

I PRIMI ARRESTI DELLA CASSAZIONE SULLA MESSA ALLA PROVA

*[Cass., sez. VI, 13 febbraio 2015, n. 6483](#) sul computo della pena
[Cass., sez. II, 4 maggio 2015, n. 18265](#) sulla disciplina transitoria
Criticità e spunti per un'applicazione retroattiva dell'istituto*

di Federico Bardelle

Abstract. *A quasi un anno dall'entrata in vigore della sospensione del procedimento con messa alla prova, la Suprema Corte sta cominciando a confrontarsi con le numerose problematiche sottese all'istituto. L'oscurità del prodotto legislativo, infatti, ha sollevato accesi dibattiti in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza di merito.*

Un primo problema riguarda l'individuazione dei reati per i quali è consentito l'accesso alla messa alla prova.

Il secondo deficit del legislatore risiede nell'aver omesso di dettare una disciplina transitoria. Le risposte non si sono fatte attendere ed hanno visto affermarsi, soprattutto nella giurisprudenza di legittimità, un orientamento restrittivo, proclive a restringere il più possibile l'ambito di operatività della probation per gli adulti. In realtà, l'indirizzo tralascia alcune considerazioni fondamentali, in forza delle quali deve ritenersi che la messa alla prova sia applicabile anche ai fatti pregressi ed ai procedimenti pendenti.

SOMMARIO: 1. Il dibattito sul computo della pena: proposte e criticità. - 2. La soluzione della Suprema Corte. - 3. La mancanza di una disciplina transitoria. - 4. La natura sostanziale dell'istituto. - 5. Il principio di retroattività *in mitius*: inderogabilità in astratto. - 6. (segue) ed in concreto. - 7. Problemi pratici e rimedi sistematici.

1. Il dibattito sul computo della pena: proposte e criticità.

A quasi un anno dall'entrata in vigore della sospensione del procedimento con messa alla prova¹ (d'ora in avanti solo "messa alla prova"), la Suprema Corte sta cominciando a confrontarsi con le numerose problematiche sottese all'istituto. L'oscurità del prodotto legislativo, infatti, ha sollevato accesi dibattiti in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza di merito.

¹ Si tratta della legge 28 aprile 2014, n. 67 ("Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili"), pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio 2014 ed entrata in vigore il successivo 17 maggio 2014.

Un primo problema riguarda l'individuazione dei reati per i quali è consentito l'accesso alla messa alla prova. L'art. 168-bis c.p., infatti, si limita ad annoverare quelli «puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale». Inevitabile la *quaestio iuris* circa i criteri di computo della pena.

Una prima soluzione è guardare ai meccanismi di calcolo previsti per altri istituti. Così, in tema di competenza, prescrizione ed amnistia, bisogna avere riguardo alla pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, senza tenere conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e per quelle ad effetto speciale.

Aderendo a questo orientamento, una parte della dottrina² sostiene che, ai fini del computo della pena edittale per la messa alla prova, si debbano utilizzare i meccanismi di cui all'art. 4 c.p.p., anche perché tale disposizione è espressamente richiamata dall'art. 550 c.p.p., cui la nuova normativa rimanda per l'individuazione dei reati per i quali si può accedere alla misura.

Il riferimento alle disposizioni richiamate, e in particolare all'art. 4 c.p.p., tuttavia, è criticabile per almeno due ordini di motivi. Una tale esegesi, in primo luogo, non trova supporto nel dato letterale, poiché il nuovo art. 168-bis c.p. non rinvia *in toto* all'art. 550 c.p.p., ma solamente al suo secondo comma, che non contiene alcun rimando all'art. 4 c.p.p. La seconda criticità emerge perché, a ritenere applicabile l'art. 4 c.p.p., vi sarebbe una quasi totale coincidenza tra i procedimenti in cui è possibile richiedere la messa alla prova e quelli introdotti mediante citazione diretta a giudizio; di conseguenza, non si capirebbe come mai il legislatore, nel trattare dei termini finali entro i quali è possibile avanzare istanza di accesso alla messa alla prova, si sia riferito alla formulazione delle conclusioni in udienza preliminare. In altre parole, un'interpretazione in base alla quale il computo del massimo edittale debba seguire i meccanismi di cui all'art. 4 c.p.p., costituirebbe un'*interpretatio abrogans* dei riferimenti all'udienza preliminare contenuti nella nuova normativa.

Si potrebbe essere portati a ritenere che il richiamo all'udienza preliminare abbia un senso per quei reati (societari, contro la pubblica amministrazione,...) che, pur essendo puniti con la pena edittale non superiore nel massimo a quattro anni (calcolata secondo i criteri di cui all'art. 4 c.p.p.), sono attribuiti al Tribunale in composizione collegiale e che, pertanto, non seguono il procedimento per citazione diretta, ma passano per l'udienza preliminare. Una riflessione di questo tipo, tuttavia, non tiene conto dell'esiguità dei casi considerati, ma soprattutto è certamente incompatibile con un'interpretazione che tenga conto del dato letterale e della *ratio legis*.

Di tenuta maggiore è l'argomentazione in base alla quale il richiamo ai termini di cui agli artt. 421 e 422 c.p.p. trova giustificazione nel caso in cui uno dei reati

² In questo senso [BOVE, Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L.67/2014](#), in *questa Rivista*, 25 giugno 2014.

contestati in astratto segua il procedimento per citazione diretta a giudizio ma, nel caso concreto, essendo connesso ad altro reato più grave, debba passare per l'udienza preliminare. Tale soluzione sembrerebbe reggere, nonostante la giurisprudenza abbia ammesso l'imputato a chiedere la separazione dei procedimenti e la sospensione di quelli aventi ad oggetto reati che ammettono la messa alla prova³, dal momento che un'istanza in tal senso può anche essere respinta o, comunque, può non risultare appetibile per la strategia difensiva dell'imputato, con conseguente effettiva celebrazione dell'udienza preliminare. Una simile interpretazione, tuttavia, resta priva di aggancio normativo.

Un'altra opzione è di dare rilevanza a tutti quanti gli elementi accidentali. Tale interpretazione, però, lascia ai giudici un potere discrezionale eccessivo e soprattutto di difficile esercizio, dovendo gli stessi operare aumenti e diminuzioni di pena con riferimento ad un fatto ed ad un soggetto di cui conoscono poco o nulla, sulla scorta di indagini spesso lacunose.

2. La soluzione della Suprema Corte.

L'unica alternativa possibile è guardare alla pena base del reato contestato, consumato o tentato, ignorando tutti gli *accidentalia delicti*. In tal caso, il giudicante è chiamato ad eseguire un'operazione, quasi aritmetica, e sottrarre dal capo d'imputazione le circostanze aggravanti contestate e, alla luce del risultato, analizzare la possibilità di accesso all'istituto.

Una simile esegesi trova conforto in un argomento letterale. L'art. 168-bis c.p., infatti, si limita a fare riferimento al dato edittale. Per converso va rilevato che, laddove il legislatore abbia voluto apportare correttivi ai meccanismi di computo della pena, lo ha fatto espressamente: così è stato – lo si è detto – in tema di competenza, dove l'art. 4 c.p.p. impone di considerare le aggravanti ad effetto speciale e quelle che prevedono una pena di specie diversa. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Alla medesima conclusione si perviene anche tramite un'interpretazione che tenga conto della *ratio legis*. La messa alla prova, collocandosi sulla scia dei – non sempre felici – rimedi all'emergenza del sovraffollamento carcerario⁴, mira a: contribuire al processo di decarcerizzazione, tramite l'anticipazione dell'esecuzione penale- e la sostituzione delle pene detentive con attività trattamentali e socialmente utili; deflazionare il carico giudiziario mediante la valorizzazione di un percorso

³ [Tribunale di Torino, 21 maggio 2014](#), in questa Rivista, 25 giugno 2014, con nota di [MIEDICO, Sospensione del processo e messa alla prova per imputati maggiorenni: un primo provvedimento del Tribunale di Torino](#).

⁴ Per un *excursus* dei provvedimenti si veda DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Questione giustizia*, 2013, 6, p. 10. Se, in astratto, il coacervo di provvedimenti consente modalità di esecuzione delle pene detentive in forma alternative al carcere per quasi la metà dei condannati (così FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *Guida al diritto*, 2014, 21, p. 63), in concreto, questi meccanismi potrebbero arenarsi nelle sabbie mobili del disfunzionamento burocratico, aggravato dalle clausole di invarianza finanziaria che hanno accompagnato gli ultimi interventi legislativi.

preventivo ed alternativo al dibattimento⁵ (cd. *diversion*), che, se svolto con esito positivo, comporta l'estinzione del reato; relegare la pena detentiva ad *extrema ratio*; e così contenere la recidiva⁶. Il *fil rouge* di queste finalità è rappresentato dalla deflazione, la quale sarebbe in parte vanificata laddove si restringesse il campo applicativo della messa alla prova escludendo l'accesso alla misura per quei reati il cui massimo edittale rientra nei limiti dell'art. 168-bis c.p. ma, a causa del concorrere di circostanze aggravanti, supera i quattro anni.

Ad colorandum, addentrandosi nei meandri dei lunghi lavori preparatori che hanno portato alla luce l'istituto della messa alla prova, si può notare come il disegno di legge n. 111 A.S. avesse risolto il problema dei limiti edittali per l'accesso alla *probation* valorizzando le circostanze aggravanti ad effetto speciale e quelle che comportano pena di specie diversa. Il fatto che durante l'*iter* parlamentare tale posizione sia stata abbandonata è sintomo che il legislatore non abbia voluto dar peso ad alcuno degli *accidentalialia delicti*.

⁵ FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana*, cit., p. 63, ritiene che la Legge n. 67/2014 possa «favorire - ove possibile - il ricorso a sanzioni non penali o comunque alternative alla detenzione, e di porre un più efficace meccanismo di doppio binario processuale, idoneo a selezionare per la trattazione il rito ordinario i procedimenti afferenti a fatti (veramente) meritevoli dell'accertamento dibattimentale, e implementando, per tutte le altre ipotesi, modalità alternative di definizione degli affari penali, che, pur rinunciando al processo e alla condanna, perseguano con più probabilità di successo i non meno cruciali obiettivi del recupero sociale del reo e la riparazione del danno subito dalla vittima del reato». Di diverso avviso è SALVADORI, *Audizione durante l'indagine conoscitiva del 3 luglio 2012*, il quale, introducendo la cd. teoria dei circoli viziosi e virtuosi, paventa il rischio che la messa alla prova sia fruttuosa solo nei tribunali che non risultano già congestionati: «se un ufficio giudiziario è efficiente, quindi riesce a fare i processi velocemente, gli imputati tengono in considerazione qualunque istituto vagamente premiale: dunque si patteggia, si abbrevia, si fanno oblazioni e, sicuramente si richiederà la messa alla prova...In questo modo, meno processi arrivano in dibattimento, più il tribunale riesce a rimanere molto efficiente, autoalimentando, quindi, un circolo positivo. Al contrario, se un ufficio giudiziario è lentissimi, nessun avvocato accorto consiglierà di fare qualcosa per velocizzare il processo: di conseguenza, il dibattimento si intasa sempre di più e nessuno mai richiederà questo tipo di istituti».

⁶ Secondo le statistiche elaborate dall'Osservatorio delle misure alternative del D.A.P., relativamente all'anno 2007, la recidiva di chi resta tutto il tempo chiuso in prigione è tre volte superiore a quella di chi sconta la condanna con misure alternative alla detenzione: il 68,5% nel primo caso, il 19% nel secondo. Cfr. https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?sessionid=E1E9CB9BC5A8020C1C99C3A4BA4DEE55.ajp.AL02?previousPage=mg_6_9&contentId=NOL774003. Con riferimento specifico ai risultati sorprendenti in tema di recidivismo dei minori messi alla prova, si veda PRATI - NASCETTI, *Prevenzione della recidiva e messa alla prova. Le opinioni e le esperienze degli operatori dell'Ufficio di servizio sociale per i minorenni di Bologna*, in *Psicologia e giustizia*, 14, 1, gennaio-giugno 2013. Nello stesso senso anche FIORENTIN, *Rivoluzione copernicana*, cit., p. 63, secondo cui «l'inadeguatezza del sistema sanzionatorio attuale appare, del resto, particolarmente evidente in rapporto a una serie articolata di fattispecie di minore rilevanza quando al danno sociale correlato, in relazione alle quali la pena detentiva (e la detenzione carceraria in particolare) risulta non soltanto sproporzionata alla oggettiva gravità del fatto e prima di una effettiva valenza rieducativa, ma altresì potenzialmente criminogena, potendo il contatto con l'ambiente degradato del carcere esplicare un effetto opposto a quello rieducativo nei confronti di soggetti che - coinvolti solo marginalmente nelle dinamiche criminali - potrebbero ancora essere recuperati sotto il profilo del reinserimento sociale».

Per questi motivi, la Cassazione⁷ ha statuito che «nella individuazione dei reati attratti alla disciplina della *probation* di cui agli artt. 168-*bis* e seguenti cod. pen. in ragione del mero riferimento edittale, deve guardarsi unicamente alla pena massima prevista per ciascuna ipotesi di reato, prescindendo dal rilievo che nel caso concreto potrebbe assumere la presenza della contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale».

L'intervento della Suprema Corte, ispirato da finalità garantiste e finalizzato ad assicurare esiti deflattivi, apre scenari importanti.

Già prima dell'arresto giurisprudenziale, peraltro, il ricorso alla messa alla prova era possibile per reati di grave allarme sociale per via dell'estensione *rationae materiae* attuata mediante il richiamo all'art. 550, comma 2, c.p.p. Così, ad esempio, si poteva accedere alla *probation* nel caso di furto pluriaggravato, punito con la reclusione da tre a dieci anni, o nell'ipotesi di ricettazione.

L'apertura all'art. 550, comma 2 c.p.p., inoltre, comporta un'estensione non solo ai reati elencati dal dato letterale della disposizione citata, ma anche a quelli ad essa ricondotti per via giurisprudenziale. Sotto questo profilo, a titolo esemplificativo, anche il furto in abitazione e quello con strappo di cui all'art. 624-*bis* c.p., seppure costituiscano fattispecie autonome di reato punite con la pena della reclusione da uno a sei anni, rientrando tra i casi per i quali si procede a citazione diretta, sono compatibili con la messa alla prova.

L'arresto giurisprudenziale, tuttavia, comporta estensioni ulteriori di non poco momento, in quanto elimina dal meccanismo del computo della pena tutte le circostanze aggravanti ad effetto speciale. Si pensi al delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità di cui all'art. 73 comma 5 D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, fattispecie autonoma punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Tale reato, ancorché (pluri)aggravato *ex art.* 80 (ad esempio, perché la sostanza stupefacente è stata ceduta a persona minorenni), può essere estinto mediante la messa alla prova.

3. La mancanza di una disciplina transitoria.

Il secondo *deficit* del legislatore risiede nell'aver omesso di dettare una disciplina transitoria. Ne è sorto un quesito di diritto che, dal 17 maggio a questa parte, quotidianamente si ripropone nelle aule di giustizia: se la messa alla prova sia applicabile anche ai fatti pregressi ed ai procedimenti pendenti, che, alla data dell'entrata in vigore della normativa, abbiano già superato il termine decadenziale entro il quale è possibile avanzare la richiesta di accesso alla misura⁸.

⁷ Cass., sez. VI, 13 febbraio 2015, n. 6483.

⁸ Cass, sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, in questa Rivista, 21 ottobre 2014, con nota di [PICCHICHE', Alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso](#), aveva rimesso la questione alle Sezioni Unite; la causa, tuttavia, è stata cancellata dal ruolo, perché il reato contestato era destinato a prescrivere prima dell'invocato intervento nomofilattico.

Il problema si ripresenta in pressoché tutti i modelli processuali. Per esempio, nel procedimento per citazione diretta, in cui il dibattimento è stato aperto prima del 17 maggio 2014 e l'udienza rinviata a data successiva; in quest'ultima, potrà l'imputato avanzare la richiesta di messa alla prova, nonostante il termine di decadenza previsto dall'art. 464-*bis*, comma 2, c.p.p., ossia la dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, sia spirato? Ancora, si pensi ad un procedimento per decreto penale di condanna, in cui, a seguito di opposizione proposta prima dell'entrata in vigore della normativa, sia stata fissata udienza per la celebrazione del giudizio: quale sarà la sorte di un'istanza di accesso alla messa alla prova, se il termine ultimo, cioè l'atto di opposizione al decreto penale, è trascorso senza che l'interessato fosse in condizione di avanzare richiesta in tal senso? La questione non è di poco momento, in quanto la messa alla prova è uno strumento che può portare ad effetti anche importanti, *in primis* l'estinzione del reato ai sensi dell'art. 168-*ter*, comma 2, c.p.

Le risposte non si sono fatte attendere ed hanno visto affermarsi, soprattutto in seno alla giurisprudenza di legittimità, un orientamento restrittivo, proclive a restringere il più possibile l'ambito di operatività della *probation* per gli adulti⁹. I sostenitori di questo indirizzo hanno addotto argomentazioni diverse: alcune non (più) sostenibili¹⁰, altre con una loro logica giuridica¹¹, peraltro criticabile.

4. La natura sostanziale dell'istituto.

I sostenitori dell'orientamento citato considerano la messa alla prova una misura a carattere processuale, in quanto procedimento speciale, inserito nel libro V del codice di procedura penale tra le possibili definizioni alternative della vicenda

⁹ Su questo filone si innestano: Cass., sez. II, 4 maggio 2015, n. 18265; [Cass., sez. II, 4 novembre 2014, n. 48025](#); [Cass., sez. feriale, 31 luglio 2014, n. 35717](#), in *questa Rivista*, 15 aprile 2015, con nota di [MARTELLA, Messa alla prova "per adulti": la questione della \(assenza di\) disciplina intertemporale](#); Cass., sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, cit.

¹⁰ BOVE, *Messa alla prova per gli adulti*, cit., p. 26 sostiene che «forse occorrerebbe chiedersi se la mancanza di una norma transitoria o comunque di una disposizione normativa che espressamente sia individuata quale norma transitoria, sia stata una mera "dimenticanza", ed è proprio la disposizione di cui all'art. 464 *bis* co. 2 c.p.p. che può portare a questa riflessione: l'aver infatti individuato uno sbarramento...oltre il quale il beneficio non è più applicabile, può rispondere ad una scelta precisa adottata dal legislatore, il quale, con tale disposizione, ha probabilmente voluto dettare una disciplina applicabile a tutti i procedimenti pendenti, individuando tra essi quelli in cui la disciplina sostanziale può trovare applicazione (e converso, quelli ai quali la disciplina non è applicabile). In altri termini, la norma in esame svolge anche una funzione di norma transitoria, nonostante non ne abbia il *nomen iuris*». In realtà, tale posizione non può (più) essere sostenuta, perché la "dimenticanza" legislativa nel dettare una disciplina transitoria è stata resa evidente dal fatto che, per l'altro grande tema trattato nella legge 28 aprile 2014, n. 67, ossia il processo in assenza, si è reso necessario un intervento legislativo espresso, volto a disciplinare il regime intertemporale: si tratta della legge 11 agosto 2014, n. 118, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 21 agosto 2014, che ha modificato la legge 28 aprile 2014, n. 67 ed inserito l'art. 15-*bis*.

¹¹ MARTELLA, *Messa alla prova*, cit.; [PECORELLA, Il Tribunale di Genova ammette la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014 n. 67](#), in *questa Rivista*, 29 ottobre 2014.

processuale e caratterizzato da rigide paratie temporali. Avendo natura processuale, non può che seguire il principio del *tempus regit actum*, con conseguente applicazione solo ai procedimenti nei quali il termine di decadenza non sia ancora spirato: «il *novum* normativo, riguardando anche l'ambito processuale (v. gli artt. 464-bis c.p.p. e segg.), non determin[a] di per sé l'applicazione dell'istituto della messa alla prova ai fatti pregressi e per i procedimenti pendenti, pregiudicando tale interpretazione il canone *tempus regit actum*»¹².

In realtà, l'assunto tralascia alcune considerazioni.

La natura, sostanziale o processuale, di una norma deve essere valutata alla luce del suo contenuto effettivo. Non è ammissibile un *tertium genus*, perciò, nei casi dubbi, occorre «verificare il carattere prevalente e determinante, per stabilire poi, in base ad esso, la classificazione da attribuire alla disposizione stessa»¹³. Nessuno mette in dubbio che la messa alla prova, in quanto procedimento speciale, tradisca una natura procedurale. Quel che si critica è che, per ciò solo, se ne possa predicare la natura processuale. Sussistono, viceversa, una serie di altri elementi per propendere verso una sua qualificazione sostanziale.

In primo luogo, la messa alla prova è prevista come una causa di estinzione del reato; lo si evince sia dai suoi effetti in caso di esito positivo (art. 168-ter, comma 2, c.p.) sia dalla sua collocazione topografica nel codice penale, subito dopo la sospensione condizionale della pena. In questo modo, tra l'altro, incide sulla modalità di realizzazione della pretesa punitiva dello Stato, al limite – nell'ipotesi di esito favorevole –, comportandone il venir meno; in altre parole, essa costituisce una causa di impedimento al potere statale di punire l'imputato, anche se colpevole, bloccando il suo *ius puniendi*. A ciò si aggiungano, inoltre, alcune pronunce del Supremo Collegio, rese in relazione ad istituti affini alla messa alla prova, esplicitamente dichiarati di natura sostanziale: così, per l'omonima figura del rito minorile¹⁴, per il decreto penale di condanna¹⁵ e per l'oblazione¹⁶. Va considerato, infine, che questa misura prevede l'esecuzione di un programma di trattamento che, dal punto di vista contenutistico, contiene misure limitative della libertà personale (ad esempio, lavoro di pubblica utilità, restrizioni alla libertà di movimento,...).

La considerazione della messa alla prova come misura a carattere sostanziale comporta la lettura della novella legislativa alla luce dell'art. 2, comma 4, c.p. e, soprattutto, del principio di retroattività della *lex mitior*¹⁷.

5. Il principio di retroattività *in mitius*: inderogabilità in astratto.

¹² Cass., sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, cit.

¹³ Cass., sez. I, 5 giugno 2000, n. 7385, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, p. 524.

¹⁴ Cass., sez. I, 23 marzo 1990, in *Cass. pen.*, 1990, p. 71.

¹⁵ Cass., sez. I, 14 gennaio 2005, n. 2907, in *Cass. pen.*, 2006, 9, p. 2897

¹⁶ Cass., sez. IV, 21 settembre 2007, n. 38540, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2008, 4, p. 305.

¹⁷ Per un approfondimento sul principio di retroattività della *lex mitior*, si veda [VIGANÒ, Retroattività della legge penale più favorevole](#), in *questa Rivista*, 20 dicembre 2013.

Consapevole della fondatezza di quest'ultima affermazione, l'orientamento restrittivo si preoccupa di aggiungere che, anche a voler considerare la messa alla prova come istituto a carattere sostanziale – e, per l'effetto, ritenere applicabile il principio di retroattività della legge penale favorevole –, ciò non basta a fondare un'efficacia retroattiva dell'istituto. A sostegno di tale assunto, la Suprema Corte richiama alcune pronunce della Consulta, secondo cui, mentre il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole è da ritenersi assoluto ed inderogabile, quello di retroattività della norma penale favorevole può subire delle limitazioni oggettivamente giustificate, in presenza di interessi superiori individuati, di volta in volta, nella certezza dei rapporti giuridici esauriti, nell'economia processuale, nell'efficienza del processo, nella salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale¹⁸.

Le decisioni richiamate risultano anacronistiche, in quanto, da allora, il principio di retroattività della *lex mitior* ha acquisito un'importanza sempre maggiore, tale da assurgere a canone assoluto ed inderogabile, dotato di riconoscimento a livello costituzionale, comunitario ed internazionale¹⁹.

Quanto allo *status* costituzionale, si è fatto ricorso ora al principio di uguaglianza²⁰ ora al *favor libertatis*²¹ ora all'art. 2 c.p.²². In ambito europeo, il principio di retroattività della legge penale favorevole è stato considerato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea come principio generale del diritto comunitario, in quanto

¹⁸ L'indirizzo si è affermato con Corte costituzionale, 6 marzo 1995, n. 80, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 724. Successivamente è stato ribadito da: Corte costituzionale, 8 novembre 2006, n. 394, in *Cass. pen.*, 2007, 2, p. 467, con nota di GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*; Corte costituzionale, 23 novembre 2006, n. 393, in *Cass. pen.*, 2007, 2, p. 424, con nota di AMBROSETTI, *La nuova disciplina della prescrizione: un primo passo verso la "costituzionalizzazione" del principio di retroattività delle norme penali favorevoli al reato*; Corte costituzionale, 12 marzo 2008, n. 72, in *Giur. cost.*, 2008, 2, p. 928, con nota di PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*; Corte costituzionale, 9 giugno 2008, n. 215, in *Giur. cost.*, 2008, 3, p. 2399, con nota di GAMBARDELLA, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*.

¹⁹ In questi termini Corte costituzionale, 28 gennaio 2010, n. 28, in *Foro it.*, 2010, 4, p. 1109, con nota di ARMONE, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel prisma dei diritti fondamentali*. Nello stesso senso, VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in questa *Rivista*, 6 settembre 2011; MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in MANES - ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, 2011, pp. 426 ss.

²⁰ In giurisprudenza: Corte costituzionale, 23 novembre 2006, n. 394, cit. In dottrina: BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, in *La questione criminale*, 1980, pp. 240 ss.; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, p. 1378; PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, V, p. 635.

²¹ TRAPANI, *Abrogatio. Contributo alla dommatica dell'ambito di validità temporale della norma giuridica penale*, in *Giur. it.*, 2011, p. 489 ritiene che il principio di retroattività *in mitius* costituisca corollario del *favor libertatis*.

²² PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 2003, p. 116 afferma che l'art. 2 c.p. sia materialmente costituzionale, in quanto riguardante diritti fondamentali dell'uomo.

appartenente alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri²³; in seguito, è stato ancorato positivamente all'art. 49, comma 1, della Carta di Nizza, recepita come fonte del diritto con lo stesso valore giuridico dei trattati, in forza dell'art. 6, comma 1, TUE. Sul fronte convenzionale, infine, si segnalano l'art. 7, par. 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte EDU²⁴, anch'esso costituente fonte del diritto per via del richiamo operato dall'art. 6, commi 2 e 3, TUE; nonché, l'art. 15, comma 1, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici.

Alla stregua del panorama normativo e giurisprudenziale descritto, il principio di irretroattività della *lex mitior* non può che uscirne rinvigorito, assumendo una forza dirompente²⁵, tale da assurgere a diritto fondamentale inderogabile. In apparente noncuranza di ciò, la Suprema Corte sembra ribadire la sua derogabilità sulla base di ragioni oggettivamente giustificate.

6. (segue) ed in concreto.

Nel cercare di ancorare la deroga ad una ragione obiettiva, la Cassazione richiama la giurisprudenza costituzionale elaborata in tema di disciplina transitoria della legge cd. ex Cirielli, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'inapplicabilità dei termini di prescrizione più favorevoli, introdotti dalla normativa citata, ai processi già pendenti in grado di appello o avanti la Corte di cassazione²⁶. Secondo il Supremo Collegio, nelle sentenze della Consulta si rinvencono «alcuni principi che efficacemente si attagliano alle caratteristiche sistematiche e strutturali che la questione qui esaminata pone»²⁷. Tra questi, l'interesse superiore alla funzionalità della giustizia ed alla non dispersione dell'attività processuale già compiuta: infatti, a differenza dei processi pendenti in primo grado, quelli di appello o innanzi alla Corte di cassazione non possono essere riorganizzati senza una consistente dispersione delle attività istruttorie già compiute e degli accertamenti di responsabilità già dichiarati.

²³ In questo senso: CGUE, 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11; CGUE, 11 marzo 2008, *Jager*, C-420/06; CGUE, 3 maggio 2007, *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05. In particolare, CGUE, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02 aggancia il principio di retroattività della *lex mitior* al criterio del *maximum standard*, secondo cui la tutela comunitaria assicura il livello di protezione più alto tra quelli presenti nei sistemi giuridici degli Stati membri; sotto questo profilo, va ricordato che il principio in esame è affermato in oltre 50 Carte costituzionali ed in alcuni Paesi (ad esempio, il Portogallo) ne è affermata la natura assoluta ed inderogabile.

²⁴ Il riferimento è a Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*; Corte EDU, 27 aprile 2010, *Morabito contro Italia*.

²⁵ In grado di incrinare anche il dogma del giudicato (Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, in *Guida al diritto*, 2014, 45, p. 58).

²⁶ Per tale orientamento si vedano: Corte costituzionale, 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, 4, p. 3047, con nota di PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e diritto nazionale*; Corte costituzionale, 9 giugno 2008, n. 215, cit.; Corte costituzionale, 28 marzo 2008, n. 72, cit.

²⁷ Cass., sez. feriale, 31 luglio 2014, n. 35717, cit.

Tali considerazioni – ragionevoli in tema di prescrizione – non risultano applicabili per la disciplina transitoria sulla messa alla prova. Per questo istituto il rischio di vanificare il lavoro giudiziario è assente; difatti, l’eventuale esito negativo o la revoca della misura comportano semplicemente la ripresa del processo (art. 464-*septies*, comma 2, c.p.p. ed art. 464-*octies*, comma 4, c.p.p.), con conservazione del materiale probatorio raccolto e nessun pregiudizio per i termini di prescrizione, che restano sospesi. Il richiamo operato dalla Cassazione agli argomenti elaborati dalla Corte costituzionale in tema di disciplina transitoria del regime prescrizionale introdotto dalla legge ex Cirielli, pertanto, è affetto da irragionevolezza.

Sempre nel tentativo di allacciare la deroga al principio di retroattività *in mitius* a ragioni oggettive, l’orientamento restrittivo sorto nella giurisprudenza di legittimità invoca la diversità tra i contesti processuali²⁸.

Sotto questo profilo, va ribadito che ogni scelta derogatoria deve avere un tasso di difendibilità rinforzato, rinvenibile laddove ricorrano due condizioni: la presenza di interessi dell’intera collettività connessi a valori costituzionali di rilievo primario; la prevalenza di tali interessi con gli altri contrapposti nel giudizio di bilanciamento. Ciò premesso, bisogna indagare quali siano i valori in gioco. Da un lato, la messa alla prova porta con sé il *favor libertatis*, il principio di uguaglianza, la deflazione giudiziaria, l’economia processuale; dall’altro, la Cassazione “mette sul piatto” la diversità tra i contesti processuali. Anche a voler considerare questi interessi di pari rango, è evidente come i primi siano destinati a prevalere nel giudizio di bilanciamento²⁹. La Suprema Corte, tuttavia, approdando alla conclusione opposta, incorre in un altro vizio di irragionevolezza.

Appare doveroso evidenziare, infine, che l’orientamento restrittivo, basato sul principio del *tempus regit actum*, crea disparità di trattamento.

Si consideri il caso seguente, sul quale appare opportuno soffermarsi se non altro per la sua ricorrenza statistica: Tizio e Caio hanno violato la stessa norma incriminatrice nello stesso contesto temporale prima dell’entrata in vigore della messa alla prova. Il procedimento di Tizio è ancora nella sua fase embrionale, per via di disfunzioni dell’ufficio giudiziario o per criteri di priorità particolari. Quello di Caio, invece, ha già superato l’udienza filtro. Pur avendo commesso il fatto nello stesso

²⁸ Cass., sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, cit.: «quando il processo è ormai giunto davanti al giudice dell’impugnazione (perché vi è stata una decisione che ha definito il primo grado di giudizio) non vi è spazio sistematico alcuno per dare ingresso ad una procedura che...è strutturalmente alternativa ad ogni tipo di giudizio su una determinata impugnazione».

²⁹ Su questa linea BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, p. 672, il quale ritiene che «il silenzio del legislatore deve essere interpretato nel senso che, ispirandosi a una ratio della retroattività – per così dire – “europea”, che vede nella irretroattività delle norme di favore un’irragionevole violazione della libertà personale come se si trattasse di un ingiustificato “accanimento”, non si è voluto porre limiti o deroghe...si deve anche osservare come la ratio “europea” della retroattività abbia una sua plausibilità soprattutto quando sono preesistenti vere e proprie limitazioni della libertà personale, mentre là dove vengono in gioco istituti che non incidono su limitazioni della libertà già in atto, è del tutto ragionevole prevedere deroghe e limiti».

momento, Tizio può evitare il processo ed estinguere il reato, mentre Caio deve essere sottoposto a giudizio ed, eventualmente, subire una condanna.

Tale disparità di trattamento finisce per essere collegata a dati incerti, quale la maggiore o minore speditezza processuale, a sua volta dipendenti da variabili inafferrabili.

7. Problemi pratici e rimedi sistematici.

L'orientamento restrittivo, così come scaturente dalle parole della Cassazione, afferma che, anche ad ammettere la retroattività della messa alla prova, residuerebbero una serie di problemi nella sua attuazione³⁰. Questi sarebbero particolarmente evidenti con riferimento al giudice competente ed alla procedura da seguire.

Tale affermazione è frutto di una generalizzazione e può essere confutata analizzando le problematiche rilevate in ogni stato e grado del processo.

Così facendo, risulta evidente come le argomentazioni addotte dalla Cassazione non reggano in primo grado fino alla pronuncia della sentenza di merito; in questo scaglione processuale, infatti, c'è sia un giudice competente sia una procedura descritta positivamente. Analoghe conclusioni sono predicabili in riferimento al grado appello.

Sotto questo profilo, un problema simile si era presentato all'indomani dell'entrata in vigore del lavoro di pubblica utilità per la guida in stato di ebbrezza *ex* art. 186, comma 9-*bis*, del Codice della Strada; allora, per via giurisprudenziale, fu ammessa la possibilità di richiedere l'attivazione dell'istituto anche in appello³¹. Lo stesso avvenne per la messa alla prova nel processo minorile; in tale occasione, una parte della dottrina e della giurisprudenza affermò che la nuova normativa si potesse applicare anche nel giudizio di appello³², superando con facilità i problemi pratico-procedurali opposti oggi dalla Suprema Corte.

In questo senso sembra essersi mossa anche la giurisprudenza più recente³³, che – seppure tra le righe – pare affermare l'ammissibilità della richiesta di messa alla prova anche in appello. Sotto questo profilo, la Cassazione è stata chiamata a valutare

³⁰ Cass., sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, cit.: «gli effetti sostanziali del nuovo istituto non consistono in automatismi dei quali il giudice possa fare applicazione anche all'esito del dibattimento, in sede di impugnazione o in fase esecutiva, essendo richiesto un esperimento comportamentale, caratterizzato da valutazioni di carattere discrezionale».

³¹ Cass., sez. IV, 28 maggio 2013, n. 37742, in *Riv. pen.*, 2013, 11, p. 1138: «in tema di guida in stato di ebbrezza, deve ritenersi che non possa negarsi all'imputato, in sede di appello, la possibilità di formulare una esplicita rinuncia alla sostituzione onde accedere al regime, da lui ritenuto più vantaggioso, del lavoro di pubblica utilità, introdotto con legge entrata in vigore successivamente alla pronuncia della sentenza di primo grado».

³² In dottrina: PERELLI, *L'impatto della messa alla prova e del processo in absentia sui processi in corso e, in particolare, sul giudizio di appello*, in *www.questionegiustizia.it*. Nello stesso senso in giurisprudenza: Cass., sez. I, 1 febbraio 2006, in *Foro it.*, 2007, II, p. 616; Corte d'Appello di Milano, 20 maggio 1999, in *Riv. pen.*, 2001, p. 81, con nota di PUGLIESE, *Messa alla prova del minore: finalità dell'istituto e poteri del giudice*.

³³ Cass., sez. II, 18 dicembre 2014, n. 52608.

la censura di nullità della sentenza della Corte d'Appello derivata dalla nullità dell'ordinanza del giudice di seconde cure, che aveva rigettato la richiesta di messa alla prova nel corso del giudizio di secondo grado sulla base della prescrizione oramai imminente. La Corte – pur dichiarando la questione assorbita in quella mossa col primo motivo – riconosce che tale censura «appare comunque non manifestamente infondata»; al di là della motivazione adottata – l'assenza di qualsivoglia rischio di prescrizione («in quanto il rinvio del procedimento in attesa del deposito del programma di trattamento con messa alla prova stilato dall'Ufficio UEPE, essendo stato richiesto dal difensore degli imputati, avrebbe determinato la sospensione del corso della prescrizione ai sensi dell'art. 159 c.p., n. 3 e anche l'eventuale successiva sospensione del procedimento con messa alla prova avrebbe determinato la sospensione del corso della prescrizione, secondo quanto espressamente previsto dal novello art. 168-ter cod. pen. introdotto dalla L. 28 aprile 2014, n. 67, art. 3, comma 11) – , va evidenziata un'ammissione implicita – ma poi non più di tanto! – della possibilità di avanzare istanza di accesso alla messa alla prova finanche in grado di appello.

Le uniche problematiche effettive residuerebbero nel giudizio di legittimità, dove effettivamente i giudici della Cassazione, a fronte di una richiesta di accesso alla *probation* per gli adulti, si troverebbero a dover eseguire indagini di merito ad essa precluse³⁴. La proposta di procedere ad un annullamento con rinvio al solo fine di riaprire una sorta di fase incidentale per lo svolgimento della messa alla prova, seppure condivisibile, costituirebbe un'interpretazione creativa di una procedura atipica.

In conclusione, deve ritenersi che la messa alla prova sia applicabile anche ai fatti pregressi ed ai procedimenti pendenti, in applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p. e del principio di retroattività della *lex mitior*: «la soluzione più garantista, che meglio coniuga le esigenze difensive con un portato normativo non leggibile in modo inequivoco, è ovviamente quella dell'immediata applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche ai fatti pregressi e per i procedimenti pendenti, pur in assenza di una disciplina transitoria, in applicazione delle regole generali previste dall'art. 2, comma 4, c.p. e dal principio di retroattività della *lex mitior*»³⁵. Con l'unico limite costituito dal giudizio di legittimità.

³⁴ Tra queste, l'acquisizione di ulteriori informazioni sulle condizioni socio-economiche dell'interessato, la modifiche o le integrazioni d'ufficio al programma di trattamento, il giudizio di ammissibilità della richiesta alla stregua dei parametri dell'art. 133 c.p., le modifiche alle prescrizioni originarie, la revoca dell'ordinanza ammissiva, la decisione sull'esito della misura. Come rilevato da Cass., sez. feriale, 31 luglio 2014, n. 35717, cit. si tratta di «ripetute ed invasive attività proprie del giudice del merito, con reiterati apprezzamenti di fatto».

³⁵ Cass., sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, cit.