento della questione, avrebbe condotto, a differenza della disciplina in esame, ad una immediata applicazione della legge penale più favorevole, senza l'intermediazione dell'esercizio di facoltà processuali.

Viceversa, l'effetto sostanziale della nuova misura non consiste in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione all'esito del dibattimento: l'estinzione del reato in tanto opera in quanto venga esercitata la scelta processuale che, proprio perché tale, deve subire la regolazione discendente dal principio *tempus regit actum*²⁶.

²⁵ Non sembra del resto che, nella pronuncia della Suprema Corte, risulti privilegiato, nella risoluzione della questione, un approccio di tipo valoriale, teso ad instaurare un giudizio di bilanciamento tra la garanzia, eventualmente spettante all'imputato, di usufruire retroattivamente della nuova causa estintiva e l'interesse a salvaguardare l'attività processuale già compiuta. È ben vero che, come sopra accennato, nel sostenere la non applicabilità ai processi pendenti della nuova disciplina, la Corte di Cassazione effettua un richiamo anche all'efficienza del processo quale valore destinato a rimanere pregiudicato in caso di diversa soluzione. Si tratta tuttavia di un riferimento non affrontato come argomento principale su un terreno, appunto, di confronto tra valori, quanto di una conseguenza implicata ed indiretta di un ragionamento, teso ad evidenziare, in capo alle nuove norme, principalmente carattere di rito alternativo, nonché l'incompatibilità, strutturale ed ontologica, tra la nuova disciplina e quella sottesa al decorso ordinario del giudizio.

²⁶ Cfr. *supra*, nota n. 9.