

N.
N.



TRIBUNALE DI BOLOGNA

- Ufficio del Giudice per le indagini preliminari -

In data 6 ottobre 2020 il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna esercitava l'azione penale nei confronti di [REDACTED] e [REDACTED] (oltre che di altri soggetti) per il reato di cui all'art. 73 comma V DPR 309/90 per effettuato complessivamente 11 episodi di cessione di quantità di cocaina variabili tra 0,5 gr e 1,7 grammi tra il 20.9.2018 e il 21.12.2018.

Il Giudice, ricevuta la richiesta, fissava udienza dando i prescritti avvisi alle parti.

All'udienza del 14 gennaio 2021 entrambe gli imputati, per il tramite del proprio difensore munito di procura speciale, avanzavano richiesta di messa alla prova ex art. 168 bis c.p..

Il difensore evidenziava che gli imputati avevano già usufruito della messa alla prova poiché erano stati tratti in arresto in flagranza per un episodio di spaccio coevo ai fatti per cui si procede e, in sede di giudizio direttissimo, era stata avanzata tale richiesta: l'esito positivo della messa alla prova aveva consentito – in entrambe i casi - l'emissione della sentenza di estinzione del reato.

In quel procedimento (penale proc. n. [REDACTED] RG Trib. Bologna) [REDACTED] e [REDACTED] erano sottoposti a perquisizione domiciliare: all'esito, erano rinvenuti un sacchetto contenente gr. 10 di cocaina, n. 4 involucri di plastica termosaldata contenenti circa gr. 0,33 di cocaina ciascuna, n. 5 bilancini, sostanza da taglio, materiale per il confezionamento delle dosi e denaro contante (600 €); i due erano quindi tratti in arresto: all'esito dell'udienza di convalida, era applicata ad [REDACTED] [REDACTED] la misura dell'obbligo di presentazione alla PG in relazione al reato di cui agli artt. 110 c.p., 73 co. 5 D.P.R. 309/1990 e, in sede di giudizio direttissimo, era disposta per entrambi, con ordinanza del 7/1/19, la sospensione del processo con messa alla prova come in precedenza illustrato.

Il difensore, in sede di udienza preliminare, ha prodotto copia degli atti del procedimento per giudizio direttissimo e della sentenza di estinzione del reato per avvenuto esito positivo della messa alla prova.

Il difensore sottolineava, altresì, che i precedenti episodi di spaccio si erano verificati in precedenza ed era emersi solo all'esito delle indagini preliminari svolte a carico dei medesimi imputati e di altri soggetti coinvolti in analoghe attività illecite.

Vi è, a parere del difensore, una fondata possibilità di riconoscere la medesimezza del disegno criminoso tra le condotte contestate e, in astratto, di sottoporre al Giudice tale prospettazione al fine di richiedere l'accesso all'istituto della messa alla prova: ma il ricorso a tale beneficio è precluso per averne gli imputati già usufruito una volta.

All'udienza del 10 giugno 2021 il Giudice ha sollevato una questione di legittimità costituzionale da ritenersi rilevante e non infondata, con conseguente obbligo di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

La ricognizione normativa dell'istituto della messa alla prova evidenzia quanto segue.

La legge n. 67 del 2014, come noto, ha introdotto l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dei maggiorenni, attraverso la novellazione di quattro contesti normativi: il codice penale, modificato dall'art. 3 mediante l'inserimento degli articoli 168-bis, 168-ter, 168-quater; il codice di procedura penale, nel quale l'art. 4 inserisce sette nuove disposizioni (da 464-bis a 464-nonies); le norme di attuazione di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale nel quale sono inseriti gli articoli 141-bis e 141-ter; infine, il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti (d.p.r. 14 novembre 2002, n. 313).

La novità consiste nell'estensione a soggetti maggiorenni della *probation* prevista dal rito minorile.

La messa alla prova realizza una rinuncia statale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, riallacciandosi alla tradizione anglosassone delle *probation*.

Più precisamente, quella introdotta dalla legge n. 67 del 2014 è una *probation giudiziale nella fase istruttoria*, assimilabile al modello adottato nel procedimento minorile (art. 28 del d.p.r. n. 448 del 1988 e art. 27 delle relative norme di attuazione, approvate con d.lgs. n. 272 del 1989), nel quale la messa alla prova precede la pronuncia di una sentenza di condanna.

Le finalità perseguite dal legislatore consistono nell'offerta di un percorso di reinserimento alternativo ai soggetti processati per reati di minore allarme sociale, accompagnata dalla funzione deflattiva dei procedimenti penali attuata mercé l'estinzione del reato dichiarata dal giudice in caso di esito positivo della prova.

Senza essere priva di una necessaria componente afflittiva (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice), la messa alla prova è chiamata a soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione dei comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato.

L'art. 168-*bis* c.p. detta, al primo comma, le condizioni oggettive per l'accesso all'istituto in ragione della gravità del reato, determinata con riguardo all'entità della sanzione edittale (possono essere ammessi alla sospensione soltanto i soggetti coinvolti in procedimenti per reati sanzionati con la pena pecuniaria o con pena detentiva - esclusiva, congiunta o alternativa - non superiore nel massimo ai quattro anni) ovvero *ratione materiae*, mediante il richiamo dell'elenco di delitti contenuto nel secondo comma dell'articolo 550 cod. proc. pen., in tema di citazione diretta a giudizio.

I limiti soggettivi sono individuati dal quarto e quinto comma della disposizione, dove è esclusa la concedibilità della sospensione per più di una volta e la sua applicazione ai delinquenti e contravventori abituali, ai delinquenti professionali e per tendenza (artt. 102, 103, 104, 105 e 108 cod. pen.).

Si tratta di limitazioni non previste nell'istituto omologo del rito minorile e più rigide di quelle approvate in prima lettura dalla Camera.

Prima del passaggio al Senato della legge n. 67 del 2014, infatti, era prevista la possibilità che un soggetto godesse per "due volte" della sospensione, a meno che la precedente esperienza non fosse correlata a un reato "della stessa indole" di quello per il quale il soggetto si trova a essere indagato o imputato.

Non appare senza importanza, a parere di questo Giudice remittente, la circostanza che l'evoluzione giurisprudenziale creatasi sulla messa alla prova per minorenni aveva riconosciuto (si veda, sul punto, Cass. n. 46366/12 e 40312/14) che, in caso di continuazione tra reati giudicati e giudicandi, la sospensione del processo e la messa alla prova disposti per i primi, pur non estendendosi automaticamente ai secondi, erano ammissibili qualora il Giudice avesse potuto riconoscere (ed adeguatamente motivare) non solo il vincolo della continuazione tra reati accertati in giudizi diversi ma anche verificare (ed adeguatamente motivare) la sussistenza di elementi idonei per una prognosi di positiva evoluzione della

personalità del minore al fine di redigere un progetto idoneo al raggiungimento dell'obiettivo di rieducazione e reinserimento nella vita sociale.

Se così è, ritornando all'istituto in esame riguardante gli adulti, l'applicazione dell'art. 168 bis comma IV c.p. è oltre modo problematica nel caso sottoposto all'attenzione di questo Giudice remittente.

La possibilità che l'imputato ne possa fruire una sola volta non esclude, in linea di principio, che in caso di *simultaneus processus* aventi ad oggetto più fatti di reato, il Giudice possa riconoscere il vincolo della continuazione e giungere (con adeguata motivazione) ad un giudizio di meritevolezza del programma di trattamento redatto dall'UEPE anche attraverso l'esercizio dei poteri (integrativi e/o aggiuntivi) in tema di condotte riparatorie a favore della persona offesa e di commisurazione dei tempi e modi di espletamento del lavoro di pubblica utilità.

In tale situazione processuale, il reato (continuato) contestato sarà dichiarato estinto con sentenza dal Giudice che accerta l'esito positivo della messa alla prova.

Può accadere, invece – per scelta processuale del PM nella fase delle indagini preliminari o per diversa tempistica processuale in ordine alla iscrizione nel registro degli indagati di più procedimenti in capo alla medesima persona – che per un solo fatto-reato si giunga a processo e per esso sia richiesta la messa alla prova.

L'esito positivo della stessa determina le condizioni per l'emissione della sentenza di estinzione del reato che consuma definitivamente l'unica possibilità di usufruirne da parte dell'imputato.

La successiva richiesta di messa alla prova in altri procedimenti - per fatti che possono essere ritenuti connessi ex art. 12 comma 1 lett. b) c.p.p. - è destinata ad essere dichiarata inammissibile dal Giudice per violazione della disposizione di cui al comma IV dell'art. 168 bis c.p..

E qui già si coglie in maniera apprezzabile l'irrazionalità del sistema conseguente alla applicazione della norma censurata: la messa alla prova, per poter essere richiesta nell'unica volta esperibile, deve riguardare solo fatti giudicati in uno stesso procedimento.

In caso di parcellizzazione dei procedimenti – e di esistenza di ipotesi di connessione ex art. 12 comma 1 lett. b) c.p.p. -, la disciplina in vigore non consente di 'agganciare' alla precedente estinzione del reato fatti per cui si sarebbe potuta compiere una prognosi favorevole di astensione futura dai reati e positivo reinserimento sociale, con riconoscimento del vincolo della continuazione e valutazione finale di esito positivo della messa alla prova.

Poiché il caso sottoposto a questo Giudice remittente attiene alla valutazione delle accessibilità all'istituto della messa alla prova con effetti sostanziali evidenti in termine di possibilità di definizione del procedimento, in caso di esito positivo della prova, con sentenza dichiarativa della estinzione del reato, sotto tale profilo va segnalata la evidente disparità di trattamento che si determina in relazione alla previsione di cui al comma quarto dell'art. 168 bis c.p. nel caso di connessione tra procedimenti ex art. 12 comma 1 lett. b) c.p.p. con possibilità di ravvisare il vincolo della continuazione tra reati accertati in giudizi diversi: l'imputato che affronta il *simultaneus processus* ne potrà beneficiare (previa valutazione positiva di tutte le condizioni di accesso all'istituto), laddove l'imputato che affronta giudizi distinti (ancorchè connessi) potrà beneficiarne solo la prima (ed unica) volta.

Tale disparità deve essere ancor più sottolineata laddove si ponga mente ai principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di continuazione del reato: una volta definitivamente superata la concezione del reato continuato in termini di unitarietà 'ontologica' e riconosciutane una unità solo fittizia *quoad poenam*, l'insegnamento del supremo consesso si è consolidato nel senso di ritenere che il reato continuato '*si configura quale particolare ipotesi di reati che va considerato unitariamente solo per gli effetti espressamente previsti dalla legge, come quelli relativi alla determinazione della pena, mentre, per tutti gli altri effetti non espressamente previsti, la considerazione unitaria può essere ammessa solo esclusivamente a condizione che garantisca un risultato favorevole al reo, così rispondendo alla ratio di favor rei dell'istituto in oggetto*' (Cass. SSUU 3286/2008).

Applicando i suddetti principi, la Corte di Cassazione ha ritenuto che i reati avvinti dal vincolo della continuazione sono da considerare come un'unità fittizia anche ad altri limitati effetti, come, ad esempio, ai fini della concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale che si è occupata dell'istituto della messa alla prova (Corte Cost. n. 91 del 2018) ha di recente delineato un significativo parallelismo tra messa alla prova e sospensione condizionale della pena e pur riconoscendo i limiti di tale operazione di assimilazione ha concluso che '*la possibilità di chiedere i riti speciali, e in particolare il patteggiamento o la messa alla prova, costituisce, come generalmente si ritiene, una delle facoltà difensive e appare illogico considerarli costituzionalmente illegittimi per violazione delle garanzie riconosciute all'imputato questi procedimenti che sono diretti ad assicurargli un trattamento più vantaggioso di quello ordinario*'.

Per tale via, appare chiaro come tra gli effetti positivi richiamati nelle precedenti pronunce non possa non annoverarsi quello derivante dall'esito positivo della messa alla prova, ovviamente previa valutazione positiva in ordine al riconoscimento del medesimo disegno criminoso e alla meritevolezza per all'accesso al beneficio.

Né può, in tale ottica, procedersi ad ammettere gli imputati alla messa alla prova in ragione di una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Tale conclusione deriva dalla impossibilità, a parere di questo Giudice remittente, di considerare la seconda richiesta di messa alla prova non come ulteriore e nuova richiesta ma come prosecuzione oppure integrazione di quella già avanzata in altro procedimento: a parte l'insormontabile ostacolo rappresentato dalla lettera della norma (che recita 'una sola volta'), deve rilevarsi che la vicenda relativa al percorso della messa alla prova si conclude con una pronuncia di estinzione del reato che impedisce di 'riprendere' o 'rivalutare' quel percorso e le condizioni di accesso al beneficio, perché il reato è estinto e la sentenza del Giudice ha definitivamente prodotto un effetto sostanziale non più revocabile.

La Corte, peraltro, si è occupata della compatibilità costituzionale della messa alla prova per minori nel caso in cui – sussistendo l'ipotesi di connessione determinata dalla continuazione – non era possibile estendere tale beneficio poiché alcuni dei fatti-reato erano stati commessi quando l'imputato era divenuto maggiorenne: con sentenza n. 52 del 1995 la Corte ha dichiarato non fondata la questione affermando *"in virtù della previsione legale che collega il raggiungimento della maggiore età al compimento dei diciotto anni, deve presumersi che, nella realizzazione di ogni fatto-reato, il soggetto agente versi in una dimensione psicologica che è quella propria dello status (minorenne o maggiorenne) che la legge, ratione aetatis, gli riconosce, sicché non è irragionevole né lesivo del principio di uguaglianza o del diritto di difesa che, delle condotte realizzate con la maturità del maggiorenne, egli risponda penalmente secondo le norme sostanziali e processuali proprie degli adulti.*

Tale conclusione non è messa in crisi qualora i vari fatti-reato siano stati realizzati in esecuzione di un medesimo disegno criminoso. Anche se si accoglie la concezione più rigorosa secondo la quale perché sussista il reato continuato occorre che i vari fatti devono essere stati tutti previsti, programmati e deliberati in via preliminare dall'autore come elementi costitutivi di un piano unitario, ciò non toglie che ogni fatto facente parte del programma criminoso deve essere assistito dal momento volitivo, che si pone autonomamente, di volta in volta, nella realizzazione concreta dei singoli episodi.

D'altra parte non è in via di principio indifferente che il soggetto, per una parte degli episodi, sia assoggettato agli istituti minorili, in quanto il trattamento penale complessivo ben può essere influenzato dagli istituti di favore (ad esempio, irrilevanza del fatto, messa alla prova, perdono giudiziale, diminuzione ex art. 98 cod.pen.) che caratterizzano il sistema penale minorile. In altri termini, non può dirsi nemmeno del tutto rispondente al vero l'affermazione del giudice a quo secondo cui questi istituti sarebbero completamente "vanificati" dalla contemporanea applicazione degli istituti processuali e sostanziali previsti per gli adulti.

A ciò va aggiunto che la separazione delle procedure non impedisce, ovviamente, che, sussistendo i presupposti della continuazione di reati, si faccia applicazione del criterio del cumulo giuridico delle pene ex art. 81 cod. pen., eventualmente da parte del giudice della esecuzione, a norma dell'art. 671 cod. proc. pen.", così di fatto non ritenendo sussistere irragionevolezza e disparità di trattamento alla luce del diverso complessivo sistema di norme di riferimento e di applicazione di diversi istituti sostanziali che, però, non avrebbero impedito anche in fase esecutiva, di sottoporre al Giudice la valutazione in ordine al medesimo disegno criminoso ex art. 671 c.p.p..

Non pare a questo Giudice remittente che tale pronuncia possa ritenersi ostativo alla riproposizione della questione con riferimento alla messa alla prova per adulti introdotta con la l. n. 67/14 tenuto conto della considerazione che il sistema di riferimento processuale e sostanziale è il medesimo.

Il parametro che si assume violato è, a parere del Giudice remittente, l'art. 3 della Costituzione.

Sussiste una irragionevole disparità di trattamento tra situazioni che possono ritenersi omogenee e che invece sono caratterizzate dalla diversità di trattamento come sopra illustrato. L'esame della giurisprudenza costituzionale sulla violazione dell'art. 3 della Costituzione offre all'interprete un primo novero di giudizi di ragionevolezza che attiene all'uguaglianza. Ma soltanto un esiguo novero di questioni in materia penale sono invero riconducibili al nucleo duro dell'articolo 3 della carta costituzionale quando la scelta incriminatrice del legislatore assume, senza alcuna giustificazione, il sesso, la razza, la condizione sociale o la religione come elemento idoneo a determinare un trattamento differenziato. Tali casi attengono molto spesso alle scelte più marcatamente ideologiche del legislatore fascista del codice penale, direttamente espressive di una discriminazione fondata su valori poi fermamente ripudiati da parte del costituente (sentenza n. 119/1970 riguardo alla circostanza aggravante del danneggiamento per il reato commesso da lavoratori in occasione di sciopero e

da datori di lavoro in occasione di serrate; sentenza n. 131/1979 sulla conversione della pena pecuniaria in pena detentiva in caso di insolvibilità del condannato; sentenza n. 440/1995 in relazione al reato di bestemmia; sentenza n. 508/2000 sul vilipendio della religione dello stato).

Una seconda tipologia di giudizi di ragionevolezza attiene alla razionalità, vista come “non contraddittorietà interna del sistema giuridico”.

A tale categoria sono ascrivibili anzitutto i casi di incompatibilità tra norme, ma anche di “irriducibilità di regole a principi ispiratori”, di “incongruità dei mezzi rispetto ai fini”, di “ingiustificatezza dell’eccezione rispetto alla regola”, secondo le formule via via indicate dalla Corte.

Preponderanti in questa categoria sono senza dubbio proprio i casi di incompatibilità tra norme, nei quali la Corte costituzionale è chiamata ad esprimersi sulla ragionevolezza dell’equiparazione o della differenziazione di trattamento da esse prevista. Per far ciò la Corte necessita di un punto prospettico da cui valutare la rilevanza delle somiglianze e delle differenze tra le fattispecie poste a confronto, e questo punto prospettico è dato dalla *ratio legis*.

Pertanto, si comprende come tale controllo di coerenza normativa esiga intrinsecamente una struttura triadica, poiché solo a parità di *ratio legis* tra le due norme sarà possibile dichiarare l’illegittimità costituzionale del diverso trattamento. Tale giudizio di ragionevolezza-razionalità trae fondamento tuttavia dall’assiomatico assunto della natura razionale e non contraddittoria dell’ordinamento, di modo che il compito dell’interprete-giudice costituzionale è semplicemente quello di espungere dall’ordinamento i rari casi di contraddizione che ciononostante si presentino.

Un’ultima tipologia di giudizi di ragionevolezza attiene, infine, alla considerazione della ragionevolezza come “imperativo di giustizia”, tipologia anche denominata controllo di ragionevolezza intrinseca, essendo assente o puramente rafforzativo l’utilizzo di un *tertium comparationis*. In questo caso l’irragionevolezza della norma è predicabile senza l’ausilio di alcuna norma di confronto, poiché essa è direttamente confliggente con i valori e i principi alla base del dettato costituzionale.

Nel caso in esame ritiene il Giudice remittente che ci si trovi in presenza di una situazione di contrarietà interna del sistema delineato dall’istituto della messa alla prova sotto il profilo della irriducibilità della regola contenuta nel quarto comma dell’art. 168 bis c.p. al rispetto dei principi ispiratori della norma: nell’ipotesi di reati connessi ex art. art. 12 comma 1 lett. b)

c.p.p. non è possibile accedere all'istituto della messa alla prova qualora i procedimenti penali a carico dell'imputato siano diversi, giudicati e giudicandi.

Ciò determina una disparità di trattamento che risulta irragionevole secondo il parametro evocato dall'art. 3 della Carta costituzionale.

P.Q.M.

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna,
visti gli artt. 136 Cost., 23 l. 11 marzo 1953 n. 87;

dichiara rilevante e non manifestamente infondata in relazione all'art. 3 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 168 bis comma IV c.p. nella parte in cui, disponendo che la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta, non prevede che l'imputato ne possa usufruire per reati connessi ex art. 12 comma 1 lett. b) c.p.p. ad altri oggetto di procedimenti già definiti.

Sospende il presente giudizio e dispone la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Dispone che copia della presente ordinanza sia comunicata, a cura della cancelleria, al Presidente del Senato, al Presidente della Camera dei Deputati e al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Manda alla cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Bologna, 16.6.2021

depositato in Cancelleria
16 GIU 2021

L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
Dr. Rosanna MARINO

MR

M. GIULIO
DR. DOMENICO TRUPPA



