

CONVEGNI

ELENA MARIA CATALANO

Sospensione del processo con messa alla prova o pena senza processo?*

SOMMARIO: 1. Le ragioni della postmodernità. - 2. La disarticolazione della dogmatica. - 3. Strabismi interpretativi di matrice culturale. - 4. Fuga dalla giurisdizione, fuga dal processo accusatorio, fuga dal diritto penale del fatto.

Criptopena dai contorni incerti, procedimento speciale *sui generis*, la messa alla prova rappresenta un esempio emblematico di istituto che incarna la fuga dalla giurisdizione. Ma la sospensione del processo con messa alla prova riflette altresì alcuni dei motivi ispiratori tipici della attuale stagione postmoderna del processo penale: la disarticolazione delle categorie dogmatiche; l'ibridazione tra diritto sostanziale e diritto processuale; il crepuscolo della legalità; l'esaltazione del nuovo *idolum theatri* della efficienza processuale; la sensibilità al canto delle sirene del diritto europeo. Ne risulta un istituto dalla fisionomia ambigua che consiste, a ben vedere, in una esecuzione anticipata di pena nei confronti di un presunto innocente.

Sentence first, verdict afterwards.

The wording "away from formal adjudication" clearly expresses the feature of probation tailored in the Italian criminal justice system. However, quoting Lewis Carroll's children's tale "Alice's Adventures in Wonderland", we could offer a more accurate description of this postmodern procedural tool: "sentence first, verdict afterwards".

1. *Le ragioni della postmodernità.* In "Alice nel paese delle meraviglie", nel processo al Fante di cuori, la giuria si appresta a pronunciare il verdetto, ma la Regina di cuori interviene e inopinatamente afferma: "*Sentence first. Verdict afterwards*"¹. La Regina intende dire che la *sentence*, la decisione sulla pena, dovrebbe irragionevolmente precedere il verdetto di colpevolezza o di innocenza. Ma è proprio così assurda e incongrua la affermazione della Regina?².

Il nostro codice di procedura penale sembra infatti orientato a recepire l'insegnamento della Regina di cuori, dal momento che conosce da tempo un istituto, la sospensione del procedimento con messa alla prova, il cui nucleo essenziale consiste, a ben vedere, nella esecuzione anticipata della pena nei

* Testo, corredato di note bibliografiche, della relazione al Convegno della Associazione tra gli studiosi del processo penale "*Dove va la giustizia penale*", Milano 12-14 dicembre 2024, atti in corso di pubblicazione.

¹ CARROLL, *Alice nel paese delle meraviglie* (1865), trad. it., Milano, 2018, 209.

² V. al riguardo le osservazioni di TINCANI, *Alice. Le regole del gioco e del processo*, in Cananzi - Siclari, a cura di, "*La città dell'imperfezione. Follia e gioco tra diritto e letteratura*", Torino, 2020, 115.

confronti dell'imputato, prima ancora dello svolgimento del giudizio di merito. All'esito della sospensione, se l'esito della prova è positivo, viene dichiarato estinto un reato non accertato perché la pena è già stata espiata in regime di lavoro di pubblica utilità.³ Criptopena dai contorni incerti, procedimento speciale sui generis, la messa alla prova rappresenta un esempio emblematico degli istituti che incarnano la fuga dalla giurisdizione⁴. Ma lo slogan “*away from the adjudication*” costituisce una chiave di lettura molto parziale della messa alla prova, ovvero dello strano caso di una pena senza processo.

La sagomatura dell'istituto lascia infatti emergere tutti i motivi ispiratori della attuale stagione postmoderna del processo penale: la cedevolezza o meglio la disarticolazione delle categorie dogmatiche; l'ibridazione tra diritto sostanziale e diritto processuale; il crepuscolo della legalità; l'esaltazione del nuovo *idolum* theatri dell'efficienza processuale; la sensibilità al canto delle sirene del diritto europeo.

L'istituto è stato infatti introdotto in una dichiarata ottica deflattiva nel solco dei moniti europei che sono arrivati a riplasmare una scienza processuale la quale è diventata apolide e tende ad ispirarsi a una concezione fordista della produttività.⁵ Ma il culto della efficienza e della speditezza finisce per trascinare con sé una scimmiettatura del più giovane tra i concetti di rilevanza costitu-

³ Così con la consueta genialità FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di Daniele - Paulesu, Torino, 2015, 189.

⁴ La definizione folgorante di “criptocondanna” è di CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 9. Sulle difficoltà di inquadramento della messa alla prova quale procedimento speciale v. BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *www.laegislazionepenale.it*, 28 novembre 2018. Sulla materia v. le trattazioni di BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Padova, 2020; BOVE, *La messa alla prova*, Pisa, 2023; CESARI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir., Annali IX*, 2016, 1005; CONTI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, in *Dig. Pen.*, IX Aggiornamento, 2016, 691; MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, Napoli, 2017; MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020; TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: un istituto da riformare*, Pisa, 2019. V. anche PERONI, *La messa alla prova per adulti nuovamente al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 955; SANNA, *La messa alla prova riformata, tra giustizia riparativa ed esecuzione ante iudicium. Spunti di riflessione per il processualista*, in *Discrimen*, 13 dicembre 2022; TOGNAZZI, *Il consenso dell'imputato nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 389.

⁵ L'efficace espressione è di TEDOLDI, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa, 2017, 47.

zionale: il canone della durata ragionevole del processo, che, proprio perché giovane e fragile, è diventato ostaggio di una ridefinizione della categoria quando era ancora in embrione e non riesce più ad affrancarsi dal suo alter ego efficientista. Il principio della durata ragionevole del processo, che ha un chiarissimo fondamento di garanzia individuale, è diventato altro da sé, un principio liberticida che si presta a fagocitare tutte le altre garanzie, in nome del nuovo *idolum* theatri della efficienza.⁶ Ma l'altare dei numeri merita vittime sacrificali.⁷ Così, con riferimento alla introduzione di un'altra categoria postmoderna, quella della improcedibilità, i tempi del progresso vengono misurati sulla base statistica della riduzione della durata del giudizio di appello.⁸ La stessa Corte costituzionale ha sottolineato come l'istituto della messa alla prova sia diretto a semplificare il procedimento, riducendone i tempi.⁹ L'adesione a una concezione della speditezza processuale come efficienza tout court piuttosto che come diritto dell'imputato determina la sostanziale indifferenza dell'interprete verso quei tempi morti che costituiscono di per sé una pena. Si pensi ai mesi -o agli anni -che l'imputato passa in attesa di poter iniziare la prova, mesi che rappresentano un tempo di sofferenza perché, nella efficace rappresentazione kafkiana del processo, "la sentenza non arriva di colpo, il processo si trasforma a mano a mano in sentenza."¹⁰ Il terzo elemento di diritto della postmodernità risiede nella frattura della unità del pensiero penalistico, frattura che emerge con chiarezza dalla comparsa di istituti di diritto processuale plasmatisi su categorie penalistiche. È la stessa

⁶ Sulla tendenza involutiva nella interpretazione del canone costituzionale della durata ragionevole del processo v. già AMODIO, *Riforme urgenti per il recupero della celerità processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1269: "Non si può dunque piegare pretestuosamente la ragionevole durata fino a trasformarla in una sorta di killer delle garanzie, come è stato sarcasticamente affermato di recente con riguardo alla procedura civile". V. al riguardo RICCI, *Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 975.

⁷ Così testualmente MACCHIA, *Note minime su messa alla prova e giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2022, 953: "La sospensione del processo con messa alla prova è, fra i neonati partoriti dalla fantasia legislativa, un istituto oscuro, concettualmente umbratile, ma chiarissimo nelle sue finalità deflative. L'altare dei numeri merita delle vittime sacrificali: dipende solo da quali e quante".

⁸ V. GATTA - GIALUZ, *Prescrizione e improcedibilità: l'ennesima riforma e dieci verità nascoste*, in *Sistema penale*, 6 novembre 2023.

Sull'origine, di "agghiacciante comicità" del termine "improcedibilità" v. Ferrua, *Improcedibilità e durata ragionevole del processo*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2021, n. 4, 2.

⁹ V. Corte cost., 27 aprile 2018 n. 91, in *Cass. pen.*, 2019, 3186.

¹⁰ KAFKA, *Il processo* (1925), trad. it. con prefazione di Pandolfi, Milano, 1971, 178.

Consulta a inquadrare l'istituto della messa alla prova, pure collocato dal codice tra i procedimenti speciali, all'interno di una casella ben definita, corrispondente a una "parte integrante del sistema sanzionatorio... attratta dal finalismo rieducativo" della pena¹¹.

Questo carattere ibrido costituisce un ulteriore tratto che accumuna l'istituto della messa alla prova alla categoria della improcedibilità. Al riguardo affiora uno dei nervi scoperti della cultura del processo penale: la tradizione di tunnel *history* nello studio di istituti sostanziali e processuali, tradizione che agevola la epifania di categorie spurie, con la conseguente disarticolazione delle categorie dogmatiche.

Viene poi in rilievo il crepuscolo della legalità che si misura su due piani. Da un lato, la messa alla prova, come la maggior parte dei recenti istituti di nuova introduzione, è stata accompagnata dal fiorire di norme secondarie di varia e dubbia natura, che, proponendosi di interpretare la legge, ne innovano i contenuti con forza precettiva.¹² E da questa variegata piattaforma di linee-guida non di rado emergono contrastanti orientamenti.¹³

Sotto un diverso profilo, la debolezza del formante legislativo conduce alla attribuzione al giudice di una accresciuta discrezionalità nella valutazione del programma di trattamento, discrezionalità fondata oltretutto su un presupposto -la prognosi positiva circa la efficacia riabilitativa del trattamento- che costituisce un elemento ambiguo sul piano logico: non è infatti dato comprendere da che cosa si debba riabilitare una persona imputata -e presunta innocente- di un fatto non accertato. Ancora meno intelligibile appare la umana possibilità di apprezzare le chances di riabilitazione da un reato non passato al vaglio della verifica giudiziaria. La confusione, sul piano logico-giuridico, si accentua ove si consideri che la delibazione del giudice verte su aspetti di valutazione della persona tipici del segmento post iudicatum. Né si tratta di rilievo di poco conto dal momento che il contenuto necessario del programma di tratta-

¹¹ V. Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 231, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 955 e in *Giur. cost.*, 2019, 419, con nota di CIAVOLA, *La Corte costituzionale pone fine ad ogni ambiguità: la messa alla prova costituisce parte integrante del sistema sanzionatorio penale*. V. anche la sentenza 27 aprile 2018 n. 91, in *Cass. pen.*, 2019, 3186, con nota di MAFFEO, *Novità sistematiche in tema di messa alla prova. Per una riconsiderazione, costituzionalmente compatibile, del rapporto tra pena e processo*.

¹² FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1265.

¹³ Cfr. le condivisibili osservazioni di MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 128. Per una analitica rassegna dei diversi orientamenti v. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., *passim*.

mento consiste nella prestazione di lavoro di pubblica utilità, oltre che in una variegata gamma di percorsi di recupero sociale, che rivelano ampie aperture ai paradigmi della *restorative justice* e della mediazione penale.

Quanto alla individuazione della base conoscitiva alla quale il giudice può attingere elementi utili ai fini della decisione, l'art. 464-bis, comma 5, cod. proc. pen. riconosce al giudice un rilevante potere istruttorio, consentendogli di acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, informazioni sulle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato.

Si pensi infine al penetrante potere del giudice di apportare modificazioni al programma di trattamento “durante la sospensione del procedimento con messa alla prova”, per le quali risulta, in apparenza, sufficiente la mera consultazione, obbligatoria ma non vincolante, dell'imputato oltre che del pubblico ministero. E' stato al riguardo correttamente osservato come non sia “facile comprendere perché mai, in tal caso, al giudice sia attribuito un potere così incisivo il cui esercizio può prescindere dalla necessaria mediazione consensuale dell'imputato”.¹⁴ Ne è scaturito, in dottrina e in giurisprudenza, un acceso dibattito pervenuto all'approdo sicuro per cui non possono essere ammesse la modifica o l'integrazione del programma senza il consenso dell'imputato, salvi al limite i soli casi in cui il giudice intervenga in *melius* ovvero su prescrizioni marginali¹⁵. Ma si tratta di una conclusione ermeneutica solo in parte rassicurante, perché costituisce il prodotto di una decisa presa di posizione tesa a ricucire i bordi incerti e a definire i confini sfuggenti che delimitano l'ambito oggetto di apprezzamento giudiziale.

I contorni fluidi della discrezionalità del giudice segnano il punto di emersione di un diritto flou, flessibile, nel solco del quale si colloca anche, ad esempio, la attribuzione ai giudici dell'impugnazione di poteri discrezionali nella

¹⁴ MAFFEO, *I profili processuali della sospensione con messa alla prova*, cit., 182. V. anche CESARI, *La Consulta supera le perplessità e la messa alla prova si radica nel sistema penale*, in *Giur. cost.*, 2018, 804; MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: l'analisi “grammaticale” di un istituto di frontiera*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2018, 6, 488; TRIGGIANI, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, 137 ss.

¹⁵ Cass., Sez. II, 17 maggio, 2019, M.N., in *Dir. pen. proc.*, 2020, 389 è molto chiara nel ribadire che “in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova, è illegittimo il provvedimento con cui il giudice modifichi il programma di trattamento elaborato ai sensi dell'art. 464 bis c.p.p., comma 2, in difetto della previa consultazione delle parti e del consenso dell'imputato”. V. anche TONINI-CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2024, 910; TOGNAZZI, *Il consenso dell'imputato nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 392.

concessione di proroghe alla durata dei giudizi di impugnazione, il cui superamento costituisce causa di improcedibilità¹⁶.

Ma il tratto più significativo che contrassegna la messa alla prova quale istituto postmoderno è la destrutturazione delle categorie dogmatiche, avallata dalle due Corti ai vertici del sistema giudiziario.

2. La disarticolazione della dogmatica. Come è noto, la Corte costituzionale ha più volte richiamato in senso adesivo la “sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione” per la quale “la sospensione del procedimento con messa alla prova costituisce... istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene infranta la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto”.¹⁷ La stessa decisione delle Sezioni unite evidenzia la natura anfibia dell’istituto, che si connota per una accentuata dimensione processuale, quale procedimento speciale alternativo al giudizio, ma che presenta al tempo stesso natura sostanziale.¹⁸ Si tratterebbe infatti di “un nuovo rito speciale” in cui l’imputato rinuncia al processo ordinario, conseguendo il “vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo”.

La collocazione della messa alla prova tra i procedimenti speciali appare frutto di ragioni di opportunità piuttosto che espressione di una reale affinità tra i riti di carattere premiale e un modulo inedito che presenta marcati caratteri di atipicità. L’epilogo di questo procedimento atipico si pone infatti in posizione assolutamente eccentrica rispetto alla alternativa proscioglimento-condanna, che normalmente caratterizza la definizione dei procedimenti speciali.¹⁹

Costituisce il prodotto di analoghe valutazioni di opportunità l’impiego del parallelismo tra riti speciali e messa alla prova quale chiave interpretativa più volte utilizzata dalla Consulta al fine di estendere alla sospensione con messa alla prova frammenti normativi tipici del regime dei procedimenti speciali. Si pensi, a mero titolo di esempio, alla dichiarazione di illegittimità costituziona-

¹⁶ Nel senso che dietro “dietro l’etichetta dell’improcedibilità è stato introdotto un nuovo e ulteriore tetto prescrizione, per di più derogabile dal giudice sulla sola base della sua parola” v. GIUNTA, *La prescrizione deflattiva. Una rivisitazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 617.

¹⁷ V. Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 231, cit., 955; Corte cost., 27 aprile 2018 n. 91, cit.; Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, Sorcinelli, in *Cass. pen.*, 2016, 4334.

¹⁸ V. Cass., Sez. un., 31 marzo 2016, Sorcinelli, cit., 4334. V. anche Corte cost., 26 novembre 2015, n. 240.

¹⁹ Cfr. BONINI, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, cit., 4.

le dell'art. 460 c. 1 lett. e c.p.p., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà di presentare, con l'opposizione, richiesta di sospensione del processo con messa alla prova.²⁰

Nel tentativo di pervenire alla quadratura del cerchio, la Consulta fa leva sulla identità di base consensuale che avvicina la messa alla prova al patteggiamento.²¹ Prova troppo però il parallelismo con il patteggiamento. Basti osservare che la sentenza di patteggiamento è equiparata a una sentenza di condanna, il che vale ad attrarre l'istituto entro l'orbita della possibile compatibilità con il quadro dei principi costituzionali.

Per altro verso, la sagomatura legislativa della messa alla prova ripete modelli normativi tipicamente utilizzati per descrivere le valutazioni del giudice chiamato a valutare se applicare una pena o sospendere l'esecuzione nei confronti di un soggetto già ritenuto colpevole.²² Si pensi alla prognosi che il giudice è tenuto a compiere in ordine alla previsione che il sottoposto alla prova si asterrà dal commettere ulteriori reati. Si tratta di una disposizione incongrua dal momento che la sottoposizione alla prova non conduce a una sen-

²⁰ Corte cost., 21 luglio 2016, n. 201, in *Giur. cost.*, 2016, 1427, con nota di SPAGNOLO, *Il diritto dell'imputato ad essere informato sulle alternative processuali: la Corte costituzionale riduce, ma non elimina le asimmetrie*. V. anche la sentenza n. 141 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non consente all'imputato di chiedere la sospensione con messa alla prova in caso di contestazione di una circostanza aggravante in dibattimento. V. Corte cost., 5 luglio 2018, n. 141, in *Giur. cost.*, 2018, 1618, con nota di CASSIBBA, *Nuove contestazioni e riti alternativi: necessitato protagonismo della Consulta e perdurante silenzio del legislatore*. V. anche, a ulteriore titolo di esempio, Corte cost. 11 febbraio 2020, n. 14, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 c.p.p. "nella parte in cui, in seguito alla modifica dell'originaria imputazione, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova". V. poi Corte cost., 11 febbraio 2020, n.14, in *Giur. cost.*, 2020, 152, con nota di MARANDOLA, *La Corte consente la richiesta della messa alla prova nel caso della contestazione dibattimentale suppletiva*. Inoltre, la Consulta con la sentenza 14 giugno 2022, n. 146, in *Cass. pen.*, 2022, 3502, ha ritenuto costituzionalmente necessaria la previsione della facoltà dell'imputato di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, in seguito alla contestazione di reati connessi a norma dell'art. 12, comma 1, lettera b c.p.p. V. al riguardo MARANDOLA, *Contestazione suppletiva di reati connessi: diritto alla messa alla prova per l'intera imputazione*, in *Giur. cost.*, 2022, 1526.

²¹ V. Corte cost., 27 aprile 2018 n. 91, cit.

²² Basti ricordare come la Cassazione abbia di recente osservato che la precedente ammissione alla messa alla prova non costituisce una condizione ostativa, bensì un indice favorevole al riconoscimento della sospensione condizionale per un diverso reato. Entrambi gli istituti richiedono, infatti, una valutazione prognostica sulla futura astensione dal commettere reati, effettuata sulla base dei medesimi parametri di cui all'art. 133 c.p. V. Cass., Sez. III, 26 marzo 2024, n. 16703, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 65, con nota di CATANIA, *La messa alla prova come "precedente" favorevole ai fini della sospensione condizionale. Il metodo logico a sostegno dell'interpretazione in bonam partem*.

tenza di condanna e non comporta un accertamento di responsabilità.²³ Analogamente, si pensi alla previsione della revoca se l'imputato durante il periodo di prova commette un nuovo delitto non colposo o un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede.

Il mosaico codicistico sulla messa alla prova lascia quindi emergere una serie di frammenti normativi che rivelano una sostanziale continuità con l'istituto della sospensione condizionale della pena. L'art. 464-quater, comma 3 c.p.p. stabilisce infatti che la "sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati". Si tratta di riferimenti normativi che hanno assunto quale paradigma la fausta prognosi di "non recidiva" che compare nell'art. 164, primo comma, c.p., come condizione per la concessione della sospensione condizionale della pena, la quale consegue, però, ad una sentenza di condanna.

Si può provocatoriamente ricordare, al riguardo, come nel 1980, in una situazione di crisi dell'ordine pubblico, la Corte costituzionale fosse stata chiamata a pronunciarsi sull'art. 1 c. 3 della l. 22 maggio 1975, n. 152, nella parte in cui imponeva al giudice, "nel concedere la libertà provvisoria nei casi in cui e[ra] consentita", di valutare che non "sussist[esse] la probabilità, in relazione alla gravità del reato ed alla personalità dell'imputato, che questi, lasciato libero, pot[esse] commettere nuovamente reati che pon[essero] in pericolo le esigenze di tutela della collettività".²⁴ La Consulta, pur in quel delicato contesto storico-politico, dichiarò la illegittimità costituzionale della norma impugnata limitatamente all'avverbio "nuovamente" il quale "farebbe presupporre la già accertata commissione, da parte dell'imputato, di altri precedenti reati; a tutta evidenza, quello o quelli per cui si procede, non essendovi nel comma in questione ...alcun riferimento a precedenti penali o giudiziari dell'imputato." Di qui il vulnus arrecato alla presunzione di non colpevolezza dell'imputato, "la quale impedisce - fino alla sentenza definitiva - di considerare l'imputato come sicuramente responsabile dei reati a lui ascritti".

Lavora nel senso di un avvicinamento del periodo di prova alla sanzione penale non solo il ricorso a modelli normativi ricalcati sulla sospensione condi-

²³ V., su quest'ultimo aspetto, seppure implicitamente, Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 231, cit.

²⁴ Corte cost. 23 gennaio 1980, n.1., V. al riguardo le acute osservazioni di MACCHIA, *Note minime su messa alla prova e giurisprudenza costituzionale*, loc. cit.

zionale della pena, ma anche la previsione dello scomputo del presofferto in caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova. In questo caso l'art. 657 bis c.p.p. prevede che il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detragga un periodo corrispondente a quello della prova eseguita.

Non convince il rilievo della Consulta per cui la messa alla prova non sarebbe “una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma d[arebbe] luogo a un’attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell’imputato, il quale liberamente può farla cessare con l’unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso”.²⁵ Il ricorso alla incerta categoria della sanzione spontaneamente agita non riesce a smentire l’esito positivo del duck test applicato alla verifica del carattere di pena riferibile alla messa alla prova: “*If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck*”.²⁶

Procedimento speciale del tutto eccentrico, plasmato sulla falsariga di categorie penalistiche impiegate dopo la pronuncia di una sentenza di condanna, l’istituto della messa alla prova presenta un ulteriore profilo di frizione rispetto ai principi fondamentali del sistema processuale. Rappresenta un elemento distonico rispetto alla tutela della libertà morale dell’imputato -garantita dall’art. 188 c.p.p.- l’emergere di una logica processuale di tipo cooperatorio, tale da dar vita, nel caso di sospensione del procedimento con messa alla prova, a una sorta di anticipata esecuzione di pena verso un presunto innocente. Entro questa logica possono rivivere quegli orientamenti che ritenevano il comportamento non collaborativo dell’imputato contrario ai postulati del buon senso e ai canoni ordinari dell’etica.²⁷

3. *Strabismi interpretativi di matrice culturale.* Uno degli aspetti più inquietanti caratterizzanti l’istituto della messa alla prova è rappresentato proprio dal riverbero di valutazioni etiche intrise dei motivi ispiratori della restorative justice, che proiettano una luce obliqua sull’istituto. Infatti, come è noto, il periodo di prova è tipicamente contrassegnato da due ordini di adempimenti: da un lato, l’obbligo di prestazioni lavorative di rilievo sociale; dall’altro lato, la previsione di adempimenti riparativo-risarcitori. È stato osservato come il

²⁵ V. Corte cost., 27 aprile 2018, n. 91, cit.

²⁶ Così, efficacemente, BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 347.

²⁷ Così CATALANO, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in *Arch. pen.*, 2019, 5.

legislatore, nel forgiare l'istituto della messa alla prova, abbia condiviso il paradigma fondante di un modello di giustizia riparativa, che considera il reato non più come offesa portata primariamente allo Stato, bensì come offesa alla vittima dell'illecito penale.²⁸

Ma l'istituto della messa alla prova costituisce una categoria di "bassa cucina giudiziaria", al pari del patteggiamento e del concordato sui motivi di appello, che parimenti si sottraggono a un ineccepibile inquadramento all'interno delle tradizionali cornici della dogmatica²⁹. A differenza delle forme classiche di giustizia negoziata ora richiamate, la messa alla prova è però circondata da un alone di ideali nobili e positivi, che si ricollegano a una concezione di giustizia mite, dal volto umano, potenzialmente capace di sanare ogni aporia dell'istituto e i molti scadimenti della dogmatica.

Ne consegue, tra l'altro, la disinvoltata indifferenza rispetto alla mancanza di quelle tutele minime per il contraente debole previste invece per il patteggiamento. La disciplina originaria non prevedeva nemmeno che non venisse indicata nel certificato del casellario giudiziale richiesto dai privati la sentenza che dichiarava estinto il reato per esito positivo della prova³⁰.

Qualora i coimputati dello stesso reato vengano assolti, l'imputato nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di estinzione del reato non dispone di alcun strumento a propria tutela. Non solo non può operare l'istituto della revisione, ma non pare neppure ipotizzabile una iniziativa in sede esecutiva tesa a rimuovere la preclusione alla concessione della sospensione con messa alla prova una seconda volta³¹.

²⁸ TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 1, 4. Per la teorizzazione di un *third model of criminal process*, definito in termini di *victim participation model* v. BELOOF, *The Third Model of Criminal Process: The Victim Participation Model*, in *Utah L. Rev.*, 1999, 289, in relazione al quale v. nella dottrina italiana CATALANO, *La tutela della vittima nella Direttiva 29/2012 e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1798. BEELOF-CASELL-TWIST, *Victims in Criminal Procedure*, Durham, 2010, 34, fondano il *victim participation model* sul primato della vittima individuale, cui si ricollegano le esigenze di *fairness, dignity e respect*.

²⁹ L'espressione "bassa cucina giudiziaria" è di AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3406.

³⁰ V. al riguardo Corte cost., 7 dicembre 2018, n. 231, cit.

³¹ BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 328, si interroga sul regime della diversa ipotesi in cui l'imputato venga assolto nel processo celebratosi dopo l'esito negativo della prova, osservando con intelligente ironia: "non c'è un meccanismo di riparazione per il trattamento svolto, né un ripristino della possibilità di richiedere il rito: ci si è giocati l'unica carta del mazzo e, nonostante il lieto fine, quella carta non tornerà".

Nella sagomatura della messa alla prova si percepiscono gli echi della concezione medicinale della pena tipica dal diritto canonico. Il diritto dal volto umano presenta in realtà un risvolto inquisitorio e paternalistico, che indulge a una fuorviante commistione tra diritto e morale. Il fascino ipnotico delle parole del diritto mite, quali dialogo, adesione ai valori sociali condivisi, riconciliazione, viene ad esprimere una forza ideale capace di anestetizzare i principi costituzionali.

È innegabile come le parole cambino la cultura del processo penale: persona offesa sta a imputato, mentre vittima sta a carnefice. Il termine “patteggiamento” rimanda, a torto o a ragione, alla conclusione di un affare vantaggioso con la amministrazione della giustizia, laddove l’espressione “messa alla prova” evoca l’affrontare il cimento, in una prospettiva di redenzione morale che mal si concilia con la cornice costituzionale di un processo penale ancora in corso³².

4. *Fuga dalla giurisdizione, fuga dal processo accusatorio, fuga dal diritto penale del fatto.* L’effetto distorsivo prodotto da strabismi interpretativi di matrice culturale accentua le asimmetrie che connotano l’istituto sul piano strettamente giuridico. Si pensi alla configurabilità in capo al giudice di poteri istruttori di ufficio sulle condizioni personali, familiari e sociali dell’imputato. Non pare azzardato ravvisare in questa atipica dinamica una forma di *presentence report* che trova una collocazione eccentrica, tanto che a questo materiale il giudice può attingere anche per valutare se ricorrano le condizioni per un proscioglimento *ex art.129 c.p.p.*³³

Lo spostamento in una fase anteriore di apprezzamenti propri del segmento *post iudicatum* produce, quale conseguenza di imponderabile rilievo, la fuga dal diritto penale del fatto in favore di una inopinata risorgenza di un diritto

Di “riscrittura delle categorie penali” parla SANNA, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 688, che evidenzia la continuità tra l’istituto della messa alla prova e il paradigma riparativo.

³² V. DI CHIARA, *Ancora in tema di incompatibilità endoprocessuale del giudice: l’icona dell’hortus conclusus*, in *Giur. cost.*, 2022, 812, che sottolinea le peculiarità di un “paradigma -la messa in prova del rito per adulti” consistente nel “porgere all’accusato un’opportunità nutrita di consapevolezza finalizzata a temprarlo”.

³³ Come è noto il *presentence report* racchiude elementi idonei a consentire una conoscenza ampia della personalità e del background familiare e sociale del condannato e si estende all’esame delle condotte risarcitorie e dei rapporti con la vittima. Cfr. FANCHIOTTI, *La giustizia penale statunitense. Procedure v. antiprocedure*, Torino, 2022, 107.

penale d'autore. Il baricentro del giudizio penale tende ad allontanarsi dai profili di accertamento storico e a spostarsi su profili di valutazione personologica che dischiudono prospettive su un orizzonte di paternalismo inquisitorio.

I valori sottesi alla concezione della giustizia riparativa, riconducibili a quel senso europeo di solidarietà morale e di connessione spirituale, messo in luce già da Federico Chabot, sono ideali nobili che meritano considerazione ed adeguata attenzione³⁴. Proprio per questo l'istituto della messa alla prova non deve essere caricato di significati e aspirazioni che lo strumento non è capace di realizzare, per la sua stessa fisionomia di istituto deflattivo di modesto profilo e di bassa cucina giudiziaria. L'imputato che sceglie consapevolmente la fuga dalla giurisdizione in una ottica di contenimento delle perdite compie una scelta ragionevole di modesto profilo difensivo³⁵. La depurazione dell'istituto della messa alla prova da incrostazioni di matrice culturale e da strabismi giuridici consente di coglierne la reale dimensione pragmatica e di correggerne le sbavature.

³⁴ CHABOT, *Storia dell'idea di Europa*, Roma-Bari, 1961, 83. Sulla giustizia riparativa v. da ultimo MANNOZZI-LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2025.

³⁵ Evoca suggestivamente il "cupio dissolvi del processo" SANNA, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione*, cit., 688.