

La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne: giustizia riparativa ed esigenze di accertamento "alla prova" della carta

costituzionale

di

Luca Forte*

SOMMARIO: 1. Necessarie premesse di sistema: le origini della probation e le peculiarità dell'istituto nel procedimento per imputati maggiorenni. 2. Restorative justice e messa alla prova tra elementi caratterizzanti e criticità costituzionali. 3. La privatizzazione normativa tra convenzioni e protocolli istituzionali. 4. L'estensione della messa alla prova nei confronti degli enti responsabili ex D.lgs 231/2001: lo stato dell'arte. 5. La messa alla prova... alla prova della riforma del processo penale: prospettive de iure condendo ed estensioni applicative

1. Necessarie premesse di sistema: le origini della probation e le peculiarità dell'istituto nel procedimento per imputati maggiorenni.

L'istituto della sospensione con messa alla prova costituisce ormai una costante applicativa e di studio tra gli operatori del diritto, coinvolgendo non solo la sede naturale dello svolgimento del procedimento penale, ma anche le istituzioni periferiche di supporto, quali ad esempio gli uffici di esecuzione penale esterna e gli enti che, loro tramite, hanno stipulato con il Tribunale una convenzione per lo svolgimento della prova. Ciò posto, l'istituto, di derivazione anglosassone, ha subito successivamente alla sua introduzione nell'ambito del procedimento nei confronti di soggetti maggiorenni, una serie di perfezionamenti applicativi, che hanno incentivato una sempre più massiccia applicazione, stante anche l'effetto premiale da esso derivante, consistente nella estinzione del reato inizialmente contestato. Le peculiarità dell'istituto non si arrestano sotto un profilo squisitamente sostanziale, legato all'appena riferita estinzione del reato, ma si allarga altresì ad un'intrinseca dimensione processuale, che

* Dottore di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università telematica "Niccolò Cusano" - Roma.

apre lo scenario ad un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice, appunto, decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del rito penale, con messa alla prova¹.

Ma si proceda per gradi. Con la l. 28 aprile 2014, n. 67, il legislatore italiano, incalzato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo attraverso la sentenza Torreggiani² e incoraggiato ad adottare misure normative e riforme strutturali idonee ad affrontare efficacemente la questione del sovraffollamento carcerario ha, dopo lunghe resistenze, introdotto nel rito degli adulti l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, mutuandolo, pur con significative interpolazioni, dal procedimento penale minorile³.

¹ 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. Si veda anche C. cost., 7 novembre 2018, n. 231, in *Diritto penale contemporaneo*, 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*, ibidem, 19 dicembre 2018.

² Si veda sul punto, C. edu, sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, disponibile sul sito del Ministero della Giustizia, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 3 della CEDU per le condizioni di detenzione determinate da sovraffollamento carcerario. Inoltre, si veda anche Corte Edu, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, ric. n. 22635/03. Il ricorrente era stato detenuto nel 2003 presso la casa di reclusione di Rebibbia, a Roma, dividendo con altre cinque persone una cella di 16,20 metri quadrati, avendo, quindi a disposizione una superficie di soli 2,70 metri quadrati. Poi lo stesso è stato assegnato ad un'altra cella ospitante quattro persone, per un totale di 3,40 metri quadrati a persona. Nel caso di specie il nostro Paese è stato condannato per violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU), tale disposizione è così formulata: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". A giudizio della Corte la flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente ha sofferto è di per sé costitutiva di un trattamento inumano e degradante. Nella stessa sentenza il giudice europeo si impegna a descrivere la vitale importanza della norma in parola: ricorda anzitutto che la stessa trova la sua ratio principale nell'esigenza di proteggere il principio essenziale della dignità di ogni essere umano. Il divieto ha pertanto natura fondamentale, assoluta e inderogabile, ciò significa che esso non può subire alcuna eccezione che ne diminuisca la portata precettiva, è esclusa, inoltre, la possibilità di operare un qualsiasi bilanciamento tra i valori tutelati dall'art. 3 e altri valori od obiettivi generali, pur meritevoli di tutela, da parte degli Stati contraenti. Tale proibizione costituisce, infatti, uno dei traguardi principali della civiltà giuridica contemporanea. Si veda inoltre Corte Edu, 15 luglio 2002, Kalachnikov c. Russia, ric. n. 47095/99, nella quale è stato stabilito che "benché non vi fosse indizione della presenza di una precisa intenzione di umiliare o di degradare il ricorrente, le sue condizioni di detenzione, in particolare l'ambiente sovraffollato e insano e gli effetti nocivi di questo sulla sua salute e sul suo benessere, combinati con lunghezza del periodo durante il quale egli è stato detenuto in tali condizioni, equivaleva a trattamento degradante".

³ L'introduzione nel procedimento penale nei confronti degli adulti dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova già previsto all'interno del rito minorile ha fatto la sua prima comparsa nel 2002, con la proposta di legge n. 3452. L'introduzione è stata

Nata essenzialmente per contrastare l'annoso problema della sovrappopolazione carceraria, la messa alla prova ha nondimeno guadagnato attenzione quale novità di spicco tra le "episodiche ma significative aperture verso l'idea della riparazione"⁴: l'istituto ha infatti rappresentato un *cluster* di recepimento di istanze politico-criminali stratificate, che lo hanno voluto funzionale non solo alla *deflazione* e alla *diversion* del soggetto sottoposto alla prova, ma anche alla *risocializzazione* del medesimo e al potenziale espletamento di percorsi di mediazione con la persona offesa.

Le sostanziali differenze tra i due modelli di messa alla prova, per adulti e per minorenni, riguardano anzitutto l'ambito di applicabilità, essendo la messa alla prova minorile possibile per qualunque reato, a differenza di quanto accade nel rito degli adulti; inoltre, la durata massima della prova è fissata fino a due anni per gli adulti, e fino a tre anni per i minori; il consenso del soggetto che si sottopone alla prova è *condicio sine qua non* nel rito degli adulti, mentre non è formalmente richiesta, in quello dei minori; la possibilità di reiterare l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, concessa nel rito minorile, è invece preclusa in quello degli adulti; la prognosi di non recidiva del soggetto sottoposto alla prova, da effettuarsi nel solo rito degli adulti al fine di valutare l'ammissibilità della richiesta; il maggior margine di trasgressione al programma di messa alla prova concesso ai minori, i quali si vedranno revocare il provvedimento di sospensione solo in caso di ripetute e gravi trasgressioni alle prescrizioni imposte, non opera invece nei confronti degli adulti, che incorreranno in tale esito, *ex art. 168-quater c.p.*, in caso di reiterata o grave trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte o di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, ovvero in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede; da ultimo, ma non per importanza, la possibilità, di evidente natura

riproposta senza successo: nel 2006, con la proposta di legge n. 916; nel 2007 con il disegno di legge n. 2664; nel 2008, con la proposta di legge n. 879; nel 2010 con il disegno di legge n. 3291; nel 2012 con il disegno di legge n. 5019 ed infine nel 2013 con il disegno di legge 5019-*bis* – che, non trasformato in legge per lo scioglimento anticipato del Parlamento, è stato trasfuso nel progetto n. 331 da cui la l. 67/2014 trae origine.

⁴ Così, *La messa alla prova per adulti: riscontri applicativi, Un'indagine empirica sulla prassi della messa alla prova nel Tribunale di Como* di Grazia Mannozi, Viola Molteni, Francesca Civiello, in *Sistemapenale.it*.

deflattiva, di richiedere la messa alla prova sin dalla fase delle indagini preliminari, prevista nel solo rito degli adulti ai sensi dell'art. 464 ter c.p.p.

La messa alla prova per adulti, allora, come può evincersi dalle differenze di sistema appena sollecitate, si inserisce in un contesto in cui «la responsabilità non è più un presupposto della condanna, ma diventa dinamica, proiettata alla realizzazione di una condotta post delictum»⁵, per ridurre «l'eccessivo numero di procedimenti, che sfociano spesso nella celebrazione di processi sproporzionatamente dispendiosi in termini di tempo e risorse impegnate rispetto alle esigenze di retribuzione e difesa sociale rilevanti nel caso concreto»⁶. Il dato incontrovertibile da cui partire è certamente l'osservazione che la messa alla prova non può prescindere da una valutazione sul merito del fatto del reato contestato. Non fosse altro che la legge richiama i parametri di cui all'art. 133 c.p. per la valutazione di idoneità del programma di trattamento, una decisione, dunque, che non può tralasciare l'analisi del caso concreto.

È proprio dal dato testuale della disciplina che deriva la necessità di una disamina attenta e puntuale del fatto storico; una valutazione ancorata pertanto ad una conoscenza non approssimativa, sebbene sintetica e 'circoscritta'. Ulteriore indicatore è costituito dalla previsione normativa della verifica da parte del giudice dell'assenza dei presupposti per l'emanazione di una sentenza ex art. 129 c.p.p., al fine di emanare un'ordinanza di messa alla prova. Se infatti la legge attribuisce al giudice tale potere di accertamento, potendo la domanda di sospensione essere accolta sempre che non risulti una delle cause di proscioglimento, non si comprende come possa il giudice ottemperare agli obblighi legislativi, nei casi in cui la domanda sia presentata in dibattimento, dovendo fondare il suo accertamento solamente sui pochi atti di cui si compone lo scarno fascicolo per il dibattimento⁷.

D'altronde, gli atti del fascicolo del pubblico ministero sono sottratti alla cognizione del giudice dibattimentale per la celebrazione del processo, ma nella probation non si deve

⁵ In questi termini PALIERO, La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia, in Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo. Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale tenutosi ad Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, 113.

⁶ Così FIORENTIN, Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa, in Guida al dir., 2014, n. 21, 63.

⁷ In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass, Sez. III, 20 giugno 2016, n. 14750, Ge- nocchi, in Mass. Uff., n. 266387.

procedere al dibattimento, non c'è pertanto ragione di impedirne la conoscenza quando ciò è necessario al solo fine della decisione di tale richiesta. In questa prospettiva, l'accertamento del fatto e della responsabilità, seppur in negativo, si riduce in una sostanziale finzione⁸, in violazione degli obblighi espressamente previsti dalle disposizioni della probation stessa.

La richiesta di esibizione del fascicolo è, infatti, sicuramente «strumentale all'esercizio dei poteri di accertamento ex actis, che trovano fondamento nell'articolo 129 c.p.p. e se questo è richiamato come snodo essenziale sia nel patteggiamento che nella messa alla prova»⁹, allora un'applicazione estensiva¹⁰ della disposizione di cui all'art. 135 disp. att. c.p.p.¹¹, idea prospettata dalla Consulta, ma in realtà già individuata dalla dottrina¹², è sicuramente consentita.

E però, se l'intento di eliminare tale incongruenza normativa è senz'altro apprezzabile, è ineccepibile l'osservazione che la similitudine dei due istituti è oltremodo circoscritta (i medesimi poteri di accertamento di entrambi i procedimenti) perché il ricorso allo stesso articolo è per finalità contrapposte: nel patteggiamento per prevenire ad una sentenza espressamente equiparata alla condanna (art. 445 c.p.p), mentre nella probation per condurre ad una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, laddove l'esito della prova sarà stato positivo.

⁸ Cfr. MAFFEO, I profili processuali della sospensione con messa alla prova, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, cit., 140

⁹ Così MAFFEO, La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici, in Riv. it. dir. proc. pen., 2018, n. 2, Giuffrè, p. 953

¹⁰ la Consulta che non si tratta del primo esperimento di estensione della norma, poiché analoga operazione si è fatta per il caso della domanda di giudizio abbreviato, così come nei casi di richiesta di un procedimento speciale a seguito di citazione diretta. Del resto la stessa sospensione con messa alla prova è, a sua volta, un rito speciale, o comunque alternativo al rito ordinario. Per un approfondimento sul punto, volendo, cfr. Cass., Sez un., 27 ottobre 2004, n. 44711, Wajib, in Cass. pen., 2005, 358, con nota di SPAGNOLO, Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato; Cass., Sez un., 27 ottobre 2004, n. 44711, Wajib in Corriere mer., 2005, 95, con nota di LEO, Giudizio abbreviato e poteri del giudice del dibattimento; Corte cost., n. 169 del 2003.

¹¹ «il giudice, per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero».

¹² Ricostruzione avanzata già da MAFFEO, I profili processuali della sospensione con messa alla prova, cit., 142. Di questo avviso anche CORTESE, Il probation giudiziale: la sospensione del procedimento con messa alla prova, in Procedura penale. Teoria e pratica del diritto, a cura di Spangher, Marandola- Garuti, Kalb, 2015, 446.

Non a caso, l'assoggettamento volontario conferisce alla messa alla prova l'essenza di modulo «patteggiato»¹³, dove il richiedente, da un lato, accetta un «training rieducativo anticipato»¹⁴, basato su un accertamento sommario della responsabilità, ottenendo, in cambio, dall'altro, la declaratoria di estinzione del reato. A ben vedere poi, qualora l'esito della prova sia stato negativo, con conseguente revoca della sospensione e ripresa del processo innanzi al medesimo giudice, viene in rilievo un concreto profilo di incompatibilità¹⁵.

La previsione di tali cause trova giustificazione nell'opportunità di assicurare l'imparzialità del giudice, che risulterà compromessa dal fatto che egli sia chiamato a compiere in tempi diversi, una valutazione di merito, benchè la prima assai stringata, sullo stesso oggetto, con la conseguenza che la seconda valutazione potrebbe essere, o apparire, condizionata dalla propensione a confermare una propria precedente decisione.

2. Restorative justice e messa alla prova tra elementi caratterizzanti e criticità costituzionali

È del tutto evidente e noto, come con l'anglicismo Restorative Justice, ormai dominante nel dibattito internazionale, si intende descrivere un fenomeno complesso, crocevia di

¹³ Così CESARI, Trasferire la messa alla prova nel processo penale per adulti: condizioni e limiti di una riforma possibile, in Esperienze di probation in Italia ed in Europa, a cura I. Mastropasqua-S. Mordeglia, Padova, 2015, 155.

¹⁴ In questi termini MAFFEO, La costituzionalità della messa alla prova. Tra vecchi modelli premiali e nuovi orizzonti sistematici, ibidem

¹⁵ In precedenza erano state sollevate due questioni di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 34, comma 2, c.p.p. Con la sentenza n. 18 del 2017 la Corte dichiara l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare del giudice che, avendo ravvisato, nel corso della stessa udienza preliminare, un fatto diverso da quello contestato, abbia invitato il Pubblico Ministero a procedere, nei confronti dello stesso imputato e per il medesimo fatto storico, alla modifica dell'imputazione, invito cui il Pubblico Ministero abbia aderito». Viceversa, con l'ordinanza n. 19 del 2017, invece, dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale del medesimo 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 sulla base dei parametri di cui all'art. 133 del codice penale». Per una nota redazionale cfr. ANDOLFATTO, Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova, in Dir. pen. cont., n. 3, 2017, 289.

molteplici orientamenti culturali e oggetto di un notevole dibattito scientifico interdisciplinare. Da un punto di vista molto generale, la Restorative Justice rappresenta un ideale di gestione dei conflitti, in tutte le loro forme e dimensioni - anche e soprattutto extrapenali¹⁶ - che si pone come alternativo alle modalità tradizionali, autoritative e punitive, di risoluzione degli stessi. La Restorative Justice, infatti, si articola attraverso strutture dialogiche tra le parti coinvolte nel conflitto, finalizzate alla riparazione dello stesso, qualunque forma assuma in concreto tale riparazione.

Come è noto, il conflitto e la sua gestione rappresentano degli elementi imprescindibili di ogni cultura o civiltà, che, «intesa nel suo ampio senso etnografico, è quell'insieme complesso che include la conoscenza, le credenze, l'arte, la morale, il diritto, il costume, e qualsiasi altra capacità e abitudine acquisita dall'uomo in quanto membro di una società»¹⁷. All'interno dei modelli di comportamento che i membri del gruppo culturale acquisiscono e trasmettono mediante simboli tradizionali, particolarmente radicati nelle famiglie, nelle scuole, nelle comunità religiose, si riscontrano ideali sia di matrice punitiva che di ispirazione riparativa. D'altronde, è stato diffusamente sottolineato come il concetto di giustizia sia un prodotto culturale attraverso cui un determinato gruppo sociale cerca coesione e identità¹⁸. Manifestazioni riconducibili al concetto di Restorative Justice si rintracciano nelle culture di antiche civiltà, non da ultimo in quella greca e cristiano - giudaica¹⁹. Tali culture talvolta contemplavano un approccio riparativo anche per reati efferati come

¹⁶ BRAITHWAITE J., Principles of Restorative Justice, in Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford e Portland, 2003, 1 ss.

¹⁷ La citazione di Edward Tylor è ripresa da BASILE F., Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali, Milano, 2010, 17 ss.

¹⁸ LODIGIANI G. A., Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare, in Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone, G. Mannozi - G. A. Lodigiani (a cura di), Bologna, 2015, 13 ss.

¹⁹ MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., La Giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi, Torino, 2017, 11. Cfr. WIESNET E., Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita, 1980, trad. it. a cura di L. Eusebi, Milano, 1987 per la valorizzazione di un concetto di giustizia intesa come riconciliazione (tsedaqah) presente già nelle Sacre Scritture; LODIGIANI G. A., La prospettiva del rendere giustizia nel canone scritturistico ebraico - cristiano, in Themis - Rivista giuridica, 3, 2011, 9, 41 ss.; per riferimenti a procedure riconciliative di risoluzione dei conflitti (rib) nell'Antico Testamento cfr. MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., ult. op. cit., 50 ss.

l'omicidio²⁰. Per le comunità semplici, infatti, l'esclusione di alcuni membri dal consesso sociale, in seguito ai processi di stigmatizzazione connessi alla punizione del comportamento delittuoso tenuto dagli stessi, spesso produceva un danno diretto nei confronti dell'intero gruppo sociale, la cui sopravvivenza era fondata su una necessaria cooperazione ed un mutuo soccorso tra i suoi componenti²¹.

Ciò, al netto di letture idealizzanti - giacché l'elemento retributivo, sub specie di vendetta, era altrettanto presente nelle civiltà antiche²² e spesso intrecciato indissolubilmente con l'aspetto riparativo - permette di affermare che la Restorative Justice non è affatto un fenomeno recente ma anzi, secondo alcuni autori, essa costituirebbe addirittura un modello predominante nella storia dell'umanità, quanto meno come latente ratio essendi di taluni specifici fenomeni culturali.

Nel periodo medievale pratiche non autoritative di risoluzione dei conflitti, lato sensu annoverabili in un genus descrittivamente qualificabile come Restorative Justice, erano ben diffuse soprattutto nell'esperienza germanica, in cui la cosiddetta "giustizia penale negoziata"²³ rappresentava una modalità socialmente riconosciuta di risolvere i conflitti e di ristabilire gli equilibri violati, attraverso accordi intercorsi tra la vittima ed il reo.

Diverso, naturalmente, è l'approccio dei nostri tempi. L'apparato normativo e sistematico che caratterizza l'istituto della messa alla prova, sembra pensato per rappresentare, più che uno strumento di condanna, una vera e propria occasione per il soggetto passivo dell'accertamento di riassorbire il disvalore della propria condotta. Da

²⁰ VAN NESS D., *Crime and Its Victims: What We Can Do*, Leicester, 1986, 64; BRAITHWAITE J., *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, in *Crime and Justice*, 1999, 25, 1 ss.; COLAMUSSI M. - MESTITZ A., voce *Restorative Justice (Giustizia riparativa)*, in *Dig. Disc. Pen., Agg. V*, Torino, 2010, 423 ss.

²¹ WALGRAVE L., *Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 36, 2011, 94; COLAMUSSI M. - MESTITZ A., op. cit., 423 ss.; BOTTOMS A., *Some sociological reflections on Restorative Justice*, in *Restorative Justice & Criminal Justice. Competing or reconcilable paradigms?*, Von Hirsch A. - Roberts J. - Bottoms A. E. - Roach K. - Schiff M. (a cura di), Oxford and Portland, 2003, 79 ss. collega la Restorative Justice alle istanze tipiche di un sistema *Gemeinschaft*.

²² Cfr. BODEL R., *Tragedia e conflitto. I dilemmi dell'agire*, in AA.VV., *Metamorfosi del tragico tra classico e moderno*, Bari, 1991, 41 ss. per un'analisi del tema nell'antica Grecia attraverso la lettura della tragediografia; cfr., altresì, MANNOZZI G. - LODIGIANI G. A., ult. op. cit., 48 - 56 ss.; BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 96 ss.

²³ SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia in Europa*, I, 2009, 4.

ciò discende che pur implicando “limitazioni” in termini di libertà personale, gli obblighi assunti non potrebbero qualificarsi come sanzionatori, ma tutt'al più afflittivi. Se l'afflittività è, effettivamente, carattere imprescindibile della pena (dal latino *poena* “castigo, molestia, sofferenza” e dal greco *ποινή* “ammenda, castigo”), non sempre vale la relazione contraria: non si può cioè parlare di pena ogni qual volta vi sia sofferenza. Ai fini classificatori, si dovrà considerare lo scopo di tale, anche possibile, sofferenza, cosicché non potrà dirsi sanzionatoria una misura che, per quanto afflittiva, non miri alla punizione del colpevole ma alla soluzione del conflitto sociale²⁴.

Nella giurisprudenza della Corte EDU, è ormai consolidata una nozione sostanziale di “pena”, fondata, più che sul *nomen juris* della sanzione, su caratteri intrinseci così individuati: qualificazione giuridica dell'illecito, natura dello stesso, natura e grado di severità della sanzione. Con riferimento alla messa alla prova, l'analisi dei primi due criteri conduce a esiti scontati (dato lo stesso ricorrere di un procedimento penale), mentre considerazioni più interessanti suscita il tema della gravità e natura della sanzione. Se la gravità della misura, in termini di ripercussioni sulla sfera giuridica del soggetto, è innegabile, la definizione della natura impone una certa prudenza. Si è sostenuto che, considerato lo scopo (anche) special-preventivo e general-preventivo perseguito dal legislatore del 2014, la misura avrebbe, in concreto, natura penale²⁵. La deduzione pare frettolosa: da tempo all'ideale classico del “codice-decalogo”, espressione dell'indefettibile binomio reato-sanzione, va sostituendosi un modello di legge “come programma di politica criminale”²⁶, nel quale trovano titolo modalità differenziate di risposta all'illecito che, anche a discapito della perfetta retribuzione, aspirano alle medesime funzioni preventive assegnate costituzionalmente alla pena²⁷.

²⁴ Sul punto, si cfr. Saporito M.C., *La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5/2019, pagg. 1331-1345.

²⁵ Così, in senso critico, in relazione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 91/2018 da R. Muzzica, *La Consulta “salva” la messa alla prova: l'onere di una interpretazione convenzionalmente orientata per il giudice nazionale*, in *Dir. pen. cont., Rivista trimestrale*, 2018, 6, p. 173 ss.

²⁶ M. Donini, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente* in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, Giappichelli, p. 902 e ss.

²⁷ In considerazione della natura polifunzionale della pena, come ha avuto modo di chiarire il Giudice delle leggi in Corte cost., sent. 306/1993 in *www.giurcost.org*, «non può stabilirsi a priori una gerarchia statica e assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione» tra le diverse funzioni, per cui «il legislatore può – nei limiti della ragionevolezza – far

In una prospettiva più attuale, dunque, l'esistenza di un progetto di prevenzione non necessariamente implica che lo Stato voglia intervenire in chiave sanzionatoria, ben potendo optare per una prevenzione "di segno positivo", fondata sulla promozione dell'incontro tra reo e comunità.

Escludere la natura sanzionatoria dell'istituto non vuol dire affrancarne i contenuti dalle garanzie costituzionali che regolano ogni forma di risposta statale all'illecito. Anzi, si può affermare che la messa alla prova rappresenti un valido banco di prova per l'attuazione del paradigma riparativo all'interno di un contesto di giustizia formale: proprio per mezzo di quei congegni a lungo criticati, infatti, si recepisce l'*input* a considerare la reintegrazione dell'offesa quale obiettivo (com)primario del diritto penale, al contempo, però, salvaguardando i principi cardine di quest'ultimo.

Intanto, la scelta di meccanismi riparativi "istituzionalizzati" scongiura ogni rischio di violazione del principio di obbligatorietà che disciplina l'azione penale (art. 112 Cost.). Solo in virtù del suo regolare esercizio, infatti, si potrà parlare di un procedimento penale il cui corso dirottare verso esiti differenti da quelli della celebrazione del processo e della pena²⁸.

Anche la verifica sommaria del fatto storico prescritta dall'art. 464-*quater*, comma 1 c.p.p., assume in questa prospettiva tutt'altro pregio, mutando da malferma base del piedistallo sanzionatorio a solida garanzia per l'imputato. Il controllo giudiziale lo tutela infatti dall'assumere impegni riparativi quando difettino le condizioni per

tendenzialmente prevalere di volta in volta l'una o l'altra a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata».

²⁸ Più diffuse, all'estero, le forme di "*diversion*" pura, in cui a venire meno è la stessa instaurazione del procedimento. Paradigmatiche le esperienze dei Paesi d'Oltralpe, i cui sistemi penali si ispirano a un principio di opportunità dell'azione penale o di obbligatorietà temperata. In Francia, l'art. 40 c.p.p. riserva al Procuratore il potere di valutare la *notitia criminis* e scegliere che seguito darvi, potendo optare, oltre che per l'esercizio dell'azione penale o all'archiviazione semplice (*classement sans suite*), per le ipotesi di risposta "graduata" previste dal 41-1 c.p.p.: mediazione con la vittima, richiamo del reo agli obblighi previsti per legge, indirizzamento verso una struttura sanitaria, sociale o professionale, invito a regolarizzare la propria posizione nei confronti della legge, richiesta di riparazione del danno conseguente al fatto. In Germania, il principio di legalità "temperato" consente numerose eccezioni all'obbligo di esercizio dell'azione penale, come quella di cui al §153 StPO: il pubblico ministero può rinunciare all'azione, previo consenso dell'indagato e autorizzazione del giudice, se l'interesse pubblico a perseguire il reato può essere soddisfatto mediante l'imposizione di obblighi e oneri sostitutivi (tra cui mediazione e riparazione).

procedere, risulti l'infondatezza del fatto o l'estraneità del soggetto²⁹. In piena coscienza della carica afflittiva della misura, non si può rinunciare a un apprezzamento, seppur blando, dell'esistenza del fatto, della sua tipicità e del coinvolgimento del richiedente, per quanto non ancora definito in termini di responsabilità penale. Così, appurata una evidenza di innocenza, la vicenda giudiziaria deve concludersi, non trovando ragion d'essere altro epilogo che l'immediata fuoriuscita del soggetto dal circuito penale.

D'altro canto, la verifica della tipicità formale assicura il procedimento da preoccupanti infiltrazioni antilegittime³⁰, facendo coincidere il perimetro di azione della *restorative justice* con quello del penalmente rilevante. Si impedisce, cioè, che la giustizia riparativa trascini la risposta dello Stato su fatti *ab origine* estranei al suo controllo, prevenendo così il cosiddetto *net-widening effect*, ossia l'"allargamento della rete" a quanto altrimenti vi sfuggirebbe³¹.

Per quel che riguarda, infine, le istanze della vittima, la circostanza che la giustizia riparativa corra sugli stessi binari della soluzione penalistica del conflitto rappresenta, più che un limite, una garanzia contro le insidie della vittimizzazione secondaria. Al di fuori dello spazio del processo penale, la parte più psicologicamente debole potrebbe infatti percepirsi non confortata dal braccio forte dello Stato e, dunque, essere esposta, nella sua vulnerabilità, a ulteriori mortificazioni nella definizione dell'accordo riparativo. D'altronde, quando si è voluto intendere la giustizia riparativa come totalmente altra rispetto alla giustizia formale, le vittime hanno spesso percepito la migrazione della controversia dalle aule di giustizia a quelle di mediazione come forma di "declassamento" dell'offesa³². Ciò considerato, anche in prospettiva

²⁹ M. Bouchard, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa* in *Questione Giustizia*, 2, 2015, p. 72.

³⁰ Il principio di legalità tange infatti qualsiasi istituto che, in fase di cognizione o di esecuzione, si sostituisca alla pena e comporti limitazioni, in qualsiasi modalità e per qualsiasi fine, della libertà personale. Cfr. F. Cingari, *I contenuti positivi della so-spensione condizionale della pena in una prospettiva comparata e di riforma* in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti, Genova, 15 novembre 2006*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 311 ss.

³¹ Il timore è che l'inglobamento delle tecniche riparative celi la volontà di estendere il controllo penalistico oltre le fattispecie tipizzate, grazie all'informalità del linguaggio e del *setting* degli strumenti operativi. Cfr. G. Maglione, *Oltre il delitto, oltre il castigo. Teoria, prassi e critica della giustizia riparativa* in www.altrodiritto.unifi.it.

³² In questo senso, Saporito M.C., *La messa alla prova nell'esperienza giurisprudenziale: un faticoso percorso verso l'allineamento costituzionale*, in *Processo Penale e Giustizia*, n. 5/2019.

vittimologica, la messa alla prova pare assurgere a ideale compromesso tra due ipotesi di definizione della vicenda, entrambi non completamente soddisfacenti: una sanzionatoria, completamente istituzionale, e una riparativa, affidata alla società civile e scevra da formalismi.

Per quanto concerne specificamente il profilo costituzionale, è opportuno segnalare la pronuncia della Consulta che più delle altre ha avuto modo di effettuare, in modo compiuto, la disamina dell'istituto³³. In particolare, il giudice rimettente aveva censurato il comma 4 dell'art. 464-ter cod. proc. pen. – «nella parte in cui prevede il consenso dell'imputato quale condizione meramente potestativa di efficacia del provvedimento giurisdizionale recante modificazione o integrazione del programma di trattamento» – perché contrasterebbe con il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), con le direttive del giusto processo (comma 2 dell'art. 111 Cost.), finanche con il principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.). Con la sua sola manifestazione di volontà – dice in sostanza il rimettente – l'imputato è posto in grado di governare la «condizione meramente potestativa» utile ad avviare la procedura, il cui svolgimento resta interamente rimesso, di nuovo, alla «capacità sovrana» dell'interessato. A questi sarebbe infatti consentita in ogni momento, e senza conseguenze, la scelta se finalizzare o non la complessa attività richiesta dalla sospensione con messa alla prova. Ciò comporterebbe una menomazione dei poteri riconosciuti al giudice dalla legge (art. 101 Cost.), determinando inoltre il rischio dello spreco di risorse pubbliche (art. 97 Cost.) ed un *vulnus* per i principi di economicità e ragionevole durata del processo penale (art. 111, secondo comma, Cost.).

Si tratta, per la Corte, di rilievi non condivisibili. L'intera procedura non potrebbe legittimamente aver luogo senza il consenso dell'imputato, il quale d'altra parte, se vuole accedere al rito, deve accettare le condizioni valutate e stabilite dal giudice secondo i parametri legali. Pare ovvio, in effetti, che l'intera disciplina dei negozi processuali penali si fonda sull'interazione tra provvedimento giudiziale assunto in

³³ Corte Cost., 21 febbraio 2018 (dep. 27 aprile 2018), n. 91, Pres. E Red. Lattanzi. Per una parziale rassegna dei provvedimenti di remissione successivi all'introduzione dell'istituto, che comprende anche le precedenti ordinanze del Tribunale di Grosseto, può vedersi la nota di J. Della Torre, *I dubbi sulla legittimità costituzionale del probation processuale: molteplici le ordinanze di remissione alla Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, 11 febbraio 2016. Tra i provvedimenti di remissione più recenti, Cass., sez. I, 5 dicembre 2017, n.16358/18, in *Dir. e giust.* 2018, con nota di L. Piras, *Messa alla prova del maggiorenne e del minorenni alla prova della Corte Costituzionale*.

base alla legge e volontà di adesione dell'interessato, senza che questo si trasformi in una menomazione dei poteri giudiziali (ciò che la Corte ha tante volte già stabilito, ad esempio, riguardo al patteggiamento).

Anche riguardo agli altri parametri invocati dal rimettente la Corte ha potuto facilmente richiamare profili "granitici" della sua pregressa giurisprudenza. È notorio anzitutto come l'art. 97 Cost. sia costantemente ritenuto privo di pertinenza all'attività giudiziaria (*ex multis*, sent. n. 65 del 2014 e n. 272 del 2008). Quanto alla ragionevole durata del processo, si dovrà ben metabolizzare, alla fine, che ragionevole non vuol dire semplicemente breve, e che l'espressione evoca piuttosto la necessità di un corretto bilanciamento tra i costi (in termini di durata) di un determinato adempimento e l'utilità dell'adempimento medesimo per la garanzia dei diritti fondamentali coinvolti nel processo³⁴. Del resto, come rilevato dalla Consulta, i pretesi atteggiamenti "potestativi" dell'imputato – per ciò che concerne l'istituzione, la durata e l'oggetto della sospensione con messa alla prova – si esercitano in apertura del giudizio, e dunque non determinano per sé una dilazione della procedura ordinaria, dilazione semmai connessa all'accoglimento della richiesta di sospensione, che ovviamente si giustifica per la sua potenziale efficacia definitiva. La messa alla prova, in altre parole, è strutturalmente mirata alla estinzione del reato senza processo (sul merito della contestazione), ed è dunque normalmente funzionale ad una semplificazione e ad una abbreviazione del procedimento innescato dall'esercizio dell'azione penale.

3. La privatizzazione normativa tra convenzioni e protocolli istituzionali.

A prescindere dalla normativa emergenziale imposta dal periodo pandemico, l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce uno dei più peculiari esempi di utilizzo, nell'ambito della prassi giudiziaria, di protocolli, linee

³⁴ Solo una citazione interna alla stessa sentenza in commento, tratta dalla sent. n. 12 del 2016: «alla luce dello stesso richiamo al connotato di "ragionevolezza", che compare nella formula costituzionale – possono arrecare unovulnusa quel principio solamente le norme "che comportino una dilatazione dei tempi del processo **non sorrette da alcuna logica esigenza**" (*ex plurimis*, sentenze n. 23 del 2015, n. 63 e n. 56 del 2009, n. 148 del 2005)».

guida, e più in generale convenzioni tra i vari enti coinvolti, a vario titolo, nel funzionamento della giustizia.

Tale fenomeno di normazione costituisce quello che la dottrina costituzionalista definisce *soft law*: esso rappresenta “un sistema di regole che si connota essenzialmente per il fatto di non essere caratterizzata dai tratti più tipici e ricorrenti della norma giuridica: l’essere parte di un ordinamento giuridico e l’essere dotata di una qualche forza vincolante o precettiva. Quanto alla provenienza, le regole di *soft law* possono essere il frutto delle iniziative, private o pubbliche, individuali o collettive, più diverse ed essere rivolte a soggetti assolutamente indeterminati o a categorie ben specifiche di possibili fruitori”. La *Soft law* si contrappone, quindi, ai tradizionali strumenti di normazione (leggi, regolamenti) emanati da soggetti che ne hanno l’autorità (Parlamenti e Governi), i quali producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari. Il fenomeno riguarda una variegata gamma che va dai codici di autoregolamentazione adottati da organizzazioni e dai codici deontologici o simili adottati da associazioni professionali o di categoria fino alle disposizioni emanate dalle Autorità indipendenti (ANAC, Garante della Privacy, ecc) che si posizionano al confine tra la *soft law* e la normativa secondaria. La ragione del ricorso a tali tipi di norme può ravvisarsi solitamente nell’esigenza di usufruire di una disciplina più flessibile in grado di adattarsi rapidamente all’evoluzione che caratterizza la via economica o sociale. Di contro, tali normative, al pari della normativa secondaria, non garantiscono le tutele insite nel processo di formazione della normativa primaria. In seguito al confronto tra tutte le parti a vario titolo coinvolte, sono stati elaborati all’esito di riunioni tenute tra le parti (ossia componenti – quasi sempre dirigenziali – del tribunale, del consiglio dell’ordine degli avvocati, della camera penale, dell’ufficio esecuzione penale esterna e nella maggior parte dei casi – ma non sempre – anche delle procure) e, una volta sottoscritti, sono stati diffusi tra gli appartenenti alle varie categorie interessate (da qui la pubblicazione sui siti *online* dei singoli consigli degli ordini ed in alcuni casi anche del singolo tribunale o del Ministero della giustizia). Chiare e comuni a tutti le finalità, esplicitate per altro nella parte introduttiva di ogni elaborato: facilitare l’accesso, la diffusione dell’istituto e garantire il diritto di informazione; ottimizzare le risorse dell’u.e.p.e, punto cruciale e nevralgico della riforma; contrastare il sovraffollamento carcerario, il tutto attraverso procedure

condivise, rispondenti al principio di trasparenza e buon andamento della p.a. e rispettose della discrezionalità interpretativa e del principio di legalità che governano il nostro ordinamento giudiziario. Si assiste, dunque, ad un fenomeno in crescita che in un recente passato era limitato – sempre e solo nel settore penale, perché in ambito civile la diffusione di tali atti concordati è ben maggiore o comunque diversa – alle procedure di liquidazione in favore degli avvocati che assistano imputati o indagati ammessi al patrocinio a spese dello Stato, o ai protocolli di intesa tra i presidenti di tribunali e del Consiglio dell'ordine dell'avvocati, in relazione, per esempio all'ordine di trattazione delle procedure nelle udienze o, ancora, ai protocolli di intesa tra i presidenti di tribunali ed i procuratori della Repubblica sull'uso, sempre a titolo esemplificativo, degli applicativi informatici.

Sia in tema di messa alla prova, che da ultimo per la particolare tenuità del fatto, gli elaborati sottoscritti vengono indicati con il termine "linee guida" e nel primo caso anche "protocolli", "protocolli d'intesa" o "vademecum"³⁵.

Già la diversa nomenclatura utilizzata per la messa alla prova fa riflettere: tutti i documenti hanno il medesimo oggetto, le medesime finalità ed anche la medesima struttura, al punto che è possibile individuare, per tutti, le medesime finalità, garanzie e limiti, nonché uno schema comune.

Appare quindi alquanto singolare, ma forse molto significativo, che, per indicare atti appartenenti alla stessa tipologia, siano stati usati termini differenti, quasi fossero sinonimi, nonostante essi non lo siano.

Ed infatti se con il termine "linee guida" si fa riferimento ad un insieme di raccomandazioni sviluppate sistematicamente, sulla base di conoscenze continuamente aggiornate e valide, redatto allo scopo di rendere appropriato, e con un elevato *standard* di qualità, un comportamento desiderato, è indubbio che le linee guida costituiscono la base di partenza per l'impostazione di comportamenti e *modus operandi*

³⁵ Si veda, a titolo del tutto esemplificativo, il documento denominato "linee guida", sottoscritto nell'ambito territoriale del Tribunale di Cassino, dal Presidente del Tribunale, dal Presidente della sezione penale, dal Procuratore della Repubblica, dal Direttore dell'UEPE di Frosinone, dal Presidente dell'Ordine degli Avvocati, e dal Presidente della Camera Penale, in data 22.06.2021, che costituisce "indirizzo generale di applicazione dell'istituto della messa alla prova, ritenuto idoneo a garantire uniformi e più efficaci forme di prestazioni del servizio- giustizia penale nel Circondario del Tribunale di Cassino".

condivisi in organizzazioni di ogni genere (sia private, sia pubbliche) nel campo sociale, politico, economico, aziendale, medico e, di recente, giuridico.

Indicativo in questo senso il ruolo ed il valore delle linee guida descritto dalla Suprema Corte in relazione all'attività medico chirurgica, allorchè si è precisato che esse «*costituiscono sapere scientifico e tecnologico codificato, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un''utile guida per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le decisioni terapeutiche*» ed attraverso il quale «*si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta*»³⁶.

Per converso il termine "protocollo", mutuato dall'allegato *tecnico* alle convenzioni o accordi internazionali e quindi dal documento attestante un accordo tra Stati, prevede un'analitica, automatica successione di adempimenti e fa riferimento ad una serie di regole definite tra una e più parti in determinate attività, alle quali ci si deve attenere e tali da creare procedure obbligatorie, ed ha quindi una accezione, generalmente, vincolante.

Diversa la portata del *vademecum*, facendosi con esso riferimento ad un «manuale» agevole, che contiene informazioni, notizie utili o nozioni di base relative ad un'attività, il cui scopo è quello di fornire una guida organica ed approfondita.

E' evidente dunque che i termini non sono sinonimi e che ognuno ha una diversa portata. La problematica, a ben vedere, non riguarda solo la terminologia utilizzata, che in sé potrebbe apparire anche sterile, quanto l'approccio alle questioni oggetto di analisi e, più in generale, il metodo utilizzato rispetto a protocolli e/o linee guida adottati in altri campi.

Da sempre infatti il ricorso alle linee guida ed ai protocolli è appannaggio delle comunità scientifiche e solo negli ultimi tempi, anche in campo giuridico e soprattutto giudiziario, si fa ricorso ad essi³⁷.

Il risultato finale cui si è arrivati con la redazione di linee guida e protocolli, quanto meno in tema di messa alla prova, finisce con l'essere altro rispetto a quello che le parti

³⁶ Cass., Sez. 4, nr. 16237 del 29/01/2013 (dep. 09/04/2013), Cantore, Rv. 255105.

³⁷ Sul punto, in modo più approfondito, si veda Bove, Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?, in *Diritto Penale Contemporaneo*, reperibile sul web all'indirizzo <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4067-brevi-riflessioni-su-protocolli-e-linee-guida-e-a-rischio-il-principio-di-legalita>

coinvolte nella elaborazioni dei testi si erano prefissato: modalità anche uniformi e omogenee nell'ambito di uno stesso ufficio giudiziario, ma differenti rispetto ad un ufficio diverso, con conseguente diffusa disparità, a livello circondariale ma anche distrettuale e, sicuramente, a livello nazionale.

Né la violazione è in qualche modo superabile, cambiando, ad esempio, i protagonisti e prevedendo che gli elaborati vengano adottati da organi "centrali" che, come accade nell'ambito delle comunità scientifiche, abbiano il potere, o anche solo la forza ed il peso, per imporre l'adozione di modalità condivise omogenee: il nostro ordinamento giudiziario non è in alcun modo parificabile all'organizzazione esistente in altre categorie e questo, in qualche modo, rende irrealizzabile l'adozione di modelli di questo tipo.

In realtà, ed anche a voler prescindere dalla circostanza legata al fatto che le linee guida ed i protocolli sono stati elaborati a livello "decentrato", la problematica di fondo, qualunque sia il protagonista o qualunque siano le modalità adottate, riguarda inevitabilmente l'efficacia di atti condivisi adottati per disciplinare, con maggiore dettaglio, un istituto giuridico in ambito penale, quando esso presenti vuoti e criticità normative, e finisce quindi col toccare il principio di legalità.

Al di là infatti delle modalità di redazione, della terminologia usata, della procedura adottata, occorre soffermarsi sulla necessità, oltre che sull'opportunità, proprio alla luce del principio di legalità, dell'adozione di atti condivisi che incidono sull'applicazione di norme giuridiche e che, sia pur indirettamente, fissano regole di dettaglio, laddove si registra un vuoto normativo.

Occorre, cioè, chiedersi se gli elaborati adottati in tema di messa alla prova (ma il discorso si può estendere anche alla particolare tenuità del fatto o ad altri istituti giuridici contemplati da fonti che presentino vuoti normativi) si siano mantenuti nei limiti tracciati dal principio di legalità o se gli accordi intercorsi, nel prevedere una dettagliata disciplina di dettaglio, abbiano finito con l'intaccare quel limite costituzionale che è al tempo stesso una forte e imprescindibile garanzia.

Ebbene, l'ordinamento giurisdizionale, il più generale principio di legalità e l'assoggettamento dei giudici soltanto alla legge limitano, entro ambiti rispondenti ai più generali principi costituzionali, il ricorso a procedure, sia pur condivise, che

arrivino a stabilire regole di dettaglio, incidenti sull'applicazione delle norme penali, sostanziali e processuali.

Ciò non significa inibire la redazione di elaborati condivisi, che eventualmente registrino anche le "buone prassi" (trattandosi di strumenti che, in questo caso e per converso, ottimizzano al massimo ed uniformemente le risorse), ma impone, quando si assumono determinazioni in tal senso, di limitarne l'adozione a ciò che può essere oggetto di accordo tra le parti, e non intacchi o addirittura si ponga in contrasto con la disciplina normativa e/o con i principi fissati dal legislatore, tenuto anche conto, oltre che della violazione dei principi costituzionali, del rischio, inevitabile quando gli elaborati sono adottati a livello decentrato e non "centralizzato", di prassi differenti e difformi da ufficio giudiziario ad altro ufficio giudiziario. La soluzione al problema potrebbe essere risolta attraverso il ricorso alla norma primaria, ed alla regolamentazione, ad esempio, dei periodi di messa alla prova per ogni tipologia di illecito individuato. Ciò permetterebbe un sistema che uniformerebbe il ricorso all'istituto, superando la problematica di cui si è appena detto, relativa, in sintesi, alla implementazione di una privatizzazione normativa alla quale poco si adatta l'ordinamento nazionale.

4. L'estensione della messa alla prova nei confronti degli enti responsabili ex D.lgs 231/2001: lo stato dell'arte

Negli ultimi anni sono risultati piuttosto frequenti i provvedimenti attraverso i quali si è assistiti all'ammissione alla prova di enti coinvolti nell'ambito di un procedimento penale ai sensi della legge 231/2001. Tale risultato, tuttavia, non è stato assolutamente scevro da problematiche, tenuto conto degli approdi della giurisprudenza, che è stata interessata da una vera e propria inversione di tendenza. Ed invero, è appena il caso di ricordare che nel 2017, il Tribunale di Milano aveva ritenuto la non applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti degli enti, sulla base del fatto che *in assenza, de jure condito, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168 bis c.p., alla categoria degli enti*".³⁸ Secondo il giudice

³⁸ Tribunale di Milano, Ordinanza, 27 marzo 2017, non massimata.

ambrosiano, che aveva ripreso il contenuto di una pronuncia della Cassazione a sezioni unite³⁹, l'istituto persegue scopi socialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto. In conseguenza di ciò, considerata la natura sostanziale dell'istituto, nonché in virtù del principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 della Costituzione, il quale demanda il potere di normazione di materia penale al Parlamento, non è possibile estendere per analogia l'applicabilità della messa alla prova alle persone giuridiche. Sul punto, lo stesso giudice di merito, richiamando altro approdo giurisprudenziale di legittimità⁴⁰, argomentava che la sanzione da applicare ad una fattispecie che ne sia priva non può essere rinvenuta attraverso l'interpretazione analogica. In caso contrario l'interprete della legge si trasformerebbe in legislatore con marcata incidenza negativa sia sul principio di certezza sia sulla stessa efficacia determinante delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice il comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria legislativa".

Ebbene, tale ragionamento risulta isolato, tenuto conto del fatto che la Corte Costituzionale⁴¹ ha avuto modo di evidenziare come l'istituto in argomento consista "in un nuovo procedimento speciale, alternativo al nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. Alla luce di queste considerazioni, dunque, emerge in modo chiaro come l'istituto, pur presentando alcuni profili di diritto sostanziale, deve essere considerato a tutti gli effetti alla stregua di norma di diritto processuale.

³⁹ Cass. Pen., SS.UU., 31.03.2016, n. 36272/16, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 2017, 2, 827 (nota di: Pellegrini), la quale stabilisce, come si dirà nel prosieguo, che Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato .

⁴⁰ Cass. Pen. SS.UU., sentenza n. 5655, 26 Maggio 1984

⁴¹ Corte Costituzionale, sentenza n. 240, 26 Novembre 2015, secondo la quale la messa alla prova "non è una sanzione penale, poiché la sua esecuzione è 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

Nella prospettiva di promuovere la prevenzione dei reati, incentivando gli enti a dotarsi di modelli efficaci, e di provare a superare i problemi emersi nella prassi, si è proposta su più fronti una spinta verso l'applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche nei confronti degli enti, seppur con soluzioni ed interpretazioni diverse e non sempre convergenti. Oltre a quella di Milano, in altri due casi⁴² il tribunale di Modena, con l'ordinanza del 19 ottobre 2020, ha ritenuto ammissibile l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nell'interesse di un ente collettivo imputato ai sensi del d.lgs. 231/01. Nello specifico, il tribunale ha evidenziato la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti indicati negli artt. 168-bis ss., c.p. e, per l'effetto, non solo ha considerato applicabile l'istituto della messa alla prova nei confronti di una persona giuridica, ma anche ha dichiarato estinto il reato presupposto all'esito dello svolgimento del programma di trattamento elaborato d'intesa con l'UEPE di Modena; il tribunale di Bologna, con l'ordinanza del 10 dicembre 2020, ha ritenuto inammissibile l'istanza di ammissione dell'ente imputato alla sospensione del procedimento con messa alla prova, sul presupposto che il mancato coordinamento della legge n. 67 del 2014 con il testo della 231 del 2001 non è frutto di dimenticanza del legislatore ma è da considerare voluto, in ossequio al principio del *ubi lex dixit voluit, noluit tacuit*. Pertanto, per quanto riconosciuto dal giudice emiliano, la disciplina della sospensione del processo con messa alla prova non è applicabile alle persone giuridiche chiamate a rispondere ai sensi della 231/2001 in quanto non compatibile nei suoi aspetti sostanziali (oltre che, in misura minore, processuali) posto che non ne condividono l'*eadem ratio*. D'altronde, è del tutto evidente come l'istituto previsto dall'art. 168 bis c.p. sia modellato sulla figura dell'imputato persona fisica, in un'ottica, non soltanto specialpreventiva, riparativa e conciliativa, ma soprattutto rieducativa». Per l'effetto, l'eventuale ammissione di un ente collettivo alla messa alla prova ex art. 168-bis c.p. determinerebbe uno svilimento anche del lavoro di pubblica utilità che da elemento essenziale del percorso di risocializzazione dell'imputato diventerebbe un mero costo per l'ente collettivo e, quindi, un mero risarcimento in favore della comunità.

⁴² Trib. Modena, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza 19 ottobre 2020; Trib. Bologna, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ordinanza 10 dicembre 2020, ordinanze reperibili in Archivio penale web.

Più in generale, è da tenere in considerazione che, come noto, infatti, questa opzione processuale è esclusa per coloro che hanno manifestato un'attitudine al crimine (e, dunque, per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza) e può essere concessa una sola volta. Se la *probation* si conclude positivamente il reato è estinto; diversamente, il procedimento riprende.

Affinché però questa alternativa non si presti alle medesime critiche sollevate per le precedenti proposte di riforma, è necessario riflettere adeguatamente sulle condizioni per l'accesso al rito: posto che, specularmente a quanto previsto nel codice di procedura penale, bisognerebbe limitare la messa alla prova a quelle società che non ne abbiano già usufruito in precedenza, escludendo comunque questa opzione per le imprese recidive, pare fondamentale – come si è premesso – che l'ente sia comunque dotato di un modello organizzativo preesistente, che sia stato però ritenuto inidoneo.

In altre parole, nel caso in cui un modello, adottato prima della commissione del fatto ai sensi dell'art. 6, venga valutato non adeguato, l'impresa potrebbe chiedere la messa alla prova. Spetterebbe quindi al giudice accertare in concreto se quell'ente offra un reale affidamento sulla prospettiva di una riorganizzazione "virtuosa". Così come avviene per la richiesta presentata dalle persone fisiche, il giudice ammetterà la messa alla prova solo se sia in grado di fare una prognosi favorevole sulla struttura dell'ente, ossia una prognosi sulla sua "pericolosità organizzativa": la domanda verrà pertanto respinta se presentata da una società che non dia concrete garanzie di volersi riorganizzare "virtuosamente", secondo le indicazioni della legge. Ne consegue che un modello preesistente soltanto fittizio non potrebbe consentire la *probation*.

Deve, infatti, riconoscersi come sia auspicabile che lo sforzo riorganizzativo delle società venga incentivato proprio per i reati più gravi, in modo da prevenirli in futuro. E, in questa prospettiva, non si può escludere che il procedimento di messa alla prova possa in effetti riguardare l'intera categoria dei reati contemplati dalla normativa.

Si potrebbe però prospettare il rischio di tradire lo spirito della messa alla prova, che sembrerebbe riferirsi a fenomeni criminali non particolarmente preoccupanti: tuttavia, come si è accennato in precedenza, l'istituto disciplinato dal codice, a ben vedere, è applicabile pure per reati che esulano dalla tradizionale categoria della "medio-bassa

gravità⁴³. Si potrebbe poi forse facilmente obiettare che un accesso incondizionato a questo procedimento significherebbe offrire alle società una possibilità di cui allo stato non sono in condizione di usufruire le persone fisiche coinvolte nei reati da cui scaturisce l'illecito amministrativo della persona giuridica: molti dei reati presupposto previsti nel d.lgs. 231/2001, infatti, non rientrano nei limiti edittali entro i quali la messa alla prova delle persone fisiche è consentita. Con la conseguenza che l'ente usufruirebbe della messa alla prova preclusa alla persona fisica che ha agito per l'ente⁴⁴.

Questi rilievi possono essere però superati dal momento che, per esempio, nella giustizia minorile, ove la messa alla prova è nata, non sono fissati limiti, né oggettivi, né soggettivi (artt. 28 e 29 d.p.r. 488/1988). Dunque, nel nostro ordinamento è già tollerata una diversa disciplina del procedimento a seconda di chi sia il destinatario. Anzi, il fatto che la messa alla prova dell'ente possa avere, *in parte qua*, delle maggiori similitudini con l'omologa del procedimento minorile non dovrebbe stupire più di

⁴³ La Cass., S.U., 31 marzo 2016, n. 36272, come già rappresentato, ha chiarito che per l'individuazione dei reati ai quali è applicabile, astrattamente, la messa alla prova non assumono rilievo le circostanze aggravanti di alcun tipo, comprese quelle ad effetto speciale, sicché oggi risulta fortemente ampliato l'ambito applicativo del nuovo istituto, in quanto, a seguito di questa decisione, vi rientrano reati di gravità anche medio-alta.

⁴⁴ Si potrebbe pure osservare che questa proposta decreterebbe la fine del *simultaneus processus* nonostante il d.lgs. 231/2001 prediliga la celebrazione contestuale del procedimento che coinvolge l'ente e di quello che coinvolge l'individuo che abbia agito per l'ente (art. 38, comma 1). Solo qualora vi sia stata sospensione del procedimento a carico della persona fisica o quest'ultimo sia stato definito con un rito speciale (giudizio abbreviato, patteggiamento o decreto penale di condanna) ovvero la riunione sia preclusa dall'osservanza di disposizioni processuali, è consentito procedere separatamente (art. 38, comma 2). La chiara scelta operata dal legislatore per la riunione delle due regiudicande è certamente funzionale ad obiettivi di effettività, omogeneità ed economia processuale, ma è altrettanto finalizzata ad evitare un possibile contrasto tra i due giudicati, prevedendo, pertanto, che vicende processuali tra le quali sembrerebbe esserci un rapporto di quasi pregiudizialità vengano accertate insieme. In questo senso, Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo*, in G. Iattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, op. cit., 457. Non si può tuttavia non considerare che nella prassi, l'impresa generalmente mostra sin da subito la propensione ad adottare quelle misure riparatorie e ripristinatorie che, escludendo l'applicazione delle sanzioni interdittive, le offrano la possibilità di definire la vicenda immediatamente, magari con un procedimento speciale (e il cui accesso sarebbe viceversa precluso quando si dovesse poter applicare una sanzione interdittiva in via definitiva – artt. 62, comma 4 e 63, comma 1). Dunque, in concreto, la posizione dell'ente viene già generalmente definita prima rispetto a quella della persona fisica imputata. A ciò si aggiunga che aver consentito la separazione qualora «l'osservanza delle disposizioni processuali lo renda necessario» [art. 38, comma 2, lett. c)] porrebbe fine a tutte le perplessità che l'introduzione del procedimento di messa alla prova potrebbe far sorgere da questo angolo visuale.

tanto: come attenta dottrina americana ha evidenziato a proposito del recupero, nei modelli negoziali di *corporate liability*, di alcuni meccanismi nati per il contrasto della *juvenile delinquency*, le società, un po' come i giovani, necessitano di guida, riabilitazione e supervisione⁴⁵.

Ma vi è un ulteriore argomento che potrebbe essere speso per andare oltre il possibile contrasto con il principio di uguaglianza: il "sistema 231" prevede già, come si è detto, un trattamento di favore per la società che si ravveda e collabori e che non è stato viceversa introdotto per le persone fisiche imputate del reato presupposto.

Chiaramente la messa alla prova dell'ente dovrebbe essere indirizzata al suo reinserimento nel mercato in una rinnovata veste di legalità. Questo significa che l'impresa messa alla prova dovrebbe realizzare le condotte riparatorie e risarcitorie e dovrebbe correggere il modello organizzativo che sia stato giudicato non idoneo, alla luce del progetto presentato con la domanda di ammissione al rito e magari delle indicazioni che nel momento dell'autorizzazione del procedimento speciale potrebbero essere state offerte.

Questa proposta ha il pregio di non stravolgere l'impianto del d.lgs. 231/2001 dal momento che un meccanismo simile a quello ora descritto si rinviene già nell'art. 49 che disciplina la sospensione delle misure cautelari⁴⁶. L'art. 49, infatti, prevede la sospensione delle cautele nell'ipotesi in cui l'impresa chieda di poter realizzare gli adempimenti descritti nell'art. 17 (condotte riparatorie, restitutorie, risarcitorie e disponibilità ad adottare un modello organizzativo adeguato). Il giudice che ritenga di accogliere la richiesta fissa una cauzione da versare a scopo cautelativo; in via alternativa, l'ente può essere autorizzato a prestare una garanzia reale. In caso di mancata, incompleta o inefficace esecuzione delle condotte risarcitorie e di riorganizzazione, la cauzione verrà acquisita dallo Stato⁴⁷.

⁴⁵ Così Garret, *op. cit.*, 55. V. anche orland, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in 1 *Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.* 45 (2006).

⁴⁶ Sul procedimento cautelare disciplinato nel d.lgs. 231/2001 v. Fidelbo, *Le misure cautelari*, in G. lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, *op. cit.*, 503 ss.

⁴⁷ Un meccanismo simile è contenuto anche nell'art. 65 che prevede che l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, possa domandare la sospensione del processo per provvedere alle attività descritte nell'art. 17, dimostrando di non essere stato in grado di realizzarle prima. In questo caso, però, com'è noto, il giudice, scaduto il termine di sospensione, qualora constati l'esatto adempimento delle prescrizioni, potrà solo applicare all'ente un trattamento sanzionatorio più favorevole.

In ogni caso all'ente potrebbe convenire chiedere la messa alla prova già nel corso delle indagini preliminari, ad esempio nell'ipotesi di applicazione di una misura cautelare. In questa eventualità, l'impresa potrebbe avere interesse a riorganizzarsi subito in maniera "virtuosa" in modo da definire contestualmente l'incidente cautelare e la vicenda di merito. In altre parole, se nella fase delle indagini fosse adottata una misura cautelare (chiaramente l'esempio vale pure per le fasi successive), l'ente potrebbe domandare sospensione della misura e del procedimento con messa alla prova e aspirare così, nell'immediato, alla neutralizzazione della cautela e, in prospettiva, alla composizione della vicenda processuale.

L'applicazione della sospensione con messa alla prova nel processo a carico dell'ente si propone di realizzare una forma di *diversion*⁴⁸ della vicenda processuale che investe la persona giuridica, aprendo la strada a un epilogo "anomalo" della stessa mediante

⁴⁸ In termini analoghi, con riferimento alla messa alla prova degli adulti persone fisiche, COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 6, 128. Il concetto di *diversion* – riprendendo la definizione fornita dalle *Risoluzioni del XII Congresso internazionale di diritto penale sul tema "diversion e mediazione"*, con commento di RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, 538 ss. – ricomprende «ogni deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia dell'imputazione; essa comprende: (a) le attività svolte dagli organi pubblici cui sono attribuite funzioni di controllo sociale, al di fuori del sistema penale; (b) l'esercizio, da parte della polizia e degli organi di accusa, di poteri volti ad evitare il promuovimento dell'azione penale; (c) le procedure alternative all'esercizio dell'azione penale», in uno con « misure non penali di risoluzione del conflitto (ad esempio provvedimenti di natura riabilitativa, terapeutica o educativa, ovvero misure risarcitorie e restitutorie)». Più ampiamente, anche in una prospettiva comparativa, BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 4, 47 ss.

inserimento nella sequenza procedimentale “ordinaria” di un modulo alternativo⁴⁹ accompagnato dall'intervento di misure non penali di risoluzione del conflitto⁵⁰.

A tal proposito, può essere senz'altro utile ricordare, in una prospettiva comparatistica, come l'esperimento di forme di diversione processuale nei confronti degli enti non rappresenti un *unicum* nel panorama internazionale, atteso che già l'esperienza statunitense, a partire dai primi anni '90, ha esteso simili meccanismi agli enti collettivi, nelle forme, rispettivamente, dei *deferred prosecution agreement* e dei *non prosecution agreement*⁵¹.

I *deferred prosecution agreement* (DPA), in particolare, hanno a oggetto un accordo raggiunto tra le parti necessarie del processo, indagato e *prosecutor*, da sottoporre alla valutazione del giudice, con cui l'ente, al fine di evitare la prosecuzione del processo, si sottopone a un periodo di “osservazione” (in genere, da sei mesi a due anni) nel corso del quale si impegna ad adempiere una serie di obblighi, quali, tra gli altri, l'adozione o la implementazione del proprio *compliance program*, talora sotto il controllo di commissari esterni (*monitor*), il versamento di una somma di denaro a vario titolo e la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

Si noti, tra l'altro, come anche il modello di *diversion* statunitense, grazie al contributo dei *memorandum* diffusi dal *Department of Justice*, preveda una “griglia” di requisiti-
indice che – mentre nella disciplina “nostrana” della messa alla prova presiedono all'esercizio della delibazione preliminare del giudice e alla prognosi negativa di

⁴⁹ Per GREVI, *Rapporto introduttivo su “diversion” e “médiation”*, in *Rass. pen. crim.*, 1983, 1, 47, il termine *diversion* individua «ogni deviazione del processo penale, anteriore alla sentenza di condanna pronunciata da un tribunale, che sfocia nella partecipazione dell'indiziato a qualunque programma non penale», nella prospettiva di «aiutarlo a risocializzarsi, o a risolvere il conflitto che lo ha condotto al reato». In termini analoghi, FANCHIOTTI, *Speranze e delusione in U.S.A. nella ricerca di alternative al processo penale (con particolare riguardo al diversion)*, in *Giust. pen.*, 1983, III, 228, che si riferisce al «fenomeno del non promovimento dell'azione penale o della sua sospensione anteriormente alla fase dibattimentale, allo scopo di instradare l'imputato verso un programma di reinserimento sociale consentendogli di evitare l'impatto non solo con il sistema penitenziario, ma addirittura con quello processuale». Per la dottrina cfr. anche UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversion nel sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1494; in termini più generali, CESARI, *Le clause di irrilevanze del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 66 ss.

⁵⁰ In argomento, CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 40 ss.

⁵¹ Sul tema, FED. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione “negoziata” per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. pen.*, 2013, 2, 737 ss.

recidiva – in quella sede condizionano l'esercizio dell'azione penale del *prosecutor*: natura e gravità del reato, diffusività dell'illecito nel contesto societario, "storia" giudiziaria dell'ente (anche in riferimento a procedimenti civili e amministrativi), esistenza di un eventuale *compliance program*, cooperazione dell'ente nelle indagini, condotte realizzate dall'ente per attenuare le conseguenze del reato e valutazione dell'entità del danno arrecato a terzi.

Analogo istituto vige nel sistema inglese, ove la discrezionalità del *prosecutor* è vincolata in particolare all'apprezzamento della c.d. colpa di reazione (*reactive fault*), intendendosi attribuire rilievo dirimente, cioè, alla manifestazione di volontà dell'ente che si sia concretamente attivato ai fini dell'implementazione dei propri presidi preventivi⁵².

Questa rapida "incursione" nella realtà anglo-americana mostra una sorprendente affinità di contenuti tra i DPA e la messa alla prova di cui alla l. 28 aprile 2014, n. 67, essendo entrambi gli istituti imperniati sulla sottoposizione volontaria dell'ente imputato, previa adesione della pubblica accusa (nel nostro ordinamento, mediante un parere del pubblico ministero, vincolante in fase di indagini preliminari), a un programma rieducativo condizionato all'adempimento di determinate prescrizioni: non è un caso, allora, che proprio il modello dei DPA trovi la propria matrice nell'ambito del *probation* destinato alle forme di *juvenile delinquency*, paradigma confluito nel modello minorile del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 488 e da qui refluito – a chiusura di un cerchio ideale – nella disciplina della messa alla prova per maggiorenti. La quasi perfetta sovrapposibilità dei due strumenti esperibili, pur nell'ambito di sistemi processuali profondamente differenti, fornisce ulteriore conferma della bontà della tesi che vede nel modulo di definizione del processo dell'ente di cui agli articoli 464-bis ss. c.p.p. una valida alternativa praticabile anche nel nostro ordinamento.

⁵² Come evidenziato da RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *questa Rivista*, 12 ottobre 2015, 9, il sistema statunitense, almeno in una prima fase, ha adottato un approccio ancora più "estremo" ai fini dell'espletamento dei DPA, esigendo dall'ente una cooperazione "autentica" con le autorità, ad esempio mediante rinuncia all'*attorney-client privilege* (in forza del quale i legali dell'azienda sono autorizzati a fornire le informazioni possedute in ragione del loro ufficio) e alla *work production protection* (alla luce della quale la società si impegna a consegnare tutta la documentazione interna predisposta in vista di un possibile contenzioso), nonché attraverso una "presa di distanza" dai dipendenti indagati (rifiutandosi di pagare loro le spese legali, salvo rinuncia del dipendente alla garanzia del diritto al silenzio).

Tuttavia, non si assiste, allo stato, ad una uniformità tale, sul versante dell'applicazione pratica, che consenta di ritenere consolidato il sistema della probation anche nei confronti degli enti.

5. La messa alla prova... alla prova della riforma del processo penale: prospettive de iure condendo ed estensioni applicative.

Con decreto del 16 marzo 2021 il Ministro della Giustizia Marta Cartabia ha costituito presso l'Ufficio legislativo del Ministero "una Commissione per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti di appello". Nelle premesse del decreto istitutivo della Commissione erano specificati i compiti della Commissione, individuati: a) nell'esame del citato disegno di legge presentato dal Ministro Alfonso Bonafede il 13 marzo 2020 e "degli esiti delle audizioni espletate in sede parlamentare" dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati; b) nella "stesura di un documento nel quale siano delineate, anche mediante la prospettazione di alternative, le misure più idonee ad assicurare maggiore efficienza ed efficacia al processo penale"; c) nella "formulazione di proposte di possibili emendamenti" al citato disegno di legge n. 2435.

Le premesse del decreto contenevano anche elementi idonei ad orientare il lavoro della Commissione, partendo dal rilievo che "i tempi medi di definizione dei procedimenti penali sono di molto superiori alla media europea" e dalla considerazione che "la durata dei procedimenti penali è influenzata anche dal numero eccessivo dei procedimenti da trattare". Si ritenevano, pertanto, "opportuni interventi a carattere deflativo, di natura processuale e sostanziale, che si inseriscano, mediante correttivi e integrazioni, nel contesto di riforma del sistema sanzionatorio penale realizzato nell'ultimo decennio". Più in generale si ritenevano necessarie "un'analisi del complessivo quadro di riferimento attuale, una verifica delle situazioni di criticità registrate e l'individuazione di possibili misure e interventi normativi, che investano il

diritto sia processuale che sostanziale, finalizzati ad assicurare la ragionevole durata del processo e il recupero di una migliore efficienza ed efficacia dell'amministrazione della giustizia, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, dei principi del giusto processo e della funzione rieducativa della pena". A conferma degli espressi orientamenti sul lavoro da svolgere si richiamavano gli interventi prioritari richiesti da diversi organi dell'Unione europea e dalle risoluzioni dei due rami del Parlamento italiano del 13 ottobre 2020, sulla definizione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.).

Per quanto di interesse in questa sede, l'art.1 co.22 l. n.134/2021 prevede di estendere la sospensione con messa alla prova a «specifici reati», non meglio individuati dal legislatore delegante, che «si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori» e siano punibili in astratto con la pena detentiva fino a sei anni.

Nella prospettiva della deflazione e della decarcerizzazione, si tratta di un ulteriore passo avanti. Certamente, si tratta di un istituto che ha avuto una diffusissima applicazione: secondo i dati del Ministero della Giustizia⁵³, al 15 settembre 2021 erano ben 24.000 le persone messe alla prova, a fronte delle circa 18.300 in affidamento al servizio sociale. Considerando anche - alla stessa data - le 11.500 persone in detenzione domiciliare e le 8.700 ai lavori di pubblica utilità per guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di stupefacenti, risulta un totale di oltre 68.000 persone sottoposte, in senso ampio ed atecnico, ad alternative alla detenzione che impegnano gli uffici di esecuzione penale esterna e i servizi sociali; ben un terzo di esse si trova dunque in sospensione con messa alla prova, un dato, questo, in forte aumento anche nell'ultimo anno. Nel frattempo, i detenuti in carcere restano sostanzialmente stabili: erano circa 54.000 al 15.9.2016, lo stesso al 30.9.2020 (dopo che all'inizio della pandemia, marzo 2020, il totale era aumentato ad oltre 57.000), e lo stesso pure al 15.9.2021.

Le alternative alla pena detentiva, sovente, non fanno diminuire in misura rilevante il numero dei detenuti - anzi, se non vi fosse stata la pandemia, i detenuti sarebbero rimasti in aumento rispetto agli anni precedenti -, ma ampliano la rete del controllo penale; in effetti, a quanto pare leggendo i dati ministeriali, l'aumento delle persone

⁵³ www.giustizia.it.

sottoposte a misure alternative vi è stato ed è stato notevole, ma, in termini numerici complessivi, a discapito della libertà e non della detenzione in carcere.

Ancora una volta, la riforma punta su misure deflattive in concreto, ma ciò non è privo di risvolti problematici, né dal punto di vista delle garanzie individuali, né da quello di un'effettività conforme ai principi.

La logica della deflazione – processuale e penitenziaria – ispira il criterio di delega con il quale si prevede l'estensione dell'ambito di applicabilità della disciplina dell'art. 168 *bis* c.p. In sede di attuazione dovranno essere individuati, oltre ai casi previsti dall'art. 550, co. 2 c.p.p., ulteriori specifici reati, puniti con pena edittale detentiva non superiore nel massimo a sei anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, compatibili con l'istituto. Attualmente l'istituto, salvi i menzionati casi di cui all'art. 550, co. 2 c.p.p., richiamato dall'art. 168 *bis* c.p., non è applicabile in relazione ai procedimenti per reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo a quattro anni.

Nel contesto della legge delega, la valorizzazione dell'istituto di cui all'art. 168 *bis* c.p. è coerente sia con l'obiettivo di ridurre i tempi medi dei procedimenti penali, sia con l'ampliamento degli spazi per la giustizia riparativa (la mediazione tra autore e vittima è uno dei contenuti obbligatori della messa alla prova).

Per incentivare l'applicazione dell'istituto nella fase delle indagini, si prevede che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal p.m.

La prospettiva desumibile dalla relazione della commissione "Lattanzi"⁵⁴, anche quale chiave di risposta agli intenti propri della riforma, è, da un lato, di favorire la deflazione processuale e penitenziaria, attraverso la valorizzazione della "misura di comunità" – alternativa al processo penale e alla pena – che oggi vanta il maggior numero di applicazioni; il 15 aprile 2021 le persone in carico all'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna (U.E.P.E.) erano 20.793, pari a circa un terzo del numero complessivo

⁵⁴ Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello.

(D.M. 16 marzo 2021 – Pres. Dott. Giorgio Lattanzi, Vice Pres. Dott. Ernesto Lupo e Prof. Gian Luigi Gatta)

delle persone che a vario titolo si trovava in esecuzione penale esterna, a quella stessa data.

Dall'altro lato, in linea con altre proposte della Commissione, si mira ad ampliare ulteriormente la possibilità di accesso all'istituto che oggi, nel sistema, più valorizza strumenti e logiche riconducibili alla giustizia riparativa.

La positiva esperienza nei primi anni di applicazione della misura, introdotta nel 2014, ne rende infatti opportuna una estensione. La proposta della Commissione è di estendere l'ambito di applicabilità dell'istituto, oltre ai casi previsti dall'art. 550, co. 2 c.p.p., richiamato dal secondo comma dell'art. 168-bis c.p., ad ulteriori specifici reati, puniti con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a dieci anni, che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore, e risultino compatibili con l'istituto. Già attualmente il richiamo all'art. 550, co. 2 c.p.p. consente d'altra parte l'applicazione dell'istituto a reati con pena detentiva edittale superiore a quattro anni. È il caso ad esempio della ricettazione, punita con la reclusione pari nel massimo ad otto anni, e del furto pluriaggravato, punito con la reclusione pari nel massimo a dieci anni.

A prescindere dalla natura propria della riforma, ed agli effetti che la stessa sortirà in materia, è di interesse sottolineare come la giurisprudenza di legittimità ha già fornito delle aperture estensive volte all'applicabilità dell'istituto anche a tipologie di reato che non sono direttamente richiamate dalla norma processuale. In particolare, si pensi al granitico orientamento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁵⁵, la quale ha avuto modo di specificare, nell'ambito di un procedimento penale per truffa aggravata dall'aver commesso il fatto ai danni dello Stato, che ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va

⁵⁵ Cass. Pen., SS.UU., 31.03.2016, n. 36272/16, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 2017, 2, 827 (nota di: Pellegrini), la quale stabilisce, come si dirà nel prosieguo, che Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-bis c.p. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato .

riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato.

L'innovativo orientamento giurisprudenziale evidenzia che la norma di diritto penale sostanziale seleziona i reati per i quali può essere concessa la messa alla prova in base ad un criterio quantitativo e qualitativo ma non contiene alcun riferimento alla possibile incidenza di eventuali circostanze aggravanti. Né – si legge in sentenza – può assumere alcun rilievo il rinvio operato dall'art. 168 bis c.p. all'art. 550 c.p.p. (il cui comma 1 rinvia all'art. 4 c.p.p.) o la regola dettata dall'art. 278 c.p.p. per la determinazione della pena in materia di misure cautelari, non esistendo, nel nostro sistema, un criterio normativo unitario generale in base al quale va calcolata la pena per l'applicazione di qualunque istituto processuale.

Il criterio di selezione dei reati per i quali è ammessa la messa alla prova è semplicemente quello indicato nell'art. 168 bis c.p., quantitativo (pena edittale sino a 4 anni) e qualitativo (elenco nominativo indicato nell'art. 550 comma 2 c.p.p.); criterio che estende l'istituto anche a reati puniti con pene superiori a 4 anni, quindi con maggiore disvalore sociale, in base ad una scelta legislativa fortemente legata alla natura specialpreventiva del nuovo istituto.

In merito al paventato richiamo operato dall'art. 168 bis c.p. all'art. 550 c.p.p., le Sezioni unite hanno rigettato qualunque interpretazione "correttiva", precisando che lo stesso va inteso solo ed esclusivamente quale richiamo al comma 2, ossia all'elenco nominativo dei reati per i quali la messa alla prova è ammessa, così come testualmente recita la norma, che non contiene, invece, alcun riferimento al comma 1 e, di conseguenza, all'art. 4 c.p.p. Non è neanche corretto fondare il richiamo all'intero art. 550 c.p.p. in base al rilievo che dovrebbe esservi una perfetta coincidenza tra i reati per i quali l'imputato può richiedere la messa alla prova e quelli a citazione diretta. Innanzitutto, se il Legislatore avesse voluto tale equiparazione, lo avrebbe senza dubbio scritto. A ciò si aggiunga che il meccanismo di calcolo della pena previsto nel comma 1 dell'art. 550 c.p.p., condizionato dall'aumento per le aggravanti ex art. 4 c.p.p., creerebbe una ingiustificata disparità di trattamento per i reati che, ancorché puniti con pena inferiore ai 4 anni, diventerebbero di competenza collegiale ex art. 33 bis c.p.p.,

quindi non ricompresi nel giudizio a citazione diretta. Del resto, l'art. 464 bis c.p.p., al comma 2, fissa anche il termine dell'udienza preliminare per la formulazione dell'istanza di messa alla prova, confermando che l'ambito dei reati prescelti dal legislatore è più esteso di quello indicato nell'art. 550 c.p.p.

La soluzione fornita dalle Sezioni unite, oltre ad avere scongiurato una volta per tutte qualsiasi forma di interpretazione in *malam partem* dell'art. 168 bis, non consentita dalla legge, è coerente anche con i lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione definitiva della legge 67/2014. Infatti, il testo originario dell'art. 168 bis, (disegno di legge n. 111 del Sen. Palma) conteneva un esplicito riferimento alle circostanze speciali e ad effetto speciale; riferimento che nella versione definitiva della norma è svanito, svelando una precisa scelta del Legislatore, che ha certamente privilegiato la natura deflattiva e competitiva che caratterizza l'istituto della sospensione del procedimento penale con messa alla prova.

Ciò posto, l'effetto del presente orientamento giurisprudenziale, ha determinato una sempre più crescente applicabilità dell'istituto anche a fattispecie che normalmente non vi rientrano, stante la costruzione normativa, come ad esempio è il caso della fattispecie aggravata di accesso abusivo al sistema informatico o telematico prevista dall'art. 615 ter c.p., o al dibattuto caso dell'omicidio stradale attenuato dal cosiddetto "concorso di colpa" previsto dal comma 7 dell'art. 589 bis c.p., nell'ambito del quale ben può rientrare il dictum delle sezioni unite già menzionato, nell'ambito del quale, al fine di stabilire la pena edittale di riferimento per la messa alla prova, da un lato specifica come non debba tenersi conto delle circostanze aggravanti (nemmeno quelle a effetto speciale), dall'altro nulla però dispone sulle circostanze attenuanti⁵⁶.

⁵⁶ Per una applicazione conforme, si veda in tal senso Ordinanza Gup Tribunale di Trento, 2018, non massimata, ed anche Ordinanza Gup Tribunale di Cassino del 09.11.2021, non massimata.