



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE  
CONTEMPORANEO

---

Fascicolo  
**1/2019**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

**COMITATO DI DIREZIONE** Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

**REDAZIONE** Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

**COMITATO SCIENTIFICO** Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

**Diritto Penale Contemporaneo** è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

#### **Peer review.**

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.



1/2019

## LA MESSA ALLA PROVA DOPO IL *DICTUM* DELLA CONSULTA: INDENNE MA RIVISITATA E IN ATTESA DI NUOVE CENSURE

Nota a [Corte cost., sent. 21 febbraio 2018 \(dep. 27 aprile 2018\), n. 91, Pres. Red. Lattanzi](#)

di Lucia Parlato

**Abstract.** Con la sentenza n. 91 del 2018, la Consulta ha avuto modo di offrire una rivisitazione “ad ampio raggio” dell’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, affrontandone diversi aspetti fondamentali. La pronuncia – pur esprimendosi in termini di inammissibilità o di infondatezza delle questioni sollevate – può essere considerata un’importante spartiacque nell’elaborazione ermeneutica della fattispecie, risolvendo alcuni problemi interpretativi e, al contempo, ponendone in luce di nuovi.

SOMMARIO: 1. Il doppio volto, sostanziale e processuale, della messa alla prova torna al cospetto della Consulta. – 2. Un rapido sguardo all’esperienza interpretativa dell’istituto. – 3. La valutazione predibattimentale e il materiale probatorio di riferimento: la Consulta ammette l’accesso al fascicolo del pubblico ministero. – 4. Una sanzione senza accertamento, oppure un rito “molto speciale”? Le censure inerenti alla presunzione di non colpevolezza. – 5. Quando l’individualizzazione del trattamento compensa l’indeterminatezza della sanzione. – 6. Verso nuovi equilibri tra poteri del giudice e consenso dell’imputato. – 7. Riflessioni conclusive: capisaldi e debolezze della fattispecie.

### 1. Il doppio volto, sostanziale e processuale, della messa alla prova torna al cospetto della Consulta.

Pur avendo solo quattro anni di vita<sup>1</sup>, l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova ha già alle spalle un travagliato percorso

---

<sup>1</sup> La l. 28 aprile 2014, n. 67, che ha previsto la sospensione del procedimento con messa alla prova per gli adulti, è entrata in vigore il 17 maggio 2014. Sull’*iter* che ha condotto alla riforma, tra gli altri, 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; M. MIEDICO, [Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni](#), *ivi*, 14 aprile 2014; E. LANZA, *La messa alla prova processuale*, Milano, 2017, p. 212; A. SCARCELLA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C. Conti – A. Marandola – G. Varraso (a cura di), *Le nuove*

ermeneutico. Passata attraverso numerosi dubbi interpretativi e di costituzionalità – che avrebbero potuto modificarne l’assetto o, persino, metterne in forse il futuro – la fattispecie ha appena superato un importante ostacolo, ossia il vaglio, sinora più puntuale e stringente, del giudice delle leggi.

Sulla scorta delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Grosseto, la sentenza n. 91 del 2018<sup>2</sup> segna un discrimine nella storia esegetica della *probation*. Nonostante sia approdata alla declaratoria di inammissibilità per una tra le censure e di non fondatezza per altre tre, la pronuncia rappresenta infatti, per certi versi, un punto di arrivo e, al contempo, di partenza.

Era prevedibile che la messa alla prova – introdotta per gli adulti dalla l. 28 aprile 2014, n. 67 – sarebbe stata accolta nel sistema processuale con un imbarazzo iniziale e parecchie remore. La stravaganza di questa figura, dinanzi a modelli consolidati, ed il suo collocarsi “ai limiti” rispetto all’osservanza di principi fondamentali l’hanno posta e la pongono costantemente “in bilico”, come un elemento “di frontiera”, la cui presenza nel sistema è tollerata grazie a delicati equilibri<sup>3</sup>. Del suo continuo “scendere a patti” con le coordinate più tradizionali del processo penale, è testimone un susseguirsi di interrogativi, emersi nella giurisprudenza non solo di merito e di legittimità, ma anche costituzionale.

---

*norme sulla giustizia penale*, Padova, 2014, p. 331 ss. Sull’istituto della messa alla prova, nel contesto di una più ampia letteratura, R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661 ss.; V. BOVE, [Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/2014](#), in questa *Rivista*, 25 giugno 2014; EAD., *La messa alla prova*, Pisa, 2018, *passim*; G.L. FANULI, *L’istituto della messa alla prova ex lege 28 aprile 2014, n. 67. Inquadramento teorico e problematiche applicative*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 427 ss.; M.L. GALATI – L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale. Le applicazioni pratiche della legge n. 67/2014*, Milano, 2015; F. GIUNCHEDI, *Probation italian style: verso una giustizia riparativa*, in [www.archiviopenale.it](#), 12 dicembre 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, p. 674 ss.; M. MONTAGNA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti – A. Marandola – G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., p. 369 ss.; R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, p. 158 ss.; L. PULITO, *Messa alla prova per adulti: anatomia di un nuovo modello processuale*, *ivi*, 2015, p. 97 ss.; A. SANNA, *L’istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262 ss.; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in [www.archiviopenale.it](#), 20 aprile 2015; N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

<sup>2</sup> C. cost., 21 febbraio 2018, n. 91, in questa *Rivista*, 7 maggio 2018, con commento di G. LEO, [La Corte costituzionale ricostruisce e “accredita”, in punto di compatibilità costituzionale, l’istituto della messa alla prova](#); sempre in questa *Rivista*, 26 giugno 2018, con commento di R. MUZZICA, [La Consulta “salva” la messa alla prova: l’onere di una interpretazione “convenzionalmente” orientata per il giudice nazionale](#); cfr. S. Corbetta, *Via libera della Corte costituzionale all’istituto della messa alla prova*, in [www.quotidianogiuridico.it](#), 7 maggio 2018.

<sup>3</sup> In proposito, v. P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in Aa.Vv., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, in M. Daniele – P. Paulesu (a cura di), Torino, 2015, p. 183; G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 726; 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. In una prospettiva generale, v. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2006, p. IX ss.

In un lento periodo di metabolizzazione, che stenta ancora ad arrestarsi, la prassi si è confrontata con le peculiarità della fattispecie, che involgono i suoi profili sia sostanziali che processuali. Quest'ultima ha, infatti, «effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato», ma possiede anche «un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio», nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del rito penale, con messa alla prova<sup>4</sup>. In un'analisi che si incentrerà essenzialmente sul secondo versante, quello processuale, in questa sede non si potrà fare a meno di constatare lo stretto legame con il primo, sostanziale, partecipe anch'esso della struttura portante dell'istituto.

Nella difficile fase di “sperimentazione” della messa alla prova, è passata quasi in secondo piano la finalità principale in vista della quale essa è stata inserita nel nostro ordinamento. L'obiettivo di realizzare una deflazione dei procedimenti penali, in sé auspicabile, era stato reso più urgente dalla necessità di intervenire, anche indirettamente, per risolvere o almeno contenere il problema del sovraffollamento carcerario, rispetto al quale la Corte europea aveva espresso nel 2013 un forte monito, per il tramite della nota “sentenza Torreggiani”<sup>5</sup>.

L'effetto dirompente dell'accesso della *probation* nel rito penale nei confronti degli adulti, tuttavia, più che da un fatto di “numeri” e di impatto casistico, in chiave di economia processuale, è dipeso essenzialmente da aspetti “di sistema”, legati alla sua lontananza dai consueti schemi procedurali. Per i propri connotati innovativi, sin dalla sua introduzione lo strumento si è mostrato bisognoso di un inquadramento a livello interpretativo, complementare alla già ampia disciplina normativa<sup>6</sup>. Questa esigenza non è stata attenuata neppure dalla presenza nell'ordinamento di istituti analoghi, in grado di rappresentare, nei microsistemi minorile ed esecutivo<sup>7</sup>, un'utile “anteprima” rispetto all'applicazione più generalizzata di simili dinamiche nel contesto “ordinario”.

<sup>4</sup> C. cost., 7 ottobre 2015, n. 240, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1482 ss., con nota di J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*; C. cost., 5 giugno 2018, n. 141. Da ultimo, v. C. cost., 7 novembre 2018, n. 231, in *questa Rivista*, 19 dicembre 2018, con nota di D. ALBANESE, [Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova nei certificati del casellario richiesti dall'interessato](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2018.

<sup>5</sup> Sulle conseguenze derivate per il nostro ordinamento in seguito a Corte eu., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, tra i molti, P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., p. 189 ss.; G. ILLUMINATI, [Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa](#), in *questa Rivista*, 26 marzo 2015; A. MANGIARACINA, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, ivi, 2 dicembre 2014; E.M. MANCUSO, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. Conti – A. Marandola – G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme*, cit., p. 49 ss.

<sup>6</sup> C. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 666 ss.; cfr. L. DEGL'INNOCENTI – E. ANTONUCCIO, *La messa alla prova e la continua ricerca di soluzioni giurisprudenziali ai problemi applicativi*, in [www.ilpenalista.it](#), 12 ottobre 2018.

<sup>7</sup> Cfr. art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 488; art. 47 ord. pen. Al riguardo, in ordine alla “prova comportamentale”, nel suo percorso «da misura alternativa alla detenzione a rimedio processuale, attraverso l'esperienza del rito minorile», tra i molti, E. LANZA, *La messa alla prova*, cit., pp. 22 ss., 43 ss.; cfr. N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in Id. (a cura di), *La deflazione giudiziaria*, cit., p. 13 ss.; G. ZACCARO, *La messa alla prova per adulti. Prime considerazioni*, in *Questione giustizia*, 29 aprile 2014.

Nel ricordare i passaggi cruciali delle questioni di legittimità costituzionale che, nel corso di questo quadriennio, hanno interessato la messa alla prova, emergerà come il suo doppio volto, sostanziale e processuale, sia stato protagonista di singolari dinamiche. I due fronti si uniscono strettamente nel comporre la fisionomia dell'istituto e – in una considerazione complessiva di quest'ultimo – tra le diverse letture è possibile individuarne una, diretta ad evidenziare la maggiore cedevolezza dei principi fondamentali che regolano la sfera procedimentale. In particolare, non di rado obiezioni di incostituzionalità inerenti alla dimensione sostanziale hanno potuto sinora essere “scansate” trasferendole sul piano processuale, dove viene percepito in maniera meno forte il peso del principio di legalità<sup>8</sup>.

Diverse, infatti, sono state le censure mosse sul versante sostanziale, non del tutto disgiunte da aspetti processuali. E il forte nesso tra le due prospettive ha consentito varie volte di trarre in salvo la fattispecie, riconoscendone la conformità ai principi costituzionali. Rimarcare la sua natura di procedimento speciale costituisce un valido *passpartout*, che è però naturalmente destinato a perdere in parte la sua efficacia dinanzi ad un differente e più profondo livello di indagine, richiesto quando le censure puntino direttamente al “cuore” processuale dell'istituto e impongano di verificare in quale misura si tratti di un rito premiale assimilabile a quelli già esistenti e se, in realtà, si sia al cospetto di uno strumento *sui generis* in cui prevalgano profili di autonomia. Il punto più critico, al riguardo, è la mancanza o il particolare atteggiarsi, all'interno del rito stesso, di un giudizio di responsabilità. In proposito, ogni ragionamento non solo chiama in causa i principi che governano il procedimento penale, ma altresì diventa facilmente circolare: partendo dal campo processuale, riporta infatti inevitabilmente ai nodi che più volte si è cercato di aggirare sul fronte del diritto sostanziale.

In un moltiplicarsi di spunti, suggeriti dalle argomentazioni del rimettente e dal percorso motivazionale seguito della Corte, nella sentenza n. 91 del 2018, questa oscillazione tra i due poli, sostanziale e processuale della fattispecie, continua a rappresentare un *Leitmotiv*. Si traduce soprattutto in uno sforzo maggiore, da parte Consulta, nel respingere le obiezioni più puntualmente rivolte all'ambito delle regole processuali.

Le questioni sollevate dal giudice di Grosseto impongono di attingere da un bacino interpretativo unitario, che accomuna la messa alla prova ad istituti limitrofi, già oggetto di un'intensa elaborazione giurisprudenziale. In cerca di soluzioni e di certezze, invero, si può fare riferimento alla prassi sinora maturata non solo in tema di procedimenti speciali, ma anche in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Individuati questi profili di fondo, prima di affrontare le specifiche problematiche sottoposte alla Consulta, è opportuno ripercorrere il breve ma intenso vissuto dell'istituto in esame, limitandoci a rammentare le principali questioni di costituzionalità che hanno preceduto la pronuncia in commento e rivestono interesse

---

<sup>8</sup> In tema, ampiamente, D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in Aa.Vv., *Legge e potere nel processo penale*, Padova, 2017, p. 43 ss.; ID., *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 421 ss.



1/2019

nell'analisi di quest'ultima, senza tralasciare un cenno ad ulteriori dubbi frattanto sopraggiunti e ad alcune pronunce della Suprema Corte.

## 2. Un rapido sguardo all'esperienza interpretativa dell'istituto.

Nella fase immediatamente successiva alla riforma del 2014, la Consulta si è trovata più volte ad occuparsi della messa alla prova, senza essere però subito chiamata a soffermarsi sui suoi snodi più cruciali. Ciò era invece accaduto, negli anni '90, in ordine al corrispondente istituto minorile, quando la Corte si era spinta sino ad individuarne un «presupposto concettuale essenziale», costituito «da un giudizio di responsabilità penale», in mancanza del quale l'organo giurisdizionale sarebbe tenuto a pronunciarsi nel senso del proscioglimento<sup>9</sup>.

In seguito all'approdo della “messa alla prova” nel processo “ordinario”, la sopra descritta interazione tra i profili di diritto sostanziale e di diritto processuale ha costituito il filo conduttore di diverse decisioni della Corte costituzionale<sup>10</sup>. I secondi sono stati varie volte valorizzati *ad adiuvandum*, per rendere più congeniali al sistema i primi, in un intreccio funzionale emerso sin da un'iniziale pronuncia, del 2015, nota per aver riguardato il problema dell'applicabilità dell'istituto nei procedimenti pendenti, in assenza di una disciplina transitoria<sup>11</sup>. Sempre in ragione della sua natura processuale – di rito speciale, fisiologicamente esperibile per un'ampia serie di situazioni concrete – la messa alla prova si è parimenti sottratta ad eccezioni di incostituzionalità che, incentrate sull'art. 3 Cost. e riferite all'art. 168 *bis* c.p., si dovevano dell'applicazione di un trattamento uniforme, in relazione a fattispecie criminose tra loro disomogenee per tipologia e per trattamento sanzionatorio<sup>12</sup>.

Altre censure denunciavano l'indeterminatezza della sanzione, basandosi sulla mancata specificazione, da parte del legislatore, sia della durata massima della misura del lavoro di pubblica utilità, sia di precisi criteri per stabilirne in concreto le tempistiche. A contrastare tali critiche sono venute in soccorso nuovamente delle regole processuali – richiamate poi anche dalla pronuncia in commento – in grado di suggerire il momento finale della restrizione, ricavabile in base ai termini previsti per la correlata sospensione del procedimento (art. 464 *quater*, comma 5, c.p.p.)<sup>13</sup>.

Ulteriori questioni, più insidiose, sono state direttamente indirizzate verso le norme del codice di rito ed i meccanismi da esse governati. Ne è derivata la parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 460 c.p.p., ove non prevedeva che il decreto penale di condanna contenesse un avviso sulla possibilità di richiedere, in sede

---

<sup>9</sup> C. cost., 14 aprile 1995, n. 125, in *Giur. cost.*, 1995, p. 972. Sul punto, C. Conti, *La messa alla prova*, cit., p. 667.

<sup>10</sup> Tra le altre, recentemente, C. cost., 7 novembre 2018, n. 231, cit.

<sup>11</sup> C. cost., 26 novembre 2015, n. 240, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2189.

<sup>12</sup> C. cost., 10 marzo 2017, n. 54, in *Dir. giust.*, 2017, n. 47, p. 9, con nota di G. MARINO, *La disciplina della messa alla prova è incostituzionale*.

<sup>13</sup> V. ancora C. cost., 10 marzo 2017, n. 54, cit.

di opposizione, la messa alla prova<sup>14</sup>. Sulla scia di tale pronuncia, altri sospetti di illegittimità costituzionale, manifestamente inammissibili per omessa descrizione della fattispecie, erano stati sollevati in relazione all'art. 552 c.p.p., per la mancata previsione di un analogo avviso, stavolta nel decreto di citazione a giudizio dinanzi all'organo monocratico<sup>15</sup>. E un simile dubbio di incostituzionalità interessa ora l'art. 456, comma 2, c.p.p., quanto al contenuto del provvedimento che dispone il giudizio immediato<sup>16</sup>.

Di una pronuncia, tra quelle che non hanno dato seguito alle critiche formulate, si parlerà più avanti, nel corso della trattazione: la questione sollevata mirava a introdurre una condizione di incompatibilità per il giudice dibattimentale, dopo il rigetto – in apertura del giudizio – di una richiesta di sospensione con messa alla prova<sup>17</sup>. Ma, soprattutto, altri dubbi di costituzionalità, sollecitati anche allora dal giudice di Grosseto, avevano anticipato in parte quelli adesso affrontati con la sentenza n. 91 del 2018 ed erano stati valutati come non fondati, in assenza di un'adeguata argomentazione sulla loro rilevanza nel procedimento *a quo*<sup>18</sup>. Un più duro attacco all'istituto della *probation* era, dunque, prevedibile e da considerare soltanto rinviato al momento in cui si fosse ripresentata una situazione processuale idonea a fare da sfondo alle stesse eccezioni.

Va segnalato anche che la pronuncia della Corte costituzionale di cui qui ci si occupa, oltre a non essere la prima in materia, a dispetto della sua data recente non è neppure l'ultima.

È sopraggiunta infatti nel frattempo un'altra decisione, più incisiva per la natura del provvedimento, ossia la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., sebbene di impatto minore sull'assetto della fattispecie in discorso. La censura, che può avere ricadute nell'ottica della decisione in commento, copre la parte della norma in cui non è previsto che – qualora emerga in dibattimento una circostanza aggravante, fondata su elementi già risultanti dagli atti di indagine – all'imputato debba essere riconosciuta la facoltà di richiedere la messa alla prova, in ordine al reato oggetto della "nuova" contestazione<sup>19</sup>. Il tema affrontato dalla Corte è quello del "diritto al rito premiale", in

---

<sup>14</sup> Cfr. C. cost., 21 luglio 2016, n. 201, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1422, che ha costituito un atteso seguito, rispetto a censure che avevano colpito altri riti alternativi nel primo decennio dall'entrata in vigore del "nuovo" codice di procedura penale. Al riguardo, O. Murro, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti*, in *Giur. it.*, 2017, p. 487.

<sup>15</sup> C. cost., 18 gennaio 2018, n. 552.

<sup>16</sup> Sul profilo, non ancora vagliato dalla Corte costituzionale, Trib. Pisa, ord. 3 marzo 2017, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 21 agosto 2017.

<sup>17</sup> C. cost., 24 gennaio 2017, n. 19.

<sup>18</sup> C. cost., 21 settembre 2016, n. 237.

<sup>19</sup> Cfr. C. cost., 5 luglio 2018, n. 141, cit.: richiamando altre pronunce, sempre relative agli artt. 516 e 517 c.p.p., il giudice *a quo* aveva evidenziato «il pregiudizio del diritto di difesa, connesso all'impossibilità di rivalutare la convenienza del rito alternativo in presenza di una variazione sostanziale dell'imputazione, intesa ad emendare precedenti errori od omissioni del pubblico ministero nell'apprezzamento dei risultati delle indagini preliminari»; con ciò, tale giudice aveva stigmatizzato la violazione del principio di eguaglianza «correlata alla discriminazione cui l'imputato si trova esposto a seconda della maggiore o minore esattezza e completezza di quell'apprezzamento». In proposito, A. Zappulla, [La prima \(ma non ultima\) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova](#), in questa *Rivista*, fasc.

passato esaminato con riguardo ad altri procedimenti speciali: nel solco degli orientamenti già espressi per questi ultimi<sup>20</sup> e, in particolare, sul “patteggiamento”<sup>21</sup>, secondo le critiche del rimettente – così accolte – la possibilità di accedere appunto al rito premiale, dopo una “contestazione tardiva”, corrisponde a «un’estrinsecazione del diritto di difesa», il quale non deve essere violato.

Ancor più recentemente, le perplessità schiuse in seguito a varie sollecitazioni<sup>22</sup> – con riguardo agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. – sono sfociate in una pronuncia di illegittimità costituzionale degli artt. 24 e 25 del testo unico in materia di casellario giudiziale (d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313), nella parte in cui prevedevano l’inserimento nel certificato “generale” e nel certificato “penale” del casellario medesimo, richiesti dall’interessato, delle iscrizioni relative sia all’ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 464-*quater* c.p.p.), sia alla sentenza con cui il giudice, in caso di esito positivo della prova stessa, dichiara l’estinzione del reato (art. 464-*septies* c.p.p.)<sup>23</sup>. La censura del giudice delle leggi è giunta nonostante il legislatore si fosse adoperato, nelle more della decisione, per superare le prospettate critiche<sup>24</sup>: destinata ad acquisire efficacia solo a partire dall’ottobre del 2019<sup>25</sup>, infatti, la riforma frattanto introdotta è risultata ininfluenza rispetto alle questioni già sollevate, che sono state così dichiarate per la maggior parte fondate<sup>26</sup>. Nell’affrontare i dubbi proposti –

10/2018, p. 241 ss.

<sup>20</sup> Tra le varie pronunce, per profili diversi, C. cost., 30 giugno 1994, n. 265; C. cost., 18 dicembre 2009, n. 333; C. cost., 9 luglio 2015, n. 139; C. cost., 5 luglio 2017, n. 206. Su questi temi, G. DI CHIARA, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale*, Roma, 1996, p. 99 ss.; F. CASSIBBA, *L’imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, p. 314 ss.; G. LEO, [Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell’art. 517 c.p.p.](#), in questa *Rivista*, 13 luglio 2015; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 125.

<sup>21</sup> Cfr. C. cost., 23 giugno 2014, n. 184; in seguito, in relazione alla contestazione di un “fatto diverso”, C. cost., 17 luglio 2017, n. 206.

<sup>22</sup> In particolare, v. Trib. Palermo, ord. 19 marzo 2018, in [www.giurisprudenzapenale.com](#), 21 giugno 2018; sulle altre ordinanze, v. D. ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova*, cit.

<sup>23</sup> C. cost., 7 novembre 2018, n. 231, cit.

<sup>24</sup> Il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122 – nell’apportare diverse modifiche al richiamato d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313, in attuazione dell’art. 1, commi 18 e 19, l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) – ha escluso che, nel certificato del casellario giudiziale richiesto dall’interessato, *debbono* essere riportate le iscrizioni relative, da un lato, ai provvedimenti che dispongono la sospensione del procedimento con messa alla prova e, dall’altro, alle sentenze che, in caso di esito positivo di quest’ultima, dichiarano estinto il reato. Fermo restando che, attraverso l’abrogazione degli artt. 23, 25, 26 e la riformulazione dell’art. 24 del citato d.P.R., l’intervento normativo del 2018 ha fatto venir meno la distinzione tra i certificati “generale”, “civile” e “penale”, confluiti in un’unica tipologia di certificato rilasciabile dietro istanza dell’interessato, contenente ogni iscrizione esistente nel casellario giudiziale a carico di un determinato soggetto (al di fuori di quelle espressamente individuate nel novellato art. 24 dello stesso d.P.R.). Sul tema, V. GRAMUGLIA, [Revisione della disciplina del casellario giudiziale: le nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122](#), in questa *Rivista*, 10 gennaio 2019; D. ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova*, cit.

<sup>25</sup> V. art. 7 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 122, e art. 4 della Relazione illustrativa al testo normativo.

<sup>26</sup> Sulla sorte delle singole questioni, cfr. D. ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova*, cit., nt. 10.

inerenti essenzialmente alla ragionevolezza delle differenze con la disciplina di altri riti speciali di tipo premiale, nonché all'aspetto "rieducativo" del trattamento derivante dalla messa alla prova – la Corte ha approfittato per riaffermare la natura "ibrida" (sostanziale e processuale) dell'istituto ed ha tenuto presenti i contenuti della pronuncia in commento, fornendone uno sviluppo<sup>27</sup>.

Può essere utile, per completezza, notare come in un quadro generale non siano mancati neppure diversi interventi delle Sezioni unite<sup>28</sup>, distinguendosi altresì una costellazione di interessanti provvedimenti della Suprema Corte a sezioni semplici, anche in tema di incompatibilità del giudice<sup>29</sup>, e contrasti interpretativi tuttora irrisolti<sup>30</sup>.

Tutto ciò posto, è giunto ora il momento di esaminare più specificamente la recente e ampia presa di posizione del giudice delle leggi, in materia di messa alla prova, volta a "difendere" la fattispecie su numerosi fronti. Occupandosi di obiezioni non sempre del tutto "nuove", perché in parte già inutilmente avanzate, la Consulta ha colto l'occasione per offrire una complessiva e ponderata lettura della fattispecie. Tenendo presente che il significato della pronuncia trascende rispetto agli esiti in essa espressi, di inammissibilità e di infondatezza delle varie censure, nel ripercorrere le quattro diverse questioni sollevate dal Tribunale di Grosseto – secondo l'ordine seguito dalla Corte – si dedicherà qualche spunto di riflessione a ciascuna di esse, specialmente alle prime due.

### **3. La valutazione predibattimentale e il materiale probatorio di riferimento: la Consulta ammette l'accesso al fascicolo del pubblico ministero.**

La prima tra le questioni sollevate dal Tribunale di Grosseto, pur avendo trovato sbocco in una declaratoria di inammissibilità, è quella che rivela i profili di maggiore interesse. Il problema sottoposto alla Consulta gravita attorno all'ipotesi di riproposizione della domanda di *probation*, precedentemente respinta, al giudice del

---

<sup>27</sup> D. ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova*, cit., p. 3.

<sup>28</sup> Spicca per la sua importanza sul piano processuale una pronuncia che – nel risolvere un contrasto interpretativo – ha ritenuto l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento respinga l'istanza di messa alla prova non immediatamente impugnabile, bensì appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p.: Cass., Sez. un., 29 luglio 2016, n. 33216, in *questa Rivista*, 1 agosto 2016. Per una panoramica delle principali decisioni nella giurisprudenza di legittimità, C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., p. 667 ss.

<sup>29</sup> Cass., Sez. III, 11 aprile 2016, Genocchi, in *CED. Cass.*, n. 266387; inoltre, sulla valutazione giudiziale della corretta qualificazione giuridica del fatto e con riguardo alla confessione, rispettivamente, v. Cass., Sez. IV, 3 febbraio 2016, Cambria Zurro, *ivi*, n. 265735; Cass., Sez. I, 9 maggio 2017, Marong, *ivi*, n. 270982. Sulle decisioni, C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., p. 669 ss.

<sup>30</sup> Ad esempio, in ordine all'individuazione del giudice competente a decidere sulla domanda di messa alla prova, avanzata in sede di opposizione a decreto penale di condanna, Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 25867, in *CED. Cass.*, n. 267062, indica il giudice del dibattimento; *contra*, facendo riferimento al g.i.p., Cass., Sez. I, 4 maggio 2017, n. 21324, in *questa Rivista*, 15 settembre 2017; Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 25867, in *CED. Cass.*, n. 267062. In argomento, A. SABATINO, *Richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova in sede di opposizione a decreto penale di condanna: a chi spetta la competenza a decidere?*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 18 luglio 2017; E.S. LABINI, [Richiesta di messa alla prova in seguito a opposizione a decreto penale: la competenza è del giudice per le indagini preliminari](#), in *questa Rivista*, 15 settembre 2017.

dibattimento e prima della dichiarazione di apertura di quest'ultimo. Rispetto a tale ipotesi, disciplinata *ex art. 464 quater*, comma 9, c.p.p., il punto controverso concerne l'individuazione del materiale probatorio di riferimento, in base al quale l'organo giurisdizionale è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di sospensione con messa alla prova.

L'interpretazione seguita dal rimettente, lamentandone il contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 3, 25, comma 2, 27, comma 2, e 111, comma 6, Cost., presupponeva che la decisione dovesse essere necessariamente assunta dal giudice avvalendosi del solo fascicolo del dibattimento che – all'avvio di quest'ultimo, cioè quando l'istanza può essere rinnovata – si rivela fisiologicamente spoglio. Né, a detta dello stesso rimettente, *ex art. 464 quater*, comma 1, c.p.p., sarebbe stato possibile prospettare l'accesso del giudice dibattimentale al fascicolo che raccoglie gli atti delle indagini preliminari. La critica veniva rivolta infatti verso questa norma, ove non prevede che il giudice del dibattimento, dinanzi alla reiterata richiesta dell'accusato ai fini della messa alla prova, possa procedere all'acquisizione e valutazione di tali atti, restituendoli poi per l'ulteriore corso del procedimento, in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova.

Le ragioni che rendono tale questione la più ricca di spunti, rispetto alle altre al contempo indirizzate alla Consulta, dipendono soprattutto dai suoi possibili sviluppi ermeneutici. Sono dovute, infatti, in parte ad un evidente sforzo ad opera del giudice delle leggi che, pur dichiarando l'inammissibilità della questione stessa, si è impegnato nel tracciare una strada alternativa e del tutto inesplorata dal rimettente. Ma tali ragioni derivano anche dal fatto che la risposta fornita dalla Corte potrebbe spianare la via ad altre questioni di legittimità costituzionale.

Secondo la prospettiva aperta dalla Consulta, il sistema processuale offrirebbe una soluzione non valorizzata dal giudice *a quo*. Nel sospingere l'interprete verso questa "nuova" direzione, la Corte ha accostato la messa alla prova al "patteggiamento", mutuandone le cadenze<sup>31</sup>. Sulla scorta di quanto si verifica per le richieste relative a quest'ultimo rito, infatti, il giudice dibattimentale dovrebbe acquisire il fascicolo del pubblico ministero, decidendo in base agli atti in esso compendiate. L'inammissibilità della questione deriva, quindi, dal fatto che il rimettente avrebbe trascurato un'interpretazione "costituzionalmente orientata", tale da consentire all'autorità giurisdizionale proprio quanto da lui auspicato, ossia la visione degli atti del fascicolo del p.m.

É invero una soluzione articolata, quella suggerita dalla Corte, che alcun giudice precedente – comprensibilmente – si sarebbe spinto a prospettare senza il conforto ora così autorevolmente espresso. Più precisamente, essa è affidata all'applicazione analogica dell'art. 135 disp. att. c.p.p., a norma del quale l'organo giudicante, ai fini della decisione sulla richiesta di "patteggiamento", «rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel

---

<sup>31</sup> Il paragone è stato riproposto, ora, da C. cost., 7 novembre 2018, n. 231, cit.

fascicolo del pubblico ministero». La disposizione, così sostituita nel 1999<sup>32</sup>, prosegue prevedendo che «se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti» essi «sono immediatamente restituiti al pubblico ministero». A supportare questa impostazione sono i risultati esegetici già raggiunti per il giudizio abbreviato su richiesta “condizionata”, al quale le Sezioni Unite hanno esteso l’operatività della norma<sup>33</sup>. Nuovamente, dunque – in base alle argomentazioni seguite dalla Consulta – la natura di “procedimento speciale”, assimilabile ad altri<sup>34</sup>, costituisce per la fattispecie un’essenziale “àncora di salvezza”.

La considerata incursione cognitiva, nel campo degli atti raccolti nel fascicolo del p.m., a detta della Corte costituzionale risulterebbe comunque mirata e circoscritta all’ambito in cui sia “necessaria” e, al contempo, volta “ai soli fini della decisione” sull’istanza di messa alla prova: limitando l’ingerenza entro questi confini, la Corte mostra di non voler impedire al giudice la conoscenza di atti delle indagini preliminari.

Eppure, nonostante debba trattarsi di un intervento puntuale e dotato di una precisa finalizzazione, il suo configurarsi può generare una serie di distonie, la cui portata va al di là della questione affrontata dalla Corte stessa. L’estendersi della cognizione del giudice dibattimentale agli atti del fascicolo del p.m., infatti, può far temere una compromissione della sua necessaria imparzialità: una volta conosciuto il contenuto degli atti investigativi inclusi in tale fascicolo, nonché pronunciatisi in base a tali atti, egli potrebbe, infatti, perdere quella posizione di terzietà che deve connotarlo.

Peraltro, a ben vedere, alcuni tra gli argomenti usati – tanto dalle Sezioni unite per il giudizio abbreviato, quanto dalla stessa Corte costituzionale nella pronuncia esaminata – possono indebolirsi. In ordine al giudizio abbreviato, infatti, la Suprema Corte ha sottolineato come la valutazione da assumere sia soltanto incidentale e finalizzata ad una verifica della necessità della prova integrativa richiesta<sup>35</sup>. Mentre, per vero, il vaglio sull’ammissione alla messa alla prova, incentrato com’è sui criteri di cui all’art. 133 c.p., non può che vantare una più spiccata “attitudine pregiudicante”. La sentenza commentata, dal canto suo – nell’affermare che «non c’è ragione» di inibire al giudice la conoscenza del fascicolo – evidenzia la circostanza secondo cui, comunque, «non si deve procedere al dibattimento», traendone sostegno per la soluzione adottata. Mentre, in realtà, talvolta può verificarsi il contrario e, al riguardo, può essere opportuno considerare alcune specifiche situazioni.

Anzitutto, le perplessità sull’imparzialità del giudice possono sorgere per il caso di mancato accoglimento della richiesta di *probation*, al quale segue la prosecuzione del procedimento nelle sue forme “ordinarie”. In proposito, un dubbio di legittimità costituzionale era già emerso, sfociando in una pronuncia di manifesta inammissibilità

---

<sup>32</sup> Art. 52, comma 1, l. 16 dicembre 1999, c.d. legge Carotti. In proposito, A. DE CARO, *sub* art. 135 disp. att., in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, III, Milano, 2017, p. 856 ss.

<sup>33</sup> Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, in *Corr. mer.*, 2005, p. 95, con nota di G. LEO, *Giudizio abbreviato e poteri del giudice del dibattimento*, o in *Cass. pen.*, 2005, p. 358, con nota di P. SPAGNOLO, *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell’imputato*; cfr. A. DE CARO, *sub* art. 135, cit., p. 857.

<sup>34</sup> In particolare, cfr. C. cost., 26 novembre 2015, n. 240.

<sup>35</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44711, cit.

della relativa questione. Quest'ultima era stata sollevata in ordine all'art. 34, comma 2, c.p.p., «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato» di sospensione del procedimento con messa alla prova, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p. La decisione della Corte era derivata essenzialmente da ragioni procedurali e, in particolare, dalla circostanza che il rimettente aveva mancato di motivare adeguatamente la propria ordinanza<sup>36</sup>. Un'analoga questione, dunque, se riproposta sarebbe promettente, soprattutto essendosi ora aperto per il giudice, con la sentenza n. 91 del 2018, il varco alla consultazione del fascicolo del p.m. È andata svanendo, infatti, la differenza tra la valutazione che prelude al rigetto della richiesta di "patteggiamento", già oggetto di censure della Corte costituzionale<sup>37</sup>, e quella che precede il diniego della sospensione del procedimento con messa alla prova. La Consulta in dette occasioni aveva avuto, peraltro, modo di precisare come non sia la "mera conoscenza" degli atti a creare in capo al giudice una "forza della prevenzione"<sup>38</sup>, capace di determinarne l'incompatibilità. Tale effetto discenderebbe, invece, da una valutazione di merito circa l'idoneità delle risultanze delle indagini preliminari, a fondare un giudizio di responsabilità dell'imputato<sup>39</sup>. Il profilo, particolarmente delicato, incrocia la controversa tematica inerente ai contorni dell'incompatibilità dovuta al compimento di precedenti atti all'interno dello stesso grado del procedimento<sup>40</sup>. Può essere utile allora ricordare, più puntualmente, che per il caso di negato accesso al "patteggiamento", l'"idoneità pregiudicante" del provvedimento assunto è stata riconosciuta proprio poiché quest'ultimo comporta, quantomeno, un vaglio in negativo – previo esame degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero ai sensi dell'art. 135 disp. att. c.p.p. – sull'esistenza delle condizioni legittimanti il proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p., oltre a un controllo circa la qualificazione giuridica del fatto<sup>41</sup>.

Ebbene, una siffatta valutazione viene svolta anche nel contesto in esame, peraltro unitamente a quella, ancora più pregnante, relativa ai criteri di cui all'art. 133 c.p.p., di solito deputati a guidare la scelta sanzionatoria in esito al processo. La soluzione tracciata dalla Consulta, in base alla quale il sindacato giurisdizionale ben può fondarsi sugli atti contenuti nel fascicolo del p.m., schiude in definitiva la prospettabilità di censure dell'art. 34, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità, a

---

<sup>36</sup> C. cost., 24 gennaio 2017, n. 19; al riguardo, 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*, 8 marzo 2017.

<sup>37</sup> In particolare, C. cost., 22 aprile 1992, n. 186, la quale ha riconosciuto l'incompatibilità al giudizio del giudice che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento: cfr. C. cost., 30 dicembre 1991, n. 502, laddove ha considerato incompatibile il giudice che abbia respinto l'istanza di decreto penale di condanna.

<sup>38</sup> Sull'espressione, ricavabile da diverse pronunce della Corte costituzionale, G. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale del giudice*, Torino, 2000, p. 172.

<sup>39</sup> C. cost., 25 marzo 1992, n. 124; C. cost., 22 aprile 1992, n. 186, cit. In tema, H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, p. 28.

<sup>40</sup> Al riguardo, per tutti, O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in Aa.Vv., *Procedura penale*, Torino, 2018, p. 76 ss.

<sup>41</sup> C. cost., 22 aprile 1992, n. 186, cit. Al riguardo, G. DI CHIARA, *L'incompatibilità endoprocedurale*, cit., p. 177 ss.; O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., p. 76 ss.

partecipare al dibattimento, del giudice che abbia respinto la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Insieme a questa ipotesi, di reiezione dell'istanza, se ne possono individuare altre, esposte alle stesse obiezioni. Una situazione analoga può essere ravvisata quando il provvedimento di sospensione del procedimento, una volta emesso, venga revocato ai sensi dell'art. 464 *octies* c.p.p. Oppure, ulteriormente, un'evenienza da non tralasciare è quella in cui l'esito finale della *probation* sia negativo. In entrambi i casi, infatti, il procedimento prosegue il suo corso secondo lo schema ordinario.

In un'angolazione simile, rileva anche la fattispecie in cui la richiesta formulata dall'imputato sia stata parziale, riguardando soltanto una tra le imputazioni a lui rivolte. In questo caso – che risulta controverso quando la scelta selettiva dipenda dal superamento, per qualcuno dei reati addebitati, dei limiti edittali *ex art. 168 bis* c.p.<sup>42</sup> – il giudice del dibattimento si troverebbe a occuparsi delle residue imputazioni, dopo aver esplorato le risultanze delle indagini preliminari, per esprimersi *ex art. 464 quater* c.p.p.

Parimenti, è significativo anche il contesto in cui vi sia una pluralità di imputati, "connessi" o "collegati", tra i quali soltanto alcuni abbiano chiesto l'attivazione del rito speciale. A prescindere dal relativo esito, sarebbe infatti chiaramente "pregiudicante" la decisione dell'organo giurisdizionale che – prima di proseguire il rito ordinario per gli accusati rimasti estranei alla *probation* – si sia pronunciato sulla richiesta di messa alla prova, di uno o più imputati, attingendo dal fascicolo delle indagini preliminari. Si pensi ad esempio alla possibilità che tale fascicolo, ai sensi dell'art. 391 *octies* c.p.p., contenga atti di indagine difensiva svolti in favore di alcuna delle persone coinvolte, diretti a mostrare la responsabilità di altri soggetti, sottoposti al procedimento insieme a chi aspiri alla messa alla prova. In questi casi, l'iniziativa di un accusato, anche se pretestuosa e respinta, sarebbe in grado di far sorgere un problema di incompatibilità del giudice, attualmente privo di un riconoscimento normativo. Fermo restando che il giudice stesso potrebbe astenersi per "gravi ragioni di convenienza", ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. h), c.p.p. Incidentalmente, si può notare come la tematica sia capace di interessare reati diversi e più gravi, rispetto a quelli di cui all'art. 186 *bis* c.p.: tali reati infatti – ai sensi dell'art. 12 c.p.p. – potrebbero "per connessione" attrarre fattispecie "minori", suscettibili di messa alla prova, al di fuori dalla sfera di attribuzioni e di competenza del tribunale in composizione monocratica, o dall'area applicativa del rito che, davanti a quest'ultimo, è privo dell'udienza preliminare. Mutuando per il diniego di messa alla prova quanto osservato dalla dottrina per il "patteggiamento", è il caso allora di osservare che – qualora si affermasse una prassi volta all'utilizzo dello strumento dell'astensione, o se al riguardo si giungesse a una declaratoria di

---

<sup>42</sup> Sulla tematica, V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti*, cit., p. 18 ss.; EAD, *La messa alla prova*, cit., p. 90 ss.; G. L. FANULI, *L'istituto della messa alla prova*, cit., p. 430 ss.; M.L. GALATI – L. RANDAZZO, *La messa alla prova nel processo penale*, cit., p. 84 ss. Sull'orientamento che – in vista di una presunta necessità di rieducazione complessiva dell'imputato – esclude l'ammissibilità di una "richiesta parziale", quando quest'ultima sia dovuta alla contestazione di imputazioni in parte incompatibili con i presupposti del rito, di cui all'art. 168 *bis* c.p.p., J. DELLA TORRE, [La Cassazione nega l'ammissibilità della messa alla prova "parziale" in nome della rieducazione "totale" del richiedente](#), in questa *Rivista*, 20 maggio 2015 (in relazione a Cass., Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, *ivi*).

incostituzionalità – pur di non dover abbandonare la scena del dibattimento, il giudice talvolta potrebbe finire per pronunciarsi senza ricorrere al potere di cui all’art. 135 disp. att. c.p.p.<sup>43</sup>.

Ciò posto, bisogna segnalare che la Corte di Cassazione si è espressa, escludendo l’incompatibilità del giudice, in base al rilievo secondo cui il provvedimento negativo emesso a fronte della domanda di messa alla prova non comporterebbe un accertamento della responsabilità dell’imputato<sup>44</sup>. Questo risultato giurisprudenziale, tuttavia, anche per la peculiarità della vicenda giudiziaria sottesa, non preclude comunque di ipotizzare censure di illegittimità costituzionale delle norme interessate, a maggior ragione in seguito alla pronuncia in commento. Anzi, vale la pena di sottolineare che la Corte di cassazione, nel supportare la soluzione fornita, ha fatto leva proprio sulla mancata disponibilità, da parte del giudice del dibattimento, del fascicolo delle indagini preliminari, diversamente da quanto previsto dall’art. 135 disp. att. c.p.p.: premessa, questa, che alla luce della sentenza in commento perde del tutto il proprio valore.

Le stesse considerazioni – prospettate sin qui essenzialmente in relazione alla valutazione del giudice dibattimentale, conseguente alla riproposizione della domanda già rigettata – possono assumere ora significato anche con riferimento ad un altro ambito. Ossia quando tale giudice, sempre in apertura del dibattimento, sia investito di una richiesta di *probation* in forza di un dovuto “recupero” del diritto al rito premiale, dopo la contestazione “tardiva” di un’aggravante. Ciò, secondo quanto di recente affermato dalla Consulta in una citata pronuncia<sup>45</sup>. Senza contare che il perimetro operativo di un siffatto “recupero” potrebbe in futuro ampliarsi, in virtù di ulteriori censure che, fondate sull’art. 3 Cost., colpiscono gli artt. 516 ss. c.p.p. in relazione ad altre variazioni dell’addebito in sede dibattimentale, qualora risultino anch’esse già note e tardivamente contestate.

#### **4. Una sanzione senza accertamento, oppure un rito “molto speciale”? Le censure inerenti alla presunzione di non colpevolezza.**

Tra le rimanenti tre questioni, sfociate in corrispondenti declaratorie di infondatezza, una si presenta per certi versi maggiormente vicina a quella appena considerata. Si tratta di una critica che si pone chiaramente sul solco di problematiche già affrontate dalla Consulta in relazione all’istituto del “patteggiamento”, che anche per questo aspetto viene così accomunato alla fattispecie in esame. Al centro delle obiezioni avanzate sono gli artt. 464 *quater* e 464 *quinquies* c.p.p., rispetto ai quali è stata lamentata una discrasia con il principio di cui all’art. 27, comma 2, Cost. e, dunque, con la presunzione di non colpevolezza. Ciò, nella misura in cui le disposizioni menzionate

---

<sup>43</sup> In questo senso, R. APRATI, *sub* art. 34, in A. Giarda – G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, I, Milano, 2017, p. 511, anche per i riferimenti bibliografici.

<sup>44</sup> Cass., Sez. III, 11 aprile 2016, Genocchi, cit. Sul punto, cfr. C. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., p. 671 ss.

<sup>45</sup> C. cost., 5 luglio 2018, n. 141, cit.

finirebbero per consentire l'irrogazione e l'espiazione di sanzioni penali in assenza di una condanna, che sia o meno definitiva, bensì soltanto in base a un «mero titolo esecutivo provvisorio». Più precisamente, le norme censurate provocherebbero, per il rimettente, «non tanto una violazione, quanto una radicale negazione» della presunzione stessa.

In questa prospettiva, gli effetti della messa alla prova si tradurrebbero in una «pena», seppure connotata in maniera peculiare rispetto a quelle, pecuniarie o detentive, previste dal codice penale. Il rito, secondo il Tribunale di Grosseto, implicherebbe infatti l'applicazione della sanzione in esito a un convincimento del giudice formatosi in modo del tutto singolare, ossia a prescindere da un accertamento della responsabilità dell'imputato. Accertamento che, per di più, dal punto di vista del rimettente, non potrebbe neppure fondarsi su un adeguato supporto probatorio, in considerazione del lamentato limite che inibirebbe al giudice dibattimentale la visione del fascicolo del p.m.

Ecco che, ancora una volta, ricordare che la *probation* si connota come procedimento speciale serve a ravvicinare la fattispecie al rito di cui all'art. 444 c.p.p. La «familiarità» con tale rito conforta soluzioni in grado di sottrarre la messa alla prova da possibili discrasie con la presunzione di non colpevolezza: questo perché l'ordinamento, prevedendo da tempo il «patteggiamento», ha già fatto i conti con le contraddizioni insite in un caso di applicazione di una sanzione in assenza di un accertamento<sup>46</sup>.

Non si può dimenticare, infatti, che anche per il procedimento *ex art. 444 c.p.p.* la Consulta si era trovata a fronteggiare sospetti di incostituzionalità: dopo la nota decisione n. 313 del 1990, per fugare tali sospetti, è stata valorizzata la previsione del vaglio giurisdizionale finalizzato all'eventuale proscioglimento di cui all'art. 129 c.p.p.<sup>47</sup>. Un nucleo minimo, riservato alla valutazione del giudice, è in effetti pur sempre affidato all'applicazione di tale norma, cui fa richiamo tanto la disciplina in materia di «patteggiamento», all'art. 444, comma 2, c.p.p., quanto quella della «messa alla prova», ai sensi dell'art. 464 *quater*, comma 1, c.p.p.<sup>48</sup>. Secondo il *dictum* della Corte qui esaminato, l'esercizio del potere giurisdizionale di controllo di cui all'art. 129 c.p.p., a questo punto, è destinato a svolgersi anch'esso sulla scorta del contenuto del fascicolo del p.m., ora divenuto accessibile. Il giudice stesso, peraltro, ha la facoltà di convocare l'imputato in base al comma 2 dell'art. 464 *quater* c.p.p., per verificare la volontarietà della sua richiesta, e soprattutto di assumere informazioni *ex art. 464 bis*, comma 5, c.p.p. Potendo altresì successivamente, durante la sospensione del procedimento, acquisire prove non rinviabili o finalizzate al proscioglimento dell'imputato, a norma dell'art. 464 *sexies* c.p.p.

---

<sup>46</sup> In tema, J. DELLA TORRE, [Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio nel patteggiamento](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2018, p. 61 ss.

<sup>47</sup> Cfr. C. cost., 2 luglio 1990, n. 313, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 444, comma 2, c.p.p., laddove non prevedeva una valutazione giurisdizionale in termini di «non congruità» della pena concordata; in seguito, C. cost., ord. 2 giugno 1995, n. 230; C. cost., 11 dicembre 1997, n. 399. In proposito, si rinvia a G. DI CHIARA, *Processo penale*, cit., p. 88 ss.

<sup>48</sup> Sulle specificità della valutazione *ex art. 129 c.p.p.*, ai fini della messa alla prova, P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., p. 186.

In più, per colmare ogni dubbio sulla compatibilità dell'applicazione della pena su richiesta, rispetto alla "presunzione di non colpevolezza", è stato utile per la Consulta fare leva sulla presenza di una manifestazione di volontà della persona accusata<sup>49</sup>. Il necessario consenso dell'imputato, espresso nella forma della richiesta di accesso al rito speciale, varrebbe infatti come rinuncia ad avvalersi della presunzione stessa. In tale ottica, quest'ultima, intesa come "regola di giudizio", cedrebbe il passo e lascerebbe spazio ad un interesse prioritariamente perseguito dall'accusato, rivolto verso gli effetti premiali del procedimento prescelto. Nel rammentare come una simile questione sia stata in passato sollevata e dichiarata priva di fondamento per l'istituto di cui all'art. 444 c.p.p., sempre in relazione all'art. 27, comma 2, Cost.<sup>50</sup>, la Corte costituzionale mira ora a estendere la soluzione, a suo tempo adottata in quell'ambito, alla più giovane fattispecie della messa alla prova, capace anch'essa, come il "patteggiamento", di offrire all'accusato un trattamento sanzionatorio più favorevole di quello potenzialmente prospettabile in esito al rito ordinario.

La volontà dell'imputato assume rilievo, dunque, come elemento compensativo rispetto ad una significativa "carezza" di accertamento e la sua importanza è posta in risalto anche dalla sopraindicata previsione di una possibile verifica giurisdizionale *ex art. 464 quater*, comma 2, c.p.p. La mancata confutazione dell'addebito costituisce il fulcro del ragionamento tendente ad assimilare "patteggiamento" e messa alla prova, entrambi fondati appunto sul "consenso" della persona sottoposta al procedimento<sup>51</sup>. Tuttavia, non può passare inosservato che, nel primo caso, la scelta dell'accusato si traduce in una sorta di accettazione della pena, nell'altro, in un sottoporsi al programma di trattamento. Ebbene, la questione è stata occasione per il giudice delle leggi per notare come, nella messa alla prova, il trattamento "alternativo alla pena" venga disposto in base alla semplice "eventualità" di una condanna e dell'irrogazione della pena stessa.

In quest'ottica, la Consulta ha puntato ad escludere una compromissione della presunzione di non colpevolezza, andando anche al di là del parallelismo con il "patteggiamento". Rispetto agli argomenti già usati in relazione a tale rito speciale – con il quale la *probation* ha non solo punti di contatto, ma anche divergenze – la Corte ha evidenziato, in aggiunta, un aspetto particolarmente delicato. Sulla falsariga degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità<sup>52</sup>, ha sottolineato come la fattispecie della messa alla prova si connoti pure quale istituto di diritto sostanziale, implicando la possibile concessione di un beneficio. L'iter argomentativo della

---

<sup>49</sup> Su questo aspetto, in relazione alla pronuncia in commento, V. BOVE, *La messa alla prova*, cit., p. 109 ss.

<sup>50</sup> Per le osservazioni riservate alla specifica questione, C. cost., ord. 2 luglio 1990, n. 313, cit.; in seguito, v. ancora C. cost., ord. 2 giugno 1995, n. 230, cit.; C. cost., 11 dicembre 1997, n. 399, cit.; J. DELLA TORRE, *Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio*, cit., p. 61 ss., anche per i richiami giurisprudenziali.

<sup>51</sup> Segnala la non riconducibilità delle fattispecie in discorso alla sfera applicativa dell'art. 111, comma 5, Cost., P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., p. 187.

<sup>52</sup> Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 829, con nota di L. PELLEGRINI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale*; nonché in questa *Rivista*, 15 novembre 2016, con nota di I. GUERINI, [In claris \(non\) fit interpretatio? Le Sezioni Unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova.](#)

pronuncia – indirizzato in questo frangente in una direzione inversa rispetto a quella altre volte seguita per mettere in luce la natura processuale, di rito speciale, dell’istituto stesso – ha mirato a mostrare come la *probation* si caratterizzi per un’“inversione” rispetto al normale succedersi tra cognizione ed esecuzione, “infrangendo” i più consueti schemi. In una simile dinamica, che invero la dottrina considera, al contrario, come un elemento a sfavore della compatibilità costituzionale dell’istituto<sup>53</sup>, gli obiettivi di risocializzazione della persona coinvolta risultano anteposti, persino, rispetto all’irrogazione di una pena<sup>54</sup>. Con ciò verrebbe ad accentuarsi quel capovolgimento delle cadenze ordinarie che solo in parte si verifica già, appunto, nell’applicazione della pena su richiesta: in questi termini, come osservato dalle Sezioni unite, la portata innovativa della messa alla prova si esprime in un totale “ribaltamento” del tradizionale sistema di “intervento sanzionatorio”<sup>55</sup>.

Inoltre, secondo la Corte costituzionale il programma di trattamento non si configura come una vera e propria sanzione penale, da eseguire coattivamente, dando luogo invece a un’attività legata al volontario rispetto delle prescrizioni da parte dell’imputato. A quest’ultimo, infatti, resterebbe pur sempre riservata la possibilità di far cessare l’esecuzione del programma stesso, con la sola conseguenza della ripresa dell’ordinario corso del procedimento, in un contesto cioè in cui costui sarebbe comunque “presunto non colpevole”. Dalla volontà dell’imputato viene, quindi, a dipendere tanto la decisione sull’avvio della messa alla prova, quanto l’*iter* che ne deriva.

L’assenza di un giudizio sulla responsabilità del soggetto, e di una condanna, in vista della *probation* è, in realtà, il principale punto critico della fattispecie: un “rompicapo” attorno al quale si ragiona, cercando soluzioni in grado di giustificare la peculiare struttura del rito.

Ebbene, il consenso può rappresentare una specie di “antidoto” rispetto a prospettabili compromissioni della presunzione di innocenza. Ed è proprio l’indefettibilità di tale elemento a costituire una pregnante differenza con la figura della non punibilità per particolare tenuità del fatto, in ordine alla quale il sospetto di discrasie rispetto all’art. 27, comma 2, Cost. può risultare ancor più pressante. D’altronde, diversamente dalla “particolare tenuità del fatto”, la messa alla prova implica non solo la prospettiva di un beneficio, ma anche l’accesso ad un percorso trattamentale e talvolta ad un “*facere*”, che non può essere imposto.

Tuttavia, pur in presenza del “fattore-consenso”, sdoganare l’istituto del programma di trattamento dall’idea di una vera e propria sanzione anticipata, in concreto, può essere reso difficoltoso anche in considerazione di certi aspetti pratici. Basti pensare al meccanismo previsto per le ipotesi in cui la sospensione del procedimento con messa alla prova risulti revocata, oppure conduca ad un esito negativo. In tali ipotesi, infatti, il periodo di trattamento già svolto viene computato sul piano sanzionatorio: nel senso che dall’eventuale pena da eseguire viene detratto il tempo corrispondente a quello della *probation*, equivalendo tre giorni di prova a un

---

<sup>53</sup> P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., p. 187.

<sup>54</sup> Al riguardo, G. LEO, *La Corte costituzionale*, cit.

<sup>55</sup> Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, cit.

giorno di reclusione o di arresto (o, altrimenti, a duecentocinquanta euro di multa o di ammenda). La soluzione, prevista dall'art. 657 *bis* c.p.p., impedisce di ritenere le due fattispecie del tutto estranee tra loro e, rispettivamente, dotate di una natura differente. Vero è che un simile sistema è stabilito anche per il computo del periodo di custodia cautelare<sup>56</sup>, ma qui vengono a mancare i presupposti che, in quell'orizzonte, connotano e finalizzano la misura restrittiva distanziandola nettamente dal pericolo di "anticipazioni di pena"<sup>57</sup>.

Ciò posto, a parte le pregnanti giustificazioni indicate dalla Corte, una spiegazione di quel salto, logico e funzionale, che porta all'adozione di un trattamento rieducativo senza una condanna può ricondursi a un insieme di tendenze rinvenibili nel sistema.

Per un certo verso, è utile in generale evidenziare un fenomeno di fondo, ossia un progressivo spostamento del baricentro, per il quale il processo rileva sempre più, esso stesso, come "pena": in quest'ottica, non può stupire eccessivamente il fatto che anche un momento riabilitativo, oltre che una *nuance* afflittiva, possa partecipare delle caratteristiche del procedimento, trasformandolo in singolare strumento di rieducazione<sup>58</sup>. E ciò, pur difettando quelle peculiari esigenze che, tipiche del rito minorile, giustificano al suo interno forme di *probation*<sup>59</sup>.

Ma soprattutto, non si può dimenticare che il programma di trattamento si compone di numerosi elementi, tra i quali il lavoro di pubblica utilità rappresenta forse la "punta" più tecnicamente paragonabile alla "pena", se non altro per la "vicinanza" con l'omonimo istituto, applicabile dal giudice di pace in esito al processo ai sensi degli artt. 52 ss. D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Gli altri fattori, riparativi e specialmente mediativi, non lasciano passare inosservate certe connotazioni che pure appartengono alla messa alla prova, in termini di *restorative justice*<sup>60</sup>. Non a caso, del resto, quello della *probation* rappresenta il primo ambito nel quale il legislatore abbia osato, all'interno del codice, fare riferimento esplicito alla "mediazione" (art. 464 *bis*, comma 4, lett. c), c.p.p.). Ora, proprio a questo riguardo, non sono nuovi gli interrogativi sul ruolo da riconoscere al canone della presunzione di innocenza. Si è acutamente osservato come essa venga «accantonata in nome di una giustizia talmente mite che, promettendo di deporre la pena, chiede innanzitutto di rinunciare ai diritti». D'altronde, in assenza di un

---

<sup>56</sup> Cfr. G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 728 ss.

<sup>57</sup> Sul c.d. "vuoto dei fini" nell'art. 13 Cost., da colmare avendo riguardo all'art. 27, comma 2, Cost., E. ZAPPALÀ – V. PATANÈ, *Le misure cautelari personali*, in D. Siracusano – A. Galati – G. Tranchina – E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, ed. a cura di G. Di Chiara – V. Patané – F. Siracusano, Milano, 2018, p. 331.

<sup>58</sup> Sulla «funzione rieducativa del processo penale», v. le riflessioni di G. SPANGHER, *Ragionamenti sul processo penale*, Milano, 2018, p. 125 ss.; cfr. inoltre ID., *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, pp. 7 ss., 104 ss.; ID., *Conclusioni*, in ID. (a cura di), *La vittima del processo*, Torino, 2017, p. 489 ss. Per il noto paradigma del "processo come pena", F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, II ed., Roma, 1949, p. 48 ss.

<sup>59</sup> N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile*, cit., p. 13 ss.; G. ZACCARO, *La messa alla prova*, cit.

<sup>60</sup> Cfr. B. BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in A. Marandola – K. La Regina – R. Aprati, *Verso un processo penale accelerato*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione*, cit., p. 1 ss.

accertamento, diviene giocoforza difficile stabilire come i fatti si siano effettivamente svolti e persino, in certi contesti, chi sia la vittima e chi il “reo”<sup>61</sup>.

Includere queste argomentazioni, in un assetto volto a preservare l’istituto della messa alla prova, servirebbe peraltro anche a superare ulteriori possibili obiezioni, imperniate su quanto previsto dalla direttiva 2016/343/UE, in tema di presunzione di innocenza<sup>62</sup>. La direttiva – dotata di un’ampia sfera di operatività, ai sensi del suo art. 2 – tende, infatti, a coprire l’intero arco del procedimento penale, essendo così riferibile sia al “patteggiamento” che alla messa alla prova. Anche in relazione a questi ultimi riti, tale fonte – aggiungendo un *quid pluris* alla garanzia *de qua*, rispetto a quanto disposto dall’art. 6 Cedu – sembra conferire alla presunzione di innocenza un crisma di indisponibilità, in base al quale la persona interessata non può rinunciare alla garanzia stessa, né espressamente, né tacitamente. Mentre, com’è noto, in ordine ad altri diritti individuali il legislatore sovranazionale ha optato per soluzioni differenti, ammettendone la rinunciabilità<sup>63</sup>. In linea con la direttiva, un’abdicazione rispetto al principio *in dubio pro reo* non pare dunque prospettabile, né tale principio può attualmente considerarsi comunque appieno operativo, neppure facendo riferimento al contesto decisionale relativo all’art. 129 c.p.p. Sicché, il rispetto della garanzia di cui alla direttiva, sul piano interno, non può essere affidato tanto alla presenza del consenso, quanto all’applicazione della norma ora citata. Simili obiezioni, che potrebbero in un futuro divenire oggetto di un rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia, troverebbero un superamento soltanto mediante un adattamento della messa alla prova e del “patteggiamento”, in via legislativa o giurisprudenziale, i quali sarebbero chiamati ad ospitare una “componente cognitiva” in più. E ciò, se non sino al punto da consentire di sciogliere l’alternativa tra condanna e proscioglimento, quantomeno nell’ottica di guidare la scelta sull’ammissione o meno al rito<sup>64</sup>.

La direttiva 2016/343/UE, dal canto suo, non preclude tuttavia di ripiegare su correttivi e alternative, in vista del rispetto della garanzia in discorso. Anzi, al suo interno, nel “considerando” n. 22, viene esplicitamente ammesso che gli Stati possano fissare «presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato», purché esse siano contenute entro limiti ragionevoli, confutabili e applicate in maniera rispettosa dei diritti della difesa. In questa prospettiva,

---

<sup>61</sup> L. BARTOLI, *Giustizia senza potere?*, in Aa.Vv., *Legge e potere*, cit., p. 239 ss. Sul punto, cfr. N. CHRISTIE, *Conflict as Property*, in *British Jour. Criminology*, 1997, 17/1, p. 1 ss., ora in G. Johnstone (a cura di), *A restorative justice reader*, London, 2013, p. 39 ss.

<sup>62</sup> Direttiva 2016/343/UE, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Tra i tanti, L. CAMALDO, [Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un’unica Direttiva dell’Unione europea](#), in questa *Rivista*, 23 marzo 2016; N. CANESTRINI, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un’introduzione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2224; sui temi di cui ci si occupa, v. le ampie riflessioni di J. DELLA TORRE, *Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio*, cit., p. 70 ss.

<sup>63</sup> In relazione al diritto a presenziare, v. considerando n. 35 della 2016/343/UE; per il diritto alla traduzione, v. art. 3, par. 8, della direttiva 2010/64/UE; per il diritto alla difesa tecnica, v. art. 9 della direttiva 2013/48/UE: cfr. J. DELLA TORRE, *Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio*, cit., p. 70 ss.

<sup>64</sup> Cfr. J. DELLA TORRE, *Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio*, cit., p. 72 ss.

la messa alla prova, più del “patteggiamento”, potrebbe giovare di soluzioni volte a fare leva su certe sue specifiche cadenze. Non parrebbe del tutto esclusa, infatti, la possibilità di valorizzare un’eventuale ammissione di responsabilità, tale da influire sul dubbio sulla colpevolezza dell’interessato<sup>65</sup>, o meglio la possibilità di puntare su condotte riparative o mediative<sup>66</sup>, espressamente incluse nell’orbita del programma di trattamento dall’art. 464 *bis* c.p.p. Queste ultime possono contare peraltro su un significativo riconoscimento nell’ambito di un’altra fonte dell’Unione europea, ossia all’art. 12 della direttiva 2012/29/UE sulla tutela della vittima<sup>67</sup>. In tale ottica, un auspicabile aggiustamento della disciplina della messa alla prova potrebbe essere rivolto ad attribuire una più spiccata valenza alla partecipazione ed alla volontà dell’offeso<sup>68</sup>. Una siffatta trasformazione consentirebbe, peraltro, di assicurare al rito ulteriori strumenti di legittimazione, nel contesto del sistema penale, nonché una maggiore condivisione, da parte dell’opinione pubblica<sup>69</sup>.

La comparazione con i preesistenti procedimenti speciali ed il necessario consenso dell’imputato – elementi chiave nel tessuto argomentativo della pronuncia – hanno assunto, da ultimo, un valore centrale anche nella successiva decisione della Consulta, n. 231 del 2018, sopra citata, concernente il casellario giudiziale. In quella sede, infatti, l’importanza di tali elementi ha trovato risalto – pure alla luce della presunzione di non colpevolezza – nel contesto di un vaglio di ragionevolezza imperniato proprio sul raffronto con altri riti premiali, in particolare con il “patteggiamento” ed il procedimento per decreto. Mentre è stato del tutto evitato un paragone con l’istituto della particolare tenuità del fatto, in ordine al quale la volontà dell’accusato non ha un valore dirimente<sup>70</sup>. In questa più recente presa di posizione, la Corte costituzionale ha, in parte, ricalcato il percorso aperto dalla sentenza qui esaminata, e ancor prima esplorato dalla giurisprudenza di legittimità<sup>71</sup>. Ha, infatti, ribadito come la messa alla prova persegua «scopi socialpreventivi in una fase anticipata» e “infranga” le normali sequenze cognizione-esecuzione della pena, in funzione di una risocializzazione del

<sup>65</sup> In proposito, nel senso che la confessione dell’imputato non costituisce un presupposto per l’ammissione alla *probation*, Cass., Sez. I, 9 maggio 2017, Marong, cit.; precedentemente, Cass., Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 24011, *ivi*, n. 263777; cfr. C. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., p. 670 ss.; V. BOVE, *La messa alla prova*, cit., p. 40.

<sup>66</sup> Considera il risarcimento del danno come un presupposto imprescindibile della messa alla prova, in maniera congiunta rispetto all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, Cass., Sez. V, 7 luglio 2017, in *CED Cass.*, n. 270533; in argomento, C. CONTI, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., p. 674.

<sup>67</sup> Art. 12 Direttiva 2012/29/UE, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

<sup>68</sup> In argomento, anche sul piano comparatistico, E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1958 ss.; M. KILCHLING – L. PARLATO, *Nuove prospettive per la restorative justice in seguito alla direttiva sulla vittima: verso un “diritto alla mediazione”? Germania e Italia a confronto*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4199 ss.

<sup>69</sup> Su questi temi, R. ORLANDI, *Sicurezza e diritto penale. Dialogo di un processualista italiano con la Scuola di Francoforte*, in M. Donini – M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, p. 98 ss.; cfr. A. PULVIRENTI, *Dal “giusto processo” alla “giusta pena”*, Torino, 2008, p. 80 ss.

<sup>70</sup> C. Cost., 7 novembre 2018, n. 231, cit., §§ 5.2, 5.3; cfr. D. ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova*, cit., p. 2 ss.

<sup>71</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, cit.

soggetto. Nel proseguire questo percorso – occupandosi di una questione relativa all’art. 27, comma 3, Cost. – la Corte ha poi però inteso sottolineare ulteriormente, con alcuni significativi passaggi, la piena riconducibilità della fattispecie al “sistema sanzionatorio penale”, traendone la stretta conseguenza secondo cui essa non può che risultare attratta dal «finalismo rieducativo, che l’art. 27, comma 3, c.p.p., ascrive» all’intero sistema in discorso<sup>72</sup>.

## 5. Quando l’individualizzazione del trattamento compensa l’indeterminatezza della sanzione.

Rimangono da esaminare le ultime due questioni sollevate dal giudice di Grosseto, alle quali verranno dedicate in questa sede osservazioni meno estese, a loro volta sintetizzabili in un’idea di fondo. L’idea è quella di una duplice “anomalia” di sistema, che contraddistingue la fattispecie rispetto a schemi più consueti, quanto ai rapporti tra legislatore, giudice e accusato. Tale duplice “anomalia” può essere descritta come un passo indietro da parte del legislatore in favore dell’organo giurisdizionale, accompagnata da un’analogia “concessione”, stavolta ad opera di quest’ultimo ed a beneficio del ruolo della persona sottoposta al procedimento. Questo complessivo doppio spostamento potrà essere meglio descritto considerando le rispettive censure proposte, ma è chiaro come abbia al suo centro il giudice, che – al di là della sussistenza dei prospettati profili di incostituzionalità – certamente si trova ad assumere un ruolo, per alcuni versi, accresciuto e, per altri versi, più limitato.

Ebbene, la terza, tra le questioni affrontate dalla Corte, ricalca dubbi di legittimità costituzionale inutilmente espressi già in passato<sup>73</sup>, senza che allora fossero supportati da un’adeguata argomentazione in corrispondenza con il procedimento penale di riferimento. Il *punctum dolens* nuovamente emerso concerne la lettura dell’art. 168 *bis* c.p., ossia della disposizione che rappresenta l’“anima sostanziale” della messa alla prova.

Secondo quanto esposto dal rimettente, paventando una violazione del principio di legalità, *ex* art. 25, comma 2, Cost., la *probation* si connoterebbe per l’applicazione di una sanzione affetta da indeterminatezza, perché non sufficientemente descritta dalla legge. Il vizio lamentato sarebbe dipeso, in particolare, dal tenore delle disposizioni relative alla durata ed alle caratteristiche della misura applicabile nell’ipotesi di sospensione del procedimento: tali aspetti, ad avviso del giudice *a quo*, risulterebbero essenzialmente affidati ad una valutazione discrezionale, prima dell’Ufficio di esecuzione penale esterna (UEPE) e poi dell’organo giurisdizionale. Ed ecco mostrarsi il primo segno delle dinamiche appena descritte, che può essere raffigurato come un passo indietro del legislatore, volto a lasciare maggiore spazio alla prassi giudiziaria.

---

<sup>72</sup> C. Cost., 7 novembre 2018, n. 231, cit., § 5.3; sul punto, D. ALBANESE, *Costituzionalmente illegittima la menzione dei provvedimenti sulla messa alla prova*, cit., p. 3.

<sup>73</sup> Trib. Grosseto, ord. 16 dicembre 2016, cit. dalla pronuncia in commento.

La sospetta illegittimità costituzionale involgeva sia gli aspetti “quantitativi”, di durata della misura, sia quelli “qualitativi”, concernenti il “contenuto” delle prescrizioni in concreto imposte. La Corte, in una precedente pronuncia sul punto, si era già occupata della prima problematica, in relazione ai limiti cronologici del lavoro di pubblica utilità<sup>74</sup>. A supplire, rispetto alla mancata indicazione di un termine finale della *probation*, è stata deputata la tempistica fissata per la sospensione del procedimento *ex art. 464 quater*, comma 5, c.p.p., la cui massima espansione non può che delimitare indirettamente anche il confine temporale estremo della “prova”. Il *dies ad quem*, tanto della sospensione quanto, di conseguenza, della misura imposta, sarebbe lo scadere di due anni, quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria); o di un anno, quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria. Fermo restando che, per determinare in pratica tale durata, il giudice è tenuto ad osservare i criteri di cui all’art. 133 c.p., prendendo in considerazione le caratteristiche della prestazione lavorativa richiesta<sup>75</sup>.

Quanto alle incertezze sulla “qualità” delle prescrizioni stabilite, una risposta viene data dalla Corte in ragione della funzione risocializzante riservata all’istituto, la quale consente di calibrare l’individualizzazione del trattamento e di adattarlo alle connotazioni di ogni singolo caso. In questi termini, la disciplina sulla sospensione del procedimento con messa alla prova implicherebbe uno schema composito in cui «una diversificazione dei contenuti, prescrittivi e di sostegno, del programma di trattamento» discenderebbe dal vaglio del giudice sull’“idoneità del programma” stesso. Tale vaglio abbraccerebbe sia la dimensione “afflittiva” del trattamento in questione, sia quella “rieducativa”, passando attraverso una complessiva valutazione sulla corrispondenza del trattamento medesimo, alla specifica fattispecie.

In questa prospettiva, la violazione del principio di determinatezza è stata esclusa, anche in ordine ai profili “qualitativi” del programma di trattamento, in quanto quest’ultimo «per sua natura» può essere inquadrato dal legislatore soltanto nei termini di un’indicazione di massima, delle tipologie di condotte da prescrivere. Al di là di questa soglia, alla luce di quanto affermato nella sentenza in commento, non si potrebbe esigere una più precisa definizione, sul piano normativo, del trattamento stesso: la sua stretta individuazione deve, gioco forza, spettare all’UEPE e al giudice, con il consenso dell’imputato, in quanto – per le finalità specialpreventive e risocializzanti che persegue – il programma deve necessariamente essere sagomato di volta in volta sulla personalità dell’accusato e in relazione ai reati contestati.

Pur a fronte delle argomentazioni fornite dalla Consulta, si nota come un simile spostamento del baricentro del sistema penale – che responsabilizza il giudice di prima istanza, ma prevalentemente il g.i.p. – non può essere un’operazione indolore, richiedendo un totale ricalibrarsi del sistema<sup>76</sup>. D’altronde, sarà l’organo giurisdizionale a dover farsi carico di una considerazione dei criteri previsti dall’art. 133 c.p. per la

---

<sup>74</sup> C. cost., 10 marzo 2017, n. 54, cit.

<sup>75</sup> C. cost., 10 marzo 2017, n. 54, cit.

<sup>76</sup> In tema, sugli aspetti concernenti il principio di legalità e la determinatezza delle sanzioni penali, C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 183 ss.

commisurazione della pena, in chiave di prognosi, sin dalle fasi iniziali del procedimento. Non soltanto svolgendo prematuramente un ruolo di solito deputatogli alla fine dell'*excursus giudiziario* o nella fase esecutiva (per logiche rieducative e di *favor rei*), ma altresì supplendo ad un *deficit* nella determinatezza della legge. In questo modo, la messa alla prova, come anche la particolare tenuità del fatto, onera ulteriormente il giudice, il quale assume a vero protagonista in relazione ad entrambi gli istituti di recente introduzione, dovendo, a partire dalle prime battute del rito penale, gestire un'ampia e inesplorata sfera di discrezionalità<sup>77</sup>.

## 6. Verso nuovi equilibri tra poteri del giudice e consenso dell'imputato.

Un altro sospetto di incostituzionalità affonda le sue radici nella considerazione di principi fondamentali in materia di esercizio delle funzioni giurisdizionali. Riprendendo le premesse esposte all'inizio del precedente paragrafo, è la volta di prendere atto di uno spostamento che può essere descritto alla stregua di un passo indietro da parte del giudice, in favore del ruolo dell'accusato.

Nell'ultima tra le questioni sollevate dal Tribunale di Grosseto, viene criticata quella parte della disciplina della messa alla prova che, ai sensi dell'art. 464 *quater*, comma 4, c.p.p., a detta del rimettente, pone il consenso della persona sottoposta al procedimento «come condizione meramente potestativa» rispetto all'efficacia della decisione giurisdizionale in tema di modificazione o integrazione del programma di trattamento.

Occorre puntualizzare che una siffatta incidenza di tale consenso, invero, può essere riconosciuta, *ex art.* 464 *quater*, comma 4, c.p.p., solo sino alla pronuncia del provvedimento che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova: non invece per le successive variazioni del programma di trattamento, che, ai sensi dell'art. 464 *quinquies*, comma 3, c.p.p., vengono introdotte dal giudicante dopo aver semplicemente “sentito” l'accusato, «ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova».

Ebbene, la suddetta incidenza del consenso, ad avviso del Tribunale di Grosseto, mal si concilierebbe con i canoni costituzionali che governano l'ambito relativo al ruolo giurisdizionale. Si può anticipare sin d'ora che la questione è stata, in generale, affrontata dalla Consulta prevalentemente sulla scorta di osservazioni già espresse in relazione ad altri dubbi di legittimità costituzionale, in precedenza emersi in ordine a diversi

---

<sup>77</sup> Su questi profili, F. PALAZZO, *La “particolare tenuità del fatto”*, Relazione tenuta al Convegno *Inauguriamo la giustizia del futuro*, Unione Camere Penali Italiane, Palermo, 6 febbraio 2015; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 92 ss. Sulla trasformazione del rapporto tra diritto e processo, M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 195; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 529, per un'efficace descrizione del tramutarsi del processo da mezzo a fine: da “servo muto” a “socio tiranno”; volendo, cfr. L. PARLATO, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto*, in G.M. Baccari – K. La Regina – E.M. Mancuso, *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, p. 229 ss.

procedimenti speciali. Ciò posto, è possibile evidenziare alcune specificità – che coinvolgono almeno tre singoli passaggi, in corrispondenza con i parametri invocati – facendo richiamo tanto all’ordinanza di rimessione, quanto alla pronuncia della Consulta.

In particolare, la circostanza che l’avvio della *probation* implichi una manifestazione della volontà dell’imputato sui “contenuti” della “prova” da affrontare, secondo il rimettente, stride con il principio di soggezione del giudice alla legge, facendo paventare una compromissione dei poteri ad esso spettanti ai sensi dell’art. 101 Cost. Nel disconoscere tali rilievi, la Corte ha rimarcato come la complessiva operatività dell’istituto non possa che incentrarsi sul volere dell’imputato il quale, intendendo accedere al rito speciale, aderisce alle condizioni stabilite a livello legislativo e indicate nel programma. Senza che tutto ciò debba influire negativamente sul rispetto delle prerogative giudiziali, come del resto più volte ribadito soprattutto per il “patteggiamento”, in relazione al quale sono state sconfessate diverse censure di incostituzionalità<sup>78</sup>. L’idea di una sorta di “arretramento” del ruolo giurisdizionale, dinanzi alle logiche del consenso e della “negozialità”, costituisce infatti uno schema già collaudato in ossequio alle finalità deflattive, specie nell’applicazione della pena su richiesta<sup>79</sup>.

Ancora, nell’ottica del giudice *a quo* la messa alla prova porrebbe in crisi anche le coordinate del “giusto processo”: più specificamente, quelle concernenti le esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del procedimento, *ex art.* 111, comma 2, Cost. E ciò, a causa dello «svolgimento di incombenzi paragiudiziari e giudiziari» assai gravosi, nonché di un rallentamento delle cadenze procedurali, che sarebbero dovuti alla partecipazione dell’accusato ed alla formulazione del programma trattamentale. A proposito di questa censura, la Consulta ha inteso precisare come l’applicazione della disciplina in materia non implichi per nulla un simile «dispendio di tempi e risorse processuali». Nel “proteggere” l’istituto della messa alla prova, il giudice delle leggi ha peraltro ricordato che – come sopra accennato – l’apporto consensuale dell’imputato è necessario esclusivamente quanto alle integrazioni ed alle modificazioni del programma che il giudice ritenga di apportare «prima della sospensione del procedimento e dell’ammissione alla prova dell’imputato»: dunque, antecedentemente allo svolgimento di qualsivoglia attività processuale. In questi termini, la Corte ha riconosciuto che le lamentate prerogative dell’accusato, essendo previste solo *in limine* rispetto allo svolgersi del giudizio, non possono di per sé nuocere all’andamento ordinario del processo.

Ora, in realtà, proprio questo punto relativo alla mancata previsione del suddetto consenso per le modifiche al programma successive alla sua ammissione può rischiare, di per sé, di indebolire il ragionamento seguito dalla Corte in ordine alla questione precedente: tale ragionamento si mostra, infatti, meno convincente nel passaggio in cui, per superare le obiezioni basate sul mancato rispetto della presunzione di non

---

<sup>78</sup> Tra le molte, C. cost., 26 marzo 2014, n. 65; C. cost., 7 luglio 2008, n. 272.

<sup>79</sup> Su questi temi, P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 15.

colpevolezza, punta sull'indispensabile manifestazione di volontà *tout court* dell'imputato.

A completamento di queste argomentazioni, quanto all'obiettivo della durata "ragionevole" del processo, la Corte richiama l'attenzione verso la costante necessità di operare, nella concreta applicazione del principio in discorso, una sorta di bilanciamento. Citando una precedente pronuncia, ricorda come il riferimento alla "ragionevolezza" della durata procedimentale renda configurabile una violazione di quel principio soltanto qualora il dilatarsi dei tempi processuali non sia giustificato da "logiche esigenze"<sup>80</sup>. In quest'ottica, il giudice delle leggi precisa come, da un canto, le tempistiche relative al rinnovo dell'istanza in apertura del giudizio non possano, a priori, incidere sull'osservanza del principio stesso. Dall'altro canto, le cadenze temporali conseguenti all'accoglimento della richiesta di messa alla prova dell'imputato, che potrebbero in astratto pregiudicare la speditezza del rito, si connotano per la loro diretta finalizzazione, essendo volte ad una definizione anticipata del procedimento, con il correlato epilogo dell'estinzione del reato: l'unica parentesi potenzialmente dilatoria risulta, dunque, "neutralizzata" dagli obiettivi deflattivi perseguiti. Del resto, sarebbe davvero una contraddizione ritenere contrastante con le esigenze di economia processuale un istituto introdotto primariamente proprio con l'intento di contribuire a decongestionare il sistema giudiziario penale.

Ma v'è di più, perché anche in questo ambito rischia di passare in secondo piano la vocazione "riparativa" dell'istituto, alla quale si è già fatto rimando con riguardo alla questione concernente la presunzione di non colpevolezza. Il "ravvicinamento" tra i principali soggetti privati del procedimento, anche mediante attività *lato sensu* "riparatorie" o "mediative", richiede fisiologicamente dei tempi che non sono quelli processuali: è inevitabile che essi si dilatino, al di là dei normali ritmi del rito penale. Fare un proficuo "investimento" su questo fronte, anche ai fini deflattivi, significa tenere conto di tale aspetto e assecondarlo<sup>81</sup>: è richiesto un "sacrificio", in termini di tempistiche ed energie processuali, che – a parte i rilevanti vantaggi inerenti alla risoluzione dei conflitti, sul piano personale e sociale – può poi essere ben ripagato con la stessa moneta. Il bilanciamento suggerito dalla Corte, in ordine alla "ragionevole" durata del procedimento, potrebbe quindi proficuamente essere considerato inclusivo anche di questi fattori.

Infine, l'ordinanza di rimessione chiama in causa il principio del "buon andamento" dell'amministrazione, evidenziando il pericolo di un eccessivo dispendio di risorse pubbliche, in dispregio di quanto previsto dall'art. 97 Cost. Profilo, quest'ultimo, che emerge non soltanto dalla puntuale doglianza ad esso riferita, ma da una più generica e malcelata "intolleranza" del rimettente rispetto all'introduzione della fattispecie, la cui applicazione e gestione concreta, a suo avviso, risulta particolarmente

---

<sup>80</sup> Tra le altre, C. cost., 28 gennaio 2015, n. 23. Al riguardo, G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale"*, cit., p. 95.

<sup>81</sup> Sul punto, ampiamente, G. DI CHIARA, *La premura e la clessidra: i tempi della mediazione penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 377 ss. In tema, cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, *passim*.

onerosa per il sistema. La questione viene superata dalla Corte in poche battute, che si focalizzano soprattutto sul richiamo all'art. 97 Cost., sottolineando come il principio del "buon andamento" in esso espresso attenga, per costante giurisprudenza della Consulta, essenzialmente all'organizzazione ed al funzionamento degli uffici giudiziari e mai, invece, all'attività giurisdizionale *stricto sensu*<sup>82</sup>. Ma, anche in questo caso, ipotizzare un accoglimento delle istanze formulate dal rimettente significherebbe in fin dei conti riconoscere un totale "fallimento" del meccanismo introdotto nel 2014, considerato il suo obiettivo di fondo, teso proprio ad un risparmio di tempi e di energie processuali<sup>83</sup>.

## 7. Riflessioni conclusive: capisaldi e debolezze della fattispecie.

La pronuncia della Corte riesce a parare ogni colpo rivolto all'istituto della messa alla prova, rafforzando però al contempo l'impressione di una complessiva difficoltà di inquadramento della fattispecie, la quale si colloca davvero "sul filo" rispetto all'osservanza di diversi principi fondamentali<sup>84</sup>.

Il punto più delicato, attorno a cui ruota la maggior parte dei problemi esegetici, è costituito dalla circostanza che il procedimento evita il giudizio di responsabilità, ma non del tutto, rendendolo sommario ed anticipandolo al momento della valutazione sull'ammissione alla *probation*. Questo crea un disorientamento concettuale che solo parzialmente può essere risolto attingendo al bacino dell'esperienza giurisprudenziale formatasi con riferimento al "patteggiamento".

Si è inizialmente notato come certe eccezioni di incostituzionalità dell'art. 186 *bis* c.p. possano essere superate aggirando il problema e trasportandolo sul campo processuale, dove si sente solitamente meno forte il peso di alcune garanzie e, soprattutto, del principio di legalità. Ciò, sebbene non si possa escludere neppure la prospettabilità di censure riferite al principio di obbligatorietà dell'azione, che rappresenta una proiezione, sul piano processuale, non solo del principio di eguaglianza, ma anche dello stesso principio di legalità: pure il canone di cui all'art. 112 Cost., infatti, in questo contesto si presenta giocoforza esposto a possibili limitazioni, non tanto con riguardo al promovimento dell'azione, quanto invece in relazione alla sua prosecuzione<sup>85</sup>.

Di fronte ad altre riserve direttamente indirizzate verso norme processuali, anche alla luce della presunzione di innocenza, un riferimento essenziale è quello del consenso

---

<sup>82</sup> C. cost., 26 marzo 2014, n. 65; C. cost., 7 luglio 2008, n. 272. Cfr. G. SPANGHER, *Considerazioni*, cit., p. 95.

<sup>83</sup> Tra gli altri, A. SCALFATI, *La debole convergenza*, cit., p. 1 ss.; N. TRIGGIANI, *Dal probation minorile*, cit., p. 13 ss.

<sup>84</sup> Cfr. P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., pp. 181 ss., 187, il quale considera la fattispecie come «un *unicum*, qualcosa di ribelle ad ogni inquadramento giuridico».

<sup>85</sup> Sul principio *de quo*, inteso come modello irrinunciabile e garanzia di fondo, ma aperto a letture non del tutto inflessibili, tra molti, M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 131 ss.; C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 3 ss.; A. CIAVOLA, *Il contributo*, cit., p. 95 ss.; E. MARZADURI, voce *Azione*, IV) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1996, p. 20.

dell'accusato<sup>86</sup>. Ma, invero, l'istituto della messa alla prova trarrebbe un'ulteriore legittimazione, all'interno del sistema, laddove si valorizzassero i suoi profili di *restorative justice*. Tali profili ricaverebbero nuova linfa qualora alla vittima si concedessero più pregnanti margini partecipativi e poteri, sul piano legislativo o tramite prassi giurisprudenziali da consolidare. Un aspetto critico, in proposito, è quello inerente alle modifiche del programma "in corso d'opera", rispetto al quale emergono le debolezze del coinvolgimento sia della persona offesa, che viene ignorata nonostante possa essere direttamente interessata, sia dell'imputato, il cui consenso non viene richiesto, con il possibile configurarsi di discrasie, specie in ordine all'art. 24 Cost. e, in casi davvero estremi, persino con riguardo al divieto di lavoro forzato (art. 4, par. 2 e par. 3, Cedu)<sup>87</sup>.

Nel modello procedimentale della *probation*, il ruolo del giudice esce rafforzato ma anche messo in discussione: per un verso si espande, invadendo spazi normalmente riservati al legislatore; per altro verso si ritira, cedendo campo alla negozialità. Egli si trova a pronunciare una decisione pregnante come quella di cui all'art. 133 c.p., in un momento anticipato, rispetto a quello usuale, per l'applicazione della norma incriminatrice. Ma è chiamato, altresì, a cimentarsi alla ricerca di un difficile equilibrio, ponendosi in realtà al centro di peculiari dinamiche: ossia, tra la necessità di supplire a manchevolezze sul piano della determinatezza della legge, da un lato, e l'esigenza di raccogliere la volontà della persona sottoposta al procedimento, dall'altro.

Inoltre, il giudice del dibattimento, legittimato ora a rifarsi ai contenuti inclusi nel fascicolo del p.m. in funzione della decisione *ex art.* 133 c.p. sull'accesso al rito, finirà talvolta con il fare un *self restraint* mediante l'astensione per altri gravi motivi di convenienza *ex art.* 36, comma 1, lett. h), c.p.p. E, in effetti, v'è da aspettarsi una censura dell'art. 34 c.p.p., tale da estendere l'incompatibilità del giudice anche alle situazioni in cui quest'ultimo, traendo conoscenze da quel fascicolo e pronunciandosi in apertura del dibattimento, possa vedere compromessa la propria imparzialità.

D'altronde, tanto più – per allineare la fattispecie ad altri principi costituzionali e, in particolare, alla presunzione di innocenza – si incrementa il fattore cognitivo, rendendo più effettivo l'accertamento del fatto, quanto più incombe sulla fattispecie medesima l'ombra di una nuova ipotesi di incompatibilità del giudice, specie quando si sia espresso negativamente sulla sospensione del processo con messa alla prova. È forse possibile pronosticare che sia proprio questo il prossimo fronte sul quale la Consulta sarà chiamata a pronunciarsi, per affrontare nuovi dubbi di costituzionalità, che troverebbero le loro premesse in quelli affrontati e risolti, con un autorevole sforzo ermeneutico, dalla sentenza in commento. Un simile cammino, che ha il sentore di un progressivo adattamento del sistema ad un "*novum*" del tutto singolare, è stato peraltro già intrapreso con la citata decisione sopraggiunta nel novembre del 2018, in materia di casellario giudiziale<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. V. BOVE, *La messa alla prova*, cit., 109 ss.

<sup>87</sup> G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento*, cit., p. 730.

<sup>88</sup> C. Cost., 7 novembre 2018, n. 231, cit.

Le incertezze generate dall'istituto in esame sono tali da indurre la dottrina, alla ricerca di validi riferimenti, a tracciare una linea di confine che separa due tendenze interpretative, corrispondenti ad altrettanti schemi alternativi cui la messa alla prova può essere ricondotta<sup>89</sup>. Da una parte, un modello teorico di carattere "utilitaristico" considera preponderante la cifra deflattiva del rito e, con ciò, ne disconosce qualsivoglia attitudine all'accertamento e lo ritiene alla stregua di un mero automatismo applicativo. Dall'altra parte, una diversa accezione della *probation* vi ravvisa i connotati di una verifica, sia pure limitata e "prematura", sulla responsabilità dell'interessato. È chiaro come le due richiamate tendenze si pongano l'una su un versante "anticognitivo" e l'altra su un fronte "cognitivo", a seconda che venga sottovalutato o, al contrario, valorizzato quel nucleo minimo di conoscenza del fatto, che è insito nella messa alla prova.

Nella consapevolezza delle contraddizioni sottese alla fattispecie, si distinguono, altresì, orientamenti comunque propensi a giustificarle, in ragione della funzionalità del rito rispetto a fini di economia processuale, oltre che rieducativi. A tali orientamenti, tuttavia, si contrappongono nettamente impostazioni più rigorose, volte ad esigere la massima espansione dei principi costituzionali, anche all'interno del rito stesso. E trattandosi, come segnalato sin da subito, di un istituto che si colloca al confine tra la rispondenza e la contrarietà ai canoni fondamentali del processo, è chiaro che, dinanzi ad ogni sospetto di incostituzionalità, sono agevolmente rintracciabili argomenti indirizzati sia nell'uno che nell'altro senso<sup>90</sup>. In quest'ottica, la «regola che subordina l'applicazione di una pena alla prova della colpevolezza», implicita nel sistema, può essere considerata «moderatamente disponibile». Ma, stando ad un approccio opposto, in base alla Costituzione non si può «in alcun modo esonerare il giudice dall'accertamento della responsabilità», con la conseguenza di una difficoltosa conciliabilità della messa alla prova e del "patteggiamento" con le norme costituzionali. Sennonché, anche dinanzi alle esposte osservazioni, ciò che risulta oramai evidente è come il rapporto con tali norme sia, per il primo rito speciale, ancora più problematico e controverso di quanto lo sia già per il secondo<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Al riguardo, ampiamente, C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., p. 666 ss.

<sup>90</sup> Cfr. P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., p. 188.

<sup>91</sup> Così, ancora P. FERRUA, *Una messa alla prova*, cit., p. 189.