

*Cass. Pen., sez. Unite, 01/09/2016, n. 3672*

*Presidente Canzio – Relatore Fidelbo*

---

### **Ritenuto in fatto**

1. Con l'ordinanza in epigrafe indicata il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Ancona ha rigettato la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata nell'interesse di S.B. , imputata di truffa aggravata (art. 640, secondo comma, n. 1, cod. pen.), sostenendo che la fattispecie in contestazione non è ricompresa tra i reati ammessi ai rito speciale, dal momento che l'art. 168-bis cod. pen., nel selezionare le fattispecie attraverso il criterio di quantificazione della pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, impone di considerare anche le circostanze aggravanti ad effetto speciale.

2. Contro questo provvedimento l'imputata ha proposto ricorso per cassazione, sul presupposto dell'immediata e autonoma impugnabilità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di messa alla prova.

Con il primo motivo ha dedotto la violazione dell'art. 464-quater cod. proc. pen., rilevando un vizio nella procedura per avere il giudice acquisito il parere motivato del pubblico ministero, anziché limitarsi a "sentirlo", così come previsto dal comma 1 dell'art. 464-quater.

Con il secondo motivo ha denunciato l'erronea applicazione dell'art. 168-bis cod. pen. e il vizio di motivazione, sostenendo che, ai fini della valutazione sull'ammissibilità della richiesta di messa alla prova, il giudice deve tenere conto della sola pena edittale prevista per il reato-base, senza prendere in considerazione le circostanze aggravanti del reato.

3. La Seconda Sezione penale, a cui il ricorso è stato assegnato, ha rilevato l'esistenza di un duplice contrasto giurisprudenziale: il primo, riguardante il profilo della autonoma impugnabilità per cassazione dell'ordinanza relettiva della richiesta di messa alla prova; il secondo, relativo alla rilevanza delle circostanze aggravanti, previste dall'art. 63, terzo comma, cod. pen., nella determinazione dei limiti edittali di applicabilità dell'istituto introdotto con l'art. 3 della legge 28 aprile 2014, n. 67. Pertanto, preso atto che sul primo contrasto le Sezioni Unite erano già state investite da altra ordinanza, ha rimesso ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen. la questione sul computo delle circostanze aggravanti ai fini dell'individuazione dei reati per i quali l'imputato può presentare richiesta di messa alla prova.

4. Con decreto del 29 febbraio 2016 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza camerata.

### **Considerato in diritto**

1. La questione, avente ad oggetto il rilievo delle circostanze aggravanti nei criteri di determinazione della pena, è condizionata dalla decisione dell'altra questione, pure oggetto di contrasto, di carattere preliminare, relativa all'immediata ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di rigetto della richiesta di messa alla prova.

Nella odierna udienza, ma in un diverso procedimento, questo Collegio ha stabilito che le ordinanze di rigetto della richiesta di messa alla prova, comprese quelle emesse dal giudice dell'udienza preliminare, non sono autonomamente impugnabili per cassazione, ma solo appellabili unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci).

Nella specie, l'imputata ha proposto ricorso contro l'ordinanza con cui il giudice dell'udienza preliminare ha rigettato la richiesta di messa alla prova, sicché il ricorso, in base al principio affermato, deve essere dichiarato inammissibile.

Tuttavia, la rilevanza del problema interpretativo sottoposto alle Sezioni Unite, caratterizzato da persistenti contrasti giurisprudenziali e da conseguenti ricadute di carattere pratico, giustifica la sua trattazione, pure in presenza di un ricorso da dichiarare inammissibile, in forza però di un principio di diritto enunciato nella medesima udienza e in un diverso procedimento.

Prevale, in tal caso, l'esigenza di assicurare comunque l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, peraltro nell'applicazione di un nuovo istituto che segna un'importante inversione di tendenza nel sistema penale.

2. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite può essere riassunta nei termini che seguono:

"Se, nella determinazione del limite edittale fissato dall'art. 168-bis, primo comma, cod. pen., ai fini dell'applicabilità della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova, debba tenersi conto delle circostanze aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale".

3. L'art. 168-bis cod. pen. delimita l'ambito operativo dell'istituto della messa alla prova individuando un duplice criterio, nominativo e quantitativo, che comprende, da un lato, le figure delittuose indicate dall'art. 550, comma 2, cod. proc. pen., e, dall'altro, i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva, sia essa sola, congiunta o alternativa a quella pecuniaria, non superiore nel massimo a quattro anni, senza puntualizzare, però, in questo caso, se nella determinazione del limite edittale debbano essere considerati gli eventuali fattori circostanziali aggravatori.

Da qui la questione che ha dato luogo a soluzioni contrastanti in giurisprudenza, con prospettive differenti in grado di incidere sull'ambito applicativo e sulla stessa natura e finalità del nuovo istituto.

4. Un primo indirizzo ritiene che quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del richiamo all'art. 550, comma 2, cod. proc. pen., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale (Sez. 6, n. 36687 del 30/06/2015, Fagrouch, Rv. 264045; Sez. 6, n. 46795 del 06/10/2015, Crocitti, Rv. 265484).

L'assunto muove dalla constatazione che il legislatore, quando ha inteso delimitare lo spazio applicativo di istituti, processuali o sostanziali, attraverso il criterio quantitativo "edittale", lo ha sempre fatto prendendo in considerazione le circostanze di cui all'art. 63, terzo comma, cod. pen. ai fini della determinazione della pena. Il riferimento è, ad esempio: nel codice di rito, alle disposizioni sulla competenza (art. 4), sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari (art. 278) e dell'arresto in flagranza (art. 379), sulla individuazione dei casi di citazione diretta a giudizio (art. 550, comma 1); nel codice penale, alle norme in materia di prescrizione (art. 157, secondo comma) e, da ultimo, a quelle sull'applicazione della causa di non punibilità per tenuità del fatto (art. 131-bis).

Di conseguenza, anche per la messa alla prova, pur in assenza di una espressa previsione normativa, si ritiene che la soluzione interpretativa non possa che allinearsi alla disciplina dettata per le ipotesi appena indicate.

A questo primo argomento di portata generale, se ne aggiunge un altro, interno all'art. 168-bis cod. pen., secondo cui il criterio "quantitativo", se non conformato al dettato delle altre norme suindicate, si porrebbe in contrasto con il criterio "qualitativo", attuato con il richiamo all'art. 550, comma 2, cod. proc. pen., in cui il legislatore ha effettuato una precisa scelta di "indicare normativamente" i delitti per i quali è ammesso il nuovo istituto, ricomprendendovi anche quelli con aggravanti per le quali la legge prevede una specie di pena diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale (art. 550, comma 2, lett. c, d, e, f). Tale scelta si spiegherebbe soltanto con la volontà del legislatore di tenere conto della regola stabilita dall'art. 550, comma 1, compreso il richiamo all'art. 4, là dove stabilisce che, ai fini edittali, si considerano le aggravanti speciali e quelle ad effetto speciale.

Il sistema troverebbe così una sua completezza e coerenza, rendendo applicabile la messa alla prova solo ai delitti per i quali si procede a citazione diretta dinanzi al giudice in composizione monocratica.

4.1. Da questo indirizzo si discostano quelle decisioni che, sulla base di una interpretazione ritenuta più aderente alla lettera della legge e più coerente sul piano logico e sistematico, ritengono che il parametro quantitativo contenuto nell'art. 168-bis cod. pen. si riferisce unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dalla contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale (Sez. 6, n. 6483 del 09/12/2014, Gnocco, Rv. 262341; Sez. 2, n. 33461 del 14/07/2015, Ardissonne, Rv. 264154; Sez. 4, n. 32787 del 27/07/2015, Jenkins Rossi, Rv. 264325).

4.2. Le Sezioni Unite ritengono di condividere quest'ultimo orientamento per le considerazioni che di seguito verranno svolte e che riprendono molti degli argomenti utilizzati dalle sentenze sopra indicate.

5. L'art. 168-bis cod. pen. seleziona i reati in base a un duplice criterio, quantitativo e qualitativo, ma non contiene alcun riferimento alla possibile incidenza di eventuali aggravanti al fine di identificare i reati che possono essere ricompresi nell'ambito dell'istituto della messa alla prova.

Si tratta di un dato che non può essere trascurato, tenuto conto che il riferimento alla lettera della legge costituisce la prima regola interpretativa (art. 12 preleggi) e, allo stesso tempo, il limite di ogni altro criterio ermeneutico cui ricorrere solo quando il testo risulti poco chiaro o di significato non univoco.

Tra le argomentazioni a sostegno del primo orientamento, vi sono quelle che negano la univocità e chiarezza della norma, evidenziando l'esistenza di un vuoto da colmare per via analogica attraverso il richiamo ad un principio generale che si assume di poter ricavare dal sistema, ovvero valorizzando il rinvio che l'art. 168-bis cod. pen. opera all'art. 550 cod. proc. pen..

5.1. Deve escludersi, tuttavia, che nel sistema esista un criterio normativo unitario in base al quale determinare la pena ai fini dell'applicazione di istituti processuali. Questo ruolo non può essere riconosciuto all'art. 4 né all'art. 278 cod. proc. pen., in quanto adottano criteri non perfettamente sovrapponibili e, soprattutto, si riferiscono a situazioni non omologabili, dal momento che disciplinano, rispettivamente, le regole sulla competenza e sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari, tanto che ad essi viene riconosciuta natura di norme speciali, di cui è interdetta ogni forma di applicazione estensiva in assenza di esplicite indicazioni.

Il tema risulta ripreso dal Procuratore generale nella requisitoria scritta, secondo cui l'argomento letterale sarebbe in contraddizione con "un canone classico del diritto penale sostanziale, che da sempre collega il riferimento della pena edittale alla fattispecie incriminatrice nel suo complesso".

Premesso che non può essere negata la natura accessoria delle circostanze, in quanto si aggiungono ad una fattispecie già costituita - anche nella forma del tentativo - adeguando la risposta sanzionatoria alla gravità del reato, l'affermazione secondo cui la fattispecie circostanziata è dotata di una sua autonoma cornice edittale è sicuramente corretta se riferita alla struttura del reato, ma non sembra giocare un ruolo nell'interpretazione dell'art. 168-bis cod. pen., conducendo ad una configurazione dell'istituto che, oltre a non trovare riscontro nella lettera della legge e delle analoghe previsioni di diritto sostanziale e processuale, si discosta apertamente dalla *voluntas legis*.

Sotto altro profilo, le argomentazioni espresse nella requisitoria dovrebbero condurre a considerare, in assenza di specificazioni normative di segno contrario, la rilevanza di tutte le circostanze, aggravanti e attenuanti, comuni e speciali. Ma dare rilievo, in questo caso, alle circostanze comuni risulterebbe operazione di difficile attuazione, considerando che gli aumenti previsti dalla legge sono "mobili", oltre che proporzionali rispetto alla pena-base, e manca un criterio applicativo di riferimento.

In realtà, ogni tentativo di ricercare una rigorosa e indefettibile coerenza del sistema in materia è destinato all'insuccesso, in quanto i criteri per la selezione dei reati attraverso il riferimento alla quantità di pena sono influenzati dagli istituti a cui si riferiscono e sono utilizzati, di volta in volta, in base a valutazioni discrezionali del legislatore. Anche a voler ammettere che la maggior parte delle disposizioni del

codice tengano conto, per la determinazione della pena ai più diversi fini, delle circostanze aggravanti per le quali è stabilita una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale, non per questo deve ritenersi che da esse emerga una regola generale e, soprattutto, che tale regola non sia derogabile dal legislatore. In realtà, si tratta semplicemente di una linea di tendenza", che non assurge a criterio generale.

Del resto, è significativo che nella stessa legge n. 67 del 2014, accanto a disposizioni che richiamano espressamente l'art. 278 cod. proc. pen. ai fini della determinazione della pena (art. 1, comma 1, lett. c, g, contenente la delega in materia di pene detentive non carcerarie), ve ne siano altre - come la delega in materia della particolare tenuità del fatto, contenuta nella lett. m) del medesimo art. 1, nonché lo stesso art. 168-bis cod. pen., introdotto dall'art. 3 - che non fanno alcun cenno alle circostanze aggravanti, a dimostrazione che il legislatore quando vuole dare rilevanza alle circostanze lo fa in modo esplicito.

Il fatto poi che, in sede di attuazione della delega sulla particolare tenuità del fatto, si sia previsto che per la determinazione della pena detentiva si debba tenere conto delle circostanze speciali, trova una sua giustificazione, considerando che questo istituto dà luogo ad una causa di non punibilità, con conseguente rinuncia ad ogni trattamento sanzionatorio, per cui opportunamente se ne è ridimensionata la portata applicativa, limitandola a fatti che non presentino un particolare disvalore, anche in considerazione del limite edittale previsto, che è addirittura più alto di quello per la messa alla prova.

5.2. Allo stesso modo deve escludersi che il richiamo contenuto nell'art. 168-bis cod. pen. al comma 2 dell'art. 550 cod. proc. pen. debba essere esteso al comma 1 e, di conseguenza, all'art. 4 cod. proc. pen. in esso menzionato.

Questa interpretazione, secondo una delle decisioni ricomprese nel primo orientamento richiamato (Sez. 6, n. 36687 del 10/09/2015, Fagrouch), assicurerebbe una maggior coerenza al sistema, evitando che il duplice criterio selettivo determini una serie di contraddizioni e di incertezze applicative e, così, colmando una pretesa lacuna" per l'operatività dell'istituto.

In tal modo si propone, tuttavia, una interpretazione correttiva che si scontra con la chiarezza della norma, la quale non evoca il comma 1 dell'art. 550 cod. proc. pen., non richiama l'art. 4 dello stesso codice e non menziona alcuna circostanza aggravante, limitandosi ad indicare espressamente il solo comma 2 dell'art. 550, per delineare le fattispecie di reato per le quali la messa alla prova è, in astratto, consentita.

Del resto, il riferimento al comma 1, contenuto nel successivo comma dell'art. 550, non può essere considerato un richiamo quoad penam, o meglio ai criteri di determinazione della pena, in quanto si tratta semplicemente dell'indicazione che, anche per i reati di cui all'elencazione, il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale con la citazione diretta.

5.3. La lettura alternativa proposta dall'orientamento in esame risulta smentita anche in base alla "intenzione del legislatore", ricostruita attraverso i lavori parlamentari

che hanno portato alla definitiva approvazione della legge. Infatti, nella formulazione originaria della disposizione contenuta nel disegno di legge n. 111 di iniziativa del sen. Palma (art. 1, comma 1, lett. c), vi era l'esplicito riferimento alle circostanze speciali e ad effetto speciale, ma esso è stato successivamente soppresso nel testo congiunto approvato dal Senato e trasmesso alla Camera dei deputati (cfr. Dossier n. 89 della XVII Legislatura, a cura del Servizio Studi del Senato, 2013). La modifica è stata ritenuta necessaria per escludere le circostanze di cui all'art. 63, terzo comma, cod. pen. dal computo della pena ai fini dell'applicabilità dell'istituto.

Quindi nessun vuoto normativo, presupposto indefettibile per ricorrere alla analogia, mentre deve rilevarsi come il legislatore, al fine di ampliare la portata operativa dell'istituto, abbia volutamente soppresso l'originario riferimento alle aggravanti di cui all'art. 63, terzo comma, cod. pen., sul presupposto che ciò fosse sufficiente ad impedire che gli aumenti conseguenti a dette circostanze potessero in qualche modo incidere sulla determinazione della pena.

5.4. La tesi qui criticata non appare condivisibile neppure là dove afferma che vi dovrebbe essere una perfetta coincidenza tra reati per i quali l'imputato può richiedere la messa alla prova e reati per cui è attivabile la citazione diretta davanti al tribunale monocratico.

Se il legislatore avesse voluto realizzare questa piena coincidenza, avrebbe operato un richiamo all'intero art. 550 cod. proc. pen., mentre ne è stato citato solo il comma 2. Come è stato correttamente osservato in dottrina, si è trattato di una scelta consapevole, limitata ad operare una selezione dei reati per categorie criminose, laddove il richiamo al comma 1 del citato art. 550 avrebbe avuto come effetto quello di escludere l'applicazione dell'istituto per reati puniti con pena edittale inferiore nel massimo ai quattro anni, ma di competenza collegiale ai sensi dell'art. 33-bis cod. proc. pen., quindi non ricompresi nel giudizio a citazione diretta. Soluzione, questa, che avrebbe comportato rischi di tenuta costituzionale della norma, in quanto tali reati sarebbero stati esclusi solo perchè non ricompresi nel procedimento a citazione diretta. Infatti, in base al criterio di quantificazione della pena previsto dall'art. 550, comma 1, attraverso il riferimento all'art. 4, la presenza di una aggravante ad effetto speciale che porti il limite edittale oltre la soglia dei quattro anni, impedendo la citazione diretta, ostacolerebbe l'accesso dell'imputato alla messa alla prova. Se avesse inteso operare in tal senso il legislatore lo avrebbe esplicitato, richiamando l'art. 4, sicché il raffronto comparativo con l'art. 550 costituisce una ulteriore ragione di conferma della scelta interpretativa che esclude ogni rilievo alle aggravanti nella quantificazione della pena ai fini della valutazione di ammissibilità della prova.

L'interpretazione che pretende di far coincidere i procedimenti in cui è possibile richiedere la messa alla prova e quelli introdotti mediante citazione diretta è contraddetta, infine, dal tenore dell'art. 464-bis, comma 2, cod. proc. pen., che, nel fissare i termini finali entro i quali è possibile avanzare la richiesta di accesso alla messa alla prova, fa riferimento alla formulazione delle conclusioni in udienza

preliminare ai sensi degli artt. 421 e 422, evidenziando così come il novero dei reati per i quali essa è consentita sia più esteso di quelli previsti dall'art. 550.

6. Una volta stabilito che l'art. 168-bis cod. pen. quando richiama il comma 2 dell'art. 550 cod. proc. pen. lo fa solo in funzione dell'individuazione di altre fattispecie per le quali è ammesso il rito, la questione sulla rilevanza delle circostanze aggravanti ad effetto speciale e di quelle per le quali la legge prevede una pena di specie diversa risulta fortemente ridimensionata. Infatti, tra i reati indicati nel comma 2 dell'art. 550 e per i quali l'imputato può chiedere di essere ammesso alla prova, vi sono fattispecie incriminatrici descritte nella loro forma aggravata (lett. c, d, e, t), alcune delle quali sanzionate con pene elevate, come il furto aggravato ai sensi dell'art. 625 cod. pen., che ricorrendo più circostanze può essere punito con la reclusione fino a dieci anni. Sicché sostenere che il criterio selettivo "quantitativo", che si riferisce alla pena edittale non superiore a quattro anni, debba tenere conto, nella determinazione del limite di pena ai fini dell'ammissione alla prova, delle circostanze aggravanti di cui all'art. 63, terzo comma, cod. pen. e, conseguentemente, escludere tali reati circostanziati dal rito, rivela la sua intrinseca contraddizione. Se il legislatore ha espressamente previsto che nell'ambito di applicazione della messa alla prova vi rientrino anche reati aggravati da circostanze ad effetto speciale, non si comprende perché avrebbe dovuto introdurre, nel medesimo articolo, una regola di tenore contrario.

Neppure si potrebbe obiettare che il richiamo nominativo ai reati indicati nel comma 2 dell'art. 550 costituisca l'eccezione alla regola, poiché dagli elementi presi in considerazione emerge come il legislatore, nell'individuazione dei reati che possono accedere al nuovo istituto, non ha scelto solo quelli caratterizzati da una bassa gravità, ma si è spinto a selezionare anche fattispecie di gravità medio-alta, tanto è vero che nell'elenco di cui al comma 2 dell'art. 550 sono ricompresi reati, non circostanziati, che prevedono una pena-base massima superiore a quattro anni. Pertanto, deve escludersi che i due criteri utilizzati dall'art. 168-bis - quantitativo e qualitativo - si pongano in un rapporto di "regola a eccezione".

Si è trattato di una opzione maturata durante i lavori parlamentari, in risposta alle istanze provenienti da più parti, volte a rendere la messa alla prova maggiormente "competitiva" rispetto ad altri istituti, come la sospensione condizionale della pena, non in grado di soddisfare le istanze deflative, che costituiscono una delle finalità del nuovo rito. Del resto, accedendo alla tesi più restrittiva, si avrebbe come effetto una sostanziale "sovrapposizione" dello spazio operativo della messa alla prova rispetto a quello di altre discipline quale, ad esempio, la causa di non punibilità per tenuità del fatto, nei cui confronti l'art. 168-bis cod. pen. avrebbe un raggio d'azione persino ridotto, considerato che l'art. 131-bis fissa il limite edittale di applicazione dell'istituto in anni cinque di reclusione, che, in questo caso, tiene però conto delle aggravanti speciali e ad effetto speciale.

Un'eccessiva enfaticizzazione delle ragioni generalpreventive, tendenti a limitare l'istituto a reati rientranti nella fascia di gravità bassa, rischia di tradire la stessa ratio della messa alla prova.

Rispetto alla chiarezza della lettera della legge, caratterizzata da un significativo silenzio in ordine agli accidentalia delicti, i tentativi di limitare l'applicazione dell'istituto sulla base di un'interpretazione favorevole alla rilevanza delle circostanze, che ha come conseguenza l'esclusione di reati ritenuti gravi, oltre a scontrarsi con la volontà del legislatore di allargare l'ambito di operatività della messa alla prova, finisce per privilegiare una concezione "premiale" della sospensione del procedimento, operando una indebita dequotazione dei contenuti trattamentali tesi alla prevenzione speciale.

Questa nuova figura, di ispirazione anglosassone, realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita e si connota per una accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio (Corte cost., n. 240 del 2015). Ma di essa va riconosciuta, soprattutto, la natura sostanziale. Da un lato, nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto.

La sospensione del procedimento dà luogo ad una fase incidentale in cui si svolge un vero e proprio esperimento trattamentale, sulla base di una prognosi di astensione dell'imputato dalla commissione di futuri reati che, in caso di esito positivo, determina l'estinzione del reato. Il percorso di "prova" comporta per l'imputato l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, se possibile, il risarcimento dei danni in favore della persona offesa, quindi l'affidamento al servizio sociale sulla base di un programma e, infine, la prestazione di un lavoro di pubblica utilità.

Il legislatore ha dato impulso ad un profondo ripensamento del sistema sanzionatorio che ancora oggi "gravita tolemaicamente intorno alla detenzione muraria". Il nuovo corso è testimoniato dalla legge n. 67 del 2014, che ha introdotto, tra l'altro, la messa alla prova e la particolare tenuità del fatto.

Si tratta di istituti diretti a contenere l'inflazione penalistica, nel tentativo di ridurre la crisi della sanzione penale, rendendo possibile il ricorso a reazioni "appropriate alla specificità dei fatti criminosi", in una concezione gradualistica dell'illecito, verso l'obiettivo di una razionalizzazione e laicizzazione del sistema penale attraverso la concentrazione delle risorse disponibili sugli illeciti di maggior significato e una lettura realistica del principio di obbligatorietà dell'azione penale, con la consapevolezza che la pena può non essere la conseguenza ineluttabile di ogni reato.

Da qui il carattere innovativo della messa alla prova che segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio.



7. In considerazione delle finalità specialpreventive perseguite dall'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione, risulta pertanto plausibile una sua applicazione anche a reati ritenuti astrattamente gravi.

Sembra evidente, sulla base di un approccio sistematico alla lettura dell'art. 168-bis cod. pen., che la gravità del reato non debba essere pregiudizialmente enfatizzata nel momento dell'astratto rilievo dei criteri di ammissibilità, in quanto il giudizio effettivo di ammissione del rito resta riservato alla valutazione del giudice circa l'idoneità del programma trattamentale proposto e la prognosi di esclusione della recidiva: valutazione, questa, che si svolge in base ai parametri dell'art. 133 cod. pen., i quali attengono alla gravità del reato, desunta dalla condotta, dall'entità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa e dalla intensità del dolo o dal grado della colpa. Ed è proprio questa la fase in cui assume effettivo e concreto rilievo la gravità dell'illecito.

Anticipare questa valutazione sin dai criteri astratti di ammissibilità cui fa riferimento l'art. 168-bis cod. pen. equivale a restringere, in forza di una interpretazione *praeter legem*, l'ambito operativo della messa alla prova, utilizzando automatismi che irrigidiscono l'istituto in un'ottica di sola prospettiva premiale. Al contrario, la lettura corretta della norma amplia il perimetro di operatività del rito, spostando sul giudice e sul suo potere discrezionale la motivata valutazione in merito alla fondatezza della richiesta dell'imputato, coerentemente con le finalità specialpreventive della messa alla prova.

La soluzione che ritiene l'irrilevanza delle circostanze risulta confermata non solo dall'interpretazione letterale dell'art. 168-bis cod. pen., che pone in evidenza la mancanza di ogni riferimento agli *accidentalia delicti*, e dalla ricostruzione della *voluntas legis*, ma anche da un'interpretazione logico-sistematica, là dove si osservi che l'effetto di estendere l'ambito applicativo della messa alla prova a reati che possono presentare un maggiore disvalore trova piena giustificazione con il fatto che si tratta di un istituto che prevede, comunque, un "trattamento sanzionatorio" a contenuto afflittivo, non detentivo, che può condurre all'estinzione del reato. Tale carattere, infine, è confermato dall'art. 657-bis cod. proc. pen., in cui si prevede che nel determinare la pena da eseguire in caso di fallimento della prova (a seguito di revoca o di esito negativo della messa alla prova) venga comunque detratto il periodo corrispondente a quello della prova eseguita.

8. In conclusione, con riferimento al quesito posto dall'ordinanza di rimessione, deve affermarsi il seguente principio di diritto:

"Ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168-bis cod. pen. alla pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tal fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto

speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato".

9. Come si è detto in premessa, il ricorso va peraltro dichiarato inammissibile, siccome proposto contro un provvedimento non impugnabile.

Alla dichiarazione di inammissibilità segue, ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen., la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, ma non di quelle in favore della cassa delle ammende, dovendosi escludere ogni profilo di colpa nella determinazione della causa di inammissibilità, in presenza di un oggettivo contrasto di giurisprudenza sulla autonoma ricorribilità dell'ordinanza oggetto di impugnazione.

### **P.Q.M.**

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.