

MESSA ALLA PROVA ED ESTINZIONE DEL REATO: CRITICITÀ DI SISTEMA E ADATTAMENTI FUNZIONALI

di Alberto Macchia e Piero Gaeta

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La presunta progenie: la ‘messa alla prova’ nel processo minorile. – 3. Il ceppo diverso: la ‘messa alla prova’ per gli imputati maggiorenni e la lettura della Corte costituzionale. – 4. La criticità di sistema. – 5. Ipotesi ricostruttiva. – 6. I problematici *dicta* delle Sezioni Unite Sorcinelli. – 7. Riflessioni critiche conclusive.

1. Premessa.

L’istituto della sospensione del processo con messa alla prova è stato, come è noto, introdotto nel codice penale e nel codice di procedura penale, dalla legge 28 aprile 2014, n. 67¹: vale a dire con la legge che, contestualmente, ha dettato, fra l’altro, le direttive (art. 1, comma 1 lettera *m*), sulla cui base il d.lgs. n. 28 del 2015 ha introdotto, sotto l’art. 131-*bis* del codice penale, una peculiare causa di non punibilità per la «particolare tenuità del fatto».

La cornice normativa, dunque, è chiara. Due istituti tipici del processo minorile (la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza de facto, di cui all’art. 27 del d.P.R. n. 448 del 1988, e la sospensione del processo e messa alla prova, di cui al successivo art. 28) vengono “esportati” nel processo a carico di imputati maggiorenni nel quadro di un disegno normativo chiaramente volto a perseguire risultati di deflazione del carico penale e, soprattutto, di decarcerizzazione², sotto la spinta degli ineludibili allarmi

¹ Su cui v. l’ampia e suggestiva riflessione di F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1693 ss.

² Univoci, al riguardo, i riferimenti che comparivano nella relazione illustrativa della proposta di legge a proposito delle innovazioni previste in tema di regime sanzionatorio alternativo alla detenzione in carcere: si puntualizzava, infatti, che «attraverso le nuove pene detentive non carcerarie, il condannato non dovrà più subire l’inadeguatezza del sistema penitenziario e la relativa ingiustificata compressione del diritto a un’esecuzione della pena ispirata al principio non solo di rieducazione, ma anche di umanità. Si tratta, pertanto, di disposizioni che conciliano i fondamentali obiettivi di un moderno sistema penale ispirato ai principi non soltanto di necessità, legalità, proporzionalità, personalità della pena, ma anche di rieducazione e umanizzazione della stessa secondo il disposto dell’articolo 27 della Costituzione, che ha inteso bandire ogni trattamento disumano e crudele, escludendo dalla pena ogni afflizione che non sia inscindibilmente connessa alla restrizione della libertà personale». (v. proposta di legge n. 331 presentata alla Camera dei deputati il 18 marzo 2013)

pervenuti dalla CEDU con la nota pronuncia sul caso Torreggiani e degli ultimativi moniti rivolti al legislatore dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 279 del 2013³.

Pertanto, due istituti pensati e calibrati in funzione delle peculiarità che caratterizzano il processo penale minorile – e, più in generale, lo stretto intreccio che coinvolge i profili sostanziali, processuali ed esecutivi riguardanti l’universo minorile, nonché le cautele educative e rieducative che, per Costituzione e strumenti dell’ordinamento internazionale e sovranazionale, rendono l’approccio penale in quel settore un *unicum* – vengono ad essere ‘trapiantati’ nel corpo dell’ordinario sistema penale: non senza, però, alcuni vistosi contraccolpi.

L’occasione per una riflessione sulla *probation* viene offerta dalla recente sentenza n. 91 del 2018, con la quale la Corte costituzionale⁴, dissolvendo, con varie formule, i dubbi di legittimità costituzionale avanzati dai giudici di merito, tenta di assegnare un volto, ovviamente costituzionalmente compatibile, ad un meccanismo di soluzione del processo che, però, coinvolge anche l’esistenza stessa del reato.

Quanto il tentativo della Corte sia riuscito o quanto, invece, permangano (o si siano esaltate) zone d’ombra e ambiguità di un istituto che già la stessa Corte aveva in precedenza avuto modo di scandagliare – a testimonianza di come non tutto fosse cristallino proprio sul piano della rispondenza costituzionale della messa alla prova – formerà oggetto di queste brevi note: nella consapevolezza, peraltro, che le categorie concettuali ‘classiche’ mal si prestano ad una funzione esplicativa – nel senso etimologico del termine: di rendere chiaro il senso della espressione e dunque superfluo il ricorso ad un’opera di carattere interpretativo – di realtà normative sistematicamente eccentriche.

Ebbene, la Corte costituzionale – nell’esaminare a tutto tondo l’istituto – somministra spiegazioni e soluzioni che si vorrebbero ‘tranquillizzanti’ e dalle quali sembra effondersi una sensazione di linearità: che, però, è soltanto apparente.

2. La presunta progenie: la ‘messa alla prova’ nel processo minorile.

Un primo aspetto sul quale sembra opportuno svolgere qualche considerazione riguarda la profonda diversità che caratterizza la messa alla prova, ora disciplinata dal codice sostanziale e da quello di rito, rispetto all’omonimo istituto previsto, come già accennato, per il processo minorile.

³ La sentenza n. 279 del 2013 è pubblicata in questa *Rivista*, 25 novembre 2013, con nota di G. LEO, [Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con severo monito per il legislatore](#). Su tale pronuncia, v., volendo, A. MACCHIA, *Il problema del sovraffollamento nelle carceri: ovvero, aspettando Godot. Note minime attorno alla sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2013*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2/2013, 221.

⁴ La sentenza n. 91 del 2018 è pubblicata in questa *Rivista*, 7 maggio 2018, con nota di G. LEO, [La Corte costituzionale ricostruisce ed “accredita”, in punto di compatibilità costituzionale, l’istituto della messa alla prova](#). Per un primo commento, v. R. MUZZICA, [La Consulta ‘salva’ la messa alla prova: l’onere di una interpretazione ‘convenzionalmente’ orientata per il giudice nazionale](#), *ivi*, fasc. 6/2018, pp. 173 ss.

Come infatti emerge dagli stessi artt. 28 e 29 del d.P.R. n. 448 del 1988 e dalla *Relazione* al decreto sul processo minorile, le relative disposizioni hanno inteso sottolineare il «coinvolgimento dei servizi per le opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno, e rendono altresì possibile la prescrizione di attività “dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa”».

«Viene in tal modo recepita e resa possibile – sottolineò la *Relazione* – la cosiddetta mediazione, istituto previsto dalla più volte citata Raccomandazione del Consiglio d’Europa [Raccomandazione 87/20 del Consiglio d’Europa circa “Le reazioni sociali alla delinquenza minorile”, approvata dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 17 settembre 1987], avente lo scopo di ricomporre il conflitto fra minorenne offensore e vittima, e di responsabilizzare i giovani autori di reato».

Da qui, la logica tutt’altro che ‘pattizia’ dell’istituto, posto che la misura viene applicata dal giudice «sentite le parti», con un provvedimento che può essere impugnato mediante ricorso per cassazione, e considerato che all’istituto non poteva in origine farsi ricorso se l’imputato avesse chiesto il giudizio immediato o quello abbreviato ⁽⁵⁾.

Dunque, l’adesione al programma di osservazione e trattamentale ed al soddisfacimento delle prescrizioni riparatorie e mediative si esprime non attraverso una scelta attiva, ma semplicemente astenendosi dal porre in essere opzioni processuali che presuppongano la volontà di un giudizio di merito pieno sul fatto e sulla responsabilità. Più propriamente, e per stare alle espressioni utilizzate dalla stessa Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 125 del 1995, pur non potendosi prescindere «dall’indubbio peso che – in considerazione della natura e delle modalità di attuazione della misura – deve in concreto assegnarsi al parere del minore in ordine alla adozione del provvedimento (...), il legislatore non ha condizionato il provvedimento *de quo* alla prestazione del consenso da parte del minore (né del pubblico ministero), ma ha rimesso al giudice la decisione circa l’opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la

⁵ Tale previsione fu dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 125 del 1995. Nel frangente, la Corte ha messo in particolare evidenza la circostanza che «la sospensione del processo con messa alla prova, di cui agli artt. 28 e 29 delle disposizioni sul processo penale minorile, costituisce un istituto del tutto nuovo nel nostro ordinamento, in quanto, pur aggiungendosi ad altre analoghe ipotesi già esistenti, è caratterizzato dal fatto di inserirsi, in via incidentale, in una fase (udienza preliminare o dibattimento) antecedente la pronuncia sulla regiudicanda e di poter dar luogo, in caso di esito positivo della prova, ad una sentenza pienamente liberatoria. Questi peculiari aspetti dell’istituto in esame – soggiunse la Corte – sottolineano il rilievo che esso assume nell’ambito del processo penale minorile, evidenziandone la stretta aderenza alla essenziale finalità di recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale (anche attraverso l’attenuazione dell’offensività del processo), cui la giustizia minorile – come più volte questa Corte ha affermato (cfr. sentenze nn. 125 del 1992, 206 del 1987 e 222 del 1983) – deve essere improntata, in ossequio al principio della tutela dei minori di cui all’art. 31 della Costituzione». Da qui, anche, i connotati non ‘adesivi’ dell’istituto, in quanto presupposto di esso è la semplice audizione delle parti, ma non i loro consensi. A proposito della pronuncia della Corte, v. G. LA GRECA, *Riti speciali: esclusioni e precisazioni nel procedimento penale minorile*, in *Foro. it.*, 1995, I, 2397; A. PULVIRENTI, *Sulla con sensualità della messa alla prova*, in *Riv. pen.*, 1996, 299; P.C. PAZÈ, *Un riesame complessivo della messa alla prova per i minorenni*, in *Giur. Cost.*, 1995, 2172; L. SCOMPARIN, *Sospensione del processo minorile e “messa alla prova”: limiti di compatibilità con i riti speciali e altri profili processuali dopo l’intervento della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1995, 509.

personalità del minorenni all'esito della prova, prescrivendo soltanto che tale decisione sia adottata sentite le parti».

Le peculiari funzioni di un così rivoluzionario metodo di definizione della regiudicanda collocano un simile modello al di fuori del concetto tradizionale di procedimento speciale (in cui è soltanto il rito a derogare rispetto al procedimento ordinario), attingendo, invece, alla natura dell'intervento esterno al processo (che non a caso viene 'sospeso') ed alla relativa decisione conclusiva, la quale incide, se favorevole, sull'esistenza stessa del reato (l'esito favorevole della prova comporta, infatti, la declaratoria di estinzione del reato). Metodo che presuppone dunque – staremmo per dire già sul piano 'ontologico' – un implicito (e non contestato) giudizio di responsabilità penale: non diversamente da ciò che accade, d'altra parte, per il perdono giudiziale⁶. Appare stagliarsi, in questo quadro di riferimento, un tendenziale superamento degli equilibri propri del sistema misto, cui, come è noto, si conforma tendenzialmente il nostro sistema penale, evitando, in tal modo, gli eccessi ed i difetti propri dei modelli soggettivistici ed oggettivistici 'puri'.

La personalità del minore, e l'esigenza di tutelare appieno una sua equilibrata evoluzione, giocano, dunque, un ruolo preminente nel bilanciamento dei valori, senza per questo riportare in auge la propensione soggettivistica del "disvalore del sentimento" (*Gesinnungsunwert*), come unica prospettiva di penalizzazione.

Ciò chiarisce la ragione per la quale la valutazione dell'esito positivo della prova, non incide sul trattamento sanzionatorio, modificandone la durata o le modalità esecutive, ma sulla essenza stessa del reato, inducendo alla rinuncia alla persecuzione penale ed alla pronuncia della condanna, nonché alla stessa celebrazione del processo.

Non (solo e non tanto), dunque, *procedimento* alternativo, ma, come si è osservato, «modulo "processual-sostanziale" alternativo» di definizione della regiudicanda. Il tutto, per di più, riguardato come 'rimedio di sistema', dal momento che la messa alla prova minorile si proietta idealmente verso qualsiasi tipo di reato, a prescindere dalla relativa pena edittale, essendo l'istituto applicabile anche per i reati punibili con la pena dell'ergastolo⁷.

⁶ È costante, infatti, l'insegnamento secondo il quale Il giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale per i minorenni può definire il procedimento pronunciando sentenza di non luogo a procedere per perdono giudiziale solo quando il minore abbia espresso il proprio consenso alla definizione del giudizio all'udienza preliminare. Infatti, tale tipo di pronuncia presuppone un accertamento della responsabilità penale, normalmente devoluto alla fase dibattimentale, e pertanto è solo l'imputato che può decidere di rinunciare al dibattimento ed alle facoltà difensive ivi esercitabili. (In applicazione di tale principio la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di non luogo a procedere per perdono giudiziale emessa a seguito del consenso alla definizione del giudizio espresso dal difensore di un imputato minorenne contumace: cfr. Cass., Sez. 6, n. 22538 del 26/02/2003 – dep. 21/05/2003, Pm in proc. Cigliano, Rv. 2262710). Tra le tante, e da ultimo, si è ribadito che Il giudice dell'udienza preliminare non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere per perdono giudiziale nei confronti del minore rimasto contumace che non abbia preventivamente manifestato il suo consenso all'applicazione del beneficio né abbia conferito procura speciale al difensore, postulando il perdono il necessario riconoscimento della sussistenza del fatto di reato e la sua attribuzione al minore stesso (v. Cass., Sez. 1, n. 43093 del 22/10/2012 – dep. 07/11/2012, P.G. in proc. B., Rv. 25362801).

⁷ La questione era già stata affrontata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 412 del 1990, la quale aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 28, comma 1, del d.P.R. n.

Presupposto implicito dell'istituto è, quindi, come unanimemente ritenuto in dottrina, l'accertamento della responsabilità penale del minorenne, giacché altrimenti l'intero ordito delle finalità 'recuperatorie' e gli spazi stessi di una ipotetica mediazione risulterebbero del tutto eccentrici e, addirittura, frustranti. Come è stato efficacemente puntualizzato, «non può mettersi alla prova l'innocente, l'incapace di intendere e volere, la persona che, per qualunque causa debba prosciogliersi (amnistia, improcedibilità, prescrizione) o della quale allo stato non risulti ragionevolmente provata la responsabilità»⁸.

D'altra parte, anche solo sul piano oggettivo, non potrebbe ritenersi sufficiente, ai fini dello scrutinio sul fatto e sulla sua anti giuridicità, un sindacato di mera sussistenza del *fumus*, quasi a raccordare i presupposti della messa alla prova con quelli che legittimano l'adozione di un provvedimento di sequestro.

Analogamente, in giurisprudenza si ritiene che, ai fini della concessione della cosiddetta "messa alla prova" dell'imputato minorenne, il giudice deve rivolgere la sua indagine alla ricerca di elementi che gli consentano di valutare se sia adeguato il ricorso a detto istituto al fine della rieducazione e del positivo reinserimento nella società del minore: elementi da individuarsi nel tipo di reato commesso, nelle modalità di attuazione di esso, nei motivi a delinquere, nei precedenti penali del reo, nella sua personalità, nel suo carattere e in quanto altro di utile per il raggiungimento di tale giudizio⁹.

D'altra parte, è pure ripetuto l'insegnamento secondo il quale il ricorso all'istituto della messa alla prova di cui all'art.28 del d.P.R. n.448 del 1988, comporta che lo stesso risulti adeguato ai fini della rieducazione e del positivo reinserimento nella società del

448 del 1988 e dell'art. 30 delle relative norme di attuazione nella parte in cui avrebbero escluso, per i reati puniti con la pena dell'ergastolo, l'applicabilità dell'istituto della sospensione del processo con messa alla prova. Osservò nel frangente la Corte che «la mancanza, durante i lavori preparatori degli articoli impugnati, del benché minimo accenno ad un dubbio sull'applicazione generalizzata dell'istituto; la perfetta coerenza della scelta legislativa con le peculiari finalità del *probation*, oltre alle ragioni innanzi esposte, relative alla coerenza della predetta scelta con le indicazioni della legge delega, convincono che la questione di legittimità costituzionale ora discussa è da dichiararsi non fondata in quanto gli articoli impugnati già consentono l'applicabilità dell'istituto della sospensione del processo per la messa in prova del minorenne anche allorché si proceda per reati punibili con la pena dell'ergastolo». Un avallo, questo, fatto proprio dal legislatore che, con l'art. 44 del d.lgs. n. 12 del 1991, introdusse nell'art. 28 delle disposizioni sul processo minorile l'espresso richiamo anche ai reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo. Pur dovendosi tener conto del fatto che, come è noto, la stessa Corte costituzionale ha successivamente dichiarato, con la sentenza n. 168 del 1994, la illegittimità costituzionale degli artt. 17 e 27 cod. pen., nella parte in cui non escludono l'applicazione della pena dell'ergastolo al minore imputabile, il riferimento alla pena perpetua sgombra comunque il campo da qualsiasi dubbio circa il fatto che l'istituto della messa alla prova minorile non soffra limiti in ragione della gravità dei reati.

⁸ S. DI NUOVO – G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 343.

⁹ Cfr. Cass., Sez. 1, n. 5399 del 23/03/1990 – dep. 12/04/1990, Liistro, Rv. 184030. Nella specie è stata annullata l'ordinanza del giudice di merito reiettiva della "messa alla prova" sul rilievo della gravità del reato e della raggiunta maturità del soggetto, ritenuta dalla suprema Corte, uno dei presupposti imprescindibili dell'istituto, essendo l'immaturità ad esso ostativa, siccome causa di proscioglimento.

minore¹⁰. E tale valutazione – si aggiunge – è fondata sul tipo di reato commesso, le sue modalità di attuazione, i motivi a delinquere, i precedenti penali del reo, la sua personalità, il suo carattere e su ogni altro elemento utile per la formulazione dell'indicato giudizio¹¹: un apprezzamento, dunque, che presuppone uno scrutinio sulla responsabilità, come indefettibile premessa per la operatività dell'istituto.

3. Il ceppo diverso: la 'messa alla prova' per gli imputati maggiorenni e la lettura della Corte costituzionale.

La messa alla prova per i maggiorenni nasce, invece, come una precisa scelta dell'imputato: scelta che – considerate le assonanze con i procedimenti speciali, connotati, tutti, da epiloghi che presentano un tasso più o meno esteso di benefici a fronte della rinuncia al dibattimento – è stata da subito inquadrata come un diritto proprio dell'imputato, strettamente collegato al suo fondamentale diritto di difesa¹². Ed è proprio questa la lettura che dell'istituto è stata data dalla stessa Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 201 del 2016, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 460, comma 1, lettera e), del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedeva che il decreto penale di condanna contenesse l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova.

In quel frangente, infatti, la Corte rilevò che «l'istituto della messa alla prova, introdotto con gli artt. 168-bis, 168-ter e 168-quater cod. pen., “ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da 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 procedimento con messa alla prova” (sentenza n. 240 del 2015)». Sottolineò ancora la Corte che, come negli altri riti, «anche nel procedimento per decreto deve ritenersi che la mancata formulazione della richiesta nel termine stabilito dall'art. 464-bis, comma 2, cod. proc. pen., e cioè con l'atto di opposizione, determini una decadenza, sicché nel giudizio conseguente all'opposizione l'imputato che prima non l'abbia chiesta non può più chiedere la messa alla prova». Tuttavia, puntualizzò ancora il Giudice delle leggi, «a differenza di quanto accade per gli altri riti speciali, l'art. 460, comma 1, cod. proc. pen. [...], tra i requisiti del decreto penale di condanna, non prevede l'avviso all'imputato che ha facoltà, nel fare opposizione, di chiedere la messa alla

¹⁰ Sulla 'funzione rieducativa' delle disposizioni di cui agli artt. 28 e 29 del d.P.R. n. 448 del 1988 v., *ex multis*, G. SPANGHER, *La funzione rieducativa del processo*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1230 ss.

¹¹ *Cass.*, Sez. 1, n. 519 del 20/01/1999 – dep. 20/02/1999, Canale F, Rv. 21254601.

¹² Sul nuovo istituto, tra i molti, v. A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2014, p. 676, (secondo la quale si è in presenza di un «modello di giustizia più mite e meno repressivo, alternativo al processo e basato su un paradigma riabilitativo e conciliativo, conferendo al processo e alla pena un ruolo di *extrema ratio*, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova»; in senso analogo, v. R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, *ivi*, p. 659; L. BARTOLI, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 1755 ss.

prova». Da qui, il richiamo alla costante giurisprudenza costituzionale, per la quale «la richiesta di riti alternativi “costituisce anch’essa una modalità, tra le più qualificanti (sentenza n. 148 del 2004), di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, sentenze n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995 e n. 76 del 1993)” (sentenza n. 237 del 2012)» e la conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale, sul rilievo che «il complesso dei principi, elaborati da questa Corte, sulle facoltà difensive per la richiesta dei riti speciali non può non valere anche per il nuovo procedimento di messa alla prova».

Sul versante processuale, non v’è, quindi, dubbio alcuno che il legislatore abbia inteso iscrivere il nuovo istituto della *probation* nel novero dei procedimenti speciali, dal momento che, al di là della pur univoca scelta sistematica (l’istituto è stato infatti disciplinato all’interno di un apposito Titolo V-bis, del Libro VI del codice di procedura penale, dedicato, appunto ai “procedimenti speciali”), è dirimente il rilievo che, l’ammissione alla prova, comporta di per sé la sospensione del procedimento.

Pertanto, tra segmento temporale dedicato allo svolgimento della prova e processo, corre un rapporto di evidente alternatività.

Il punto, tuttavia, è la natura di tale segmento, in cui si sperimenta e si effettua la prova; quale ne sia la natura giuridica; verso “dove” tenda l’esperimento; quale sia il rapporto tra tale esperimento ed il reato; cosa determini, infine, l’estinzione del reato, posto che qualunque tipo di effetto estintivo presuppone, per definizione, l’esistenza di un oggetto che viene meno.

Ebbene, la sentenza della Corte costituzionale n. 91 del 2018, pur cercando di offrire una ricostruzione dell’istituto, ovviamente in linea con i valori costituzionali che si sono ritenuti non compromessi, non sembra abbia fornito una risposta in chiave, per così dire, definitiva.

Il primo aspetto sul quale la Corte si è pronunciata è sulla indeterminata – e forse indeterminabile – natura (sostanziale) della messa alla prova. Occorre dare una risposta al quesito concernente la compatibilità dell’istituto con il principio di presunzione di non colpevolezza di cui all’art. 27, secondo comma, Cost., dal momento che, ad avviso del giudice *a quo*, le disposizioni oggetto di censura prevederebbero la «irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata alcuna condanna definitiva o non definitiva».

La risposta è, all’apparenza, secca e di univoco tenore esplicativo: «se è vero – sostiene la Corte – che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca una attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell’imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un’eventuale condanna».

Da qui, l’iniziale evocazione, quale modello simile, della applicazione della pena su richiesta delle parti, al punto da affermare che sarebbe stato «sufficiente richiamare gli argomenti già utilizzati [...] per decidere la questione relativa al patteggiamento, per vari aspetti analoga»; salvo, poi, avvertire che «altri e assai consistenti argomenti orientano in tal senso», mettendo in luce (con una qualche contraddittorietà), come messa alla prova e patteggiamento, a parte la comune base consensuale, non presentino aspetti che ne consentano un’assimilazione.

Il patteggiamento, infatti, è equiparato, in tutto ciò che non sia espressamente derogato, ad una sentenza di condanna, la quale ben può costituire titolo per la esecuzione della pena: e ciò è tanto vero che la relativa sentenza può formare oggetto di revisione, a norma dell'art. 629 cod. proc. pen.

La circostanza che la sentenza di patteggiamento può determinare, in caso di mancata commissione di reati nel termine prescritto, la estinzione del reato e di ogni effetto penale, come ulteriore beneficio che scaturisce dal rito, non fa certo velo – ma semmai avvalora – la natura di “pena” di ciò che la sentenza di patteggiamento applica, e di “reato” di quanto ne costituisce l’oggetto, e che – a condizioni date – viene poi dichiarato estinto assieme ad ogni effetto penale. Dunque, ci si muove nell’alveo di categorie concettuali del tutto coerenti col sistema, dal momento che la sequenza “reato-colpevolezza-pena-benefici” si salda all’interno di un ordito che, pur con le indiscutibili peculiarità che lo caratterizzano rispetto al modulo ‘ordinario’, non si discosta dalla naturale sequenza “cognizione-esecuzione-eventuali effetti estintivi”.

Ben diversa la natura della messa alla prova. La sentenza della Corte costituzionale qui in esame, nel riportare, infatti, un passo della nota sentenza Sorcinelli delle Sezioni unite¹³ – ove il Collegio allargato ha tentato una lettura a tutto tondo dell’istituto e sulla quale occorrerà tornare – puntualizza che «questa nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell’ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa – si osserva ancora – va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto».

Ma la Corte va oltre: mentre le Sezioni unite, come visto, fanno testuale riferimento – quale vantaggio che scaturisce dalla prova – ad un “trattamento sanzionatorio non detentivo”, la decisione della Consulta è drastica sul punto. Si afferma, infatti, che il «trattamento programmato non è [...] una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell’imputato, il quale liberamente può farla cessare con l’unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso».

4. La criticità di sistema.

Il primo punto di approdo, per reggere alle obiezioni di illegittimità costituzionale, è, pertanto, l’assunto secondo il quale le condotte risarcitorie e riparatorie rispetto al reato, l’affidamento dell’imputato al servizio sociale per l’espletamento di un

¹³ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272

programma (che può implicare attività di volontariato o varie limitazioni di condotta), nonché la prestazione del lavoro di pubblica utilità – tutto ciò che, insomma, integra il contenuto necessario della misura, a norma della disciplina sostanziale dettata dagli artt. 168-bis e 168-ter cod. pen. – non costituiscono “pena” in senso giuridico.

Tutto si gioca, invece, sul fronte della riabilitazione e della rieducazione della persona che – volontariamente – vi si sottopone.

Sottolinea, infatti, la Corte che «il trattamento per sua natura è caratterizzato dalla finalità specialpreventiva e risocializzante che deve perseguire e deve perciò essere ampiamente modulabile, tenendo conto della personalità dell'imputato e dei reati oggetto dell'imputazione». Viene dunque ribadito che «la normativa sulla sospensione del procedimento con messa alla prova comporta una diversificazione dei contenuti, prescrittivi e di sostegno, del programma di trattamento, con l'affidamento al giudice di “un giudizio sull'idoneità del programma, quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte ‘afflittiva’ sia di quella ‘rieducativa’, in una valutazione complessiva circa la rispondenza del trattamento alle esigenze del caso concreto, che presuppone anche una prognosi di non recidiva” (Sezioni unite, 31 marzo 2016, n. 33216)».

Ma – viene subito da osservare – la funzione di rieducazione, se affidata al giudice penale, presuppone, per sua natura e dettato costituzionale, un reato ed una “pena”, o comunque un trattamento “penale”, che sia volto a realizzarla: giacché, altrimenti, il tema non richiederebbe neppure l'intervento della giurisdizione.

In sostanza, delle due l'una: o le misure risarcitorie e riparatorie e le altre postulate dall'art. 168-bis, come necessario contenuto della messa alla prova, sono adottate in sede penale *presupponendo* un reato ed un reo, o la *misura* (alternativa o, se si vuole, neppure di tipo penale e, dunque, integralmente “sostitutiva” della pena) non ha proprio ragion d'essere¹⁴.

L'assunto secondo il quale la messa alla prova non presuppone la responsabilità dell'imputato e la ritenuta sussistenza della antigiuridicità del fatto – sia pure “allo stato degli atti” – equivale, dunque, ad una negazione in linea di principio della premessa su cui può fondarsi la tollerabilità costituzionale dell'istituto e, soprattutto, giustificarsi l'effetto estintivo che scaturisce dall'esito positivo della prova.

Se non si postula la responsabilità, infatti, è l'oggetto stesso della “estinzione” ad assumere i connotati di una entità diafana, quasi ectoplasmatica, che eliderebbe la possibilità giuridica di concepire un *quid* in funzione rieducativa.

Mancando, infatti, il termine iniziale (reato-reo) e quello finale (pena), la rieducazione finirebbe per atteggiarsi alla stregua di momento terminativo di un percorso che utilizza la persona come strumento di politica criminale: il che,

¹⁴ Sotto tale profilo, R. MUZZICA, *Sospensione del processo con messa alla prova e ‘materia penale’: tra Corte Edu e Corte costituzionale nuovi scenari pro reo sul versante intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1432 ss., rileva che «la stessa conformazione strutturale dell'istituto della sospensione del processo con ‘messa alla prova’ appare foriera di insormontabili criticità». Divergono tuttavia, rispetto alla presente impostazione, le prospettive *de jure condendo* proposte dell'A. nel pregevole saggio citato contro la rilevata “cripto-pena”, in cui pure si sostanzia il trattamento della messa alla prova.

evidentemente, risulterebbe palesemente in contrasto con lo stesso canone di necessaria offensività del fatto.

5. Ipotesi ricostruttiva.

Occorre, quindi, a nostro avviso, procedere ad una diversa ricostruzione del perimetro entro il quale collocare l'istituto, così da "distrarlo" dai profili (a noi sembra del tutto secondari) di tipo processuale, e che hanno sin qui ricondotto la lettura dello stesso sulla falsariga dei modelli già noti, offerti dagli altri procedimenti speciali.

La miscellanea tra regole processuali e regole sostanziali¹⁵ ha, infatti, reso ambigua la linea di demarcazione dei concetti e, soprattutto, del regime e degli effetti che ne devono scaturire. Basti pensare, a questo riguardo, alla sovrapposizione tra presupposti che deve presentare il programma di trattamento, alla luce della – non del tutto sovrapponibile – rassegna dei requisiti rispettivamente enunciati dall'art. 168-*bis* del codice penale e dall'art. 464-*bis* del codice di procedura penale.

Ma la sospensione del processo con messa alla prova è stata dal legislatore – evidentemente non a caso – collocata, fra le cause di estinzione del reato, immediatamente dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena: la cui natura e funzione rieducativa, specie in presenza di obblighi connessi a condotte riparatorie, consente di tracciare non poche analogie rispetto all'istituto che viene qui in discorso.

Il nucleo comune è infatti rappresentato dall'espletamento di un percorso di emenda, in funzione di una prognosi di non recidivanza nel crimine. Ad un esperimento di ravvedimento e di rieducazione *in executivis* – con "sospensione" della relativa fase (effetto tipico della sospensione condizionale della pena) – si giustappone una sua "anticipazione" alla sede processuale, parimenti "sospesa" (effetto tipico della messa alla prova).

La sussistenza del reato e la responsabilità dell'imputato sono, dunque, in entrambi i casi ontologicamente presupposti.

Non è quindi il generico (e tralaticio) richiamo alla insussistenza dei presupposti per l'immediato proscioglimento *ex* art. 129 cod. proc. pen. – enunciato dall'art. 464-*quater* cod. proc. pen. come condizione negativa alla ammissione alla *probation* – a costituire indice di quel presupposto, quanto lo stesso 'sistema' delineato dal legislatore in sede di diritto penale sostanziale: giacché, come si è più volte sottolineato, altrimenti non avrebbe alcun senso la declaratoria di estinzione del reato che consegue, a norma dell'art. 168-*ter* cod. pen., all'esito positivo della prova. Esattamente come accade nel caso di esito favorevole dell'affidamento in prova al servizio sociale, in base all'art. 47

¹⁵ La sostanziale 'indifferenza delle sedi' tra codice penale e codice di procedura penale ha addirittura orientato la stessa Corte costituzionale a dirimere i dubbi di costituzionalità circa la non definita durata della misura della *probation* facendo leva sulle disposizioni del codice di rito che stabiliscono, all'art. 464-*quater*, comma 5, la durata massima del periodo di sospensione del processo (v. ordinanza n. 54 del 2017 e la stessa sentenza n. 91 del 2018).

dell'ordinamento penitenziario, ove è stabilito che, quale 'premio' per il positivo percorso intrapreso dal condannato, segua la estinzione della pena detentiva «ed ogni altro effetto penale».

D'altra parte, è, stavolta, la stessa disciplina processuale a fornire un non evanescente indice in tal senso, dal momento che l'art. 464-*quater*, comma 3, cod. proc. pen., nell'enunciare i presupposti di ammissione alla prova, espressamente menziona la condizione che il giudice ritenga «che l'imputato si asterrà dal commettere *ulteriori reati*»¹⁶. Per superare, dunque, i profili di illegittimità costituzionale a suo tempo additati dalla Corte, occorrerà ritenere che la richiesta di messa alla prova equivalga ad un sostanziale *nolo contendere* sui termini dell'accusa e di esenzione dall'obbligo di una pronuncia che accerti il fatto e la responsabilità. La *factual basis* si cristallizza, dunque, allo stato degli atti, orientando la messa alla prova verso i confini di una misura alternativa ad una sentenza di condanna, sempre allo stato degli atti. Solo così, ci sembra, la locuzione «ulteriori reati» può andare esente da censure sul piano della presunzione di non colpevolezza.

I profili 'rivoluzionari' dell'istituto e i suoi connotati di forte ambiguità, a metà del guado tra istanze depenalizzanti e metodi riabilitativi surrogatori del processo e della pena, finiscono, dunque, per stemperarsi in una prospettiva antiformalista di rinuncia alla punizione, in vista dell'intervenuto recupero del reo, secondo una logica di sopravvenuta superfluità del processo e della pena: anche se, forse, l'opzione legislativa avrebbe potuto fermarsi alla soglia della estinzione del processo, con la garanzia del *ne*

¹⁶ Vale forse la pena rammentare, a questo riguardo, che la Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 1980 ebbe a dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 1, terzo comma, della legge 22 maggio 1975, n. 152 – il quale stabiliva che "nel concedere la libertà provvisoria nei casi in cui è consentita", occorreva valutare che non "sussist[esse] la probabilità, in relazione alla gravità del reato ed alla personalità dell'imputato, che questi, lasciato libero, possa commettere *nuovamente* reati che pongano in pericolo le esigenze di tutela della collettività" – limitatamente all'avverbio "nuovamente". La Corte nella circostanza osservò, infatti, che «un'incompatibilità con l'art. 27, secondo comma, Cost., adombrata nelle argomentazioni del giudice a quo, è, invece, ravvisabile nel testo dell'art. 1, terzo comma, della legge n. 152 del 1975, là dove usa il termine "nuovamente" a proposito della temuta commissione di reati da parte dell'imputato lasciato libero. Tale locuzione, infatti, farebbe presupporre la già accertata commissione, da parte dell'imputato, di altri precedenti reati; a tutta evidenza, quello o quelli per cui si procede, non essendovi nel comma in questione (a differenza che nel comma secondo dello stesso articolo) alcun riferimento a precedenti penali o giudiziari dell'imputato. Sotto questo profilo – osservò la Corte – risulta vulnerata la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, la quale impedisce – fino alla sentenza definitiva – di considerare l'imputato come sicuramente responsabile dei reati a lui attribuiti. D'altra parte (soggiunse ancora la Corte) – una volta eliminato dal testo legislativo l'avverbio "nuovamente" – non per questo potrà considerarsi affievolito il rapporto che quell'avverbio pur impropriamente voleva indicare, fra la natura e gravità delle imputazioni per cui è disposta la custodia preventiva, e la natura dei reati di cui si teme la probabile commissione ad opera dell'imputato lasciato libero. La prognosi di pericolosità, per il chiaro tenore della disposizione in esame, si fonda anche sulla "gravità del reato" addebitato (sulla scorta, s'intende, di "sufficienti indizi di colpevolezza"); e questo basta a far ritenere che le "esigenze di tutela della collettività" per le quali si richiede il mantenimento della custodia preventiva, debbono essere già toccate dalle situazioni che della custodia preventiva costituiscono il fondamento originario».

bis in idem, senza coinvolgere ‘l’esistenza’ stessa del reato. Come d’altra parte accade per l’istituto della *probation* nei paesi anglosassoni.

6. I problematici *dicta* delle Sezioni Unite Sorcinelli.

Se quella appena accennata è una possibile via di ricostruzione dell’istituto, ancor più sembra non condivisibile – ancorché pienamente comprensibile per gli effetti pratici – la scelta delle Sezioni unite nella già citata sentenza Sorcinelli¹⁷. In essa, come è noto, si è affermato il principio secondo il quale ai fini dell’individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, il richiamo contenuto all’art. 168-*bis* cod. pen. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese quelle ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato.

Su di un punto tale assunto merita condivisione piena: che, cioè «l’intenzione del legislatore», per stare alle parole della sentenza, fosse effettivamente quella di ampliare la portata dell’istituto, evitando che le circostanze aggravanti potessero influire negativamente, restringendo, in maniera anche statisticamente consistente, la portata del limite edittale quantificato in una misura non particolarmente elevata¹⁸.

Di ciò sono testimonianza, non solo i lavori parlamentari, di cui si è dato puntualmente conto nella sentenza, ma anche – e si starebbe per dire soprattutto – il fatto che il Parlamento abbia affiancato, ad un criterio quantitativo (*quoad poenam*), un criterio qualitativo, fondando la selezione dei reati attraverso il richiamo al secondo comma dell’art. 550 cod. proc.pen. E poiché tale disposizione, al primo comma, enuncia, a sua

¹⁷ V. al riguardo, A. CISTERNÀ, *Un istituto più esteso rispetto ai “confini” dettati dal codice*, in *Guida al diritto*, 2016, fasc. 39, 54; T. ALESCI, *Nella determinazione della pena edittale per la sospensione del procedimento con messa alla prova non rilevano le circostanze aggravanti ad effetto speciale*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2016, fasc. 6, 30; V. MANCA, *Il parametro della “pena edittale” ai fini della concessione della messa alla prova*, in *Giur. it.*, 2016, 2732; M.C. AMOROSO, *Il limite edittale per l’accesso alla messa alla prova: dalle Sezioni unite una soluzione attesa, che favorisce il ricorso alla probation processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 4340; S. DI LERNIA, *Sezioni unite e messa alla prova: criteri per la quantificazione del limite edittale di pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 887; L. PELLEGRINI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 829; A. MELCHIONDA – E. MATTEVI, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e rilevanza delle circostanze aggravanti*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 325; P. SORCINELLI, *Messa alla prova dell’imputato, pena edittale massima, aggravanti speciali*, in *Foro it.*, 2017, II, 67; L. PUCCETTI, *Quello che le norme non dicono: l’art. 168-bis c.p. non menziona le circostanze e quindi le esclude dal computo della pena massima ai fini dell’ammissione alla messa alla prova*, in *Proc. pen. e giustizia*, 2017, 283; W. NOCERINO, *I calcoli aritmetici della giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni unite sui limiti edittali per l’accesso alla probation*, in *Giur. it.*, 2017, 199; I. GUERINI, [In claris \(non\) fit interpretatio? Le Sezioni unite in tema di sospensione del processo con messa alla prova](#), in questa *Rivista*, 15 novembre 2016.

¹⁸ A. PUGIOTTO, *Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 109 ss., annovera l’estensione dell’applicabilità della messa alla prova tra i casi in cui il legislatore è stato indotto «a manomettere scaltramente il diritto penale sostanziale (...) per ottenere effetti simili a quelli di una clemenza generale che non c’è».

volta, un parametro quantitativo – richiamando i criteri di determinazione della pena previsti dall'art. 4 dello stesso codice di rito – è evidente che, ove il legislatore della novella avesse ritenuto di applicare gli stessi criteri, avrebbe fatto espresso rinvio alla integralità dell'articolo 550 del codice di rito e non solo al suo secondo comma.

A testimonianza, poi, del *distinguishing* che il legislatore avrebbe operato – circa la commisurazione della pena condizionante la messa alla prova, rispetto a tutti gli altri istituti di diritto penale la cui applicazione è parimenti condizionata dalla esistenza di una certa cornice sanzionatoria – potrebbe rievocarsi il fatto che, nel testo dell'art. 168-*bis* cod. pen., compare, come espressione inusitata, la locuzione «editale», che lascerebbe pensare ad un qualcosa di diverso dalla “pena” *tout court*, tipica invece del lessico codicistico.

Ma di buone intenzioni, come si sa, sono lastricate le vie dell'inferno: e le intenzioni del legislatore storico sfumano, a nostro avviso, davanti non tanto alla *littera legis* – come pure, con una qualche temerarietà argomentativa, opinano le Sezioni unite – ma ad una lettura di sistema e razionalità intrinseca di una norma decisamente non felice nella stesura.

Basta poco, infatti, per avvedersi di come l'aggettivo «editale», collegato alla pena stabilita dal legislatore, non aggiunga nulla di qualificante agli effetti che qui interessano, essendo evidente che l'editto non può che corrispondere alla pena per come determinata dalla legge, senza svolgere alcuna funzione selettiva circa le componenti che concorrono alla sua determinazione legale.

Risulta evidente, al riguardo, che il fatto si qualifica e si tipizza non soltanto in ragione degli elementi descrittivi della fattispecie base, ma anche – e talvolta soprattutto – in ragione delle fattispecie circostanziali, le quali compongono la misura e la qualità della antigiuridicità globale del fatto stesso. Non è il caso qui di rievocare il differente regime che può coinvolgere talune circostanze, il cui ‘peso’ è riguardato dallo stesso legislatore in termini peculiari rispetto al regime ordinario. Ma sembra indiscutibile che, una volta che il legislatore individui l'applicabilità di un istituto (generalmente di *favor*), limitandolo a reati puniti *fino* ad una certa pena – presupponendo, dunque, che *quella* quantità di pena massima testimoni l'apprezzamento di sostanziale minor disvalore del fatto – non possa poi, se non a costo di un'intrinseca incoerenza, improvvidamente escludere la valenza di maggior disvalore dipendente dal concorrere di fattispecie circostanziali. Esse sono infatti destinate a tipizzare la completezza del fatto.

È come se la condotta della persona fosse scissa, agli effetti della applicazione dell'istituto, in due segmenti autonomi: una parte destinata a ‘riempire’ la fattispecie base (la sola che verrebbe presa in considerazione) ed altra che, pur innervando di maggior antigiuridicità il fatto, resta estranea all'apprezzamento normativo.

Davvero una bizzarria, quella appena accennata: che, ove non adeguatamente giustificabile alla luce dell'istituto che venga in considerazione, si espone a consistenti dubbi di legittimità costituzionale.

7. Riflessioni critiche conclusive.

Ed è proprio questo il punto sul quale ci sembra opportuno offrire qualche spunto di ulteriore riflessione.

Si è già osservato, in esordio, come già da un punto di vista topografico – e, dunque, significativo anche sul versante sistematico – l’istituto della messa alla prova, con il suo corredo di effetti estintivi del reato (vero ‘indice’ di quella collocazione), trovi sede subito dopo il più che tradizionale istituto della sospensione condizionale della pena. Anche quest’ultimo, come è noto, ha subito nel tempo alcune metamorfosi, che ne hanno esaltato la funzione di emenda e di stimolo alla riparazione degli effetti del reato. Il diritto penale moderno, d’altra parte, è ormai ricco di esempi che collegano benefici a condotte *post crimen patratum* e *lato sensu* collaborative: intese ad eliminare o affievolire gli effetti negativi del reato, in una dimensione nella quale ben possono trovare spazio profili di tipo mediativo.

Il terreno di coltura in cui si iscrivono i due istituti ‘sospensivi’ che vengono posti ora a raffronto è, dunque, il medesimo: se il reato, la condotta del colpevole e gli altri elementi del fatto orientano verso una prognosi di recupero, ecco pronte due dimensioni ‘trattamentali’ alternative. La prima – la sospensione condizionale della pena – sospende l’esecuzione della sanzione per un certo termine, quale stimolo al ravvedimento; la seconda – la messa alla prova – sospende il processo, onde verificare se il trattamento predisposto a quello stesso fine raggiunga un risultato positivo.

Gli esiti finali, dunque, non possono che convergere: il reato, in entrambi i casi, si estingue, come risultato di un percorso che segnala la sostanziale e sopravvenuta inutilità della sanzione.

In questo quadro di riferimento appare, pertanto, del tutto consequenziale che il legislatore stabilisca un limite alla gravità dei reati per i quali simili istituti possano trovare applicazione, dal momento che qualsiasi logica recuperatoria, destinata a svolgersi prima e in alternativa a qualsiasi esecuzione penale, non può che presupporre reati che presentino un tasso di disvalore circoscritto.

Ebbene, se tutto ciò è vero, in assenza – contrariamente all’assunto delle Sezioni unite – di univoci argomenti testuali per ritenere il contrario, risulta del tutto incoerente che le circostanze del reato possano e debbano essere considerate agli effetti della applicazione della sospensione condizionale della pena, e debbano, invece, essere pretermesse ai fini della individuazione del tetto di pena «edittale», stabilito come limite alla applicazione della messa alla prova.

Il tutto, non senza considerare le non poche aporie che la tesi affermata dal vertice della legittimità è in grado di generare sul piano applicativo. Basti pensare, a questo riguardo, alle numerose ipotesi (in tendenziale aumento, anche nella legislazione speciale) dei reati aggravati dall’evento, rispetto ai quali il realizzarsi del fatto ‘aggravatore’, più che fungere da elemento di mera specificazione, fa spesso trasmigrare l’antigiuridicità del fatto su versanti offensivi di gran lunga superiori a quelli protetti dalla fattispecie, per così dire, base.

La logica dei limiti «edittali» come indici di circoscritta gravità, viene, dunque, inevitabilmente – e irrazionalmente – compromessa.

Alla stessa conclusione, d'altra parte, si perviene anche operando una disamina *strutturale* delle circostanze, nel senso che la loro integrale e indifferenziata sterilizzazione, agli effetti che qui rilevano, produce un identico trattamento di situazioni e fattispecie fra loro profondamente diverse, proprio sul versante della gravità del reato, che dovrebbe rappresentare il vero limite oggettivo all'applicabilità dell'istituto.

Accanto alle circostanze cosiddette comuni, infatti, il codice annovera circostanze autonome, per le quali viene stabilita una pena di specie diversa da quella del reato base; circostanze indipendenti, per le quali la pena viene appunto determinata in modo indipendente da quella ordinaria del reato; e circostanze ad effetto speciale, che determinano un aumento di pena superiore al terzo. Il tutto, non senza trascurare le circostanze speciali, per le quali il regime del trattamento sanzionatorio deroga anche agli ordinari canoni del bilanciamento, come l'aggravante per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, nonché la nota aggravante dei fatti commessi avvalendosi del metodo mafioso o per agevolare l'attività delle associazioni mafiose.

Un caleidoscopio di circostanze, dunque, la cui 'specialità' finisce per risultare arbitrariamente neutralizzata, generando palesi disparità di trattamento tra quanti vedono compromesso l'accesso all'istituto a cagione della pena edittale prevista per il reato loro ascritto, a differenza di quanti, invece, pur punibili in forza della stessa pena edittale, risultano 'avvantaggiati' dal fatto che quel trattamento (globalmente eccedente i limiti di legge) deriva, in parte, dalla applicazione di una qualsiasi aggravante.

Ora, a fronte di un (assai) improbabile ritocco normativo, non resta, dunque, che auspicare un approfondito ripensamento da parte della giurisprudenza, chiamata a ricomporre i margini concettuali slabbrati di un istituto ancora tutto da studiare e, soprattutto, sperimentare. I frutti, infatti, in termini di non recidivanza, potranno misurarsi realisticamente solo sul lungo periodo.