

## LA PROGRESSIVA SAGOMATURA DELLA MESSA ALLA PROVA PROCESSUALE

di Valentina Bonini

(*Ricercatore confermato di diritto processuale penale, Università di Pisa*)

SOMMARIO: 1. Gli sfuggenti contorni della m.a.p. e le coordinate normative di riferimento. – 2. La rotta tracciata dai giudici delle leggi tra approdi già raggiunti e nuovi punti nave. – 3. Le felici ascendenze e l'ingombrante eredità della giustizia penale negoziata nella sistemazione della materia: qualche aggiustamento di tiro. – 4. Il ruolo della volontà dell'imputato nelle dinamiche negoziali e nella messa alla prova. – 5. Esigenze di accertamento interne alla messa alla prova processuale.

1. – Tra gli istituti con cui il legislatore degli anni più recenti ha inteso offrire epiloghi differenziati al procedimento penale<sup>1</sup>, un particolare *favor* sembra aver incontrato la sospensione del processo con messa alla prova<sup>2</sup>. Introdotto nel 2014 con un'operazione che ha visto l'intervento normativo coinvolgere entrambi i codici penalistici, l'istituto supera così gli angusti confini del procedimento penale minorile, per lungo tempo particolarissimo banco di prova di questa speciale ipotesi di commistione tra interventi educativi ed esigenze di accertamento della responsabilità penale.

<sup>1</sup> Quanto alle scelte operate all'interno del codice di rito, è utile richiamare, all'interno dell'ampia categoria dei riti speciali a connotazione consensuale, la sentenza "patteggiata", la cui natura giuridica è stata a lungo discussa in dottrina e giurisprudenza; sul tema v., oltre allo studio di F. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Milano 1999, *passim*, nonché, più di recente, G. Cecanese, *Le "aporie" del patteggiamento*, Napoli 2017, 223 ss.; A. Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Milano 2018, 89 ss.). Il panorama dei provvedimenti decisori di segno diverso dal classico binomio innocenza/colpevolezza è divenuto negli anni ampio e articolato e spazia dal *probation* processuale (artt. 168-bis ss. Cp e artt. 464-bis ss. Cpp, introdotti dalla l. 28.4.2014, n. 67), per passare alle clausole di non punibilità fondate sulla particolare esiguità dell'offeso (art. 131-bis Cp, introdotto dal d. lgs. 16.3.2015, n. 28) ed infine per approdare all'effetto estintivo del reato attribuito alle condotte riparatorie (art. 162-ter Cp, introdotto con l. 23.6.2017, n. 103). Se le matrici di tali istituti sono da rinvenirsi all'interno di settori "differenziati" della giurisdizione penale (quali sono la giustizia penale minorile e il procedimento davanti al giudice di pace), che hanno rappresentato fertili terreni di sperimentazione, non dobbiamo trascurare il rilievo vieppiù riconosciuto per materie di impatto codicistico a istituti quale l'oblazione speciale (che, oltre a trovare la propria disciplina generale nell'art. 162-bis Cp, vede da tempo una significativa rilevanza nell'ambito degli illeciti in tema di sicurezza sul lavoro ex art. 24 d. lgs. n. 19.12.1994, n. 758), nonché a momenti di giustizia riparativa innestati su sequenze procedurali già ampiamente arate (è il caso del c.d. patteggiamento che, allorquando si proceda per taluni reati contro la p.a. od in materia tributaria, è percorribile solo nel caso in cui sia stata realizzata la <<restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato>>).

<sup>2</sup> Per un'analisi dei dati relativi all'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova condotta alla luce delle indicazioni fornite dal Ministero della Giustizia nelle Relazioni annuali sull'andamento della messa alla prova, che attestano il progressivo incremento del ricorso all'istituto, v. M. Miraglia, *Un processo penale diverso. Analisi e prospettive della messa alla prova*, Torino 2018, 223 ss.

Proprio le spiccate peculiarità che connotano la giurisdizione penale minorile avevano reso difficile la fruibilità dell'esperienza lì maturata, nonostante che all'istituto del *probation* fosse stata data ampia applicazione, peraltro attentamente analizzata da parte della dottrina<sup>3</sup>. E comunque, va riconosciuto come, ciò nonostante, l'ossatura della messa alla prova codicistica presenti una struttura portante in larga misura comune a quella delineata nel d.P.R. n. 448/1988 e dalla stessa tragga l'idea di una verifica giudiziale che tende a spostare l'obiettivo dal fatto (di reato) alla persona (dell'imputato)<sup>4</sup>: l'eccentricità di tale prospettiva rispetto alle coordinate di un impianto penale orientato all'accertamento dei fatti e delle responsabilità e finalizzato alla corretta calibratura della risposta sanzionatoria ha imposto al legislatore ordinario di usare una certa cautela e, quindi, di articolare con estrema attenzione il *novum*, nel momento in cui ha deciso di esportare il *probation* oltre i confini del processo penale minorile.

In questa prospettiva, dovrà preliminarmente osservarsi come, quel che nell'ambito della giurisdizione specializzata assume un rilievo squisitamente educativo, in sintonia con le logiche che attraversano l'intero processo a carico di imputati minorenni, nella dimensione codicistica si arricchisca di tratti schiettamente riconducibili alla *restorative justice*, che valorizzano la componente riparativa e conciliativa, così mutando in parte veste e prospettiva funzionale<sup>5</sup>. La scelta del legislatore del 2014 tocca snodi sistematici delicati, tanto da suggerire una disciplina che si muove sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, scandita in un numero considerevole di disposizioni che, a differenza dei laconici artt. 28 e 29 d.P.R. 448/1988, individuano limiti, presupposti, contenuti, effetti e cadenze della messa alla prova. Lo sforzo descrittivo profuso, pur non eliminando tutti i dubbi e lasciando sul campo alcune lacune consegnate all'opera dell'interprete, è il frutto di una duplice consapevolezza: da un lato si rilevano elementi di significativa novità del *probation* processuale rispetto alle consuete categorie codicistiche e, dall'altro lato, si devono fare i conti con una circoscritta "esportabilità" dell'esperienza pur lungamente maturata

<sup>3</sup> Sul tema v., in particolare, i contributi di C. Cesari, *Commento all'art. 28*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, Milano 2016, 356 s.; Ead., *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *ED Annali IX*, Milano 2015; Ead., *Le strategie di diversion*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, Torino 2017, 207 ss.).

<sup>4</sup> In proposito v. C. Conti, *La messa alla prova a un anno dalla legge n. 67 del 2014. Problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *GI* 2015, 13 (relazione ascoltabile in <http://www.studiosiprocessopenale.it/locandina-e-materiali.html>), che osserva come «<[i]l fatto sembra andare in secondo piano mentre acquisiscono centralità aspetti tipici del momento trattamentale dell'esecuzione, che ha l'individuo come punto di partenza e di arrivo>>.

<sup>5</sup> In ordine ai tratti essenziali della *restorative justice* v. M. G. Mannozi, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, 89 ss.; A. Lorenzetti, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano 2018, 77 ss.; quanto alle fonti internazionali, la definizione, lata ma pur utile, è offerta dalla Direttiva 2012/29/UE in materia di diritti procedurali della vittima. Quanto alle varie letture strutturali che possono proporsi con riguardo alla messa alla prova v. ancora C. Conti, *La messa alla prova*, cit., 14, che ipotizza tre diversi archetipi: quello che valorizza la vocazione utilitaristica e deflativa, quello di tipo rieducativo, che scolora il profilo fattuale per concentrarsi sull'autore e, infine, quello di matrice retributivo-specialprentiva, ove il processo sul fatto mantiene la propria centralità, pur "accontentandosi" di un accertamento contratto, con riflessi innovativi sui contenuti della pena.

nel settore minorile, ove è consentito un approccio più *flou* agli istituti (che altrove debbono essere presidiati da forti logiche di legalità) e dove prevale un'impronta "educativa" che rievoca solo una delle componenti coltivate nella messa alla prova per gli adulti.

Elevato era, dunque, il rischio di una "crisi di rigetto" derivante dall'innesto di una categoria che risulta superare la centralità del giudizio sul fatto, privilegiando valutazioni personologiche tipiche di altre sedi e di altre fasi<sup>6</sup>, e che al contempo spezza la rassicurante sequenza accertamento/sanzione<sup>7</sup>, ribaltando la prospettiva con cui sono chiamati a muoversi i soggetti del processo penale. A ben guardare, tuttavia, pur essendosi rese necessarie importanti puntualizzazioni sistematiche e messe a fuoco della sagoma e della natura dell'istituto<sup>8</sup>, non si è assistito ad un travaglio interpretativo così intenso come quello che ha attraversato il decennio successivo all'entrata in vigore del codice di rito sul tema della giustizia penale negoziata. E, forse, proprio l'intenso lavoro che è stato condotto da dottrina e giurisprudenza fino ai primi anni 2000 nella ricerca di una equilibrata sistemazione dei meccanismi consensuali all'interno del processo penale ha consentito oggi di approcciarsi alla componente processuale della messa alla prova di cui agli artt. 464-*bis* ss. Cpp con una maggiore dimestichezza nell'individuare il fondamento e i limiti del consenso rispetto alle logiche di accertamento tipiche del processo penale.

Preso atto di una duplicità di anime della messa alla prova introdotta nel 2014 (resa manifesta dall'opzione legislativa di scorporarne la disciplina in una parte sostanziale e in una parte processuale)<sup>9</sup>, l'attrazione dell'istituto nell'orbita dei

---

<sup>6</sup> Evidentissima è appunto l'ascendenza della messa alla prova minorile, permeata del giudizio sulla personalità del minore che contraddistingue l'intera giurisdizione penale che vede protagonista l'imputato minore, ma riferimenti contenutistici possono riscontrarsi anche con la misura alternativa dell'affidamento in prova: in entrambi i casi, seppure in virtù di opzioni sistematiche diverse, la valutazione condotta dal giudice che "mette alla prova" attiene alla persona dell'imputato/condannato e ad una favorevole prognosi educativa/rieducativa, mentre il fatto scivola in secondo piano.

<sup>7</sup> Osserva V. Bove, *La messa alla prova*, Pisa 2017, 12, che «[c]on la "messa alla prova per gli imputati maggiorenni" si è infranto il binomio classico processo di cognizione-esecuzione della pena»; negli stessi termini si è pronunciata anche Cass. S.U. 1.9.2016, Sorcinelli, *CEDCass*, m.267238.

<sup>8</sup> Tra le pronunce più significative debbono ricordarsi, oltre agli arresti della Corte costituzionale richiamati nel testo, anche Cass. S.U. 31.3.2016, Rigacci in ordine alla ricorribilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di ammissione alla messa alla prova (a commento v. L. Pellegrini, *Sospensione del procedimento con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale*, in *RIDPP* 2017, 829 ss.) e Cass. S.U. 1.9.2016, Sorcinelli, cit., sulla non computabilità delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione di limiti edittali di accesso al rito (a commento v. R. Bartoli, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 9.12.2016). Per un'analisi di entrambe le pronunce v. I. Guerini, *In claris (non) fit interpretatio? Le sezioni unite in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 15.11.2016. Per un'accurata ricostruzione dei più significativi arresti della Corte di cassazione sull'istituto *de quo* v. C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *DPP* 2018, 666 ss.

<sup>9</sup> Come noto, l'articolato con il quale ci confrontiamo oggi è il prodotto di un percorso di riforma che si è dipanato su più tappe, attraversando più legislature, e ha visto una sempre più ricca componente processuale, fino alla scelta di attribuire alla messa alla prova la veste di procedimento speciale; per

procedimenti speciali di matrice consensuale, confermata dalla toponomastica seguita all'interno del codice di rito, ha il pregio di offrire una base interpretativa sicura, in ragione delle affinità con quei riti che giurisprudenza e dottrina hanno sezionato e ricomposto con grande sforzo, seppure non sempre riuscendo a collocare armoniosamente le tessere di un *puzzle* che ancora non ha trovato completa sistemazione<sup>10</sup>.

Condivisibile, in questo senso, la scelta di strutturare la messa alla prova come procedimento speciale, collocandone buona parte della disciplina all'interno del Libro VI del codice di rito. Per tale via, si è resa immediata la riconducibilità dell'istituto alle logiche processuali che presidiano le alternative premiali al dibattimento, recuperando buona parte dell'elaborazione ormai quasi trentennale sviluppata in materia. Da un altro angolo visuale, però, non può sottacersi la rilevanza straordinaria che nella messa alla prova vanno ad assumere le componenti sostanziali, che contrassegnano i contenuti del programma e giustificano la peculiarità di un epilogo che distingue questo istituto dagli altri *itinerari* alternativi al dibattimento. In questo senso la scelta del legislatore del 2014 di inserire la messa alla prova tra i riti speciali sembra motivata da ragioni di opportunità, piuttosto che da una reale affinità con i procedimenti speciali di matrice negoziale, con i quali condivide l'idea di una premialità giustificata dall'elisione della fase dibattimentale, ma dai quali si distingue, sotto il profilo squisitamente procedimentale, per la natura del consenso, l'oggetto sul quale questo ricade, il tipo di valutazione di merito che è chiamato a svolgere il giudice della prova e, non da ultimo, la tipicità dell'epilogo liberatorio –pur di carattere processuale– in luogo della tradizionale alternativa decisoria assoluzione/condanna; a tali non secondari momenti di distinguo si aggiunge, poi, la prospettiva funzionale che,

---

un'analisi dei diversi progetti che si sono succeduti v. M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 11 ss.; N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in Id., *La deflazione giudiziaria*, Torino 2014, 45 ss.

<sup>10</sup> A dispetto di talune rassicuranti prese di posizioni della giurisprudenza delle più alte Corti, talune difficoltà esegetiche e di inquadramento sistematico delle tematiche attinenti la negozialità in campo penale restano sostanzialmente senza risposta; così è a dirsi per il significato della diminuzione premiale collegata ai riti alternativi al dibattimento (in tema v., fin dalle prime riflessioni sulla negozialità processuale inaugurata dal codice del 1988, F. Bricola, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, IP 1989 330 ss.; T. Padovani, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, RIDPP 1989, 932 ss.; E. Venafro, *Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento*, RIDPP 1993, 1112 ss. e, più di recente D. Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano 2011, 147 ss.), ma anche ai profili relativi al *quantum* di accertamento nell'applicazione di pena concordata (in materia v. F. Callari, *Patteggiamento e canone decisorio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”: i termini di un binomio “impossibile”*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 2012; J. Della Torre, *Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio del patteggiamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 2018; A. Sanna, *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative*, Milano 2018, 3 ss.) ed alla connessa *querelle* della natura giuridica della sentenza patteggiata (sul punto v. gli Autori ricordati *retro*, *sub nota* 1), per approdare alla difficile individuazione dei perimetri del diritto alla prova e alla controprova nel giudizio abbreviato (in materia v., dopo la riforma operata dalla c.d. legge Orlando, l. 23.6.2017 n. 103, L. Caraceni, *La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*, [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) in 19.2.2018, 5 ss.; A. Pasta, *Le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando: due cause di un fallimento*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) 2017, 5 ss).

radicata sul terreno dell'economia processuale per i riti premiali, si apre alla ben più densa finalità riparativa nella messa alla prova.

Insomma, nell'istituto disciplinato dagli artt. 464-*bis* ss. Cpp la commistione tra profili sostanziali e profili processuali si fa assai più evidente rispetto a quanto avviene nei tradizionali riti premiali, ove la struttura e la vocazione squisitamente procedurale, insieme alla prevalente funzione deflativa dei giudizi, finiscono per "schiacciare" gli aspetti sostanziali in una proiezione "servente" le finalità di economia processuale<sup>11</sup>. Nella messa alla prova, invece, la finalità di risparmio dei tempi del processo perde la propria centralità, centralità ceduta ad una forma di giustizia penale riparativa, che valorizza i profili comportamentali *post factum* dell'imputato ai fini di una corposa rinuncia all'accertamento e alla risposta sanzionatoria<sup>12</sup>. Così, nel "patteggiamento" il processo si fa superfluo, in ragione dell'elemento negoziale, per applicare una pena; invece, nella messa alla prova sia il processo che la sanzione si fanno superflui, in ragione della soddisfazione ottenuta attraverso le condotte fattive a contenuto riparativo/conciliativo.

La negozialità -che nel "patteggiamento" annichilisce il significato della diminuzione premiale e appiattisce la risposta sanzionatoria sulle esigenze processuali- si trasforma nella messa alla prova in un'adesione a un programma di significato riparativo che rende superflua la "pretesa punitiva" e, con essa, il processo penale che ne è strumento in quanto luogo di accertamento dei fatti e delle responsabilità. Insomma, il cambio di passo, rispetto alle tradizionali coordinate della giustizia penale negoziata, pare evidente; le scelte codicistiche, però, hanno valorizzato la natura processuale della messa alla prova, innestandola sulla eterogenea categoria dei procedimenti speciali. L'operazione ha un suo duplice pregio: da una parte arricchisce la negozialità processuale penale di elementi che ne giustificano finalmente gli effetti

---

<sup>11</sup> Non a caso, trova ampi riferimenti nello squilibrio generato dalla giustizia penale negoziata, la fortunata metafora del rapporto tra servo e padrone elaborata da T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, RIDPP 1992, 431 ss.

<sup>12</sup> Del resto, si ritiene che l'impulso determinante all'introduzione della messa alla prova processuale sia da rinvenirsi nell'esigenza di contrastare la visione carcerocentrica del sistema sanzionatorio penale piuttosto che nel contenimento dell'inflazione processuale penale; in proposito v. le considerazioni di R. Bartoli, *La sospensione del processo con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, DPP 2014, 663, il quale ritiene che l'introduzione dell'istituto in parola sia da ricondursi al problema tragico e spinoso del sovraffollamento carcerario ed alla condanna inflitta da Corte eur, 8.1.2013, Torregiani e a. c. Italia. Sulla stessa linea v. M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 21 s.

Bene esplicita i rischi derivanti da una esasperazione dei tratti processuali dell'istituto A. Martini, *Cronaca di un successo annunciato*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) 2014, 492, che osserva come «la preminenza del processo, con le sue esigenze, sul diritto sostanziale [...] condannerebbe il nuovo istituto ad un ruolo in fondo pratico, rispetto a compiti certo più elevati che avrebbero dovuto indurne la adozione: [...] la sospensione del processo si mostra all'interprete come strumento di una politica giudiziaria orientata alla deflazione, come via per raggiungere l'efficienza del sistema processo» e conclude nel senso che la messa alla prova debba rappresentare «[n]on dunque il ripiego di una economia giudiziaria povera, ma piuttosto lo strumento di una politica penale più moderna». Stigmatizza la riduzione ad una logica meramente deflativa dell'istituto anche C. Conti, *La messa alla prova*, cit., 12.

premiali in una prospettiva penalisticamente significativa<sup>13</sup>, dall'altra offre più di un appiglio ermeneutico all'interprete alle prese con un istituto di certo innovativo, potendo impiegare le coordinate e i punti fermi frutto della ormai trentennale elaborazione maturata sul terreno dei riti di stampo negoziale.

Proprio quest'ultimo profilo risulta vieppiù valorizzato dalle pronunce della Corte costituzionale rese in materia, con cui si è data risposta agli (inevitabili) interrogativi posti dalla prassi chiamata a confrontarsi con il *probation* processuale, impiegando disposizioni ed argomenti riferibili direttamente alle complesse (e non sempre solide) architetture della giustizia penale negoziata. Insomma, sembra abbastanza evidente, anche dalla lettura dei percorsi argomentativi affrontati in più occasioni dai giudici delle leggi, che il diverso approccio culturale, oltre che normativo, maturato a seguito del dirompente ruolo ricoperto dalla negozialità nella giurisdizione penale, abbia finito per sedimentarsi, offrendo ormai un terreno sufficientemente stabilizzato per costruirvi nuovi edifici retti dal delicato temperamento della consensualità con le esigenze cognitive del processo.

2. – Nel seguire la rotta tenuta dalla Corte costituzionale per rispondere ai quesiti relativi alla messa alla prova, può osservarsi come, fin dai primi interventi volti a dirimere delicate questioni attinenti l'operatività del *probation* processuale, i giudici delle leggi abbiano pregevolmente optato per l'adozione di un'impostazione di carattere sistematico, interrogandosi sulla natura giuridica dell'istituto. Così, già dalle iniziali battute operative, sollecitata in ordine ai problemi suscitati dalla mancanza di una disciplina transitoria, con possibile esclusione della facoltà di richiedere la messa alla prova processuale per quegli imputati che, all'atto di entrata in vigore della riforma, si fossero trovati ormai in un momento successivo alla dichiarazione di apertura del dibattimento, la Consulta ha inteso individuare le linee di fondo della messa alla prova<sup>14</sup>; a tale fine si è precisato che «[i]l nuovo istituto 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

---

<sup>13</sup> In ordine alla duplice anima del *probation*, in parte rievocante le logiche specialpreventive e in parte conformata alle logiche premiali, v. anche R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflativa nel mare del sovraffollamento?*, cit., 663 ss.

<sup>14</sup> Cfr. C. cost., sentenza 26.11.2015, n. 240, che ha dichiarato infondata la q.l.c. dell'art. 464-bis, co. 2 Cpp, nella parte in cui, in assenza di disciplina transitoria, preclude l'ammissione alla messa alla prova degli imputati di processi nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della l. n. 67/2014, per contrasto con gli artt. 3, 117 (in relazione all'art. 7 Cedu), 24, 111 Cost. In tema v. F. Centorame, *Applicazione retroattiva delle norme sulla messa alla prova: "pollice verso" della Consulta*, CP 2016, 3236 ss.; J. Della Torre, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*, CP 2016, 1488 ss.; 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*, RIDPP 2017, 1432 ss.; O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, RIDPP 2015, 2196 ss.

giudizio» e, sulla scorta di tale inquadramento sistematico, si è ritenuto conforme a Costituzione il canone del *tempus regit actum*<sup>15</sup>.

L'assunto è chiaro e fors'anche un po' troppo perentorio: la messa alla prova ha natura processuale, in quanto è un procedimento speciale che, pur dispiegando anche (analogamente agli altri riti premiali) effetti sul piano sostanziale, con i procedimenti speciali condivide la finalità economicistica, cosicché «[i]l termine entro il quale l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova è collegato alle caratteristiche e alla funzione dell'istituto, che è alternativo al giudizio ed è destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo»<sup>16</sup>.

Una volta eletta la dimensione processuale a ossatura portante della messa alla prova, l'accostamento ai riti consensuali diventa una risorsa interpretativa alla quale si attinge con facilità per risolvere questioni che involgono profili attinenti alle dinamiche del *probation*: da questo costrutto è derivata la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 460 co. 1 lett. e Cpp, nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà di presentare richiesta di sospensione del processo con messa alla prova, in ragione dell'assimilazione dell'istituto in parola con gli altri riti premiali<sup>17</sup>.

La scelta di valorizzare la matrice processuale del *probation* ha imposto di assegnare il doveroso rilievo alle facoltà difensive a quello connesse<sup>18</sup>, estendendo la

---

<sup>15</sup> Per C. cost. 26.11.2015, n. 240 «la preclusione di cui [il giudice rimettente] lamenta gli effetti è conseguenza non della mancanza di retroattività della norma penale, ma del normale regime temporale della norma processuale [...]. L'art. 464-bis Cpp, nella parte impugnata, riguarda esclusivamente il processo ed è espressione del “*tempus regit actum*”». Critico sull'opzione sistematica coltivata dalla Corte nel senso della prevalenza dei tratti processuali O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, cit., 2196.

<sup>16</sup> Le stesse argomentazioni saranno riprese da lì a poco da C. cost., ordinanza 8.9.2016 n. 207, investita della q.l.c. dell'art. 464-bis co. 2 Cpp nella parte in cui prevede che la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova possa essere proposta nel giudizio direttissimo fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, per contrasto con l'art. 117 (in relazione all'art. 117 Cedu).

<sup>17</sup> Cfr. C. cost., sentenza 21.7.2016 n. 201, i cui passaggi argomentativi principali si risolvono proprio in un richiamo a quanto statuito dai giudici delle leggi con la sentenza n. 240/2015, e ribadite nell'ordinanza di C. cost. 8.9.2016, n. 207, cit., per affermare poi che «[i]l 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», così evidenziando la piena analogia con la materia della giustizia penale consensuale. In tema v. C. Colechio, *Sospensione del procedimento per messa alla prova e decreto penale di condanna: la Corte costituzionale si pronuncia per l'illegittimità del mancato avviso all'imputato della facoltà di richiedere la sospensione in opposizione al decreto*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) 10.5.2017; O. Murro, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti*, in *GI* 2017, 487 ss.

<sup>18</sup> In questa prospettiva non era fuor di logica ipotizzare un'ulteriore tappa di messa a punto delle facoltà difensive innescate a seguito di modifica dibattimentale dell'imputazione ex artt. 516 ss. Cpp, nella misura in cui queste si traducono in una richiesta di rito speciale premiale: la ricca sequenza di pronunce della Corte costituzionale che hanno costruito in capo all'imputato un diritto di accesso ai riti consensuali (giudizio abbreviato, procedimento di applicazione della pena concordata, oblazione) a seguito della modifica (oramai sia patologica che fisiologica) della contestazione ha trovato infine estensione anche al riconoscimento della facoltà di avanzare richiesta del rito ex artt. 464-bis ss. Cpp attraverso il *dictum* di C. cost., sentenza 21.3.2018, n. 141 (a commento della quale v. A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla*

sequenza di pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 517 Cpp anche alla mancata previsione della facoltà di chiedere la sospensione con messa alla prova nell'eventualità di una modifica dibattimentale dell'imputazione.

L'indubbia rilevanza processuale dell'istituto deve, però, essere collocata all'interno di un orizzonte sistematico più vasto, ove si apprezzano inserzioni di sapore specialpreventivo che rivelano la natura ancipite della messa alla prova: che la sagoma dell'istituto si fa più complessa e frastagliata, creando un disorientamento nell'interprete che pone ai giudici delle leggi quesiti non sempre lineari. Ed è proprio la dimensione sostanziale della messa alla prova che sembra generare il maggior bisogno di risposte sistematiche da parte della Corte, investita a più riprese di questioni non sempre formulate in modo rigoroso, rispetto ai parametri di ammissibilità frutto di un'asestata opera dei giudici costituzionali<sup>19</sup> e talora giustapposte a parametri processuali che svelano una certa confusione di piani<sup>20</sup>.

Di particolare significato, in questo panorama, è la pronuncia con cui nel 2018 la Corte costituzionale coglie l'occasione per mettere a fuoco alcuni punti fermi che debbono orientare l'interprete alle prese con la messa alla prova di stampo codicistico<sup>21</sup>: in questa occasione i giudici delle leggi vengono compulsati su più fronti,

---

*prova*, DPenCont 2018, f. 10, 241 ss.), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 Cpp, nella parte in cui non consente all'imputato di chiedere la sospensione con messa alla prova in seguito alla contestazione dibattimentale di una circostanza aggravante.

<sup>19</sup> Di particolare rilievo il richiamo a C. cost., ordinanza 10.11.2016, n. 237, che ha ritenuto di dichiarare l'inammissibilità per carente descrizione dell'oggetto del giudizio delle q.l.c. della disciplina sia sostanziale che processuale della messa alla prova nella parte in cui prescrivono, tra l'altro, l'applicazione di sanzioni penali legalmente indeterminate e consentono l'irrogazione ed esecuzione di sanzioni penali consequenziali ad un reato per cui non risulta pronunciata né pronunciabile alcuna condanna. In tale occasione, infatti, le criticità sistematiche evidenziate dai giudici *a quibus* attenevano proprio alla inconciliabilità del *probation* processuale con i principi dominanti la materia sanzionatoria; i quesiti posti ai giudici costituzionali, peraltro, rappresentavano l'anticipazione delle medesime questioni poi risolte con la sentenza n. 91 del 2018.

Numerose altre sono state le occasioni in cui la Corte costituzionale ha risposto con pronunce con cui si dichiarava l'inammissibilità o la manifesta infondatezza dei quesiti sollevati in questa delicata materia: v. C. cost., ordinanza 24.1.2017, n. 19, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della q.l.c. dell'art. 34, comma 2 Cpp; C. cost., ordinanza 10.3.2017, n. 54, che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della q.l.c. degli artt. 464-*bis* ss. Cpp per indeterminatezza dell'oggetto e la manifesta infondatezza della q.l.c. degli artt. 168-*bis* Cp, nella parte in cui introduce disparità di trattamento a seconda del tipo di reato per cui si procede e nella parte in cui non indica la durata massima del lavoro di pubblica utilità; C. cost., ordinanza 18.1.2018, n. 7 che, in ragione del difetto di motivazione sulla concreta rilevanza nel giudizio *a quo*, ha dichiarato la manifesta infondatezza della q.l.c. dell'art. 552, lett. f) Cpp nella parte in cui non prevede che venga dato all'imputato l'avviso della facoltà di richiedere tempestivamente la messa alla prova. Per una ricognizione complessiva v. C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., 674 ss.

<sup>20</sup> Cfr. C. cost., ordinanza 10.3.2017, cit., che, nel dichiarare manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 168-*bis* Cp nella parte in cui non individua sufficientemente i parametri per fissare la durata del lavoro di pubblica utilità, di cui si lamentava il contrasto con l'art. 24 Cost., osserva come «la censura riferita all'art. 24 Cost. è anche non pertinente, perché l'eventuale indeterminatezza normativa del trattamento, in cui consiste il programma di messa alla prova, attiene al profilo sostanziale e non a quello processuale dell'istituto in esame».

<sup>21</sup> Il riferimento è a C. cost., sentenza 27.4.2018, n. 91; a commento v. C. Bottino, *Principi costituzionali*



con un'ordinanza che investe sia la normativa sostanziale sia quella processuale, rievocando il noto conflitto tra elementi di negozialità e logiche di legalità che già aveva tormentato la giurisprudenza e la dottrina degli anni '90 con riguardo al c.d. patteggiamento. Adottando un'analoga prospettiva, il giudice remittente lamenta un'abdicazione dalle funzioni di accertamento tipiche del processo penale, che risulterebbero pretermesse nella disciplina delineata negli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* Cpp<sup>22</sup>; ad essa si aggiunge la questione di legittimità costituzionale dell'art. 168-*bis* Cp, ove si individua un *deficit* di determinatezza relativamente al *quantum* e al *quomodo* del trattamento da applicare all'imputato<sup>23</sup>.

Le censure mosse alla disciplina coniata nel 2014 mirano a colpire al cuore l'istituto della messa alla prova nella veste di *probation* processuale, nella misura in cui questa consentirebbe l'applicazione di una sanzione indeterminata sul piano "edittale" attraverso un procedimento che prescinde dall'accertamento dei fatti e delle responsabilità sulla scorta di una eccessiva valorizzazione della volontà espressa dall'imputato attraverso la richiesta di sospensione e l'adesione al programma elaborato dall'u.e.p.e.

Di diverso spessore sono le questioni che vengono poste all'attenzione dei giudici delle leggi, ma anche quelle che sembrano attenerne più sommessamente a profili di mero rito finiscono per assumere un rilievo sistematico: così la censura che evidenzia l'impossibilità per il giudice dibattimentale investito della richiesta di messa alla prova di acquisire e valutare gli atti delle indagini preliminari, è volta a sottolineare lo scollamento tra accesso alla misura e cognizione nel merito dell'imputazione, concludendosi nel senso della violazione di numerosi parametri sovraordinati, tra i quali non poteva non comparire l'art. 27 co. 2 Cost.<sup>24</sup>; l'argomento, del resto, d'altra

---

*e probation processuale: un contrasto inesistente*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) 16.7.2018; G. Leo, *La Corte costituzionale ricostruisce e "accredita" in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova*, in *DPenCont* 2018, f. 5., 303 ss.; C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza "pena" con finalità specialpreventive*, in *PPG* 2018, f. 6, 1070 ss.; R. Muzzica, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione convenzionalmente orientata per il giudice nazionale*, in *DPenCont* 2018, f. 6, 173 ss.

<sup>22</sup> La q.l.c. sollevata con ord. 16.12.2016 (G.Uff., 1° serie speciale – Corte costituzionale n. 23 del 7.6.2017) dal Tribunale di Grosseto attiene al conflitto tra gli artt. 464-*quater* e 464-*quinquies* Cpp e l'art. 27, co. 2 Cost., nella misura in cui i primi «prevedono la irrogazione ed espiatione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva»; a questo profilo si aggiunge la q.l.c. dell'art. 464-*quater*, co. 4 Cpp per contrasto con gli artt. 97, 101, 111 Cost., «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».

<sup>23</sup> Il Tribunale di Grosseto investe la Corte costituzionale della q.l.c. dell'art. 168-*bis*, co. 2 e 3 Cp, per contrasto con l'art. 25, co. 2 Cost., «in quanto prevede la applicazione di sanzioni penali non legalmente determinabili».

<sup>24</sup> La q.l.c. del contrasto con gli artt. 3, 111 comma 6, 25 co. 2 e 27 co. 2 Cost. di quanto previsto nell'art. 464-*quater* co. 1 Cpp viene rinvenuta «nella parte in cui non prevede che il giudice del dibattimento, ai fini della cognizione occorrente ad ogni decisione di merito da assumere nel [procedimento speciale di messa alla prova], proceda alla acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari restituendoli per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della

parte, viene nuovamente invocato allorché si intravede nella messa alla prova di cui agli artt. 464-*quater* e 464-*quinqüies* Cpp una forma di «irrogazione ed espiazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né pronunciabile alcuna condanna definitiva o non definitiva».

Insomma, si imponeva la necessità di comprendere se l'ordinanza di sospensione e ammissione alla prova debba poggiare su un accertamento dei fatti e delle responsabilità<sup>25</sup>, analogamente ad ogni provvedimento in forza del quale si crea un titolo per l'applicazione di sanzioni incidenti –direttamente o mediatamente– sulla libertà personale dell'individuo.

Sotto il profilo delle cadenze del rito e della *factual basis* che orienta il giudice chiamato a decidere sull'ammissione al *probation* processuale, i giudici di legittimità delle leggi con dimestichezza rispondono alle sollecitazioni del giudice *a quo*, attraverso la scelta di una soluzione interpretativa che, muovendosi nel solco ben segnato dai meccanismi sperimentati in sede di procedimenti negoziali, consente al giudice di impiegare gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero: qui l'*analogia legis* tra messa alla prova *ex* artt. 464-*bis* ss. Cpp da una parte e giudizio abbreviato e patteggiamento dall'altra parte diventa lo strumento principale per risolvere la *questio iuris* senza decretare l'illegittimità delle disposizioni codicistiche. Attraverso l'applicazione analogica di quanto statuito dall'art. 135 NAttCpp, la Corte individua l'interpretazione costituzionalmente orientata<sup>26</sup> che consente al giudice del dibattimento di utilizzare anche gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero ai fini dell'adozione dell'ordinanza in tema di sospensione con messa alla prova, superando così i *deficit* conoscitivi che sarebbero collegati al deserto probatorio che connota fisiologicamente il fascicolo a sua disposizione nel segmento che precede la dichiarazione di apertura del dibattimento<sup>27</sup>.

---

messa alla prova».

<sup>25</sup> Sul punto, per un'analisi della pronuncia in parola alla luce dei percorsi interpretativi sviluppati in seno alla giurisprudenza di legittimità e a quella costituzionale v., oltre agli Autori citati *sub* nt. 19, C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., 677 ss.

<sup>26</sup> Si tratta, del resto, di soluzione interpretativa che, come ricordato nello stesso corpo argomentativo della sentenza, la giurisprudenza di legittimità ha già percorso con riguardo alla richiesta di giudizio abbreviato reiterata davanti al giudice del dibattimento dopo il rigetto avvenuto nel corso dell'udienza preliminare. In proposito v. Cass. S.U. 27.10.2004, in *CP* 2005, 358 (con nota di P. Spagnolo, *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*).

Abbastanza eccentrico, invece, il correttivo interpretativo ipotizzato dall'Avvocatura dello Stato, che riteneva possibile colmare la lacuna conoscitiva del giudice del dibattimento investito della richiesta di messa alla prova «attraverso l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, *ex* articolo 431 co. 2 Cpp»: oltre alla difficoltà di ricorrere a tale disposizione senza la presenza di un accordo delle parti avente espressamente ad oggetto il materiale - *singulatim* individuato - da acquisire nel fascicolo del giudice, è evidente che quello stesso materiale, acquisito per la delibazione di ammissione al rito speciale, sarebbe poi destinato a mantenere valore di prova nell'eventuale giudizio di merito che facesse seguito al fallimento del *probation*, con una sostanziale eterogenesi della finalità con cui era stato prestato il consenso all'utilizzo.

<sup>27</sup> In dottrina, avevano già anticipato la praticabilità della soluzione M.F. Cortese, *Il probation giudiziale: la sospensione del processo con messa alla prova*, in G. Spangher (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino 2015, 446; V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione*

La soluzione sposata dai giudici costituzionali offre un interessante esempio dell'utilità di far riferimento alla normativa e alla elaborazione maturata con riguardo alla giustizia penale negoziata, anche quando si sia chiamati ad applicare la disciplina del *probation* processuale. In questo senso, la scelta effettuata dal legislatore del 2014 di regolamentare gli aspetti procedurali dell'istituto all'interno del Libro VI del codice di rito pare felice e fortunata.

L'analogia con i riti negoziali, però, non si limita ai tratti più schiettamente procedurali, estendendosi nell'argomentare della Consulta anche a profili strutturali, rispetto ai quali, peraltro, è doveroso muoversi anche in una prospettiva di più attenta salvaguardia delle specificità della messa alla prova. Del resto, la stessa questione attinente ai limiti cognitivi del giudice connaturati all'impiego del fascicolo risultava proiettata verso una censura che mirava a scardinare nelle fondamenta la tenuta processual-sistematica del nuovo rito speciale: a parere del giudice rimettente, invero, la limitazione delle risorse probatorie ai soli contenuti del fascicolo del dibattimento pregiudicherebbe la tenuta costituzionale dell'ammissione al *probation*, in quanto quest'ultimo provvedimento comporterebbe l'applicazione di quelle che sono qualificate, nell'ordinanza di remissione alla Consulta, in termini di «sanzioni»<sup>28</sup> e – si osserva in proposito – «secondo il vigente ordinamento processuale e costituzionale, la irrogazione di qualsiasi trattamento sanzionatorio di diritto criminale -compreso quello che risulterebbe stabilito nella ordinanza di messa alla prova- [...] postula l'indefettibile presupposto del convincimento del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato in relazione alla ipotesi criminosa costituente oggetto della presupposta accusa».

Ecco che i profili processuali si saldano con quelli sostanziali, esigendo dalla Corte costituzionale una risposta che vada ben oltre il circoscritto profilo dell'utilizzabilità del fascicolo delle indagini ai fini dell'ammissione al *probation*, per verificare la compatibilità del modello con il canone del *nulla poena sine iudicio*. Invero, la Corte costituzionale ritiene di dover partire dal potenziale contrasto con la considerazione di non colpevolezza, individuando in ciò una questione «logicamente pregiudiziale» alle altre che interessano la struttura portante del nuovo istituto. In poche battute la Consulta pone al centro e risolve la questione dell'incompatibilità delle disposizioni codicistiche con l'art. 27 co. 2 Cost., nella parte in cui, nella lettura

---

con messa alla prova, Napoli 2017, 142. In tema v. anche le osservazioni di C. Bottino, *Principi costituzionali e probation processuale: un contrasto inesistente*, cit., 7, che evidenzia il nesso tra acquisizione del fascicolo ex art. 135 NAttCp ed esigenze di accertamento, sottolineandone al contempo la diversa proiezione cognitiva rispetto al c.d. patteggiamento: in quest'ultimo la lettura degli atti di indagine è funzionale all'adozione di una sentenza nel merito dell'imputazione, mentre nel rito in parola l'acquisizione del fascicolo delle indagini vale ad orientare il giudice nella decisione interlocutoria sull'ammissione o meno alla prova.

<sup>28</sup> Cfr. Trib. Grosseto, ord. 16.12.2016, n. 81, cit., ove si afferma che, ai sensi dell'art. 168-bis Cp, con l'ordinanza che ammette alla prova vengano applicate «una sanzione ripristinatoria/riparatoria eventuale [...] concernente la prestazione di condotte volte alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose [...]; una sanzione specialpreventiva/rieducativa essenziale [...] concernente l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma [...]; una sanzione retributiva/rieducativa coesistente [...] concernente la prestazione di lavoro di pubblica utilità».

del giudice rimettente, prevedono «la irrogazione di sanzioni penali senza che risulti pronunciata né di regola pronunciabile alcuna condanna»: lo stretto intreccio tra pena e accertamento di responsabilità viene sciolto sulla base di un duplice argomentare, che, partendo dal terreno dissodato attraverso l'analisi condotta con riguardo alla giustizia penale negoziata, coltiva e valorizza le specificità del *probation* processuale di più recente conio.

Forte della riconducibilità dell'istituto di cui agli artt. 464-bis ss. Cpp al novero dei riti speciali e dell'assimilazione dello stesso ai procedimenti di stampo negoziale, la Corte ha gioco facile nel richiamare il costrutto che in passato ha salvato il c.d. patteggiamento dalle medesime censure di incostituzionalità per contrasto con la presunzione di non colpevolezza. Espressamente si afferma che, quanto al profilo della «mancanza di un formale accertamento di responsabilità e di una specifica pronuncia di condanna, la sospensione del procedimento con messa alla prova può essere assimilata all'applicazione della pena su richiesta delle parti»: una siffatta assimilazione risulta giustificata sulla base dello straordinario rilievo che viene attribuito dal legislatore alla volontà delle parti (e segnatamente dell'imputato), alla quale si deve la contrazione del rito proiettato rapidamente verso un epilogo che sembra sollevare il giudicante dall'ordinario sforzo gnoseologico sul merito dell'imputazione. Tra le tante posizioni che si sono succedute nel lungo e travagliato percorso che hanno compiuto dottrina e giurisprudenza<sup>29</sup> in tema di composizione degli aspetti negoziali con le finalità cognitive del processo, i giudici delle leggi richiamano il primo e più tranquillizzante *decisum*, con cui nel 1990 la stessa Corte costituzionale tracciò le geometrie fondamentali del rito patteggiato: con la sentenza n. 313 del 1990<sup>30</sup> si circoscrisse l'effetto erosivo dei poteri giudiziari che sembrava doversi riconoscere al dirompente meccanismo della negozialità, inserendo un momento di controllo del giudice anche sulla congruità della pena e, a monte, collocando una verifica di merito sul tema della colpevolezza che trovava il proprio riferimento normativo nel richiamo all'art. 129 Cpp

La scelta di politica criminale compiuta in quella occasione fu chiara sotto il profilo sistematico -andando nella direzione di un contenimento delle logiche

<sup>29</sup> In materia v., di recente, A. Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 89 ss.; per una ricostruzione, rapida ma efficace, dei vari indirizzi interpretativi sviluppatasi in dottrina e giurisprudenza sul tema della cognizione interna alla procedura patteggiata v. J. Della Torre, *Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio del patteggiamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 20.3.2018, 6 s. Il tema è ampiamente trattato da S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento di responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano 2005, 173 ss.; v. inoltre, M. Gialuz, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *ED, Annali II*, Milano 2008, 13 ss. Infine, volendo, v. V. Bonini, *La riscoperta del modello cognitivo e la sua prevalenza sulla negozialità processuale: un significativo superamento di consolidati orientamenti della Corte di cassazione*, in *IP* 2007, 167 ss.

<sup>30</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 26.6.1990 n. 313, sulla quale v. E. Dolcini, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 Cpp*, in *RIDPP* 1990, 797 ss.; G. Fiandaca, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *FI* 1990, I, 2386 ss.; G. Lozzi, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *RIDPP* 1990, 1600 ss.

negoziali che avrebbero altrimenti scardinato la stessa funzione cognitiva del processo penale- ma non altrettanto netta nelle soluzioni applicative: da una parte la Consulta ritenne doveroso il vaglio sulla congruità della pena e dall'altra fissò l'oggetto dell'accertamento nella verifica della insussistenza di cause proscioglitive, realizzando così una alterazione prospettica rispetto alle valutazioni ordinariamente richieste al giudicante<sup>31</sup>. Il delicato tema della vocazione cognitiva o anticognitiva della giustizia penale negoziata non poteva dirsi inequivocabilmente risolto ed avrebbe tormentato ancora per molto tempo giurisprudenza e dottrina<sup>32</sup>.

La rievocazione di quegli approdi decisori, oggi compiuta dalla Corte per offrire coordinate sicure all'interprete che si accinga a confrontarsi con la messa alla prova, non risulta del tutto confacente allo scopo, ma soprattutto pare poco calzante alla luce delle specificità dell'istituto; il rigetto della questione di illegittimità costituzionale degli artt. 464-*quater* e 464-*quinqüies* Cpp viene, quindi, deciso anche sulla base di ulteriori argomenti che superano l'espedito interpretativo calibrato sul mero parallelo con gli istituti già noti. Non sono tanto i punti di contatto con il c.d. patteggiamento, quanto gli elementi di distinguo che offrono gli spunti interpretativi su cui fa leva la Consulta per rassicurare in ordine alla tenuta costituzionale del nuovo rito: accanto alla dimensione processuale, si riconosce la «natura sostanziale» dell'istituto e qui si rinvergono le specificità che giustificano una disciplina diversa in punto di valutazioni giudiziali. Si sottolinea, quindi, l'abbandono della tradizionale

---

<sup>31</sup> Sotto il profilo della valutazione sul *quantum* di pena, il vaglio di congruità si sostanzia, in realtà, in una verifica sulla non incongruità della sanzione concordata tra le parti, atteso che la pena congrua, per definizione, è quella commisurata ai sensi dell'art. 133 Cpp e, dunque, una volta effettuata tale operazione, la pena congrua sulla quale si applichi la diminuzione di un terzo per il rito potrà essere al più "non incongrua". Sulle peculiarità del vaglio di congruità in seno alla procedura patteggiata v., da subito, G. Fiandaca, *Pena patteggiata e principio rieducativo*, cit., 2393; più di recente v. A. Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 148 ss.

Sotto il profilo dell'accertamento dei fatti e delle responsabilità, è arduo individuare il *quantum* di accertamento richiesto nel passaggio dal canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533 Cpp ad una valutazione di mera insussistenza di cause proscioglitive, in particolar modo di fronte a insufficienze o contraddizioni probatorie. Il tema è stato ampiamente sondato, soprattutto nelle problematiche ricadute sul versante costituzionale, da G. Lozzi, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *RIDPP* 1998, 1396 ss.; D. Vigoni, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano 2000, 279 ss.; più di recente v. A. Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 89 ss.

<sup>32</sup> Nel corso degli anni '90 numerosissimi sarebbero stati gli interventi delle Sezioni unite della Corte di cassazione, volti a rispondere al quesito relativo all'*an* e al *quantum* dell'accertamento condotto in seno alla procedura patteggiata, con esiti spesso poco tranquillizzanti; il tema sembra aver raggiunta una apparente ricomposizione con le novelle dei primi anni 2000, che hanno orientato la Corte di cassazione a sposare un orientamento volto a rivalutare la componente cognitiva, orientamento espresso da S.U. 23.5.2006, Diop Oumar, in *CP* 2006, 2780 (con nota di G. Santalucia, *Patteggiamento e revoca di diritto della sospensione condizionale: le Sezioni unite mutano orientamento*); a commento della pronuncia, v. M. Gialuz, *La virata delle Sezioni unite in tema di patteggiamento e revoca della sospensione condizionale: verso l'abbandono dell'orientamento anticognitivo?*, in *RIDPP* 2007, 373; A. Sanna, *Le coordinate del patteggiamento allargato secondo le Sezioni Unite*, in *GP* 2006, III, 463 ss.; nonché, volendo, V. Bonini, *La riscoperta del modello cognitivo e la sua prevalenza sulla negozialità processuale*, cit., 167 ss.

sequenza cognizione/esecuzione (mantenuta, invece, nel patteggiamento, seppure nei termini di una cognizione dei connotati ridotti e ancora sfuggenti), praticato attraverso l'anticipazione di condotte che coltivano la risocializzazione del soggetto<sup>33</sup>; si evidenzia la particolarità dell'epilogo decisivo, che nel rito patteggiato è costituito da una sentenza equiparata a quella di condanna, mentre nella messa alla prova si sostanzia in un provvedimento di segno liberatorio che fa seguito al buon esito della prova; da ultimo, con un argomento che svela l'aspetto più autenticamente innovativo del *probation* processuale, si osserva come, mentre la sentenza patteggiata applica una pena, «l'ordinanza che dispone la sospensione del processo e ammette l'imputato alla prova non costituisce un titolo per dare esecuzione alle relative prescrizioni. Il trattamento programmato non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato»<sup>34</sup>.

Gli artt. 444 ss. Cpp delineano un procedimento di applicazione di una «pena» che, per quanto speciale in ragione della forte componente negoziale, si muove secondo le logiche consuete del rapporto tra processo e sanzione penale; non così nel meccanismo introdotto nel 2014, ove la risposta sanzionatoria cede la sua tradizionale centralità, per essere sostituita da un percorso trattamentale che in sede di applicazione e di esecuzione deve essere continuamente assistito dall'elemento della volontarietà in luogo di quello della coercibilità.

Certo, anche sotto questo profilo la Corte è chiamata a individuare punti fermi e tratti rassicuranti, attingendo dai principi generali del sistema penale e calandoli all'interno di un meccanismo che valorizza la componente volontaristica di adesione ad un programma di trattamento. In questo senso non debbono andare smarriti i fondamentali profili della determinatezza che cingono entro lo steccato della legalità anche i contenuti e la durata della prova a cui si sottopone l'imputato: in una virtuosa coniugazione degli elementi tipici dell'intervento *ex autoritate* con quelli caratterizzanti l'adesione volontaria ad un programma a forte valenza educativa e riparativa, i giudici costituzionali ritengono di individuare sufficienti tratti di determinatezza, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo<sup>35</sup>, nelle disposizioni che delineano i contenuti e la durata della prova e di escludere ogni svilimento delle logiche di legalità a cui è informata la giurisdizione *ex art. 101 Cost.*<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> In questi termini v. anche C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., 678.

<sup>34</sup> In proposito chiosa C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., 679 e 680, che «è proprio la spontaneità dell'esecuzione del trattamento [...] a costituire la cifra specifica della *probation* idonea a distinguerla rispetto ad ogni altro istituto esistente», osservando come la Corte abbia individuato proprio nell'aspetto della esecuzione volontaria del trattamento «la chiave per superare le strettoie del principio *nulla poena sine iudicio*».

<sup>35</sup> Osserva la Corte costituzionale nella sent. n. 91/2018 che i contenuti della prova possono essere modulati, selezionando all'interno di una serie di prescrizioni e comportamenti definiti dalla legge, la quale ultima può indicare solo dei «tipi di condotta che ne possono formare oggetto, rimettendone la specificazione [...] all'U.E.P.E. e al giudice, con il consenso dell'imputato», mentre la durata del programma è individuabile indirettamente sulla base dei tempi massimi di sospensione fissati dall'art. 464-*quater* co. 5 Cpp.

<sup>36</sup> La Consulta, sempre nella sent. n. 91/2018, respinge l'obiezione mossa dal giudice *a quo*, in base alla

La sagoma della messa alla prova delineata dalla Corte costituzionale sembra composta, dunque, da più profili: la componente processuale offre una veste apparentemente semplice e lineare ad un meccanismo che presenta più di un tratto distintivo rispetto ai riti speciali, nutrendosi di una spiccata caratterizzazione in chiave educativa, specialpreventiva, riparativa che ne svela la preponderante anima sostanziale. Si tratta di peculiarità che suggeriscono una più attenta analisi dei contenuti della messa alla prova processuale, così da evitare di operare in via interpretativa un appiattimento di questa sui modelli negoziali più noti.

3. – Seppure animato dal condivisibile intento di porre chiarezza in materia, tentando una ricostruzione dogmatica dell'istituto, il più recente *decisum* della Corte costituzionale, accanto a rassicuranti punti fermi, suscita nell'interprete anche momenti di confusione in ragione di una certa sovrapposizione di piani prospettici. Così è per il parallelo con l'istituto del "patteggiamento", il quale, invero, si regge su una struttura che, al di là del momento consensuale, presenta numerose e significative discontinuità rispetto ai binari su cui si muove la messa alla prova.

L'innegabile presenza di un'anima processuale della messa alla prova non può, insomma, spingersi sino a trascurare le specificità del *probation* rispetto agli altri procedimenti speciali fondati sulla volontà dell'imputato. Il rischio di un'interpretazione che si concentri sulle, pur innegabili, analogie con il c.d. patteggiamento è quello di privilegiare, per familiarità piuttosto che per obiettiva congruenza, le strade già battute, enfatizzando i profili di contiguità alla giustizia penale negoziata tradizionale e limitando la portata innovativa delle logiche di cui è intriso lo strumento della messa alla prova. Peraltro, proprio le caratteristiche strutturali e funzionali del *probation* processuale consentono di superare talune consistenti aporie con cui si devono ancora confrontare gli strumenti della negozialità premiale calata all'interno del processo penale per ragioni squisitamente economicistiche<sup>37</sup>. Dal punto di vista funzionale, non c'è dubbio che la richiesta dell'imputato, collocata in fase prodromica al dibattimento, determini una deviazione del percorso processuale ordinario, che conduce a un esito favorevole, assecondando

---

quale la volontà dell'imputato integrerebbe una vera e propria «condizione meramente potestativa» a cui resterebbero subordinati i provvedimenti del giudice, in quanto l'espressione di volontà non elimina la verifica di idoneità del programma che deve essere condotta dal giudicante. La sintesi tra consenso dell'imputato come presupposto della soluzione procedimentale diversificata e verifica giudiziale come espressione delle logiche di legalità del sistema penale consente di escludere ogni violazione dell'art. 101 Cost. In tema già si era espressa, proprio con riferimento alle censure mosse al c.d. patteggiamento, Corte cost. n. 313/1990.

<sup>37</sup> Oltre al tema dell'accertamento condotto all'interno degli schemi negoziali, che viene affrontato dalla sent. n. 91/2018, l'inserzione di elementi –più o meno corposi– di giustizia penale riparativa all'interno dei modelli premiali contribuisce a superare in termini rassicuranti l'annoso e irrisolto dibattito sul significato della premialità nel prisma delle funzioni della pena; la questione trova spunti per una significativa rimodulazione all'interno di istituti, qual è il *probation* processuale, che si ispirano ai modelli di giustizia riparativa/conciliativa, i quali, nell'incentivare comportamenti di resipiscenza, a valore educativo, di ristoro morale e materiale dell'offeso, manifestano una indubbia rilevanza in chiave specialpreventiva.

sia l'interesse dell'ordinamento all'economia e non superfluità dei giudizi penali, sia l'interesse dell'accusato alla premialità connessa al rito. Ciò porta a condividere con i procedimenti speciali di matrice negoziale la funzione economicistica e la natura di strumento difensivo: non è difficile, però, scorgere nel *probation* processuale elementi di novità che si aggiungono a tali caratteristiche e finiscono per sfumarle, in ragione della necessaria coniugazione con gli altri tratti distintivi di questo istituto<sup>38</sup>.

In questo senso può essere utile sottolineare come la finalità di economia processuale, che costituisce la *ratio* della procedura patteggiata, non presenti la stessa centralità nella messa alla prova, ove la logica, conciliativa e riparativa, colora l'istituto delle tinte della *restorative justice*, innervando l'istituto di una nuova dimensione funzionale. Non di un mero congegno deflativo si tratta, bensì di un esempio – ed anzi, il più caratterizzato in tal senso nel panorama processuale penale nazionale – di quella modalità differenziata di giustizia penale, che valorizza la finalità di ricomposizione del conflitto rispetto alle tradizionali funzioni special-preventive<sup>39</sup>. Così, mentre nei riti semplificati la finalità di economia processuale non comporta un abbandono del paradigma cognitivo tipico del processo penale, limitandosi ad incidere sul *quantum* e sul *quomodo* dell'accertamento, non così nelle ipotesi di giustizia riparativa: qui la pena e con essa l'accertamento perdono la consueta centralità, per lasciare spazio al diverso obiettivo della soluzione del conflitto e della riparazione. I molteplici contenuti del programma di prova, orientati a logiche specialpreventive, riparative e conciliative arricchiscono l'istituto di componenti sconosciute ai più tradizionali modelli di giustizia penale negoziata e aprono l'orizzonte teleologico su funzioni che attribuiscono a questo intervento una giustificazione che va ben oltre la mera premialità in chiave di incentivo ad una soluzione economica. Di questa finalità esoprocessuale della messa alla prova non può non tenersi conto, anche quando ci si confronti con la disciplina contenuta negli artt. 464-*bis* ss. Cpp, perché proprio la struttura ancipite dell'istituto consente di superare le ricadute più problematiche delle logiche squisitamente negoziali coltivate dal legislatore del 1988.

---

<sup>38</sup> Cfr. A. Martini, *Cronaca di un successo annunciato*, cit., 489 s., che evidenzia come la misura in parola si muove «non tanto nella prospettiva di conseguire meri effetti di deflazione processuale, quanto piuttosto per consentire una politica penale differenziata ed articolata nella determinazione della sanzione giusta per il caso concreto» e richiama tra le ragioni della riforma «l'insuccesso politico criminale di una sospensione condizionale che, nella quotidianità giudiziaria, continua ad essere amministrata con poco costruito». In termini analoghi C. Cesari, *La sospensione della messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti*, in LP 2014, [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 513, che osserva come «[g]li scopi deflattivi [...] sembrano essere la parte più fragile della *ratio* dell'istituto», nonché «[c]he poi con un simile intervento si vogliano raggiungere obiettivi di decarcerizzazione, convince davvero poco», mentre «è plausibile pensare che essi costituiscano il grosso di quella “cifra nera” normalmente destinata all'oblio giudiziario, attraverso le nebbie delle archiviazioni per prescrizione, sicché la messa alla prova potrebbe, semmai, paradossalmente, essere l'unica vera reazione istituzionale ad illeciti che per lo più resterebbero “sottotraccia”, non solo non puniti, ma anche non perseguiti».

<sup>39</sup> Osserva C. Cesari, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., 512 s., come l'istituto in parola «porta con sé un'opzione ideologica di fondo che costituisce una svolta del sistema assai più della strategia di accelerazione dei tempi processuali [...]. La sospensione del processo con messa alla prova, infatti, traghetta l'ordinamento processualpenalistico verso le logiche della giustizia riparativa».



In particolare, il riconoscimento e la valorizzazione delle specificità funzionali (che si riflettono in precise specificità strutturali e contenutistiche) del *probation* processuale, offrono la possibilità di evitare appiattimenti interpretativi su piani di approccio che, già intrisi di risvolti problematici nell'ambito della giustizia penale negoziata, risultano qui fuorvianti, oltre che inidonei a fornire risposte sistematiche rassicuranti. È quanto sembra avvenire con riguardo alla questione relativa all'*an* e al *quantum* dell'accertamento che deve essere condotto dal giudice in seno ai riti premiali, ripercorso dalla Consulta sulla scia degli approdi raggiunti in tema di "patteggiamento", come del resto già suggerito da parte della dottrina<sup>40</sup> che si è cimentata nella sistemazione del nuovo *probation*. Si tratta di un profilo che, presentando un'indubbia centralità per quanti vogliono ricostruire la natura giuridica dell'istituto e saggiarne la tenuta costituzionale, deve essere adeguatamente esplorato, rifuggendo dalla tentazione di optare per sistemazioni semplicistiche.

Peraltro, la pluridecennale analisi del rito patteggiato ha ruotato a più riprese intorno alla questione delle esigenze cognitive, impegnando dottrina e giurisprudenza in un dibattito che sembra essere stato infine abbandonato solo per la consapevolezza di non poter rinvenire quella "quadratura del cerchio" che assegnasse il giusto peso alla componente deflativa senza sacrificare il livello di accertamento richiesto alla giurisdizione penale. Ormai aduse alle formule che, in modo un po' traluzio, esigono sì un accertamento dei fatti e delle responsabilità, ma non in modo pieno<sup>41</sup>, e che riconoscono sì effetti penali alla sentenza di applicazione concordata della pena, ma non in ragione di un'identità con la sentenza di condanna, bensì di una equiparazione giuridica alla stessa<sup>42</sup>, giurisprudenza e dottrina sembrano convenire sulla necessità di

---

<sup>40</sup> Cfr. C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, cit., 666 ss.; M.F. Cortesi, *Il probation giudiziale: la sospensione del processo con messa alla prova*, in G. Garuti (a cura di), *I procedimenti speciali, Procedura penale, Teoria e pratica del processo*, Torino 2015, 441; V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 142 s.; M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 193 ss.

<sup>41</sup> Sin dalle prime battute applicative si è escluso che nel c.d. patteggiamento si conducesse un positivo accertamento di responsabilità, implicando il richiamo all'art. 129 Cpp una mera verifica in negativo (in questi termini si esprimeva, del resto, la *Relazione al progetto preliminare*, in GU 24.10.1988, n. 250, suppl.ord. 2, 107). Decisamente orientate a dare prevalenza alla componente negoziale erano i primi approdi decisori delle Sezioni Unite; basti in proposito ripercorrere brevemente gli argomenti impiegati da Cass. S.U. 8.5.1996, De Leo, CP 1996, 3579 ss. allorché affermava che nel «c.d. patteggiamento si perviene ad una pronuncia giurisdizionale "senza giudizio", sia con riguardo alla fondatezza dell'accusa ed alla responsabilità dell'imputato, sia relativamente alla conseguente statuizione della pena». Anche in epoca più recente, nonostante la rivalutazione della componente cognitiva operata da Cass. S.U., 23.5.2006, Diop Oumar, cit., il *quantum* di accertamento trova significativi ridimensionamenti, traducendosi in una verifica in negativo dell'insussistenza di cause che impongono il proscioglimento (cfr. Cass., sez. II, 17.1.2011, Alba, CEDCass, m. 252085).

<sup>42</sup> Così, ancora, Cass. S.U. 8.5.1996, De Leo, cit., 3581, ove si sottolinea come l'equiparazione presupponga una differenza ontologica tra i due tipi di pronunce giurisdizionali e si rende necessaria sul piano normativo in ragione di quella differenza: la stessa conclusione viene raggiunta da Cass. S.U. 28.5.1997, Lisuzzo, in CP 1997, 3341 e ha rappresentato la base argomentativa per escludere da parte di Cass. S.U. 25.3.1998, Giangrasso, in CP 1998, 2897, che la sentenza di "patteggiamento" potesse essere sottoposta a revisione. Su posizioni in parte differenziate merita ricordare anche Cass. S.U. 27.3.1992, Di Benedetto, in CP 1992, 2060, per la quale la sentenza "patteggiata" «se pure affermativa di

“abbassare” il livello di accertamento all’interno dei percorsi negoziali, senza tuttavia escluderlo per un’esigenza di rispetto del canone del *nulla poena sine iudicio* direttamente desumibile dall’art. 27 co. 2 Cost.

L’intenso confronto che si è avuto sul tema dopo l’introduzione del rito di cui agli artt. 444 ss. Cpp non sembra aver condotto a risultati in grado di fissare con sufficiente nitidezza l’oggetto dell’accertamento e il criterio di giudizio adottato dal giudice del rito patteggiato, restando sul piatto più di un dubbio di compatibilità costituzionale della lettura, certo assai sfumata, che la prassi giudiziaria offre in materia<sup>43</sup>.

Dunque, foss’anche al solo fine di comprendere se si ripropongano le frizioni che la giustizia negoziata genera rispetto al precetto espresso dall’art. 27 co. 2 Cost., vale la pena di verificare in che misura possa sposarsi l’analogia con il c.d. patteggiamento sotto il profilo dell’accertamento dei fatti e delle responsabilità anche all’interno dei percorsi procedurali di messa alla prova.

4. - Più di un profilo di vicinanza – ora sul versante strutturale, ora sul versante schiettamente normativo – ricorre tra “patteggiamento” e messa alla prova processuale: il momento consensuale su cui riposa la deviazione dal percorso ordinario e il richiamo all’art. 129 Cpp come disposizione deputata a disciplinare l’epilogo proscioglitivo che si insinui all’interno della cadenza semplificata sembrano segnare le basi normative comuni, sulle quali ergere le specificità dei due riti semplificati. A ben vedere, però, le analogie con il procedimento di cui agli artt. 444 ss. Cpp gettano luce solo su una componente dell’istituto, per andare incontro ad un robusto ridimensionamento, quando si sposti lo sguardo verso la dimensione funzionale del *probation* processuale, che finisce per suggerire una diversa connotazione del ruolo della volontà e della tipologia di accertamento giurisdizionale.

Un profilo che pare comune ai due procedimenti speciali in esame è da rinvenirsi nel ruolo assunto dalla manifestazione di volontà dell’imputato. In entrambi i casi la volontà dell’imputato rappresenta la base per la deviazione procedimentale, con elisione della fase dibattimentale, ma l’oggetto della richiesta o del consenso, nonché il suo significato sono sensibilmente diversi: nel c.d. patteggiamento la volontà dell’imputato ha un oggetto esplicito, rappresentato dalla richiesta di pena da

---

responsabilità, lo è sulla base di un accertamento solo implicito [e pertanto] non è una vera e propria sentenza di condanna». In materia si sono registrate in passato anche soluzioni giurisprudenziali abbastanza eccentriche, che individuavano nel provvedimento di cui all’art. 445 Cpp una sentenza *sui generis*, non riconducibile né alla sentenza di condanna, né a quella proscioglitiva (cfr. Cass. 6.9.1990, Torregrossa, in *GI* 1991, II, 218; Cass. 5.11.1990, Drago in, *RP* 1992, 182). Da tale costruito, del resto, si è fatto discendere un vero e proprio divieto per il giudice che pronuncia sentenza ai sensi degli artt. 444 ss. Cpp di inserire nel dispositivo la dichiarazione di colpevolezza o l’indicazione di condanna (in questo senso v. Cass. 30.10.1997, Lonardi, in *RP* 1998, 386)

<sup>43</sup> Per una ricostruzione del dibattito, cfr. M. Gialuz, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 16 s.; S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., 200 ss.; più di recente, v. G. Cecanese, *Le aporie del patteggiamento*, cit., 60 s. e 147 ss.; A. Sanna, *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative*, cit., 22 ss. e 89 ss.

applicare, e un oggetto implicito, costituito dalla rinuncia alle garanzie difensive che trovano esplicitazione nelle fasi (e gradi) elise, nei limiti della loro disponibilità; gli effetti più incisivi si apprezzano sul versante processuale, consentendo che l'accertamento dei fatti sia condotto sulla base del materiale contenuto nel fascicolo del pubblico ministero, mentre sul versante sostanziale il consenso ha ad oggetto la commisurazione della pena, comprensiva della diminuzione premiale fino a un terzo.

Nel costrutto di cui agli artt. 444 ss. Cpp è consistente il valore del momento negoziale, che incide sia sulle modalità dell'accertamento, sostituendo al metodo dialettico quello della ricostruzione unilaterale, sia sulla commisurazione della pena, della quale divengono protagoniste le parti e sulla quale interviene la diminuzione premiale: la volontà delle parti incide su elementi tipici del percorso giurisdizionale (l'accertamento e la sanzione), alterandone contenuti e sagomatura, ma non arriva al punto di superarne la centralità: responsabilità e sanzione restano i poli intorno ai quali si muove l'intervento penale, pur "patteggiato".

Diversamente nella messa alla prova, dove la volontà dell'imputato non opera all'interno delle categorie note, mutandone intensità e consistenza, ma ne determina un superamento, per imboccare la strada di una giustizia penale diversa: nella richiesta ex art. 464-bis Cpp si registra un oggetto implicito, anche in questo caso rappresentato dalla rinuncia alle garanzie dibattimentali, e un oggetto esplicito, identificabile nella sottoposizione al programma di prova, che, con le sue peculiarità contenutistiche, presenta profili di dirimente novità rispetto alle tradizionali logiche sanzionatorie ed esige, per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, una piena e costante adesione al progetto da parte dell'imputato. Invero, l'elemento volontaristico qui si fa così determinante che non può arrestarsi all'inesco del rito, ma deve accompagnare l'intera vicenda giudiziaria, sino alla chiusura della messa alla prova. La centralità dell'espressione di volontà che evidenzia la comune riconducibilità agli schemi della negozialità processuale<sup>44</sup>, viene ad assumere nella messa alla prova il carattere della necessaria immanenza, dovendo non solo essere presente in occasione dell'inesco della procedura speciale, ma accompagnarne tutti gli sviluppi (esecutivi e modificativi) sino alla chiusura della stessa<sup>45</sup>. In sintesi, nel patteggiamento il consenso prestato è irrevocabile e il patto non rescindibile, quando sia stato tradotto in un provvedimento

---

<sup>44</sup> Il ruolo centrale assegnato alla manifestazione di volontà nel c.d. patteggiamento e nella messa alla prova risulta ribadito dalla comune previsione del potere in capo al giudice di convocare l'imputato assente al solo scopo di sondare la volontarietà della richiesta di rito speciale avanzata, esigendo gli artt. 446 co. 5 e 464-*quater* co. 2 Cpp che vi sia piena consapevolezza in ordine non solo all'abbandono della via ordinaria (che implicherebbe analoghi poteri di accertamento all'interno del giudizio abbreviato), ma anche dei caratteri essenziali del rito speciale, nella misura in cui comporta l'applicazione di una sanzione o l'esecuzione di un programma di prova.

<sup>45</sup> Cfr. in proposito A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *DPP* 2014, 677, che afferma come «[i]l consenso dell'imputato pervade l'intero meccanismo della messa alla prova. La sua volontà è elemento condizionante l'accesso al rito (art. 168-bis Cp e 464-bis Cpp), l'attuazione del programma trattamentale e le sue, eventuali, modifiche». In termini identici si esprime N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 61. In tema v. anche M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 182 s.

del giudice<sup>46</sup>, mentre nella messa alla prova il consenso può essere revocato anche *per facta concludentia*, facendo venire meno un presupposto, con l'effetto di interrompere la prova medesima e imporre la riapertura del processo nel punto in cui era stata disposta la sospensione<sup>47</sup>.

I motivi di tale diversità sono di facile comprensione e determinano effetti sostanziali di non poco momento, proprio sotto il profilo del necessario distinguo tra istituti apparentemente assimilati dalle scelte codicistiche. Nel patteggiamento la manifestazione di volontà ha ad oggetto la semplificazione del rito e l'applicazione di una sanzione; nel momento in cui il giudice ammette la richiesta non v'è spazio per ripensamenti, poiché, esauriti gli spazi di negoziabilità, riconquista la propria esclusività la gestione *ex auctoritate* della vicenda penale. Invece, nella messa alla prova la manifestazione di volontà ha ad oggetto la realizzazione di un programma che si articola in vari adempimenti e prescrizioni che debbono essere posti in essere dall'imputato come segno di adesione ai valori socialmente condivisi e di riconoscimento delle ragioni della vittima; affinché la condotta dell'imputato possa essere apprezzata positivamente, dando luogo ad una valutazione di superamento della prova, quelle condotte lungo le quali si articola il programma debbono essere realizzate in modo volontario. Insomma, qui la volontà non è solo diretta alla conclusione di un "negozio processuale", ma ha il valore di adesione ai contenuti della prova: laddove questa adesione venga meno e l'imputato violi le prescrizioni o non ponga in essere i comportamenti concordati, viene meno anche la *ratio* stessa della sospensione con messa alla prova e si creano i presupposti per la revoca dell'ordinanza ammissiva con riapertura del processo.

Tale costrutto innesca importanti conseguenze sul piano della natura giuridica del programma di messa alla prova e vale a segnare un'importante distinzione rispetto al contenuto del concordato sulla pena ex artt. 444 ss. Cpp: la connotazione volontaria che accompagna e sostiene il complesso delle attività che compongono la prova durante lo svolgimento della medesima vale ad escludere che a quelle attività possa essere riconosciuta natura propriamente sanzionatoria<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Sulla irrevocabilità della manifestazione di volontà interna al rito "patteggiato", una volta che questa si sia tradotta in un accordo tra le parti v., di recente, A. Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 38 ss. In giurisprudenza numerosi sono i costrutti elaborati per affermare l'irrevocabilità del consenso, che sia stato recepito dal giudice con il provvedimento che dispone l'ammissione del rito: in proposito v. *ex plurimis* Cass. 9.1.2009, Aluku, in *CP* 2010, 1589. Buona parte della giurisprudenza individua il maturare dell'irrevocabilità con il raggiungimento dell'accordo tra le parti: in questi termini v. Cass. 11.7.2012, Parascenzo, *CEDCass*, m. 254371; Cass. 4.6.2009, Bevilacqua, in *ANPP* 2010, 760; Cass. 17.12.2008, Quintano, in *ANPP* 2010, 475.

<sup>47</sup> L'articolato codicistico, sia nella componente sostanziale che in quella processuale, non prevede la revoca del consenso, bensì la revoca dell'ordinanza di messa alla prova al venir meno dei presupposti che ne avevano consentito l'adozione; poiché tra questi l'art. 168-*quater* Cp individua la trasgressione al programma o alle prescrizioni, ovvero il rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità, è evidente come l'esecuzione della prova debba essere costantemente assistita dalla volontà dell'imputato.

<sup>48</sup> *Contra*, in dottrina, V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit. 136 ss., che ritiene di individuare contenuti sanzionatori nel programma di *probation* in ragione del tipo di valutazioni che è chiamato ad eseguire il giudice (impiegando i criteri di cui all'art. 133 Cp e effettuando

Mentre la pena concordata nell'ambito del rito "patteggiato", una volta fissata nell'accordo e ratificata dal giudice con la pronuncia della sentenza, perde ogni colorazione volontaristica e recupera tutta la *vis* autoritativa che connota il comando sanzionatorio, così non è per le prescrizioni e gli adempimenti che compongono il trattamento nel *probation* processuale. Al di là di ogni similitudine naturalistica e fenomenica con talune categorie sanzionatorie (come deve riconoscersi all'evidenza per il lavoro di pubblica utilità<sup>49</sup>) resta ferma una differenza importantissima: la mancata esecuzione di una sanzione innesca una ulteriore reazione sanzionatoria, per lo più di inasprimento, che incide sulla libertà del prevenuto, mentre la mancata esecuzione dei contenuti del programma di prova determina la ripresa del processo che era stato sospeso, lasciandone impregiudicati gli esiti<sup>50</sup>.

Dunque, proprio l'importante ruolo ricoperto dalla volontà nella messa alla prova, che traligna il mero rilievo procedimentale di innesco del rito, per presentarsi in termini di consapevole<sup>51</sup> e immanente adesione ad un programma a forte valenza

---

una prognosi di non recidivanza), in forza del parallelismo con la messa alla prova minorile e con il c.d. patteggiamento; nello stesso senso v. anche R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, VIII ed., Milano 2016, 645, il quale ritiene che «con il *probation* processuale l'imputato si assoggetta a una applicazione anticipata della pena, sia pur nella modalità alternativa prevista dall'art. 47 ord.penit.». Ritengono invece di escludere la natura sanzionatoria del trattamento in cui si articola la messa alla prova A. Scalfati, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria, Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino 2014, 9, ove si esclude una frizione con il dato costituzionale per la mancanza di un previo accertamento «considerando che l'esito positivo della prova genera una sentenza estintiva, mentre il trattamento non possiede un carattere tradizionalmente sanzionatorio e, soprattutto, è chiesto dall'imputato che condivide il programma nel dettaglio»; G. Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 728, che osserva come il programma trattamentale «pur almeno in parte afflittivo, non va assimilato a un provvedimento sanzionatorio, pure per il rilievo accordato al ruolo della vittima e alle attività specificamente risocializzanti, nonché per il dover essere anticipatamente e dettagliatamente condiviso dal richiedente». Articolata è la posizione di M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 78 ss., condotta alla luce di un'analisi dei singoli contenuti prescrittivi che possono andare a comporre la prova, fino al nucleo essenziale del lavoro di pubblica utilità, rispetto al quale si ritiene di individuare una natura sanzionatoria in ragione della necessità di tale elemento all'interno del programma.

<sup>49</sup> Cfr. le osservazioni di C. Cesari, *La sospensione con messa alla prova*, cit., 517, che rileva come la similitudine del lavoro di pubblica utilità con il corrispondente strumento sanzionatorio crea indubbe criticità, che possono venire risolte in quanto anche tale componente del programma di prova «è oggetto di consenso e deve altresì essere costruito, quanto a tempi e modi, in base a logiche di compatibilità con le esigenze di varia natura dell'imputato che lo accetta». In tema v. anche M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti – A. Marandola – G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Torino 2014, 404.

<sup>50</sup> La stessa differenza si apprezza confrontando i due meccanismi di *probation* –processuale e penitenziario–: la mancata esecuzione del programma di prova determina nel primo caso la ripresa del processo, mentre la revoca dell'affidamento ex art. 47 co. 11 Op conduce al ripristino delle modalità detentive di esecuzione della pena.

<sup>51</sup> Il riferimento è alla previsione contenuta nell'art. 464-*quater* co. 2 Cpp, ove, recuperando quando già statuito in sede di richiesta di pena concordata, si prevede che il giudice possa verificare la volontarietà dell'iniziativa dell'imputato.

Quanto alle caratteristiche del consenso, osserva C. Cesari, *La sospensione con messa alla prova*, cit., 518, che questo «deve essere liberamente espresso e non condizionato o estorto, neppure

educativa, porta ad escludere che l'ammissione al *probation* si risolva in un provvedimento con cui sono disposte sanzioni penali<sup>52</sup>: la limitazione della libertà, che può apprezzarsi attraverso il reticolo di prescrizioni comportamentali impartite dal giudice che ammette alla prova, non assume i contenuti e la forza della risposta sanzionatoria, in quanto è frutto di una scelta volontaria dell'imputato, alla quale lo stesso può sottrarsi in qualsiasi momento, generando il solo effetto di riaprire il processo laddove era stato sospeso.

Sotto questo punto di vista, un distinguo deve essere evidenziato anche rispetto alla messa alla prova disposta nell'ambito del processo a carico di imputati minorenni: la valenza fortemente educativa di cui è intrisa la giurisdizione penale minorile porta con sé alcune importanti ricadute in punto di rilievo della volontà dell'imputato. Come noto, l'art. 28 d.P.R. n. 448/1988 non prevede tra i presupposti della misura la richiesta o il consenso dell'imputato, limitandosi a sancire il potere del giudice minorile di disporre con ordinanza la sospensione del processo, «sentite le parti». La minore età dell'imputato, che sembra impedire meccanismi di negozialità pura, unita alle ascendenze di un certo paternalismo giudiziario di cui la giustizia penale minorile fa fatica a liberarsi del tutto hanno privato la messa alla prova della base negoziale, per privilegiarne la vocazione schiettamente educativa. Certo, anche il costrutto elaborato dal legislatore del 1988 non poteva del tutto prescindere dall'elemento volontaristico in chiave di adesione al programma<sup>53</sup>, che normativamente è stato tradotto nella previsione di una revoca della sospensione in caso di trasgressione delle prescrizioni: ma qui la previsione finisce, appunto, per assumere un sapore diverso, che esalta la valenza formativa del programma piuttosto che la componente volontaristica dello stesso, in analogia a quanto avviene nell'affidamento in prova disposto in fase esecutiva.

La stessa Corte costituzionale, evidenziata la matrice educativa del *probation* minorile tratteggiato in sede di legge delega (art. 3 l. n. 81/1987), osserva come «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 personalità del

---

indirettamente» e che «tale sarebbe, ad esempio, se il vantaggio ottenuto con la prestazione lavorativa rispetto al processo e alle conseguenze punitive potenziali per il reato commesso, fosse eccessivo», per escludere poi che la corrente disciplina del *probation* processuale possa generare tali effetti distorsivi.  
<sup>52</sup> In questi termini v. anche G. Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, 728, che, in relazione al programma trattamentale osserva come «sebbene almeno in parte afflittivo, non va assimilato a un provvedimento sanzionatorio, pure per il rilievo accordato al ruolo della vittima e alle attività specificamente risocializzanti, nonchè per il dover essere anticipatamente e dettagliatamente condiviso dal richiedente».

<sup>53</sup> In proposito v. le considerazioni di C. Cesari, *Commento all'art. 28*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, Milano 2016, 356 s.; Ead., *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *ED, Annali IX*, Milano 2015; N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, cit., 37, che osserva come «[s]ebbene le norme in tema di messa alla prova non lo indichino espressamente [...] la disponibilità consapevole del minore ad intraprendere il percorso educativo implicato dalla messa alla prova si configura come imprescindibile elemento soggettivo che si pone alla base della stessa prognosi positiva circa l'utilità della prova».

minorenne all'esito della prova»<sup>54</sup>. Nella stessa occasione, peraltro, i giudici delle leggi individuano il «convincimento del giudice in ordine alla responsabilità penale dell'imputato [come] un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova», collegando tale profilo alla finalità educativa dello strumento ed alla correlativa esclusione di logiche negoziali a governare lo stesso<sup>55</sup>.

A conferma della distanza che v'è tra i due modelli di *probation* processuale, basti osservare come solo in ambito codicistico si prevede, oltre alla richiesta dell'imputato come presupposto della sospensione, un coinvolgimento dello stesso in tutte le ipotesi in cui si ritenga di dover modificare i contenuti del programma "in corso d'opera"<sup>56</sup>; niente di simile si rinviene nella disciplina dettata dai più scarni e sommari artt. 28 e 29 d.P.R. 448/1988, ove, per l'appunto, l'iniziativa può essere officiosa sia in sede di innesco, sia in sede di rimodulazioni interne delle prescrizioni. Né pare che la riconducibilità a una logica sanzionatoria, piuttosto che a un'adesione a modelli di giustizia penale riparativa, possa essere desunta da quella previsione che pure sembra delineare una equazione sanzionatoria: l'art. 657-*bis* Cpp, nel prevedere la detrazione dalla pena da eseguire del periodo corrispondente a quello della prova eseguita e fallita o revocata, risponde a un'esigenza di equità sostanziale, piuttosto che a un'esigenza di coerenza sistematica<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Così la Corte cost., nella sent. n. 125 del 14.4.1995, ove si riconosce comunque «l'indubbio "peso" che -- in considerazione della natura e delle modalità di attuazione della misura -- deve in concreto assegnarsi al parere del minore in ordine all'adozione del provvedimento», in quanto l'adesione al programma rappresenta un elemento necessario per la prognosi di esito favorevole della prova.

<sup>55</sup> La questione decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 125/1995 concerneva il co. 4 dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1998, che prevedeva il divieto di accedere alla messa alla prova per l'imputato che avesse chiesto il giudizio abbreviato. In proposito l'Avvocatura dello Stato aveva osservato come la previsione avesse una valenza garantista in quanto «[l]a messa alla prova va considerata come misura di natura penale, anche se connotata in modo del tutto pregnante da una funzione di sostegno educativo: essa presuppone il previo accertamento della penale responsabilità dell'imputato. Sulla base di tale presupposto, la norma censurata va letta come possibilità data all'imputato di sottrarsi (chiedendo il giudizio abbreviato o il giudizio immediato) alla messa alla prova per far affermare subito la propria estraneità al fatto»; nel respingere le osservazioni dell'Avvocatura e dichiarare fondata la q.l.c., la Corte osserva come non possa attribuirsi all'imputato una sorta di «potere di veto» alla sospensione attraverso la presentazione della richiesta di giudizio abbreviato, perché si tratterebbe di un costrutto normativo irragionevole, e si premura di chiarire come a tale conclusione si pervenga «[a] prescindere da ogni astratta valutazione in ordine alla legittimità di una normativa che avesse effettivamente costruito l'istituto in esame come subordinato al consenso del minore», che resta così sullo sfondo.

<sup>56</sup> Come noto, l'art. 464-*quater* Cpp prevede che il giudice possa apportare modifiche o integrazioni al programma di trattamento elaborato dall'u.e.p.e., rispetto al quale l'imputato ha avanzato richiesta di messa alla prova, ma tali messe a punto contenutistiche esigono «il consenso dell'imputato». Una volta avviato il programma di prova, poi, l'art. 464-*quinquies* Cpp consente, invero, al giudice di «modificare con ordinanza le prescrizioni originarie, ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova», prevedendo che il provvedimento modificativo possa essere adottato solo «sentiti l'imputato e il pubblico ministero».

<sup>57</sup> In questo senso v. G. Ubertis, *Sospensione del processo con messa alla prova e Costituzione*, cit., 728, che, al fine di sgombrare il campo da equivoci interpretativi che possano fondarsi sulla pretesa equazione tra programma di prova e pena, richiama anche il medesimo meccanismo di equiparazione con la custodia cautelare, nonostante la «diversità ontologica tra misura cautelare e sanzione»; parte

Il percorso che non sia sfociato in un superamento della prova svela una insufficiente adesione alle logiche conciliative/riparative e le prescrizioni impartite nell'ambito di quello stesso trattamento recuperano un'anima retributiva e special-preventiva che avrebbero altrimenti perso: smarrita l'aspirazione riparativa, il trattamento finisce per assumere un valore squisitamente afflittivo che, pertanto, deve essere considerato in sede di computo della pena a cui dare esecuzione.

5. - Insomma, la messa alla prova delineata in ambito codicistico sembra rappresentare una felice coniugazione tra le logiche negoziali e le logiche riparative/specialpreventive che attraversano la costruzione, la messa a punto e l'esecuzione del programma trattamentale, assegnando all'istituto una vocazione che, prescindendo da qualsiasi funzione retributiva, supera il tradizionale rapporto tra accertamento e sanzione. L'abbandono di un paradigma sanzionatorio, sostituito da una percorso di prova che fa dell'elemento volontaristico la propria cifra distintiva in punto di adesione ai valori sociali dati, sembra rappresentare l'elemento di più diromponente novità del *probation* processuale; si supera la *ratio* meramente economicistica dei riti alternativi al dibattimento per approdare a una prospettiva nuova, ove l'elemento riparativo e conciliativo colora la giustizia penale di tinte più sfumate rispetto a quelle incarnate dalla secca alternativa tra assoluzione e condanna, tra libertà e pena.

Si tratta di profili che sono idonei a rifondare le consuete logiche di accertamento dei fatti e delle responsabilità che dominano il processo penale, nella misura in cui il previo giudizio di colpevolezza si atteggia come elemento indefettibile per l'esecuzione di una pena, che qui, appunto, manca<sup>58</sup>. Ancora una volta il parallelo con il c.d. patteggiamento lascia registrare elementi di distinguo, piuttosto che di analogia: nel procedimento di cui agli artt. 444 ss. Cpp, invero, il negozio processuale sfocia nell'applicazione di una pena, che deve poggiare su un giudizio di colpevolezza idoneo a vincere la presunzione posta dall'art. 27 co. 2 Cost. L'unica soluzione interpretativa che consentirebbe di bypassare le esigenze cognitive coltivate nel processo penale senza infrangere il dettato costituzionale riposa su un'ipotetica disponibilità delle garanzie costituzionali, sia con riguardo alla considerazione di non

---

delle argomentazioni sono altresì riprese da A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in CP 2015, 1273.

<sup>58</sup> Si rinvengono, invero, costrutti di segno diverso, che riposano su considerazioni tutt'altro che risibili, come quelle evidenziate da C. Cesari, *La sospensione con messa alla prova*, cit., 515 ss., che individua «difficoltà di coesistenza con la presunzione di innocenza, implicando lo svolgimento di un percorso che, per il suo essere “rieducativo” o “trattamentale”, presuppone logicamente la responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli, non avendo altrimenti alcun senso lo sforzo di risocializzazione di cui il protagonista ed il sistema intero si fanno carico». L'obiezione può essere superata solo tenendo presente la cifra distintiva della giustizia riparativa, che ha come obiettivo il conflitto e la sua riparazione, piuttosto che la colpevolezza e la rieducazione, e dunque coltiva strumenti conciliativi e ricompositivi in via principale non per assolvere alla funzione rieducativa con percorsi differenziati rispetto a quelli ordinari ma in soluzione di continuità con le logiche educative e special-preventive.



colpevolezza sia con riguardo all'inviolabilità della libertà personale; ma si tratta di scelte ermeneutiche che, pur affacciate in giurisprudenza<sup>59</sup> e coltivate da autorevole dottrina<sup>60</sup>, non hanno trovato avallo espresso dei giudici delle leggi, attestati su posizioni sfumate che formalmente ripudiano il rilievo costituzionale del conflitto tra negozio e accertamento penale<sup>61</sup>.

V'è, invece, un dato normativo che pare fondare un rilevante parallelismo tra c.d. patteggiamento e *probation* processuale: il comune richiamo all'operatività dell'art. 129 Cpp, ora in sede di vaglio della richiesta di pena concordata, ora in sede di verifica sull'ammissione alla prova, sembra allineare il tipo di giudizio, di merito e sul merito dell'accusa, che è chiamato a condurre il giudice investito di una istanza di rito speciale: in entrambi i casi il giudice valuta la richiesta in punto di rito solo «se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129». Come noto, proprio l'operatività di quest'ultima disposizione nell'ambito della procedura patteggiata ha rappresentato da una parte l'addentellato normativo a cui è legata la salvaguardia della presunzione di non colpevolezza, dall'altra parte l'argomento per

---

<sup>59</sup> Cfr., tra la giurisprudenza di legittimità, Cass. 15.3.2005, Azioni, in *GD* 2005, f. 29, 99 e Cass. 9.1.2009, Cusimano, in *ANNP* 2010, 220, che individuano addirittura una «presunzione di colpevolezza» innescata dalla richiesta di «patteggiamento. Con un costrutto apparentemente meno distante dalle coordinate costituzionali si muovono Cass. S.U., 8.5.1996, De Leo, cit., che afferma in modo netto che è «di manifesta evidenza che nel c.d. patteggiamento si perviene ad una pronuncia giurisdizionale «senza giudizio», sia con riguardo alla fondatezza dell'accusa ed alla responsabilità dell'imputato, sia relativamente alla conseguente statuizione della pena», con una posizione ribadita a più riprese in seno alla giurisprudenza degli anni '90.

<sup>60</sup> Nota la posizione assunta in proposito da P. Ferrua, *Il giusto processo*, II ed., Bologna 2007, 149, che, con riguardo al rito patteggiato, afferma come si possa «considerare l'accertamento della responsabilità come una regola moderatamente disponibile, tale da ammettere che, con l'accordo delle parti sulla pena, il giudice possa limitarsi ad una verifica essenzialmente negativa sull'assenza di cause di non punibilità». In termini non dissimili v., con riguardo all'istituto di cui si discorre, C. Cesari, *La sospensione con messa alla prova*, cit., 516 ss., che ritiene «si [possa] affermare che il principio di cui all'art. 27 co. 2 Cost. sia parzialmente disponibile, purché a date condizioni» che l'Autrice ritiene soddisfatte dalla disciplina dettata in materia di messa alla prova.

<sup>61</sup> Dopo il rigore espresso con la sentenza n. 313/1990, la Corte costituzionale in successive occasioni ha percorso binari interpretativi che, nell'intento di evitare ulteriori censure del rito patteggiato, hanno finito per avallare l'orientamento anticognitivo maturato nella giurisprudenza di legittimità degli anni '90; cfr. in proposito C. cost. sent. 6.6.1991, n. 251, che, chiamata a valutare in ordine alla mancanza di pubblicità dell'udienza «patteggiata» in contrasto con quanto previsto dall'art 6 Cedu, nella parte in cui fonda il diritto «ad un'equa e pubblica udienza, quando si tratti di determinare la «fondatezza di un'accusa penale»», ha ritenuto infondata la questione in quanto «l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta, anziché comportare un accertamento pieno di responsabilità, basato sul contraddittorio tra le parti, trovi il suo fondamento primario nell'accordo» tra le parti. La cautela seguita dai giudici delle leggi nell'approccio al tema del rapporto tra accertamento e negozio nel c.d. patteggiamento trova esplicitazione delle proprie ragioni in C. cost. ord. 11.12.1997, n. 399, che respinge la q.l.c. dell'art. 444 Cpp nella parte in cui non prevede che il giudice, nel pronunciare la sentenza di applicazione della pena su richiesta, non accerti la colpevolezza dell'imputato, afferma che dall'accoglimento della questione discenderebbe che «dovrebbe comunque essere riscritta *ex novo* la disciplina» e ciò «comport[erebbe] interventi legislativi non costituzionalmente vincolati e, in quanto tali, rientranti nella sfera della discrezionalità del legislatore»; lo stesso epilogo sarebbe da lì a poco ribadito da C. cost., ord. 6.5.1998, n. 172 e da C. cost., ord. 16.12.1998, n. 413. In proposito v. M. Gialuz, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *ED Annali* II, t. 1, Milano 2008, 23.

escludere che in questa sede operino gli stessi criteri di giudizio che orientano l'esito decisorio nel dibattimento e nel giudizio abbreviato<sup>62</sup>. Secondo un approccio che intende ridurre lo spessore dell'accertamento nei riti semplificati, il richiamo all'art. 129 Cpp avrebbe il significato di escludere la traduzione forte della garanzia costituzionale, espressa con la verifica della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, per circoscrivere la portata di quella garanzia che risulterebbe soddisfatta

---

<sup>62</sup> La lunga elaborazione che dottrina e giurisprudenza hanno sviluppato con riguardo al tipo di vaglio giudiziale che il richiamo all'art. 129 Cpp effettuato in seno all'art. 444 Cpp può rivelarsi di particolare utilità. Come noto, è sul tipo di criterio di giudizio che orienta la decisione proscioglitrice che si misura la consistenza dell'accertamento della colpevolezza necessario a fondare la condanna, in un assetto di simmetrica specularità tra le due alternative decisorie. Così, l'espressa operatività dell'art. 129 Cpp ha condotto a ritenere che l'insufficienza e la contraddittorietà probatoria non potrebbero rilevare ai fini proscioglitori nell'ambito della procedura patteggiata, in modo coerente con la cristallizzazione degli atti determinata dalla richiesta di rito negoziale avanzata dall'imputato. Insomma, il richiamo al modello di sentenza delineato dall'art. 129 Cpp, anziché a quello di cui all'art. 530 Cpp ha lasciato ritenere che il provvedimento liberatorio possa essere pronunciato nel c.d. patteggiamento solo quando la causa proscioglitrice emerga in modo evidente ed univoco.

Pare abbastanza chiaro a chi scrive che la soluzione interpretativa così sposata sia il frutto di considerazioni di opportunità, piuttosto che di una lettura imposta dalle previsioni coinvolte: l'esito proscioglitrice determinato da un'insufficienza o contraddittorietà probatoria è stato ritenuto incompatibile con il modello di procedimento negoziale per amplificarne l'effetto deflativo, ma non trova un esplicito riscontro nel disposto dell'art. 129 Cpp; qui, invero, non si rinvergono elementi che portino a ritenere non operante l'obbligo della immediata declaratoria della sussistenza di cause di non punibilità in situazioni di prova carente o non univoca. Ed anche laddove si volesse ritenere che la clausola dell'evidenza di cui al comma 2 dell'art. 129 Cpp, ovvero una lettura sistematica della medesima disposizione, consentissero la pronuncia del provvedimento liberatorio solo di fronte alla prova positiva dell'innocenza e non anche nelle situazioni di dubbio, l'alternativa decisoria interna alla procedura patteggiata non doveva necessariamente esaurirsi tra le opzioni applicazione di pena/assoluzione ex art. 129 Cpp: analogamente a quanto stabilito dalle sezioni unite della Cassazione (Cass. S.U. 9.6.1995, Cardoni, in *CP* 1996, 473, con nota di M. Vessichelli, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 Cpp*) in tema di procedimento per decreto penale, l'insufficienza o la carenza probatoria che non consente di superare ogni ragionevole dubbio potrebbe trovare traduzione in un provvedimento di restituzione degli atti al p.m. per difetto delle condizioni necessarie ad omologare il patto sulla pena.

Sui profili generali attinenti al rapporto tra art. 129 Cpp ed accertamento interno al modulo patteggiato, v., *ex plurimis*, F. Callari, *Patteggiamento e canone decisorio oltre ogni ragionevole dubbio: i termini di un binomio impossibile*, cit. 2 ss.: G. Lozzi, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *DPP* 1998, 1397; S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., 118; A. Sanna, *Effetti penali della sentenza a pena concordata: il peso insostenibile di una sentenza senza giudizio di colpevolezza*, in *CP* 2013, 4525; Ead., *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 89 ss., la quale ritiene che «l'obbligo di declaratoria ex art. 129 Cpp offre la sponda normativa per accogliere il giudizio storico nell'area del rito negoziale». La centralità della verifica ai sensi dell'art. 129 Cpp pare, pervero, significativamente ridimensionata alla luce della recente riforma operata con l. 23.6.2017 n. 103, che, attraverso l'inserzione di un comma 2-bis nell'art. 448 Cpp regolante in modo tassativo i motivi di ricorso in cassazione avverso la sentenza patteggiata, ha escluso ogni verifica sul punto: in tema v. J. Della Torre, *Patteggiamento e ricorribilità per violazione dell'art. 129 Cpp dopo la riforma Orlando*, in *GI* 2018, 741 ss., che osserva come «per effetto riflesso della riforma Orlando, la verifica sulla sussistenza delle condizioni per pronunciare una sentenza ex art. 129 Cpp –ritenuta essenziale dalla stessa Corte costituzionale– pare essere divenuta un mero "simulacro"».

anche in forza di una mera verifica in ordine all'insussistenza di evidenti ragioni di proscioglimento.

Dunque, in sede di ammissione alla prova il giudice è tenuto a effettuare un vaglio ai sensi dell'art. 129 Cpp volto a escludere spazi proscioglitivi, che in questa sede, tuttavia, non è prodromico all'applicazione di una pena, pur concordata; nella messa alla prova la verifica sulla sussistenza di cause liberatorie precede l'ammissione ad un programma i cui contenuti e la cui esecuzione sono sorretti dalla volontà dell'imputato e ad esito del quale si prospetta un'alternativa tra ripresa del processo (in caso di prova non riuscita o revocata) e sentenza di non doversi procedere.

Si tratta di diversità di effetti che, pur anticipati da una valutazione giudiziale identica in punto di ipotesi proscioglitive, induce a qualche riflessione. L'assottigliamento dello spessore cognitivo che è stato richiesto al giudice del patteggiamento, sacrificando sull'altare dell'efficientismo una lettura ortodossa delle disposizioni codicistiche, stride con i riferimenti sovraordinati ogniqualvolta si prospetti l'applicazione di una sanzione penale. Diversamente, quando la delibazione sull'insussistenza di cause proscioglitive precede l'introduzione di un istituto –qual è la messa alla prova– del quale si esclude la natura sanzionatoria, ecco che le ricadute costituzionali sono assai meno preoccupanti. Certo, l'irriducibilità del programma di prova ad una pena in senso proprio, nei limiti in cui il primo è privo dell'elemento coercitivo proprio della seconda non porta con sé l'esclusione di ogni momento cognitivo, che, però, potrà atteggiarsi secondo contenuti e alla luce di criteri diversi. Così, ad esempio, l'istituto della mediazione, che con più evidenza incarna le logiche dolci della *restorative justice*, rifugge un accertamento dei fatti e delle responsabilità, per privilegiare altre modalità di approccio al dato storico: qui le parti del conflitto sono invitate ad una narrazione libera (c.d. *story-telling*) funzionale *in primis* al riconoscimento dell'altro e delle ragioni dell'altro<sup>63</sup>, che non richiede né necessariamente produce un accertamento processualmente significativo<sup>64</sup>. Più affini

---

<sup>63</sup> In questo senso v. G. Mannozi – G. A. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017, 158 s.; L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del proedimento con messa alla prova*, in *CP* 2015, 1763; per la diversità qualitativa della ricostruzione storica nella giustizia tradizionale e in quella a vocazione conciliativa/riparativa v. anche, proprio nella prospettiva di una diversa incidenza rispetto alla necessità dell'accertamento penale nel quadrante costituzionale, G. Ubertis, *Sospensione del processo con messa alla prova e Costituzione*, in *AP* 2015, 726 s., nonché Id., *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano 2006, 101.

<sup>64</sup> In tema v. quanto statuito dalla Direttiva 2012/29/UE in materia di diritti delle vittime di reato, il cui art. 12, lett. e prevede che «le discussioni non pubbliche che hanno luogo nell'ambito di procedimenti di giustizia riparativa sono riservate e possono essere successivamente divulgate solo con l'accordo delle parti o se lo richiede il diritto nazionale per preminenti motivi di interesse pubblico». L'inutilizzabilità di quanto dichiarato in sede di mediazione, oltre ad assolvere ad una logica di garanzia per l'imputato che è funzionale ad agevolare quelle aperture verso l'altro che costituiscono un passaggio essenziale nel percorso mediativo, è da ascrivere anche a questa diversa caratura del momento dichiarativo, che non è volto alla obiettiva ricostruzione dei fatti, bensì al riconoscimento di un coinvolgimento personale in un evento che ha coinvolto l'altro.

La stessa ammissione di responsabilità, che i documenti internazionali sembrano privilegiare come condizione per la mediazione, assume valore e significato in chiave di generico riconoscimento di un rilievo della propria condotta nella vicenda conflittuale, in modo del tutto scevro da qualsiasi

alle logiche cognitive tradizionali sembrano le verifiche che attengono ai contenuti della prova diversi dall'esperienza conciliativa, miranti a raggiungere un obiettivo riparativo e di inclusione sociale<sup>65</sup>: nella valutazione dell'insieme di prescrizioni di cui all'art. 464-bis lett. a e b Cpp pare potersi individuare uno spostamento della messa a fuoco dal fatto alla persona, con la conseguenza di una proiezione funzionale che non risulta concentrata su profili di accertamento storico, bensì su profili di valutazione personologica<sup>66</sup>.

A ben guardare, infatti, il dettato di cui all'art. 27 co. 2 Cost. si muove in una prospettiva che supera il mero orizzonte sanzionatorio, per informare all'esigenza cognitiva l'intero processo penale. Non è solo il rischio di una pena incidente sulla libertà personale a esigere che nel processo penale si accertino fatti e responsabilità, dovendosi avere riguardo a tutte le conseguenze pregiudizievoli che l'epilogo –pur liberatorio– può portare con sé, nonché all'interesse dei consociati ad un accertamento su fatti che, avendo rilievo penale, tralignano la sfera meramente privatistica. In questo senso, le complesse valutazioni che il giudice della messa alla prova è chiamato a

---

connotazione giuridica del comportamento e del nesso eziologico tra questo e il danno: invero, non si richiede una confessione o un'ammissione di responsabilità, bensì il riconoscimento «dei fatti essenziali del caso» (così art. 12, lett. c dir. 2012/29/UE), ossia della sussistenza di elementi che hanno occasionato il conflitto. In proposito v. M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 21, nt. 79, ove si precisa che «[s]i deve operare un distinguo fra l'ammissione della colpevolezza per l'accesso alla messa alla prova ed il riconoscimento dei fatti fondamentali nel procedimento di mediazione, separato ed indipendente da quello penale principale»; R. Orlandi, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Urbino 23-25 settembre 2005, Milano 2007, 186 s.; del resto, un diverso costruito innescherebbe non secondarie frizioni con il principio costituzionale di cui all'art. 27, co. 2 Cost., come osservato da S. Paoletti, *Giustizia riparativa: uno strumento per la tutela sostanziale della vittima*, in CP 2017, 1733 ss.; con riguardo alla giurisdizione penale minorile, v. M. Miedico, *La confessione del minore nella sospensione del processo e messa alla prova*, in RIDPP 2000, 1292 ss., che, evidenziati i momenti di criticità insiti nell'interpretazione che colloca la confessione tra i presupposti per l'ammissione alla prova, afferma che «il legislatore ha quindi voluto, a nostro parere, che l'assunzione di responsabilità in relazione al fatto commesso si realizzi fuori del processo, ai soli fini educativi, per evitare che possa assumere valenze autoincriminatorie». In più occasioni la dottrina individua il «riconoscimento di responsabilità» come premessa logica della mediazione, senza tuttavia soffermarsi sul valore, cognitivo o di mera resipiscenza, che tale requisito avrebbe; in tema v. L. Bartoli, *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in CP 2015, 1755 ss.; V. Patanè, voce *Mediazione penale*, ED, *Annali* II, Milano 2008, 577.

<sup>65</sup> Per le diversità che possono riscontrarsi tra funzione riparativa e funzione conciliativa, pur nell'ambito di una categoria complessivamente orientata a porre al centro il conflitto generato dal reato, v. E. Mezzetti, *Prove tecniche del legislatore su una rivisitazione del rapporto autore/vittima in funzione riparatoria o conciliativa*, in CP 2016, 3094 ss. Per un'analisi dettagliata dei diversi contenuti della prova, anche nella prospettiva della diversa finalità perseguita, v. M. Miraglia, *Un processo penale diverso*, cit., 75 ss., che suddivide le componenti della prova in «riparatorie, risocializzanti, riparatorie-risocializzanti e riconciliative».

<sup>66</sup> Non è un caso che al giudice sia concesso di disporre una forma di integrazione probatoria che, ex art. 464-bis co. 5 Cpp, ha ad oggetto la sola indagine di tipo personologico, consistente nella acquisizione di «tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazioni alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato».

effettuare già in sede ammissiva non possono essere del tutto sganciate da un momento di accertamento della commissione di un fatto e della riconducibilità all'imputato, che trova riscontro nell'obbligo di far prevalere l'esito liberatorio sull'introduzione del *probation* al ricorrere di cause proscioglitive di immediata rilevabilità.

Proprio il parallelo tra la messa alla prova e il c.d. patteggiamento, imposto dal comune richiamo all'art. 129 Cpp, nonostante la profonda diversità delle conseguenze che seguono al rito speciale, suggerisce alcune riflessioni: può invero ipotizzarsi che l'art. 27 co. 2 Cost. racchiuda in sé più piani di tutela, tutti orientati a comporre il quadro della garanzia cognitiva, ma di diverso spessore a seconda delle implicazioni sanzionatorie e/o pregiudizievoli per l'imputato.

In questo senso il *discrimen* non sembrerebbe dover essere individuato in ragione delle peculiarità procedurali (giudizio ordinario; giudizio semplificato; giudizio negoziato; giudizio conciliato), bensì delle conseguenze che da quel giudizio possono scaturire: laddove si tratti di conseguenze sanzionatorie, il canone costituzionale esigerà il più pregnante dei criteri di giudizio, imponendo la soluzione liberatoria di fronte al dubbio probatorio e comunque vietando una decisione che si risolva in una condanna (o cripto-condanna)<sup>67</sup>; laddove, invece, il momento decisorio sfoci in una soluzione priva di connotati sanzionatori, la presunzione scolpita all'art. 27 co. 2 Cost. vale ad assicurare un livello di accertamento, che può ipotizzarsi ridotto in ragione del fatto che mancano implicazioni sul piano della libertà personale e il controllo del giudice è funzionale a evitare che l'elemento negoziale si sostituisca *in toto* alle logiche cognitive che nella materia penale operano come garanzia per i consociati tutti<sup>68</sup>.

Ecco che, anche nell'istituto della messa alla prova, l'acquisizione del fascicolo del pubblico ministero da parte del giudice investito della richiesta *ex art. 464-bis Cpp* funge da strumento per condurre l'accertamento su una base fattuale che, pur non dovendo condurre a un giudizio di colpevolezza, escluda la ricorrenza di cause proscioglitive di immediata rilevabilità, in sintonia con la previsione di cui all'art. 129 Cpp: l'insufficienza o contraddittorietà probatoria non inibisce il passaggio al rito speciale, perché ivi non si fa applicazione di una sanzione penale, ma si dà seguito ad un trattamento concertato con l'imputato e sostenuto dall'adesione di questo lungo tutto il percorso di prova.

Pure sotto questo profilo si lasciano apprezzare gli elementi di novità di un istituto che solo in termini ridotti condivide la componente negoziale dei riti premiali,

---

<sup>67</sup> Parlano di "cripto-pena" e "cripto-condanna" F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 8; V. Maffeo, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 137; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *DPP* 2014, 681. Per una ricognizione delle varie posizioni dottrinarie che rievocano tali concetti v. C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto*, cit., 1073, nt. 15.

<sup>68</sup> Osserva C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto*, cit., 1074, come «si potrebbe asserire che tale "controllo" sia posto a presidio della esigenza deflativa e di economia processuale, oltre che dell'inutile inserimento dell'imputato innocente nel percorso alternativo di giustizia riparativa e di mediazione penale».

esaltando gli aspetti di giustizia riparativa e conciliativa che molto hanno ancora da offrire in un settore dell'ordinamento ove la ricerca dell'economia e della deflazione è stata troppo a lungo prevalente, non di rado generando letture flebili –se non addirittura annichilenti- del dettato costituzionale. In questo senso la messa alla prova e, con essa, le altre ipotesi di recente inserzione di elementi di *restorative justice*, oltre a offrire un'opportuna coniugazione delle logiche efficientistiche con le ragioni del diritto penale, introducono a nuove riflessioni in ordine alle ricadute della negozialità nel processo penale.

# ILP