

Corso P24020
Castel Capuano, Napoli, 22 marzo 2024

LE PENE SOSTITUTIVE E LA MESSA ALLA PROVA NEI
GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE

Alessandra Bassi

1. La sospensione del procedimento con messa alla prova in appello

1.1. Giova rammentare che la sospensione del procedimento per la messa alla prova è stata introdotta nel nostro ordinamento con la legge n. 67/2014¹ e consiste in una sorta di *probation* di ispirazione anglosassone, laddove consente agli imputati dei reati meno gravi di evitare la sottoposizione al giudizio dibattimentale e di avviare un percorso alternativo al carcere, con tratti sanzionatori e rieducativo-risocializzanti, senza accertamento della colpevolezza (salvo la verifica dell'assenza di cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen.) e con estinzione del reato in caso di esito positivo della prova.

La disciplina dell'istituto è spalmata sul codice penale e sul codice di procedura penale, precisamente negli artt. 168-*bis* e seguenti cod. pen. e 464-*bis* e seguenti cod. proc. pen.²

La sospensione comporta la realizzazione di condotte *lato sensu* riparatorie (quali l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato e, se possibile, il risarcimento del danno); l'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma di trattamento, concordato con l'U.I.E.P.E. (Ufficio Interdistrettuale di Esecuzione Penale Esterna) e allegato alla richiesta nonché la prestazione del lavoro di pubblica utilità o – secondo la recente modifica operata con d.lgs. 150/2022 – lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa. La sospensione per la messa alla prova non può essere disposta nei confronti di chi sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza. L'ammissione all'istituto implica la sospensione del procedimento nonché la sospensione del corso della prescrizione. La messa alla prova è revocata in caso di trasgressione alle prescrizioni o di commissione di un delitto non colposo o di un reato della stessa indole. L'esito positivo della prova estingue il reato, con salvezza delle sanzioni amministrative accessorie.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 240/2015, ha chiarito che la sospensione *de qua* «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotata da una intrinseca dimensione processuale, in quanto costituisce un nuovo procedimento speciale alternativo al giudizio³». Nel medesimo solco, ma con una sfaccettatura differente, le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza Sorcinelli, hanno affermato che la misura si connota

¹ La legge è stata varata dopo la sentenza Corte EDU Torreggiani contro Italia del 2013, con il chiaro intento di realizzare una deflazione processuale e di sftire la popolazione carceraria.

² Dette disposizioni sono state di recente novellate con il d.lgs. 150/2022, cd. Riforma Cartabia.

³ Così si legge nella sentenza C. Cost. 240/2015. Nello stesso senso le sentenze 91/2018 e 68/2019.

per un'accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei riti speciali alternativi al giudizio, ma presenta, anche e soprattutto, natura sostanziale⁴.

La sospensione del processo con messa alla prova ha dato sinora ottimi risultati: come ha dato conto il CSM (nel parere al disegno di legge recante la cd. Riforma Cartabia) «*il 15 aprile 2021 le persone in carico all'ufficio di esecuzione penale esterna erano 20.793, pari a un terzo circa del numero complessivo di condannati, a quella stessa data, a vario titolo, ammessi all'esecuzione penale esterna*».

Visto il successo registrato nella prassi applicativa e il significativo contributo alla prospettiva deflattiva della fase dibattimentale, il d.lgs. 150/2022 (cd. Riforma Cartabia) ha ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto. Nel dare attuazione al comma 22, art. 1, l. delega 134/2021, il già citato decreto n. 150/2022, da un lato, ha arricchito la rosa dei reati in relazione ai quali è applicabile la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (grazie all'ampliamento del catalogo dei reati a citazione diretta di cui all'art. 550, comma 2, cod. proc. pen., richiamato ai fini dell'applicazione dell'istituto *de quo* dal comma 1, art. 168-bis c.p.); dall'altro lato, ha previsto (giusta riforma dell'art. 168-bis, comma 1, c.p., e 464-ter.1, cod. proc. pen.) che la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato possa essere proposta anche dal P.M. nel corso delle indagini preliminari.

1.2. A mente del **comma 2 dell'art. 464-bis cod. proc. pen.:** *“La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422 o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo oppure, nel procedimento di citazione diretta a giudizio, fino alla conclusione dell'udienza predibattimentale prevista dall'articolo 554 bis. Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta è formulata entro il termine e con le forme stabiliti dall'articolo 458, comma 1. Nel procedimento per decreto, la richiesta è presentata con l'atto di opposizione”.*

Dal chiaro enunciato normativo discende che la richiesta di messa alla prova è soggetta ad un **rigoroso sbarramento temporale/processuale e non può, pertanto, essere formulata per la prima volta in appello.**

In questo senso si è pronunciata anche la Corte di cassazione all'indomani dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto, laddove ha affermato che, nel giudizio di appello, l'imputato non può chiedere la sospensione del procedimento con la messa alla prova di cui all'art. 168-bis cod. pen., attesa l'incompatibilità del nuovo istituto con il sistema delle impugnazioni e la mancanza di una specifica disciplina transitoria. (In motivazione la Corte ha precisato che, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 263 del 2011, la mancata applicazione della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova nei giudizi di impugnazione pendenti alla data della sua entrata in vigore, non implica alcuna lesione del principio di retroattività della *lex mitior* da riferirsi esclusivamente alle disposizioni che definiscono i reati e le pene). **(Sez. 4, n. 43009 del 30/09/2015, Rv. 265331 – 01)**

⁴ Così si legge nella sentenza Sez. U, n. 36272 del 31/03/2016, Rv. 267238-01.

E' di contro pacifico che l'istituto denegato in fase di indagini o in primo grado possa essere "recuperato" in appello.

Secondo l'inequivoca disposizione dell'art. 464-*quater*, comma 9, cod. proc. pen., allorchè abbia chiesto di essere ammesso alla prova nel corso delle indagini o nell'udienza preliminare o nell'udienza predibattimentale in caso di procedimenti a citazione diretta ovvero nell'atto di opposizione a decreto penale di condanna (a norma dell'art. 464-*bis*, comma 2, cod. proc. pen.) e il giudice abbia rigettato la richiesta, l'imputato può riproporre l'istanza "nel giudizio prima della dichiarazione di apertura del dibattimento".

In caso di rigetto della nuova richiesta, l'imputato potrà impugnare in appello l'ordinanza reiettiva unitamente alla sentenza.

Le **Sezioni Unite** della Cassazione hanno chiarito, nella sentenza del 2016 **Rigacci**, che mentre l'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova è ricorribile per cassazione dall'imputato e dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 464-*quater*, comma 7, cod. proc. pen., l'**ordinanza di rigetto** della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova **non è immediatamente impugnabile**, ma è **appellabile** unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., in quanto l'art. 464-*quater*, comma 7, nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova (**Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci**, Rv. 267237-01).

Nella motivazione, le Sezioni Unite hanno schematizzato la soluzione al quesito nei seguenti termini:

"10. In conclusione, il sistema dei rimedi offerti all'imputato avverso le ordinanze che decidono sulla istanza di sospensione con messa alla prova risulta così strutturato:

a) ricorso per cassazione in via autonoma ed immediata dell'ordinanza di accoglimento;

b) non impugnabilità del provvedimento negativo fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, in quanto è offerta all'imputato la possibilità di rinnovare la richiesta;

c) impugnabilità del provvedimento di rigetto "predibattimentale", soltanto con la sentenza di primo grado, secondo la regola generale fissata dall'art. 586 cod. proc. pen.

(...)

"Si tratta di una ricostruzione che intende offrire una lettura coerente di una disciplina non sempre lineare, proponendo sul piano dell'economia processuale, di ridurre sensibilmente le ipotesi di regressione del procedimento, se non addirittura di eliminarle del tutto, ovviamente a condizione di riconoscere al giudice dell'appello, nel caso di riforma del provvedimento di rigetto, il potere di sospendere il procedimento e ammettere l'imputato al beneficio, negatogli in primo grado.

Infatti, l'accoglimento dell'appello contro l'ordinanza che abbia respinto la richiesta di messa alla prova, proposto, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., unitamente alla sentenza di condanna di primo grado, non rientra in alcuna delle ipotesi di annullamento indicate dall'art. 604, ipotesi tassative che vanno considerate eccezionali e non estensibili a evenienze diverse da quelle contemplate espressamente dalla legge; sicché, dovendo escludersi che il processo si scinda in una fase rescindente ed in una rescissoria, il giudice d'appello, in base al principio di conservazione degli atti e di economia processuale, si sostituirà a quello di primo grado per sospendere il processo e disporre la messa alla prova dell'imputato".

1.3. Deve essere affrontata la questione se, rigettata la richiesta di sospensione con messa alla prova da parte del giudice di primo grado sulla scorta di una qualificazione giuridica del fatto ostativa all'ammissione all'istituto ex art. 168-bis c.p. (reato punito con sola pena pecuniaria ovvero con pena detentiva non superiore nel massimo a 4 anni sola o congiunta con la pena pecuniaria), l'imputato possa dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del diniego, con particolare riferimento all'erroneità della qualificazione giuridica del fatto e da recuperare l'istituto.

Costituisce principio acquisito che, in caso di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, **il giudice è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa** e può - ove la ritenga non corretta - modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione (**Sez. 4, n. 4527 del 20/10/2015 - dep. 2016, Rv. 265735 - 01**).

A fondamento la Sezione Quarta della Cassazione ha rilevato quanto segue. *"Orbene, non sembra dubitabile che il giudice possa procedere ad una valutazione del fatto ai fini di una sua più corretta qualificazione giuridica anche in funzione della verifica della ricorrenza delle condizioni previste dall'art. 168-bis cod. pen. per la sospensione del procedimento e la messa alla prova dell'imputato. Ovviamente ciò potrà fare mediante una delibazione che si nutre dei materiali disponibili, i quali a seconda del momento in cui viene avanzata la richiesta saranno più o meno ampi e verificati attraverso l'istruttoria dibattimentale.*

Come ricorda la Relazione dell'Ufficio del Massimario n. 20143007, con sentenza n. 125 del 5 aprile 1995 la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, quarto comma d.p.r. n. 448 del 1988 (che prevede la sospensione del processo e la messa alla prova del minore), spiegò che il ricorso per cassazione poteva investire tutti i possibili vizi di legittimità o di motivazione dell'ordinanza che decideva sull'istanza, il più 2 significativo dei quali doveva essere individuato nel difetto di "un giudizio di responsabilità penale che si sia formato nel giudice", giudizio che veniva qualificato come "presupposto concettuale essenziale" del provvedimento, la cui carenza imporrebbe il proscioglimento. Ne è derivato l'accostamento del provvedimento che decide

sulla sospensione per messa alla prova - anche di quello introdotto con l'art. 168-bis cod. pen. - alla sentenza di patteggiamento; quindi ad una decisione allo stato degli atti che reca l'accertamento dell'assenza di taluna delle cause di non punibilità menzionate dall'art. 129 cod. proc. pen. In tale orizzonte si pone anche l'eventuale derubricazione del reato, incontestabilmente nei poteri-doveri del giudice, al quale incombe l'obbligo di verificare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto (ex multis, Sez. 2, n. 6859 del 21/01/2015 - dep. 17/02/2015, Pg in proc. Corvi, Rv. 262573).

Se ne può quindi ricavare il seguente principio di diritto: "il giudice al quale sia richiesta la sospensione del procedimento e la messa alla prova dell'imputato ai sensi dell'art. 168-bis cod. pen. è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa e può - ove la ritenga non corretta - modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione". Con particolare riferimento al caso che occupa va considerato che la lieve entità dell'illecito costituisce, a seguito delle modiche recate dal d.l. n. 146 del 23.12.2013, convertito con modificazioni dalla legge n. 10 del 21.2.2014 e nuovamente modificato dalla legge n. 79 del 16.5.2014, un autonomo reato punito con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, oltre la multa; il che esclude che ricorra il divieto di considerazione delle circostanze del reato implicitamente contenuto nella previsione normativa secondo la quale la sospensione del procedimento con messa alla prova è possibile solo se si procede per reati 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 (in tal senso, con riferimento alle circostanze aggravanti ad effetto speciale, Sez. 2, n. 33461 del 14/07/2015 - dep. 29/07/2015, Ardissona, Rv. 264154)".

Tale impostazione è stata ribadita in un successivo arresto della Sezione Quarta della Cassazione con specifico riguardo al caso in cui la riqualificazione sia stata operata all'esito del giudizio d'appello.

In tale pronuncia si è affermato che, in caso di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, il giudice è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa e può - ove la ritenga non corretta - modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione. (Sulla base di tale principio, nella fattispecie, in cui l'imputato era stato condannato in primo grado per un reato che non consentiva la misura della messa alla prova, mentre in appello il fatto era stato riqualificato in un reato che la avrebbe consentita, la S.C. ha ritenuto immune da censure il provvedimento con cui la Corte d'Appello aveva respinto l'istanza di restituzione in termini avanzata per accedere al beneficio, sul rilievo per cui l'imputato avrebbe dovuto richiederne l'applicazione al giudice di primo grado, nel termine di cui all'art. 464-bis cod. proc. pen., previa riqualificazione del reato in contestazione. (**Sez. 4, n. 36752 del 08/05/2018, Rv. 273804-01**).

In altri termini, la riqualificazione giuridica del fatto in una fattispecie legittimante l'ammissione alla prova può essere disposta non soltanto dal giudice di primo grado cui sia rivolta la richiesta di ammissione alla prova, ma **anche dal giudice d'appello**, in caso di impugnazione dell'ordinanza reiettiva della MAP con deduzione del carattere ingiustificato del diniego stante l'erroneità della

qualificazione giuridica del fatto in un reato ostativo all'accesso all'istituto. D'altronde, costituisce principio generale codificato all'art. 597, comma 3, cod. proc. pen. che il giudice d'appello possa sempre dare al fatto una definizione giuridica diversa, in linea con il principio dello *iura novit curia* fissato nell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen. **Perché la richiesta di messa alla prova sia recuperabile in appello è però necessario che l'imputato avesse tempestivamente chiesto al giudice di primo grado di accedere all'istituto previa derubricazione del fatto.**

Tale approdo ermeneutico è stato poi autorevolmente avallato dalla Corte costituzionale nella sentenza interpretativa di rigetto n. 131/2019.

CORTE COSTITUZIONALE SENTENZA n. 131 del 3 aprile 2019

Sono dichiarate non fondate, nei sensi di cui in motivazione, le questioni di legittimità costituzionale - sollevate dal GUP del Tribunale di Catania in riferimento agli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost. - degli artt. 464-*bis*, comma 2, e 521, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedono la possibilità di disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova ove, **in esito al giudizio, il fatto di reato venga, su sollecitazione del medesimo imputato, diversamente qualificato dal giudice così da rientrare in uno di quelli contemplati dal primo comma dell'art. 168-*bis* cod. pen.** Le disposizioni censurate ben si prestano a essere interpretate in modo da consentire al giudice - allorché, in esito al giudizio, riscontri che il proprio precedente diniego era ingiustificato, sulla base della riqualificazione giuridica del fatto contestato - di ammettere l'imputato al rito alternativo della sospensione con messa alla prova, **che egli aveva a suo tempo richiesto entro i termini di legge**, e di garantirgli in tal modo i benefici sanzionatori ad esso connessi, assicurando che l'errore compiuto dalla pubblica accusa non si risolva in un irreparabile pregiudizio a suo danno, indipendentemente dalla possibilità di conseguire o meno, nel caso concreto, un effetto deflattivo sul carico della giustizia penale, a cui tra l'altro mirano i procedimenti speciali in parola. Tale interpretazione non solo non trova alcun ostacolo nel tenore letterale delle disposizioni censurate, ma è anche conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità ed appare altresì l'unica in grado di assicurare un risultato ermeneutico compatibile con i parametri costituzionali invocati dal rimettente. (Precedenti citati: sentenze n. 141 del 2018, n. 237 del 2012, n. 333 del 2009, n. 219 del 2004, n. 148 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995, n. 265 del 1994 e n. 76 del 1993). La richiesta di riti alternativi, categoria di cui fa parte anche la sospensione del procedimento con messa alla prova, costituisce una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa. Lo speciale procedimento di sospensione del processo con messa alla prova costituisce un vero e proprio rito alternativo, in grado di assicurare significativi benefici in termini sanzionatori all'imputato in cambio - tra l'altro - di una sua rinuncia a esercitare nella loro piena estensione i propri diritti di difesa in un processo ordinario. (Precedenti citati: sentenze n. 91 del 2018 e n. 240 del 2015). (FONTE: Ufficio del massimario della Corte costituzionale).

Nella motivazione, la Consulta ha espressamente dato atto del fatto che

"recenti pronunce della Corte di cassazione hanno, inoltre, ritenuto che la **celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato non precluda all'imputato la possibilità di dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del diniego, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova** (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 18 settembre-8 ottobre 2018, n. 44888; sezione terza penale, sentenza 15 febbraio-2 luglio 2018, n. 29622). Tale recente orientamento non è, invero, incontrastato, altre pronunce avendo invece ritenuto la sussistenza di una tale preclusione, essenzialmente sulla base dell'argomento dell'alternatività tra il beneficio in parola e il rito abbreviato; di talché, una volta che l'imputato abbia formulato, dopo il rigetto della richiesta di sospensione del processo con messa alla prova, una domanda di giudizio abbreviato, egli non potrebbe più riproporre la prima richiesta, secondo il principio "electa una via, non datur recursum ad alteram" (Corte di cassazione, sezione quarta penale, sentenza 3 luglio-27 settembre 2018, n. 42469; sezione sesta penale, sentenza 28 marzo-9 maggio 2017, n. 22545; sezione terza penale, sentenza 19 ottobre 2016-30 gennaio 2017, n. 4184). **A tale argomento è stato, tuttavia, plausibilmente replicato che la domanda di giudizio abbreviato conseguente al rigetto della richiesta, formulata in via principale, di ammissione alla sospensione del processo con messa alla prova previa riqualificazione del fatto contestato deve necessariamente intendersi come presentata con riserva; e più in particolare con riserva di gravame, in sede di appello, contro il provvedimento di diniego del beneficio già richiesto in via principale, che non può pertanto intendersi come implicitamente rinunciato all'atto della richiesta del rito abbreviato** (in questo senso, le sopra citate Cass., n. 44888 e n. 29622 del 2018)".

(...)

"4.3.- Applicando dunque tali principi nel caso di specie, il giudice a quo ben avrebbe potuto non solo concedere il beneficio della sospensione del processo con messa alla prova direttamente in sede di udienza preliminare, previa riqualificazione del fatto contestato dal pubblico ministero sulla base degli elementi probatori disponibili; **ma avrebbe altresì potuto, una volta avvedutosi - in esito al giudizio abbreviato - dell'erronea qualificazione giuridica dei fatti contestati all'imputato, revocare il proprio precedente provvedimento di diniego della sospensione del processo con messa alla prova, e ammettere conseguentemente al beneficio l'imputato, che ne aveva fatto rituale richiesta entro i termini di cui all'art. 464-bis cod. proc. pen., senza necessità di sollecitare il presente incidente di costituzionalità**".

Come dato atto alla stessa Corte costituzionale nella motivazione della decisione sopra riportata per stralci, **l'ammissione alla MAP in virtù del mutato nomen iuris postula ovviamente che la relativa domanda sia stata formulata tempestivamente, cioè entro i termini di cui all'art. 464-bis cod. proc. pen. e che la richiesta sia stata respinta in ragione dell'incompatibilità dell'istituto con i limiti edittali previsti dal codice di rito in ragione**

dell'inquadramento giuridico della fattispecie in altra - più grave - ipotesi criminosa.

L'impostazione della Corte costituzionale è stata ripresa dalla Corte di cassazione nella sentenza **Sez. 6 n. 18486 del 26 febbraio 2020 (non massimata)**.

Nella motivazione di tale sentenza si legge:

"3. Allo specifico quesito posto dalla situazione considerata nel presente processo, questa Corte ha già dato una risposta negativa, esaminando una situazione sostanzialmente assimilabile: partendo dal presupposto che, in caso di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, il giudice è tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa e può - ove la ritenga non corretta - modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione, si è detto che laddove l'imputato sia stato condannato in primo grado per un reato che non consentiva la misura della messa alla prova, mentre in appello il fatto sia stato riqualificato in un reato che l'avrebbe consentita, deve ritenersi immune da censure il provvedimento con cui la Corte di appello abbia respinto l'istanza di restituzione in termini avanzata per accedere al beneficio, proprio sul rilievo per cui l'imputato avrebbe dovuto richiederne l'applicazione al giudice di primo grado nel termine di cui all'art. 464-bis cod. proc. pen., previa riqualificazione del reato in contestazione (così Sez. 4, n. 36752 del 08/05/2018, Nenna, Rv. 273804; conf. Sez. 4, n. 4527 del 20/10/2015, dep. 2016, Cambria Zurro, Rv. 265735). Tale impostazione, riferita ad un caso in cui la riqualificazione giuridica del fatto era stata effettuata dal giudice dell'appello e la questione del 'recupero' del rito era stata posta con il ricorso per cassazione, appare chiaramente riferibile anche al caso considerato dalla Corte di appello di Campobasso.

Questo Collegio non ha ragione per discostarsi da tale enunciato, tanto più che la sua validità è stata ribadita dalle Sezioni Unite che, nel risolvere il contrasto esegetico sorto in relazione ad altra fattispecie avente analoghe caratteristiche, ha significativamente sostenuto che, in materia di obiezione, nel caso in cui è contestato un reato per il quale non è consentita l'oblazione ordinaria di cui all'art. 162 cod. pen. né quella speciale prevista dall'art. 162-bis cod. pen., l'imputato, qualora ritenga che il fatto possa essere diversamente qualificato in un reato che ammetta l'oblazione, ha l'onere di sollecitare il giudice alla riqualificazione del fatto e, contestualmente, a formulare istanza di oblazione: con la conseguenza che, in mancanza di tale espressa richiesta, il diritto a fruire dell'oblazione stessa resta precluso ove il giudice provveda di ufficio ex art. 521 cod. proc. pen., con la sentenza che definisce il giudizio, ad assegnare al fatto la diversa qualificazione che consentirebbe l'applicazione del beneficio (Sez. U, n. 32351 del 26/06/2014, Tamborrino, Rv. 259925).

In dettaglio, le Sezioni Unite hanno condivisibilmente sottolineato che "tra il diritto di interlocuzione delle parti, da un lato, e il potere decisorio del giudice, dall'altro, si stabilisce, agli effetti che qui interessano, un nesso di naturale interdipendenza del secondo dal primo, nel senso che se il giudice è libero di assegnare al fatto, ex officio, la qualificazione giuridica che ritenga corretta, lo

stesso giudice è tenuto a scrutinare motivatamente la richiesta delle parti di procedere a nuova qualificazione del fatto. Il che sta quindi a significare che, ove le parti nulla abbiano domandato o eccepito in punto di nomen iuris, il diritto di difesa che quel tema coinvolge - e con esso il relativo (potenziale) contraddittorio sul punto - può dirsi integralmente soddisfatto, con tutto ciò che ne consegue sul piano dei diritti il cui esercizio si fonda proprio sulla correttezza di quella qualificazione."

Va, perciò, riaffermato il principio per cui, laddove la qualificazione del fatto integri un reato la cui pena edittale non consenta tanto il procedimento per oblazione quanto quello della sospensione del procedimento con messa alla prova, è onere dell'imputato sindacare la correttezza della qualificazione stessa, investendo il giudice di una richiesta specifica con la quale formuli istanza per l'instaurazione del rito speciale in riferimento alla qualificazione giuridica del fatto che ritenga corretta.

4. Né a differenti conclusioni si perviene valorizzando la **giurisprudenza costituzionale** in materia di rapporto tra 'modifiche' dell'imputazione e diritto dell'imputato a chiedere un rito alternativo.

E' vero che la Consulta ha ripetutamente dichiarato la illegittimità degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. nella parte in cui, a seguito della contestazione dibattimentale suppletiva, da parte del pubblico ministero, di un fatto diverso o una nuova circostanza aggravante, non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice l'instaurazione di un rito alternativo, tra cui anche di domandare la sospensione del procedimento con messa alla prova (v. Corte cost., n. 14 del 2020; e Corte cost., n. 141 del 2018), ma tali sentenze di accoglimento a contenuto additivo hanno riguardato ipotesi nelle quali è il pubblico ministero a modificare la descrizione del fatto oggetto dell'imputazione, dunque situazioni ben diverse da quella nella quale, immutato il fatto descritto nell'addebito, sia stato il giudice a dare ad esso una differente qualificazione giuridica ai sensi dell'art. 521 cod. proc. pen.

La necessità di tenere distinte le fattispecie processuali innanzi tratteggiate è desumibile dal tenore di altre pronunce del **Giudice delle leggi con la quale, nel dichiarare la infondatezza della questione di legittimità degli artt. 464-bis, comma 2, e 521, comma 1, cod. proc. pen. nella parte in cui tali disposizioni «non prevedono la possibilità di disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova ove, in esito al giudizio, il fatto di reato venga, su sollecitazione del medesimo imputato, diversamente qualificato dal giudice così da rientrare in uno di quelli contemplati dal comma 1 dell'art. 168-bis» cod. pen., si è detto che sarebbe irragionevole precludere all'imputato la facoltà di riproporre al giudice di secondo grado quella richiesta di sospensione del procedimento in ragione dei mutati presupposti applicativi del rito speciale: ciò perché il giudice di appello investito dell'impugnazione contro una sentenza di condanna resa in sede di giudizio abbreviato può persino ammettere l'imputato alla sospensione del processo con messa alla prova, allorché ritenga ingiustificato il diniego opposto dal giudice di primo grado a tale richiesta (C. cost., n. 131 del 2019).**

La Corte costituzionale ha, tuttavia, messo in risalto come la condizione per la operatività di tale autorevole indicazione interpretativa rimanga quella che l'imputato abbia formulato, nel termine previsto dall'art. 464-bis cod. proc. pen., la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova contestualmente alla sollecitazione rivolta al giudice di riqualificazione del fatto ascritto a mente dell'art. 521 cod. proc. pen.:

solo in tale ipotesi, rigettate entrambe le istanze dal giudice di primo grado, è possibile che la questione venga `riesaminata' dal giudice dell'appello, in quanto altrimenti "l'imputato si vedrebbe negata la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa, sotto lo specifico profilo della scelta di un rito alternativo e dei connessi benefici in termini sanzionatori, in conseguenza dell'erroneo apprezzamento da parte del pubblico ministero - al momento della formulazione dell'imputazione - circa la qualificazione giuridica del fatto contestatogli, laddove tale erronea qualificazione, pur immediatamente contestata dalla difesa, sia stata rilevata dal giudice soltanto in esito al giudizio."

5. Va aggiunto che la opzione esegetica che in questa sede si reputa di dover privilegiare, appare pure compatibile con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo così come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Ed infatti, i Giudici europei hanno sostenuto che l'art. 6, par. 1 e 3, lett. a) e c), CEDU, va letto nel senso che, laddove il giudice nazionale dovesse decidere di dare ai fatti contestati una diversa qualificazione giuridica, va riconosciuta agli imputati la possibilità di esercitare i propri diritti di difesa in maniera concreta ed effettiva: essendo necessario che quel mutamento di qualificazione giuridica sia per gli stessi prevedibile, dunque "che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti" (così Corte EDU, sent. 11/12/2007, Drassich c. Italia; conf. Corte EDU, sent. 01/03/2001, Dallos c. Ungheria; Corte EDU, sent. 20/04/2006, I.H. c. Austria; Corte EDU, sent. 03/07/2006, Vesque c. Francia).

Orbene anche a voler prescindere dalla circostanza, tutt'altro che secondaria, che tale orientamento giurisprudenziale si è formato con riferimento a situazioni nelle quali il mutamento della qualificazione giuridica dei fatti era avvenuto con un aggravamento per l'imputato, dunque ipotesi diverse da quella esaminata in questo processo nella quale la riqualificazione giudica è stata operata con effetti migliorativi per l'odierno ricorrente - ciò che rileva è che la decisione del Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Larino di riqualificare ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, i fatti contestati al Di Lorenzo, non fu affatto una decisione 'a sorpresa' ovvero 'imprevedibile' per l'imputato, avendo il suo stesso difensore espressamente domandato, con la formulazione delle conclusioni nel corso del giudizio abbreviato, l'applicazione di quella differente e meno grave norma incriminatrice rispetto a quella oggetto dell'iniziale addebito".

In una **successiva pronuncia**, la **Sezione Seconda della Cassazione** ha affermato un simile principio in relazione al caso - diverso - di **assoluzione in appello dal reato ostantivo all'applicazione dell'istituto**.

In particolare, la Sezione Seconda ha affermato che, in tema di messa alla prova, lo sbarramento temporale di cui all'art. 464-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. trova applicazione anche qualora, in sede di appello, sia intervenuta l'**assoluzione da un reato ostativo all'applicazione dell'istituto, non avendo questa circostanza l'effetto di "rimettere in termini"** il ricorrente in ordine alla richiesta di sospensione del procedimento. (In motivazione, la Suprema Corte ha evidenziato la diversità del caso in cui il giudice d'appello venga investito della decisione a seguito dell'impugnazione del diniego dell'istanza ritualmente presentata nei termini). (**Sez. 2, n. 780 del 15/09/2020** - dep. 2021, Rv. 280514-01).

Nella motivazione, si è rilevato quanto segue.

"1.5 Anche il quinto motivo, afferente alla messa alla prova, non coglie nel segno. Questa Corte (Sez. 2, n. 36672 del 5/7/2017, Rv. 271492) ha già affermato che l'istanza di sospensione del procedimento per messa alla prova è soggetta allo sbarramento temporale, indicato dall'art. 464 bis, comma 2, cod. proc. pen. Si è già anche puntualizzato che il principio affermato trova applicazione anche qualora il giudice di appello abbia riqualificato il fatto in una diversa ipotesi di reato. La successiva diversa qualificazione giuridica del fatto, operata dal giudice di appello, non può avere l'effetto di "rimettere in termini" il ricorrente in ordine alla richiesta di sospensione del procedimento, detta decisione spiegando effetti solo per l'avvenire; allo stesso modo di quanto avviene, secondo pacifica giurisprudenza di legittimità, a proposito del calcolo dei termini di custodia cautelare riguardo ad intervenute modifiche dell'imputazione in fase di giudizio, che non hanno alcun effetto sulle fasi pregresse (Sez. 6, n. 4608 del 05/12/1995, dep. 1996, Di Ronza, Rv. 203779). Nel caso in esame nessun rilievo può avere l'intervenuta assoluzione in appello dal delitto di cui all'art. 416 c.p., che precludeva la possibilità di applicazione dell'istituto de quo. La diversa soluzione, propugnata dal ricorrente, si risolverebbe in una rimessione in termini, non consentita, atteso che l'art. 464 bis cod. proc. pen. indica, a pena di decadenza, delle tempistiche ben precise. Né ha pregio la prospettata, invero in termini generici, questione di legittimità costituzionale. Al riguardo giova ricordare che l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli adulti è stato introdotto con la 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). La messa alla prova comporta, oltre alla tenuta da parte dell'imputato di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, ove possibile, al risarcimento del danno, l'affidamento al servizio sociale con un particolare programma. La concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità (art. 168-bis del codice 12 penale). L'esito positivo della prova «estingue il reato per cui si procede» (art. 168-ter cod. pen.). Il nuovo istituto ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa

alla prova. Il termine entro il quale l'imputato può richiedere la sospensione del processo con messa alla prova è collegato alle caratteristiche e alla funzione dell'istituto, che è alternativo al giudizio ed è destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo. Consentire, sia pure in via transitoria, la richiesta nel corso dell'appello, anche dopo che il giudizio si è protratto nel tempo, eventualmente con la partecipazione della parte civile (che avrebbe maturato una legittima aspettativa alla decisione), significherebbe alterare in modo rilevante il procedimento, e il non avere il legislatore previsto ciò non giustifica alcuna censura riferibile all'art. 3 Cost. D'altra parte, a conforto di tale soluzione soccorre anche il rilievo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 240 del 2015, ha ritenuto non illegittima la disciplina introdotta dalla legge n. 67/2014 «nella parte in cui, in assenza di una disciplina transitoria, analoga a quella di cui all'art. 15-bis, co. 1 della legge 11 agosto 2014, n. 118, preclude l'ammissione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati di processi pendenti in primo grado, nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della legge 67/2014». Il Giudice delle leggi ha osservato che "la preclusione, lamentata dal giudice rimettente, dipende solo dal diverso stato dei processi che la subiscono e questa Corte ha già avuto occasione di affermare che il legislatore gode di ampia discrezionalità nello stabilire la disciplina temporale di nuovi istituti processuali o delle modificazioni introdotte in istituti già esistenti, sicché le relative scelte, ove non siano manifestamente irragionevoli, si sottraggono a censure di illegittimità costituzionale (ordinanze n. 455 del 2006 e n. 91 del 2005)". Anche da tale pronuncia si trae dunque la regola che, una volta superati i limiti temporali di cui all'art. 464 bis cod. proc. pen. (salvi i casi in cui il giudice dell'appello ritenga illegittimo il diniego della messa alla prova, ritualmente richiesta nei termini ed impugnata con l'appello), non è più possibile avanzare una nuova richiesta".

Facendo applicazione dei sopra delineati principi, in un procedimento celebrato in trattazione cartolare, la **Seconda Sezione della Corte d'appello di Torino**, con **ordinanza del 17 febbraio 2023**, ha così deciso:
rilevato che secondo l'interpretazione della Corte di Cassazione "L'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova non è immediatamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., in quanto l'art. 464-quater, comma settimo, cod. proc. pen., nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova." (v. Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016) e **non vi è incompatibilità con la scelta del rito abbreviato** (v. Sez. 3, n. 29622 del 15/02/2018);
Rilevato che, previa delibazione dei motivi di appello in punto riqualificazione del fatto nel reato di cui all'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309/1990, può ritenersi l'ammissibilità dell'istanza di messa alla prova avanzata dall'imputato TIZIO;

P.Q.M.

Dichiara l'ammissibilità dell'istanza di sospensione del procedimento per messa alla prova avanzata dall'imputato TIZIO e, per l'effetto, disposta la trasformazione del rito con trattazione orale, rinvia all'udienza del **XX**, per consentire l'elaborazione del programma, con sospensione dei termini di prescrizione del reato, invitando l'imputato e il suo difensore a prendere immediato contatto con l'UEPE.

Si comunichi alle parti e all'UEPE, **evidenziando l'urgenza, trattandosi di processo pendente anche a carico di altri imputati.**

1.4. Altro nodo interpretativo da sciogliere è quello se, rigettata la richiesta di sospensione con messa alla prova da parte del giudice di primo grado e chiesto, ammesso e celebrato il giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato, l'imputato possa dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del diniego, così da recuperare l'istituto.

In senso contrario, in passato la Cassazione ha affermato il principio secondo cui, in tema di riti speciali, deve escludersi che, una volta celebrato il giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato, l'imputato possa dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del diniego, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova. (In motivazione, la Corte ha osservato che la connotazione di rito alternativo assegnata all'istituto di cui all'art. 168-*bis* cod. pen., e la sostanziale analogia tra i termini finali della richiesta di sospensione con messa alla prova e quelli entro i quali può essere avanzata la richiesta ex art. 438 cod. proc. pen., precludono, in assenza di una espressa previsione di convertibilità dell'un rito nell'altro, la possibilità di coltivare o ripercorrere altre strade di definizione alternativa del giudizio). (**Sez. 4, n. 42469 del 03/07/2018, Rv. 273930-01**).

A sostegno, la Cassazione ha argomentato quanto segue:

"3. Il primo motivo è manifestamente infondato. La corte distrettuale ha rilevato che, una volta che il giudizio di primo grado era stato celebrato con le forme del rito abbreviato, era rimasto precluso all'imputato di dedurre, in grado di appello, il carattere ingiustificato del diniego della richiesta di sospensione per messa alla prova. Il rigetto del motivo d'appello, a ben vedere, non è conseguito alla conferma della correttezza del diniego della richiesta formulata in primo grado dal FARSETTI, bensì alla preclusione processuale formatasi con l'opzione di accedere al rito contratto. In altri termini, la corte d'appello non ha affermato che il mancato vaglio del programma dell'UEPE non fosse preclusivo del rigetto delibato sulla scorta dell'esistenza del precedente penale specifico dell'imputato, controllo che il giudice d'appello avrebbe potuto svolgere (cfr., in motivazione, sez. 6 n. 22545 del 28/03/2017, Fawzi). Sul punto, infatti, il S.C. di questa corte ha già chiarito che l'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova non è immediatamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., in quanto l'art. 464 quater, comma settimo, cod. proc. pen., nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova (cfr. Sez. U. n. 33216 del

31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237). Quel giudice ha, invece, fatto applicazione dei principi, altrettanto consolidati, secondo cui l'istituto de quo, previsto dalla legge n. 67 del 28 aprile 2014, si colloca nell'alveo dei riti speciali previsti dal codice, trattandosi di un procedimento alternativo rispetto al rito ordinario, instaurato per scelta dell'imputato, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. **L'art. 464 bis cod. proc. pen., in tal senso, stabilisce i termini entro i quali, a pena di decadenza, l'imputato può formulare la richiesta e, sia pur in mancanza di una specifica disposizione di raccordo con il giudizio abbreviato, questa corte ha già precisato che la connotazione di rito alternativo e la sostanziale analogia fra i termini finali di richiesta della sospensione con messa alla prova e quelli entro i quali può essere avanzata la richiesta di rito abbreviato precludono, in assenza di un'espressa previsione di convertibilità dell'un rito nell'altro, la possibilità di coltivare o ripercorrere altre strade di definizione alternativa del giudizio, secondo il principio electa una via, non datur recursus ad alteram, già applicato dalla giurisprudenza al tema dei rapporti tra giudizio abbreviato e patteggiamento [cfr. in motivazione, sez. 6 n. 22545/2016, Fawzi; quanto alla non convertibilità dell'abbreviato in patteggiamento, cfr. sez. 1, n. 15451 del 25/03/2010, Soldano, Rv. 246939; sez. 3, n. 32234 del 11/07/2007, Lupo, Rv. 237023; sez. 6, n. 1940 del 10/12/2009, Testa, 3 cyf_ Rv. 245705; sez. 3, n. 21456 del 29/01/2015, Dorre, Rv. 263747 (in cui si è precisato che il principio non impedisce che l'imputato formuli richiesta subordinata di giudizio abbreviato per il caso di mancato accoglimento dell'istanza principale di patteggiamento); sez. 3, n. 4184 del 19/10/2016 (dep. 30/01/2017), Essahbi, Rv. 269067]. **Il principio della alternatività tra i procedimenti speciali, del resto, è dimostrato da tutte quelle regole che, regolando la facoltà dell'imputato di operare una scelta fra i possibili giudizi speciali, gli impongono un'esplicita opzione tra l'uno o l'altro procedimento (cfr. sez. 4 n. 42260 del 27/04/2017, Balconi, Rv. 270881)''.****

Nel tempo, si è però consolidato l'**orientamento opposto**, secondo cui la celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato non preclude all'imputato la possibilità di dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del rigetto, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova (**Sez. 6, n. 47109 del 31/10/2019, Rv. 277681-01**).

Nella motivazione della sentenza Sez. 6 n. 47109 del 31/10/2019, Rv. 277681 si legge:

2. E' di contro fondato il secondo motivo di ricorso, con il quale il ricorrente attacca l'ordinanza del 15 febbraio 2017 con cui il Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Nocera Inferiore ha rigettato l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova.

2.1. Del tutto preliminare risulta verificare l'ammissibilità dell'impugnazione dell'ordinanza de qua.

Costituisce principio di diritto acquisito che – come chiarito dalle Sezioni Unite di questa Corte regolatrice - l'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova non è immediatamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., in quanto l'art. 464-quater, comma 7, cod. proc. pen., nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova (Sez. U, n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237; Sez. 3, n. 6046 del 27/09/2016 - dep. 09/02/2017, Tortorelli, Rv. 268828).

2.2. Tanto premesso, deve essere rilevato come, sul tema della scrutinabilità del provvedimento di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nel caso in cui l'imputato abbia poi optato per il rito abbreviato (come appunto Cipriano), convivano - nell'attuale giurisprudenza di legittimità - due orientamenti interpretativi contrapposti.

2.3. Secondo un primo indirizzo ermeneutico, deve escludersi che, una volta celebrato il giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato, l'imputato possa dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del diniego, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione per la messa alla prova, in quanto la connotazione di rito alternativo assegnata all'istituto di cui all'art. 168-bis cod. pen. e la sostanziale analogia tra i termini finali della richiesta di sospensione con messa alla prova e quelli entro i quali può essere avanzata la richiesta ex art. 438 cod. proc. pen., precludono, in assenza di una espressa previsione di convertibilità dell'un rito nell'altro, la possibilità di coltivare o ripercorrere altre strade di definizione alternativa del giudizio (Sez. 6, n. 22545 del 28/03/2017, Rv. 269770; Sez. 4, n. 42469 del 03/07/2018, F., Rv. 273930). A sostegno di tale soluzione interpretativa, si evidenzia che, pur in mancanza di una specifica disposizione di raccordo con il giudizio abbreviato, deve ritenersi che la connotazione di rito alternativo assegnata dal legislatore al nuovo istituto e la sostanziale analogia fra i termini finali di richiesta della sospensione con messa alla prova e quelli entro i quali può essere avanzata la richiesta di rito abbreviato precludono, in assenza di un'espressa previsione di convertibilità dell'un rito nell'altro, la possibilità di coltivare o ripercorrere altre strade di definizione alternativa del giudizio, secondo il principio electa una via, non datur recursus ad alteram, già applicato dalla giurisprudenza al tema dei rapporti tra giudizio abbreviato e patteggiamento (Sez. 1, n. 15451 del 25/03/2010, Soldano, Rv. 246939; Sez. 3, n. 32234 del 11/07/2007, Lupo, Rv. 237023; Sez. 6, n. 1940 del 10/12/2009, Testa, Rv. 245705; da ultimo v. Sez. 3, n. 21456 del 29/01/2015, Dorre, Rv. 263747). Si osserva, pertanto, che l'alternatività dei su indicati modelli procedimentali presuppone la facoltà dell'imputato di operare una scelta tra i possibili percorsi decisori, dovendosi pertanto escludere che, una volta celebrato il giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato, egli possa dedurre, in sede di appello, l'ingiustificato diniego della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova (Sez. 3, n. 4184 del 19/10/2016, dep. 2017, Essahbi, Rv. 269067; Sez. 4 n. 42260 del 27/04/2017, Balconi, Rv. 270881).

2.4. Secondo la linea esegetica opposta, la celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato non impedisce all'imputato di dedurre, in

sede di appello, il carattere ingiustificato del rigetto, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova (Sez. 4, n. 44888 del 18/09/2018, Rrahmani, Rv. 274269; Sez. 3, n. 29622 del 15/02/2018, Capogrossi, Rv. 273174; Sez. 4, n. 44888 del 18/09/2018, Rrahmani, Rv. 274269).

Tale opzione interpretativa poggia sul rilievo che, giusta le chiare indicazioni date dalle Sezioni Unite nella sentenza Rigacci, il sistema dei rimedi offerti all'imputato avverso le ordinanze che decidono sull'istanza di sospensione con messa alla prova risulta così strutturato: a) ricorso per cassazione in via autonoma ed immediata contro l'ordinanza di accoglimento; b) non impugnabilità del provvedimento negativo fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, in quanto è offerta all'imputato la possibilità di rinnovare la richiesta; c) impugnabilità del provvedimento di rigetto "predibattimentale", soltanto con la sentenza di primo grado, secondo la regola generale fissata dall'art. 586 cod. proc. pen. Così ricostruita la griglia delle impugnazioni in materia, si rileva che l'impugnazione dell'ordinanza di rigetto non possa ritenersi preclusa in considerazione della circostanza che l'imputato, dopo il rigetto della richiesta di sospensione per la messa alla prova, abbia ottenuto di essere ammesso al rito abbreviato, laddove l'opposta lettura (fatta appunto propria da Sez. 6, n. 22545 del 28/03/2017, Rv. 269770) condurrebbe ad una compressione ingiustificata del diritto dell'imputato ad avvalersi dei riti alternativi, e, con esso del diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 24 cost., cfr. C. Cost., sentenza n. 237 del 2012). Ad ulteriore conforto dell'opzione ermeneutica, si nota che l'equiparazione della preclusione in questione a quella già elaborata dalla giurisprudenza in relazione al tema dei rapporti tra giudizio abbreviato e patteggiamento non appare consentita dalla funzione dell'istituto della sospensione per messa alla prova che, in quanto speciale causa di estinzione del reato, si pone come alternativa a ogni tipo di giudizio di merito, ivi compreso quello effettuato nelle forme del giudizio abbreviato. Si conclude pertanto che il parallelismo tra riti speciali - posto a base dell'opposto indirizzo ermeneutico - non è invocabile in relazione alla richiesta di sospensione del processo funzionale alla messa alla prova in vista dell'eventuale estinzione del reato, in quanto avente valenza prioritaria, non suscettibile neppure di revoca implicita per effetto della richiesta di ammissione al rito abbreviato, da intendersi necessariamente effettuata con riserva.

3. Ritiene il Collegio che la seconda opzione ermeneutica sia da prediligere.

3.1. Innanzitutto, non può condividersi il principale argomento su cui si poggia il primo indirizzo ermeneutico, id est la piena assimilazione della sospensione del procedimento per la messa alla prova al patteggiamento, così da mutuarne il principio di diritto – indubbiamente consolidato – nel senso dell'alternatività dei riti e della conseguente preclusione della ricorribilità del provvedimento di rigetto dell'istanza ex art. 444 cod. proc. pen. in caso di successiva opzione per il rito abbreviato.

3.2. Giova invero notare come la sospensione del procedimento per la messa alla prova sia stata introdotta nel nostro ordinamento con la legge 28 aprile 2014, n. 67, traendo ispirazione da istituti di matrice anglosassone, quale

ulteriore strumento di deflazione processuale e di alleggerimento della gravosa situazione carceraria, imposto anche dalla Corte EDU con la condanna inflitta all'Italia l'8 gennaio 2013 nel caso Torreggiani contro Italia. L'istituto prevede che - in relazione ai procedimenti per i reati meno gravi ed in presenza di talune condizioni - sia data possibilità all'imputato che lo richieda di evitare la celebrazione del dibattimento e di essere sottoposto ad un trattamento rieducativo e risocializzativo, con lo svolgimento di attività socialmente utili e l'attuazione di condotte riparatorie.

Diversamente dall'omologa misura prevista nel procedimento per i Minorenni con d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 (chiaramente orientata in una prospettiva di recupero, risocializzazione e rieducazione di una personalità ancora in via di formazione), la messa alla prova per gli adulti è misura caratterizzata da una natura proteiforme. Per un verso, essa si muove in un'ottica special-preventiva, dal momento che - sia pure in assenza di un accertamento giurisdizionale della penale responsabilità (salva la necessità di dichiarare la ricorrenza delle cause di proscioglimento "allo stato degli atti", di cui all'art. 129 cod. proc. pen.) - consente di avviare un percorso alternativo al carcere, connotato da tratti - allo stesso tempo - sanzionatori e rieducativo-risocializzanti, subordinatamente alla valutazione discrezionale del giudice sia quanto all'an (dipendendo da una prognosi di non recidiva del soggetto e dall'accertamento dell'idoneità del programma proposto), sia quanto al quomodo (rimettendo al decidente la definizione dei contenuti e della durata della prova, con un'individualizzazione del trattamento alle esigenze del singolo interessato). Per altro verso, l'istituto presenta un carattere indubbiamente premiale, laddove, a fronte della rinuncia dell'imputato alla plena cognitio dibattimentale - dunque a fronte della scelta deflattiva -, assicura all'interessato diversi vantaggi sul piano processuale e sanzionatorio, consentendo la sospensione del procedimento penale, l'accesso ad una pena alternativa non carceraria tendente a favorire un percorso di reinserimento e, in caso di esito positivo della prova, l'estinzione del reato con pronuncia liberatoria.

3.3. Come la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire, la sospensione con messa alla prova «ha effetti sostanziali, perché dà luogo all'estinzione del reato, ma è connotata da una intrinseca dimensione processuale, in quanto costituisce un nuovo procedimento speciale alternativo al giudizio» (C. cost. del 26/11/2015, n. 240). Duplice dimensione - penale sostanziale e processuale - palesata, del resto, dalla previsione dell'istituto tanto nel codice penale, tanto nel codice di procedura e, precisamente, nell'ambito dei procedimenti speciali del libro sesto del codice. Su questa scia, le Sezioni Unite di questa Corte hanno affermato come la nuova figura, nel realizzare una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita, si connota per un'accentuata dimensione processuale, che la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio, ma presenti, anche e soprattutto, 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 special-preventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in

funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto» (Sez. U, n. 36272 del 31/03/2016, Sorcinelli, Rv. 267238).

3.4. Per quanto si è testè rilevato, l'istituto disciplinato dagli artt. 168-bis e seguenti cod. pen. e 646-bis e seguenti cod. proc. pen., sebbene costituente a tutti gli effetti un procedimento "alternativo" rispetto alla celebrazione del processo dibattimentale, nel comportare l'instaurarsi nel procedimento principale di un sub-procedimento teso ad anticipare già nella fase di cognizione la sottoposizione dell'imputato ad una misura alternativa, con valenza estintiva del reato all'esito - positivo - della procedura, si appalesa connotato da caratteristiche del tutto peculiari che ne impediscono la piena assimilazione agli altri giudizi speciali e, in particolare, all'applicazione della pena su richiesta. **Diversamente dagli altri riti alternativi, non si limita a sostituirsi alla fase della cognizione ordinaria dibattimentale, ma abbraccia anche la fase esecutiva, ha chiari risvolti di natura sostanziale nonché - in caso di esito positivo - anche efficacia estintiva del reato.**

3.5. Sotto diverso aspetto, mette conto di rilevare che - come condivisibilmente evidenziato dal più ampio consesso di questa Corte regolatrice nella citata sentenza Rigacci - l'accesso al procedimento in oggetto è subordinato ad una "valutazione complessa del giudice, connotata da una forte discrezionalità del giudizio che riguarda l'an e il quomodo dell'istituto della messa alla prova in chiave di capacità di risocializzazione, verificando i contenuti prescrittivi e di sostegno rispetto alla personalità dell'imputato, che presuppone anche la valutazione dell'assenza del pericolo di recidiva. Il giudice non è chiamato solo ad accertare, seppure in base allo stato degli atti, la sussistenza del fatto e la corretta qualificazione giuridica, ma deve anche compiere un giudizio penetrante sulla persona dell'imputato attraverso gli atti del procedimento e le eventuali informazioni, acquisite tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato (art. 464-bis, comma 5, cod. proc. pen.), nonché attraverso le indagini svolte dall'ufficio di esecuzione penale esterna, che deve contribuire all'elaborazione del programma di trattamento; soprattutto, è chiamato a formulare un giudizio sull'idoneità del programma, quindi sui contenuti dello stesso, comprensivi sia della parte "affittiva" sia di quella "rieducativa", in una valutazione complessiva circa la rispondenza del trattamento alle esigenze del caso concreto, che presuppone anche una prognosi di non recidiva". "In sostanza, nella fase del vaglio dell'ammissibilità alla messa alla prova, il giudice, seppure in base ad un accertamento sommario, anticipa un "criptoprocesso" sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova"" (v. nella motivazione di Sez. n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237).

3.6. La singolarità dell'istituto - in particolare, le connotazioni sostanziali e processuali che lo caratterizzano - e la conseguente peculiarità della valutazione giudiziale ai fini della relativa ammissione rendono ad esso non estensibile il principio di diritto secondo cui *electa una via non datur recursus ad alteram*, richiamato dalla giurisprudenza per regolare i rapporti fra il patteggiamento ed il giudizio abbreviato, istituti, sia pure diversi, connotati da una comune natura processuale.

Ne discende la necessità di ricercare una soluzione al nodo ermeneutico che tenga conto della specificità della sospensione del procedimento per la messa alla prova, che lo colloca quale unicum nel nostro ordinamento, stante l'evidenziata dimensione multiforme, sostanziale e processuale.

4. Tale ricerca non può non prendere le mosse dal regime impugnatorio dell'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione per la messa alla prova ricostruito per via giurisprudenziale dalle Sezioni Unite nella più volte citata sentenza Rigacci (giusta la già rilevata assenza di alcuna specifica disciplina positiva al riguardo), secondo il quale l'ordinanza di rigetto dell'istanza ex art. 646-bis cod. proc. pen. è impugnabile soltanto con la sentenza.

4.1. Orbene, non è chi non veda come, proprio applicando la regola iuris fissata dalle Sezioni Unite, l'imputato che ritenesse errato il provvedimento reiettivo ed intendesse pertanto coltivare il ricorso avverso di esso, si troverebbe costretto a rinunciare all'opzione di definire il procedimento a proprio carico con il giudizio abbreviato, con un sacrificio difensivo estremo, stante il rischio concreto - vista la "fisiologica" incertezza dell'esito dell'impugnativa avverso l'ordinanza ex art. 646-bis - di perdere qualunque vantaggio premiale. Limitazione ingiustificata del diritto dell'imputato ad avvalersi dei riti alternativi, espressione del diritto di difesa presidiato dall'art. 24 Carta Fondamentale, per di più derivante da una preclusione all'impugnazione immediata poggiata, non sul diritto positivo, bensì sul c.d. diritto vivente, sia pure scaturente dall'autorevole pronunciamento del massimo consesso della nomofilachia.

4.2. A risolutivo conforto della soluzione privilegiata deve essere rilevato come, nella recente sentenza "interpretativa di rigetto" del 3 aprile - 29 maggio 2019, n. 131, nel tracciare l'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 464-bis, comma 2 e 521, comma 1, cod. proc. pen., la Consulta abbia affermato il principio di diritto secondo il quale il giudice è legittimato a "concedere il beneficio della sospensione con messa alla prova" qualora, in esito al giudizio, ritenga di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione e tale da consentire l'accesso al beneficio.

Nel pervenire a tale approdo ermeneutico, il Giudice costituzionale si è *expressis verbis* confrontato con il duplice orientamento ermeneutico di questa Corte di legittimità circa la possibilità di dedurre, in sede di appello avverso la sentenza celebrata nelle forme del rito abbreviato, il carattere ingiustificato del diniego, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova, ed ha confutato in modo esplicito l'assimilazione del binomio "rigetto del patteggiamento e successivo accesso al rito abbreviato" a quello "rigetto della richiesta di sospensione del procedimento per messa alla prova e successivo accesso al rito abbreviato". Al riguardo, i Giudici della Consulta hanno invero osservato come, al principio secondo cui *electa una via, non datur recursum ad alteram* richiamato in talune sentenze (in particolare in Sez. 4 n. 42469/2018, Sez. 6 n. 22545/2017 e Sez. 3 n. 4184/2017 su citate), in altre pronunce **la**

Corte di cassazione abbia "plausibilmente replicato che la domanda di giudizio abbreviato conseguente al rigetto della richiesta, formulata in via principale, di ammissione alla sospensione del processo con messa alla prova previa riqualificazione del fatto contestato deve necessariamente intendersi come presentata con riserva; e più in particolare con riserva di gravame, in sede di appello, contro il provvedimento di diniego del beneficio già richiesto in via principale, che non può pertanto intendersi come implicitamente rinunciato all'atto della richiesta del rito abbreviato (in questo senso, le sopra citate Cass., n. 44888 e n. 29622 del 2018)".

4.3. Conclusivamente, fatte proprie le condivisibili considerazioni svolte dal Giudice costituzionale nella sentenza n. 131 del 2019, deve essere ribadito il principio di diritto secondo il quale la celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato non preclude all'imputato la possibilità di dedurre, in sede di appello, il carattere ingiustificato del rigetto, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova e di ottenere, di conseguenza, l'ammissione a tale beneficio.

5. Tanto premesso quanto all'ammissibilità dell'impugnazione avverso il provvedimento reiettivo della sospensione del procedimento per la messa alla prova nonostante l'accesso al rito abbreviato, non può sfuggire come il caso sub iudice ricada perfettamente sotto l'operatività della regula iuris dettata dalla Corte costituzionale nella sentenza interpretativa di rigetto testè rammentata.

5.1. Costituisce principio di diritto acquisito che, in caso di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, il giudice sia tenuto a verificare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto dall'accusa e che, di conseguenza, possa - ove la ritenga non corretta - modificarla, traendone i conseguenti effetti sul piano della ricorrenza o meno dei presupposti dell'istituto in questione (Sez. 4, n. 36752 del 08/05/2018, Nenna, Rv. 273804; Sez. 4, n. 4527 del 20/10/2015 - dep. 03/02/2016, Cambria Zurro, Rv. 265735).

Siffatto principio risulta difatti coerente con la fondamentale regola dello iura novit curia sancito nell'art. 521 cod. proc. pen., secondo cui al giudice è sempre consentito modificare la qualificazione giuridica data dal pubblico ministero al fatto per cui si procede, senza che ciò incida sull'autonomo potere di iniziativa del pubblico ministero, che rileva esclusivamente sotto il diverso profilo dell'immutabilità della formulazione del fatto inteso come accadimento materiale (v. in questo senso Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205617, quanto al potere di riqualificazione del giudice dell'udienza preliminare; Sez. U, n. 32351 del 26/06/2014, Tamborrino, Rv. 259925, quanto alla riqualificazione strumentale all'accesso all'oblazione; Sez. 2, n. 6859 del 21/01/2015, Pg in proc. Corvi, Rv. 262573, quanto alla riqualificazione ai fini del patteggiamento).

Il potere giurisdizionale di riqualificazione giuridica del fatto materiale oggetto della contestazione elevata dal pubblico ministero - in quanto diretta espressione del principio di legalità e, pertanto, avente carattere generale - non può non operare anche nel caso in cui l'imputato richieda la sospensione del procedimento per la messa alla prova a seguito della notifica del decreto di

giudizio immediato, essendo, anche in questo caso, rimessa al prudente apprezzamento del giudice la sussunzione dell'imputazione oggetto della vocatio in iudicium - intesa nella sua dimensione storico-fattuale - nella fattispecie di reato (stimata) giuridicamente corretta.

5.2. In applicazione delle coordinate ermeneutiche appena tracciate, nel caso di specie, risulta pertanto di per sé insindacabile la disposta riqualificazione giuridica del fatto di cui al decreto di giudizio immediato del 20 gennaio 2017 (ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) compiuta - nell'ordinanza reiettiva del 15 febbraio 2017 - dal Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Nocera Inferiore in una fattispecie ostativa all'accesso all'istituto della sospensione del procedimento per la messa alla prova dell'imputato (id est in quella di cui all'art. 73, comma 4, stesso decreto), con consequenziale rigetto della richiesta di sospensione del procedimento per la messa alla prova.

5.3. Risulta invece errata la conclusione cui è pervenuta la Corte d'appello partenopea nella parte in cui, rilevata la legittimità dell'ordinanza reiettiva della richiesta ex 464-bis cod. proc. pen. (tenuto conto della qualificazione giuridica del fatto nell'ipotesi di cui al comma 4 del citato art. 73 ivi operata, ostativa al beneficio), ha poi trascurato la fondamentale circostanza che il giudice di primo grado, all'esito del giudizio abbreviato, avesse confermato l'inquadramento giuridico nell'ipotesi c.d. lieve già assegnato nel decreto di giudizio immediato, con conseguente venire meno (rectius palesarsi dell'insussistenza) della circostanza preclusiva ex art. 168-bis, comma primo, cod. proc. pen.

Come ha autorevolmente chiarito la Corte Costituzionale nella già sopra ricordata sentenza "interpretativa di rigetto" n. 131 del 2019, le norme di cui agli artt. 464-bis, comma 2 e 521, comma 1, cod. proc. pen. vanno interpretate nel senso che il giudice è legittimato a disporre la sospensione con messa alla prova qualora, in esito al giudizio, ritenga di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, tale da consentire l'accesso al beneficio.

Il principio di diritto affermato dalla Consulta non può non trovare applicazione - stante il pacifico potere del giudice di assegnare al fatto contestato dal P.M. un diverso nomen iuris e l'omogeneità delle due situazioni - anche nel caso in cui, come appunto quello di specie, la contestazione originaria contenuta nel decreto di rinvio a giudizio non sia di per sé ostativa all'accesso all'istituto, ma sia stato il giudice investito della richiesta ex art. 464-bis cod. proc. pen. ad assegnare al fatto una qualificazione giuridica preclusiva della sospensione de qua. Anche in tale ipotesi (come in quella in tutto analoga della contestazione originaria impeditiva) **è difatti necessario scongiurare che l'errore compiuto dal primo giudice nell'inquadramento giuridico della fattispecie non si risolva in un irreparabile pregiudizio a danno dell'imputato, precludendogli i benefici sostanziali e processuali connessi alla messa alla prova.**

5.4. Nel solco dell'insegnamento del Giudice delle Leggi, deve dunque essere affermato il principio di diritto secondo il quale il giudice è legittimato a disporre la sospensione del processo per la messa alla prova qualora, all'esito del giudizio di primo grado ovvero in appello, il fatto contestato venga sussunto in una fattispecie non ostativa all'accesso all'istituto ex art. 168-bis, comma primo, cod.

proc. pen., all'ovvia condizione che l'istanza sia stata ritualmente presentata e sussistano gli ulteriori presupposti di legge.

5.5. In conclusione, la sentenza impugnata deve essere annullata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Napoli affinché, stante l'assenza della preclusione edittale all'accesso all'istituto, verifichi l'ammissibilità della sospensione del procedimento per la messa alla prova in relazione agli ulteriori requisiti prescritti dal codice penale e dal codice di procedura penale.

P.Q.M.

annulla la sentenza impugnata limitatamente alla concedibilità della messa alla prova e rinvia per nuovo giudizio sul punto alla Corte d'Appello di Napoli; dichiara il ricorso inammissibile nel resto".

Tale approdo ermeneutico – nel senso, si ribadisce, di ritenere scrutinabile il carattere ingiustificato del rigetto della richiesta di sospensione con messa alla prova e, dunque, recuperabile l'istituto in appello anche in caso di definizione del giudizio con il rito abbreviato - è stato ribadito dalla successiva giurisprudenza della Corte di cassazione (**Sez. 6, n. 30774 del 13/10/2020, Rv. 279849-01; Sez. 5, n. 4259 del 06/12/2021 - dep. 2022, Rv. 282739-01**) e può, pertanto, ritenersi stabilizzato.

2. L'applicazione di una pena sostitutiva nel giudizio d'appello.

2.1. Con il d.lgs. n. 150/2022 (c.d. Riforma Cartabia), il legislatore ha profondamente innovato il sistema sanzionatorio penale, laddove ha ampliato il novero delle **sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi**, anticipando alla fase della cognizione alcune forme di esecuzione extra-carceraria che, nell'ordinamento penitenziario vigente, erano definite come "misure alternative alla detenzione" applicabili su provvedimento della magistratura di sorveglianza. Ciò nella proteiforme prospettiva di dare al giudice la possibilità di scegliere fra un ventaglio più ampio di opzioni sanzionatorie così da individuare la pena più adeguata al caso di specie, di promuovere l'adozione delle sanzioni sostitutive assai poco praticate nella prassi, di restringere il campo applicativo della pena detentiva incidendo sul sovraffollamento carcerario nonché di alleggerire il carico di lavoro della magistratura di sorveglianza, rimasta competente soltanto ai fini dell'applicazione della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale⁵.

⁵ La Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150 del 2022 (in Supplemento straordinario n. 5 alla Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 245 del 19/10/2022, p. 351 ss.), in riferimento alle pene sostitutive introdotte, chiarisce che «Tale tipologia di sanzioni si inquadra come è noto tra gli istituti - il più antico dei quali è rappresentato dalla sospensione condizionale della pena - che sono espressivi della c.d. lotta alla pena detentiva breve; cioè del generale sfavore dell'ordinamento verso l'esecuzione di pene detentive di breve durata. È infatti da tempo diffusa e radicata, nel contesto internazionale; l'idea secondo cui una detenzione di breve durata comporta costi individuali e sociali maggiori rispetto ai possibili risultati attesi, in termini di risocializzazione dei condannati e di riduzione dei tassi di recidiva. Quando la pena detentiva ha una breve durata, rieducare e risocializzare il condannato - come impone l'articolo 27 della Costituzione - è obiettivo che può raggiungersi con maggiori probabilità attraverso pene diverse da quella carceraria, che eseguendosi nella comunità delle persone libere escludono o riducono l'effetto desocializzante della detenzione negli istituti di pena, relegando questa al ruolo di extrema ratio. La Costituzione, nel citato articolo 27, parla al terzo

Passando rapidamente in rassegna le norme di nuovo conio, il novello **art. 20-bis c.p.** ha arricchito l'armamentario delle pene principali irrogabili da parte del giudice della cognizione con la sentenza di condanna, prevedendo che le pene detentive brevi possano essere sostituite con: 1) la semilibertà; 2) la detenzione domiciliare; 3) il lavoro di pubblica utilità; 4) la pena pecuniaria. Le prime due pene sono applicabili in luogo di una pena detentiva non superiore a quattro anni, la terza in sostituzione di una pena detentiva non superiore a tre anni, l'ultima in caso di pena detentiva non superiore a un anno.

Giusta l'espressa previsione del medesimo art. 20-bis c.p., tali pene sostitutive sono disciplinate dal Capo III della legge n. 689/1981, le cui norme sono state del pari modificate con la novella del 2022, con la previsione delle pene sostitutive *de quibus*.

Sul fronte procedurale, l'anticipazione alla fase della cognizione dell'applicazione delle sanzioni sostitutive ha imposto l'innesto nel codice di rito di una disciplina *ad hoc*. In particolare, con il nuovo **art. 545-bis cod. proc. pen.**, il legislatore ha previsto che, allorchè sussistano i presupposti per sostituire la pena detentiva non superiore a quattro anni non oggetto di sospensione condizionale, il giudice debba dare avvio a una **fase interlocutoria** in cui rappresentare alle parti l'esistenza delle condizioni per l'applicazione della pena sostitutiva e acquisire il consenso dell'imputato - espresso personalmente o a mezzo di procuratore speciale - alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa dalla pena pecuniaria, essendo quest'ultima applicabile a prescindere dall'assenso dell'interessato. Ove il giudice sia in grado di provvedere immediatamente, può integrare il dispositivo già pronunciato con la statuizione conseguente; altrimenti, deve fissare un'apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e al competente U.I.E.P.E., con conseguente sospensione del processo (c.d. procedura bifasica). Nelle more dell'udienza, il giudice può acquisire le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato attraverso l'U.I.E.P.E. e/o, se del caso, la polizia giudiziaria; può richiedere al medesimo U.I.E.P.E. la stesura del programma trattamentale ai fini della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità, con la relativa disponibilità dell'ente; può acquisire dai soggetti competenti la certificazione di disturbo da uso di sostanze o di alcol ovvero da gioco d'azzardo e il programma terapeutico che il condannato abbia in corso o a cui intenda sottoporsi. Le parti hanno facoltà di produrre documentazione all'U.I.E.P.E. ai

comma, al plurale, di "pene" che devono tendere alla rieducazione del condannato. Non menziona il carcere e, comunque, non introduce alcuna equazione tra pena e carcere. La pluralità delle pene, pertanto, è costituzionalmente imposta perché funzionale, oltre che ad altri principi (es., quello di proporzione), al finalismo rieducativo della pena». Precisandosi, altresì, che «La valorizzazione delle pene sostitutive all'interno del sistema sanzionatorio penale, operata dalla legge delega, rende opportuna l'introduzione nel codice penale di una disposizione di raccordo con l'articolata disciplina delle pene stesse, che continua a essere prevista nella legge 689 del 1981. Per ragioni di economia e di tecnica legislativa, oltre che di rispetto della legge delega, la disciplina delle pene sostitutive non viene inserita nel codice penale, dove nondimeno è opportuno, per ragioni sistematiche, che alla disciplina stessa venga operato un rinvio nella parte generale, trattandosi di pene applicabili alla generalità dei reati. Per tale ragione si introduce un nuovo art. 20 bis c.p. ("Pene sostitutive delle pene detentive brevi") - inserito nel Titolo II (Delle pene), Capo I (Delle specie di pene, in generale), dopo la disciplina generale delle pene principali e delle pene accessorie. Scopo della nuova disposizione è di includere espressamente le pene sostitutive nel sistema delle pene, delineato dalla parte generale del codice, richiamando la disciplina della legge 689 del 1981».

fini della stesura del programma di trattamento nonché memorie al giudice, fino a cinque giorni prima dell'udienza.

All'udienza di rinvio, ove ritenga sussistenti i presupposti per la sostituzione della pena, il giudice provvede a integrare il dispositivo già pronunciato, indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti.

2.2. L'applicazione delle pene sostitutive ha un terreno privilegiato di elezione nella **fase del giudizio di primo grado**.

E' pacifico che le pene sostitutive possano essere applicate nel **giudizio d'appello** nella **fase di passaggio al nuovo regime coperto dalla disposizione transitoria di cui all'art. 95 d.lgs. n. 150/2022**, laddove prevede espressamente che le norme in tema di pene sostitutive di cui alla l. n. 689/1981, *"se più favorevoli, si applicano anche ai procedimenti penali pendenti in primo grado o in grado d'appello al momento dell'entrata in vigore del presente decreto"*. Nella fase transitoria, l'applicazione di una pena sostitutiva può, dunque, essere chiesta e ottenuta anche nel caso in cui il punto concernente il trattamento sanzionatorio non fosse stato investito dall'impugnazione.

Non vi sono nondimeno ostacoli all'applicazione di una pena sostitutiva **in fase di appello anche a regime**, ove – ovviamente – ne ricorrano i presupposti, anche per fatti sopravvenuti, quali una diversa decisione in punto di pena o circostanze che attengano alla valutazione ex art. 58 l.n. 689/1981.

Il novello **art. 20-bis c.p** (introdotto appunto con il d.lgs. n. 150/2022) ha invero inserito le pene sostitutive delle pene detentive brevi nel Capo I del Titolo II in tema di *"pene"*, di tal che – costituendo previsione di natura sostanziale – esse rientrano a pieno titolo fra le sanzioni che possono essere inflitte dal giudice di merito, di primo e di **secondo grado**.

In tale senso è, d'altronde, la **Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150 del 2022** (in Supplemento straordinario n. 5 alla Gazzetta Ufficiale, Serie generale, n. 245 del 19/10/2022, p. 351 ss.) che, in riferimento alle pene sostitutive introdotte, chiarisce che *«Tale tipologia di sanzioni si inquadra come è noto tra gli istituti - il più antico dei quali è rappresentato dalla sospensione condizionale della pena - che sono espressivi della c.d. lotta alla pena detentiva breve; cioè del generale sfavore dell'ordinamento verso l'esecuzione di pene detentive di breve durata. È infatti da tempo diffusa e radicata, nel contesto internazionale; l'idea secondo cui una detenzione di breve durata comporta costi individuali e sociali maggiori rispetto ai possibili risultati attesi, in termini di risocializzazione dei condannati e di riduzione dei tassi di recidiva. Quando la pena detentiva ha una breve durata, rieducare e risocializzare il condannato - come impone l'articolo 27 della Costituzione - è obiettivo che può raggiungersi con maggiori probabilità attraverso pene diverse da quella carceraria, che eseguendosi nella comunità delle persone libere escludono o riducono l'effetto desocializzante della detenzione negli istituti di pena, relegando questa al ruolo di extrema ratio. La Costituzione, nel citato articolo 27, parla al terzo comma, al plurale, di "pene" che devono tendere alla rieducazione del condannato. Non menziona il carcere e, comunque, non introduce alcuna equazione tra pena e carcere. La pluralità delle pene, pertanto, è costituzionalmente imposta perché funzionale, oltre che ad altri principi (es., quello di proporzione), al finalismo rieducativo della pena»*.

*Precisandosi, altresì, che «La valorizzazione delle pene sostitutive all'interno del sistema sanzionatorio penale, operata dalla legge delega, rende opportuna l'introduzione nel codice penale di una disposizione di raccordo con l'articolata disciplina delle pene stesse, che continua a essere prevista nella legge 689 del 1981. Per ragioni di economia e di tecnica legislativa, oltre che di rispetto della legge delega, la disciplina delle pene sostitutive non viene inserita nel codice penale, dove nondimeno è opportuno, per ragioni sistematiche, che alla disciplina stessa venga operato un rinvio nella parte generale, trattandosi di pene applicabili alla generalità dei reati. Per tale ragione si introduce un nuovo art. 20 bis c.p. ("Pene sostitutive delle pene detentive brevi") - inserito nel Titolo II (Delle pene), Capo I (Delle specie di pene, in generale), dopo la disciplina generale delle pene principali e delle pene accessorie. **Scopo della nuova disposizione è di includere espressamente le pene sostitutive nel sistema delle pene, delineato dalla parte generale del codice, richiamando la disciplina della legge 689 del 1981**».*

D'altro canto, l'**art. 545-bis cod. proc. pen.** è disposizione che, inserita nel capo II relativo alla "decisione", non può non trovare applicazione anche al giudizio d'appello in forza del disposto dell'art. 598 cod. proc. pen., secondo cui *"in grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado, salvo quanto previsto dagli articoli seguenti"*.

La possibilità di applicare una pena sostitutiva in appello è stata, d'altronde, espressamente prevista dagli artt. 598-bis e 599-bis c.p.p., come novellati con il c.d. decreto correttivi, di imminente entrata in rigore (v. *infra*).

Rimane nondimeno fermo che, come si dirà meglio nel prosieguo, **l'applicazione di una pena sostitutiva in appello non può non essere soggetta ai limiti del giudizio di gravame, governato dal principio devolutivo.**

E' ovviamente **appellabile** la sentenza di primo grado in cui il Giudice di primo grado abbia respinto la sollecitazione della difesa all'applicazione di una pena sostitutiva. Il tema della sostituzione della pena può dunque essere coltivato anche nel grado successivo: qualora la questione circa l'applicabilità di una pena sostitutiva sia stata sottoposta al vaglio del giudice di primo grado e sia stata da questi rigettata, la questione potrà essere sottoposta al giudice d'appello impugnando la sentenza nella parte concernente il diniego.

Laddove il **giudice di primo grado** abbia dato l'avviso - cioè abbia provveduto ad attivare il potere officioso di applicare una pena sostitutiva - e **l'imputato non abbia prestato il consenso, è da escludere che scatti una decadenza** suscettibile di precludere l'applicazione della pena sostitutiva nel giudizio d'appello.

Ed invero, **nessuna disposizione processuale** prevede che il consenso dell'interessato sia soggetto a un termine a pena di decadenza e che il non avere prestato in primo grado il consenso per la sostituzione della pena proposta dal giudice (anche solo perché l'imputato sia assente e il difensore non sia munito di procura speciale) precluda la possibilità di chiederne e ottenerne in appello l'applicazione.

Va ribadito che l'art. 545-*bis* cod. proc. pen. prevede soltanto che sia il giudice a prendere l'iniziativa qualora ne ravvisi i presupposti e che l'imputato debba solo prestare il consenso alla sostituzione. D'altro canto, la previsione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi nell'art. 20-*bis* c.p., nel Titolo II intitolato "Delle "pene", ha reso dette pene certamente applicabili da parte di qualunque giudice di merito – di primo o di secondo grado – sia investito della decisione sul punto.

Va sottolineato che, in linea con il chiaro dato testuale dell'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p. **non v'è alcun obbligo per il giudice di primo grado** di dare alla difesa l'avviso **ove non ritenga sussistenti** le condizioni per l'applicazione della pena sostitutiva, insussistenza di cui potrà dare atto nella motivazione della sentenza.

Come ha chiarito la Corte Suprema pronunciandosi sul punto, il giudice non è tenuto a proporre, in ogni caso, all'imputato l'applicazione di una pena sostitutiva, essendo investito di un potere discrezionale al riguardo, sicché l'omessa formulazione, subito dopo la lettura del dispositivo, dell'avviso di cui all'art. 545-*bis*, comma 1, cod. proc. pen., non comporta la nullità della sentenza, presupponendo un'implicita valutazione dell'insussistenza dei presupposti per accedere alla misura sostitutiva (**Sez. 1, n. 2090 del 12/12/2023 - dep. 2024, Rv. 285710-01; Sez. 2, n. 43848 del 29/09/2023, Rv. 285412-01**).

Nel motivare tale affermazione di principio, la Cassazione ha chiarito che *"l'avviso è propedeutico all'applicazione della misura sostitutiva e presuppone una delibazione positiva anche se sommaria dei presupposti da parte del giudice sicché non sussiste un obbligo automatico riferito a tutte le pronunce di condanna a pena inferiore ai quattro anni non sottoposte a sospensione condizionale. Ne deriva che se in ipotesi il giudice ritenga non sussistenti i presupposti per accedere alla misura sostitutiva, non è tenuto ad avvisare l'imputato, né tantomeno a sospendere il processo e potrà spiegare le ragioni del mancato esercizio del suo potere officioso in sentenza, impugnabile secondo le regole generali. Ulteriore corollario è che il ricorrente non può dolersi in impugnazione del mancato riconoscimento dei presupposti della sanzione sostitutiva, se non ha sollecitato al riguardo i poteri della Corte territoriale. Occorre infatti rilevare che questa Corte ha già avuto modo di precisare che la possibilità di vedersi riconosciuto in appello un trattamento più favorevole secondo quanto previsto dall'art. 545-*bis* cod. proc. pen. (..), poiché relativo al profilo strettamente sostanziale della disciplina penale, deve essere temperata con le norme che disciplinano il rito di appello con particolare riferimento all'articolo 597, comma 1, cod. proc. pen. laddove limita l'ambito conoscitivo del giudice di secondo grado ai punti della decisione strettamente connessi ai motivi proposti". "Nell'ipotesi in cui la Corte non abbia reso avviso di cui alla norma, deve pertanto ritenersi che abbia implicitamente escluso la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento delle misure sostitutive e tale omissione può configurare una nullità solo qualora la difesa abbia sollecitato l'esercizio discrezionale del potere officioso della Corte e non abbia ricevuto al riguardo risposta". "anche a voler individuare in tale omesso avviso una nullità, si tratterebbe comunque di nullità a regime intermedio e la difesa avrebbe*

dovuto eccepirarla immediatamente dopo la lettura del dispositivo e non con i motivi di ricorso (v. Sez. 4, n. 32360 del 2023)”. La Corte ha dunque concluso che “che il mancato avviso della Corte d’appello in ordine alla possibilità di sostituzione della pena inflitta in dispositivo e il silenzio al riguardo in sentenza può essere oggetto di impugnazione solo se la difesa abbia avanzato la richiesta in tal senso con le conclusioni o abbia fatto constatare il verbale tale omissione, sollecitando la Corte a fissare l’udienza di rinvio per la valutazione dei presupposti necessari per l’applicazione della misura sostitutiva, dovendosi il silenzio della difesa interpretare necessariamente come acquiescenza la delibazione implicitamente negativa formulata dal giudicante al riguardo” (così nella motivazione di Sez. 2 n. 43848/2023).

Allorchè l’applicazione della pena sostitutiva non sia stata fatta oggetto di alcuna iniziativa delle parti né officiosa (e il giudice di primo grado non abbia dato l’avviso), il medesimo giudice potrà certamente dare spiegazione nella motivazione della decisione circa le ragioni della ritenuta insussistenza dei presupposti della pena sostitutiva, ovviamente nei casi in cui essa fosse astrattamente applicabile (avendo inflitto una pena non superiore ai quattro anni), di tal che la sentenza potrà essere attaccata sul punto con l’atto d’appello. In tale caso, la Corte d’appello - ove ravvisi la sussistenza dei relativi presupposti - potrà applicare la pena sostitutiva.

Tuttavia, come la Corte di cassazione ha chiarito nella sentenza sopra richiamata (**n. 43848/2023**), il Giudice non abbia dato l’avviso e l’interessato non l’abbia sollecitato in ordine alla possibilità di sostituzione della pena inflitta in dispositivo, il silenzio della motivazione della sentenza sul punto non potrà dare luogo ad alcuna nullità e **non potrà**, quindi, **essere oggetto di impugnazione**.

2.3. Come si è già anticipato, l’unica preclusione all’applicazione di una pena sostitutiva va individuata nel principio devolutivo che governa il giudizio d’appello.

Il tema della sostituzione della pena detentiva breve potrà essere introdotto:

- a) impugnando il punto della decisione di primo grado in cui il Giudice abbia motivato il diniego dell’applicazione di una pena sostitutiva (sollecitata o meno dalla difesa) ovvero abbia omesso di motivare nonostante la sollecitazione difensiva in tale senso;
- b) chiedendo con il gravame l’applicazione di una pena sostitutiva.

V’è da chiedersi se la Corte d’appello possa provvedervi **ex officio** nel caso in cui con il gravame sia stato attaccato il punto concernente il trattamento sanzionatorio senza una richiesta espressa di applicazione di una pena sostitutiva.

Al riguardo, le **Sezioni Unite della Cassazione** hanno in passato affermato che il giudice di appello **non ha il potere di applicare d’ufficio** le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi se nell’atto di appello non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta con riguardo a tale punto della decisione, dal momento che l’ambito di tale potere è circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dall’art. 597, comma 5, cod. proc. pen., che costituisce una eccezione

alla regola generale del principio devolutivo dell'appello e che segna anche il limite del potere discrezionale del giudice di sostituire la pena detentiva previsto dall'art. 58 della legge n. 689 del 1981 (**Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125-01**).

Il principio è stato ribadito all'indomani della riforma Cartabia, laddove la Cassazione ha affermato che la disposizione di cui all'art. 545-*bis* cod. proc. pen., è applicabile, nei limiti del principio devolutivo, anche al giudizio di appello, nel senso che le sanzioni sostitutive possono trovare applicazione solo se il relativo tema sia stato specificamente devoluto nei motivi di appello. (**Sez. 6, n. 46013 del 28/09/2023, Rv. 285491-01**).

Nella motivazione di tale arresto, si è in particolare osservato che: *“l'applicazione dell'art. 545-bis cod. proc. pen. al giudizio di appello resta pur sempre condizionata dal rispetto del principio devolutivo. Non essendo intervenuta alcuna modifica dell'art. 597, comma 5, cod. proc. pen. rimane valido l'orientamento contrario all'applicabilità delle sanzioni sostitutive se il relativo tema non sia stato specificamente devoluto, in ragione proprio dell'autonomia della questione relativa alla sostituzione della pena detentiva, **tale da non poter essere ritenuta neppure compresa nelle doglianze inerenti più in generale al trattamento sanzionatorio**, e del carattere di norma eccezionale e quindi di stretta interpretazione della disposizione di cui al comma 5 dell'art. 597 cod. proc. pen. rispetto alla regola generale dell'effetto devolutivo fissata dal comma 1 secondo il quale «l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti». (cfr. Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125, secondo cui, verbatim, "Il giudice di appello non ha il potere di applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi se nell'atto di appello non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta con riguardo a tale punto della decisione, dal momento che l'ambito di tale potere è circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 597, comma quinto, cod. proc. pen., che costituisce una eccezione alla regola generale del principio devolutivo dell'appello e che segna anche il limite del potere discrezionale del giudice di sostituire la pena detentiva previsto dall'art. 58 della legge n. 689 del 1981")”.*

Fa eccezione a tale regola, il caso – ora disciplinato dall'**art. 598-bis comma 4-ter, c.p.p.**, appena introdotto con il decreto correttivi, secondo cui *“Quando, per effetto della decisione sull'impugnazione, è applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni, la corte, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, sostituisce la pena detentiva”.*

Deve invece ritenersi ammissibile la sollecitazione all'applicazione di una pena sostitutiva da parte dell'imputato con i **motivi nuovi**, con una **memoria**, con le **conclusioni scritte** in caso di rito cartolare o ancora **in udienza** in caso di trattazione in presenza. Ovviamente a condizione che il punto della pena fosse stato investito dai motivi originari.

In questo senso si è mosso il legislatore con la recente novella apportata con il c.d. decreto correttivi al d.lgs. n. 150/2022 del 19 marzo 2024 n. 31, pubblicato in Gazzetta Ufficiale e in vigore dal 4 aprile 2024.

Con la recentissima riforma, si è infatti espressamente previsto che all'**art. 598-bis**, dopo il comma 1, è inserito il seguente: «**1-bis**. Fermo quanto previsto dall'articolo 597, l'imputato, fino a quindici giorni prima dell'udienza, può, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nei **motivi nuovi** e nelle **memorie** di cui al comma 1, esprimere il consenso alla sostituzione della pena detentiva con taluna delle pene sostitutive di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689. La corte, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, sostituisce la pena detentiva. Quando, pur essendo acquisito il consenso, non è possibile decidere immediatamente, la corte fissa una apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente e provvede ad acquisire gli atti, i documenti e le informazioni di cui all'articolo 545-bis, comma 2; in tal caso il processo è sospeso. Salvo che la corte disponga altrimenti, l'udienza si svolge senza la partecipazione delle parti.»;

dopo il comma 4, sono aggiunti i seguenti: «**4-bis**. Nei casi di udienza partecipata di cui ai commi 2, 3 e 4, **il consenso alla sostituzione di cui al comma 1-bis può essere espresso sino alla data dell'udienza**. Si applicano le disposizioni del medesimo comma 1-bis, secondo e terzo periodo.

4-ter. Quando, per effetto della decisione sull'impugnazione, è applicata una pena detentiva non superiore a quattro anni, la corte, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, sostituisce la pena detentiva. Se è necessario acquisire il consenso dell'imputato, la corte deposita il dispositivo ai sensi del comma 1, quarto periodo, assegna all'imputato il termine perentorio di quindici giorni per esprimere il consenso e fissa udienza, non oltre trenta giorni, senza la partecipazione delle parti. In tal caso, il processo è sospeso. Se il consenso è acquisito, all'udienza la corte integra il dispositivo altrimenti lo conferma. In ogni caso, provvede al deposito ai sensi del comma 1, ultimo periodo. Quando, pur essendo acquisito il consenso, non è possibile decidere immediatamente, si applicano le disposizioni di cui al comma 1-bis, terzo e quarto periodo. I termini per il deposito della motivazione decorrono, ad ogni effetto di legge, dal deposito del dispositivo, confermato o integrato. Nei casi di udienza partecipata di cui ai commi 2, 3 e 4, si osservano le disposizioni dell'articolo 545-bis, in quanto applicabili.»

L'incipit del novello comma 1-bis -"Fermo quanto previsto dall'articolo 597" - non chiarisce come la preclusione derivante dal principio devolutivo debba declinarsi, cioè se il consenso all'applicazione della pena sostitutiva possa essere manifestato alla sola condizione che essa sia stata richiesta in modo specifico nell'atto d'appello ovvero se a tale fine sia sufficiente che l'appello investa il punto pena.

Per evitare di vanificare la *ratio* della riforma Cartabia (laddove ha espresso un netto favore verso l'applicazione di tali strumenti), pare preferibile la seconda soluzione ermeneutica nel senso che la manifestazione del consenso da parte dell'imputato con le suddette forme sia possibile allorchè il gravame abbia

investito il punto della pena, e non soltanto nel caso in cui nell'atto d'appello fosse stata richiesta in modo specifico l'applicazione di una pena sostitutiva.

2.4. Altra questione problematica è quella se, sotto il regime transitorio disciplinato dall'art. 95 d.lgs. n. 150/2022 (secondo cui è possibile l'applicazione delle pene sostitutive nei giudizi d'appello pendenti al momento dell'entrata in vigore della riforma), **la Corte d'appello sia sempre tenuta a motivare l'insussistenza delle condizioni per applicare una pena sostitutiva ai sensi dell'art. 545-bis, comma 1, cod. proc. pen.**

Si è già visto come, a mente dell'art. 545-bis, comma 1, cod. proc. pen., il giudice deve dare avviso alle parti soltanto *"se ricorrono le condizioni per sostituire la pena detentiva con una delle pene sostitutive"* e, solo ove detto avviso sia stato dato, *"l'imputato, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, acconsente alla sostituzione"*, procedendosi immediata all'applicazione della pena sostitutiva ovvero a disporre il rinvio *"non oltre sessanta giorni"* *"quando non è possibile decidere immediatamente"* (c.d. procedura bifasica). Non è revocabile in dubbio che l'iniziativa circa l'applicazione di una pena sostitutiva possa venire direttamente dalla difesa e, ciò nondimeno, v'è da chiedersi se la Corte d'appello, ove non abbia attivato il proprio potere-dovere di procedere all'applicazione una pena sostitutiva ai sensi dell'art. 545-bis, comma 1, cod. proc. pen., sia o meno tenuta a dare evidenza nella motivazione della sentenza dell'insussistenza delle condizioni per provvedervi.

La questione è stata affrontata dalla Sezione Sesta della Corte di cassazione che, nella sentenza del **10 maggio 2023, n. 33027, Rv. 285090-01**, ha affermato che, in tema di pene sostitutive, **ai sensi della disciplina transitoria contenuta nell'art. 95 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150** (c.d. riforma Cartabia), affinché il giudice di appello sia tenuto a pronunciarsi in merito all'applicabilità o meno delle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi di cui all'art. 20-bis cod. pen., **è necessaria una richiesta in tal senso dell'imputato**, da formulare **non** necessariamente con l'atto di gravame, ma che deve comunque intervenire, **al più tardi, nel corso dell'udienza di discussione in appello.**

Nella motivazione, dopo avere ripercorso le linee generali dell'intervento riformatore in materia, ha affermato quanto segue:

"5. Ciò premesso, rileva il Collegio che, sulla base della disciplina normativa sopra illustrata, la sostituzione della reclusione con una pena sostitutiva non costituisce diritto dell'imputato ma - così come si è pacificamente ritenuto in riferimento alle "sanzioni sostitutive" disciplinate dall'originario art. 53 l. n. 689 del 3 1981 - rientra nell'ambito della valutazione discrezionale del giudice, alla luce dei criteri sopra indicati. Invero, in riferimento alle predette sanzioni, questa Corte ha precisato che «La sostituzione delle pene detentive brevi è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice, che deve essere condotta con l'osservanza dei criteri di cui all'art. 133 cod. pen., prendendo in esame, tra l'altro, le modalità del fatto per il quale è intervenuta condanna e la personalità del condannato» (ex multis, Sez. 3, n. 19326 del 27/01/2015, Pritoni, Rv. 263558 - 01). Tale principio è trasferibile anche alle nuove "pene sostitutive",

atteso che la disciplina normativa introdotta continua a subordinare la sostituzione a una valutazione giudiziale ancorata ai parametri di cui al cit. art. 133. Pertanto, in assenza di una richiesta formulata in tal senso dall'appellante non vi è obbligo per il Giudice di secondo grado di motivare in ordine alla insussistenza dei presupposti per la sostituzione della reclusione con una delle nuove pene elencate nell'art. 20-bis.

6. Soluzione diversa, invece, deve accogliersi nell'ipotesi in cui l'imputato abbia formulato richiesta in tal senso nei motivi di appello, nei motivi nuovi ex art. 585, comma 4, cod. proc. pen., ovvero nell'udienza di trattazione del gravame. In questo caso, alla luce della disposizione transitoria che ha reso applicabile la nuova disciplina sanzionatoria ai processi che all'entrata in vigore della stessa si trovino in grado di appello, il giudice di secondo grado dovrebbe dar conto delle ragioni per le quali non sussistono i presupposti per l'applicazione della pena sostitutiva richiesta. Questa Corte - sempre in riferimento alle sanzioni sostitutive di cui all'art. 53 l. n. 689 del 1981 - ha infatti precisato che poiché, come si è detto, la valutazione della sussistenza dei presupposti per l'adozione di una sanzione sostitutiva è legata agli stessi criteri previsti dalla legge per la determinazione della pena, e quindi il giudizio prognostico positivo cui è subordinata la possibilità della sostituzione non può prescindere dal riferimento agli indici individuati dall'art. 133 c.p., la richiesta di sostituzione della pena detentiva impone al giudice di motivare sulle ragioni del diniego (Sez. 1, n. 25833 del 23/04/2012, Testi, Rv. 253102 - 01; Sez. 2, n. 7811, 01/10/1991, Sampugna, Rv. 191006; Sez. 2, n. 25085, 18/06/2010, Amato, Rv. 247853).

Né può ritenersi che la richiesta di sostituzione, ove non formulata in sede di appello, o di motivi nuovi, sarebbe preclusa ai sensi dell'art. 597 cod. proc. pen. Invero, **il principio affermato dalle Sezioni unite**, secondo cui «il giudice di appello non ha il potere di applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi se nell'atto di appello non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta con riguardo a tale punto della decisione, dal momento che l'ambito di tale potere è circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 597, comma quinto, cod. proc. pen., che costituisce una eccezione alla regola generale del principio devolutivo dell'appello e che segna anche il limite del potere discrezionale del giudice di sostituire la pena detentiva previsto dall'art. 58 della legge n. 689 del 1981» (sentenza n. 12872 del 19/01/2017, **Punzo**, Rv. 269125), **deve essere coordinato con la suindicata disciplina transitoria.** Questa, infatti, stabilisce espressamente l'applicabilità delle nuove pene sostitutive - in quanto più favorevoli - ai giudizi di appello in corso all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, senza introdurre limitazioni attinenti alla fase - introduttiva o decisoria - del giudizio medesimo e, quindi, senza imporre che la richiesta sia contenuta nei motivi - originari o aggiunti - del gravame. Tale interpretazione, oltre che risultare conforme al **contenuto letterale della disposizione, si pone nella linea di favorire, in conformità con l'intentio legislatoris, la più ampia applicazione delle nuove pene sostitutive, ove il giudice di appello ritenga ne ricorrano i presupposti suindicati. Pertanto, pure nella fase transitoria disciplinata dall'art. 95 del d.lgs. n. 150 del 2022, la richiesta di sostituzione della pena detentiva avanzata dall'imputato impone al giudice di motivare sul punto;** con la conseguenza che la relativa statuizione

- positiva o negativa - laddove connotata da motivazione manifestamente illogica potrebbe essere oggetto di ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 606 cod. proc. pen. (v. Sez. 1, n. 35849 del 17/05/2019, Ahmetovic, Rv. 276716 - 01).

7. Va quindi affermato il principio che, ai sensi della disciplina transitoria contenuta nell'art. 95 del d.lg. n. 150 del 2022, affinché il giudice di appello sia tenuto a pronunciarsi in merito alla applicabilità o meno delle nuove pene sostitutive di cui all'art. 20-bis cod. pen., è necessaria una richiesta in tal senso dell'imputato, da formulare non necessariamente con l'atto di gravame, ma che deve comunque intervenire al più tardi nel corso dell'udienza di discussione in appello”.

Sintetizzando il principio di diritto affermato dalla Sesta Sezione della Cassazione:

a) ove la difesa abbia chiesto espressamente la pena sostitutiva (con l'**atto d'appello**, con i **motivi nuovi** o con le **conclusioni rassegnate in udienza o via PEC in caso di celebrazione cartolare**), la Corte d'appello è **obbligata** a dare risposta sul punto, incorrendo altrimenti in una mancanza di motivazione rilevabile in cassazione;

b) ove la difesa **non abbia chiesto espressamente** al giudice del gravame la **sostituzione** della pena, la Corte d'appello non è obbligata ad affrontare la questione, né – di conseguenza - a motivare sul perché non abbia attivato il potere officioso di sostituzione;

c) rimane sempre **ferma la possibilità per la Corte di attivarsi ex officio** ai sensi dell'art. 545-bis, comma 1, cod. proc. pen. segnalando all'imputato la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della pena sostitutiva.

In senso contrario, la stessa **Sezione Sesta**, nella **successiva sentenza n. 41313 del 27 settembre 2023**, ha invece affermato che, in ossequio al principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite Punzo, **anche sotto il regime transitorio dell'art. 95, la richiesta di pena sostitutiva di pene detentive brevi può essere veicolata attraverso i tipici strumenti processuali individuati per il regime delle impugnazioni in genere e dell'appello**, in particolare attraverso i **motivi nuovi**, ma **non può essere formulata in sede di conclusioni finali** salvo che prima non fosse in concreto possibile.

Nella motivazione di tale decisione si legge:

2. Come rilevato dal Procuratore ricorrente e correttamente evidenziato dal Procuratore generale nelle conclusioni, la semplice richiesta formulata nelle 2 conclusioni in sede di gravame non è sufficiente a veicolare, nell'ambito del processo di appello, la questione connessa alla richiesta della sostituzione della pena detentiva in altra pena che, nel caso sottoposto a scrutinio, corrisponde a quello del lavoro di pubblica utilità. Ed invero, l'art. 95 del d.lgs. n. 150 del 2022, che disciplina il regime transitorio in materia di pene sostitutive delle pene detentive brevi, entrato in vigore il 30 dicembre 2022, dispone che "Le norme previste dal Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, se più favorevoli, si applicano anche ai procedimenti penali pendenti in primo grado o in grado di appello al momento dell'entrata in vigore del presente decreto" a differenza della preclusione prevista dalla stessa norma in ipotesi di pendenza del procedimento innanzi alla Corte di cassazione che, però, disciplina, entro trenta giorni dal

passaggio in giudicato della sentenza, la possibilità del condannato di formulare istanza al giudice dell'esecuzione. La possibilità di vedersi riconosciuto un trattamento più favorevole secondo quanto previsto dall'art. 545-bis cod. pen. (inserito dall'art. 31, comma 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, decorrente - ex d.l. 31 ottobre 2022, n. 162 - dal 30 dicembre 2022), poiché afferente a profilo strettamente sostanziale della disciplina penale, deve essere temperata con le norme che disciplinano il rito di appello con particolare riferimento all'art. 597, comma 1, cod. proc. pen. laddove limita l'ambito conoscitivo del Giudice di secondo grado ai punti della decisione strettamente connessi ai motivi proposti.

3. Questa Corte nel suo massimo concesso ha già avuto modo di occuparsi della problematica connessa alla possibilità, in sede di gravame, di ritenere assimilabile la richiesta di rimodulazione del trattamento sanzionatorio con quello apparentemente simile della sostituzione della pena, osservando come le due questioni che afferiscono ad un "punto" della decisione e non ad un "capo" (Sez. 6, n. 6257 del 27/01/2016, Sapiente, Rv. 266500), risultano niente affatto sovrapponibili, negando che il giudice di appello possa applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi se nell'atto di appello non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta in merito e che le eccezioni tassativamente indicate dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., (eccezione alla regola generale del principio devolutivo dell'appello) non autorizzano alcuna estensione generalizzata alla possibilità di sostituire la pena detentiva previsto dall'art. 58 della legge n. 689 del 1981 (Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125 - 01). Le Sezioni Unite Punzo, infatti, escludono che giudice di appello abbia il potere di applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive quasi queste costituiscano una sorta di 3 minus rispetto alla sospensione condizionale della pena, alla non menzione della condanna, al riconoscimento di circostanze attenuanti e alla correlata formulazione del giudizio di comparazione, di cui è invece consentita l'applicazione ex art. 597, comma 5, cod. proc. pen., norma eccezionale in quanto in deroga ai rigorosi limiti individuati dal precedente comma 1.

4. La lettura congiunta, pertanto, della disposizione di cui all'art. 545-bis e 597, comma 1, cod. proc. pen. in uno all'art. 95, d.lgs. n. 150 del 2022 impone di ritenere che affinché possa essere richiesta in sede di appello la pena sostitutiva di pene detentive brevi (materia eminentemente deputata ad essere trattata dal giudice di primo grado ed in via transitoria consentita al Giudice di appello dalla citata norma) la stessa debba essere veicolata attraverso i tipici strumenti processuali individuati per il regime delle impugnazioni in genere e dell'appello in particolare attraverso i motivi nuovi, quando ciò, ovviamente, sia in concreto possibile.

5. Senza affrontare il non pertinente tema connesso alla possibilità di richiedere nelle conclusioni la sostituzione della pena detentiva con quelle previste dalla legge del 24 novembre 1981, n. 689, allorché la novità in punto di sanzione intervenga in un momento in cui è in concreto non ipotizzabile la formulazione di motivi nuovi, si osserva che nel caso di specie la fissazione della prima udienza di appello in data 23 gennaio 2023 avrebbe consentito la tempestiva formulazione - quindici giorni prima della data dell'udienza ex art. 585, comma 4, cod. proc. pen. - di motivi nuovi attraverso i quali rivolgere motivata e specifica richiesta di sostituzione della pena. La difesa, pur avendo appellato la

sentenza di primo grado deducendo in sede di gravame la gravosità del trattamento sanzionatorio di cui si richiedeva una attenuazione, nessuna richiesta specifica formulava quanto a pena sostitutiva che, deve osservarsi, ben poteva essere egualmente oggetto di richiesta sulla base della precedente legge ed a prescindere dall'ampliato ambito introdotto attraverso la introduzione del d.lgs. n. 150 del 2022; ha poi formulato la relativa richiesta di sostituzione a mente della citata novità normativa solo in sede di conclusioni, contesto non idoneo, per quanto sopra osservato in merito ai limiti dell'oggetto del giudizio di appello ex art. 597, comma 1, cod. proc. pen., per l'impossibilità di ampliare d'ufficio il thema devoluto alla Corte di appello con i motivi di gravame".

La successiva giurisprudenza della Corte di legittimità si è stabilizzata nel senso di ritenere che:

- ove il **giudizio d'appello** sia celebrato con la **trattazione orale, ai sensi della disciplina transitoria contenuta nell'art. 95** d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia), affinché il giudice di appello sia tenuto a pronunciarsi in merito all'applicabilità o meno delle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi di cui all'art. 20-*bis* cod. pen., **è necessaria una richiesta** in tal senso dell'imputato, da formulare non necessariamente con l'atto di gravame o in sede di "motivi nuovi" ex art. 585, comma 4, cod. proc. pen., ma che deve comunque intervenire, al più tardi, nel corso dell'udienza di discussione d'appello. (**Sez. 4, n. 4934 del 23/01/2024, Rv. 285751-01; Sez. 2, n. 1995 del 19/12/2023 - dep. 2024, Rv. 285729-01; Sez. 4, n. 636 del 29/11/2023 - dep. 2024, Rv. 285630-01**);

- ove il **processo d'appello** sia celebrato con la **trattazione scritta**, affinché il giudice di appello sia tenuto a pronunciarsi sulla applicabilità o meno delle nuove pene sostitutive di cui all'art. 20-*bis* cod. pen., **in base alla disciplina transitoria contenuta nell'art. 95** del d.lgs. n. 150 del 2022, è necessaria una richiesta in tal senso dell'imputato, da formulare con l'atto di gravame o, al più tardi, entro il termine di cinque giorni prima dell'udienza, previsto per la presentazione delle conclusioni dall'art. 23-*bis*, comma 2, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, da intendersi come perentorio. (**Sez. 6, n. 2106 del 10/11/2023 - dep. 2024, Rv. 285894-01**).

Giova notare che su questa falsariga sono stati modellati i novelli commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 598-*bis* c.p.p., introdotti con il c.d. decreto correttivi, con riferimento al regime ordinario (cioè non coperto dalla disposizione transitoria dell'art. 95 d.lgs. n. 150/2022).

Vale la pena di ribadire che, **a regime**, l'applicazione della pena sostitutiva dovrà essere richiesta con i motivi d'appello e potrà, dunque, essere sollecitata con i **motivi nuovi, solo ove con l'atto d'appello sia stato attaccato il punto della decisione concernente la pena.**

Va invero ribadito che la questione concernente l'applicazione di una pena sostitutiva deve essere **contemperata con il principio devolutivo** che governa il giudizio d'appello. Sul punto non si può non ribadire il principio di diritto affermato dalle **Sezioni Unite Punzo**, sopra ricordato, secondo cui il

giudice di appello non ha il potere di applicare d'ufficio le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi se nell'atto di appello non risulta formulata alcuna specifica e motivata richiesta con riguardo a tale punto della decisione, dal momento che l'ambito di tale potere è circoscritto alle ipotesi tassativamente indicate dall'art. 597, comma 5, cod. proc. pen., che costituisce una eccezione alla regola generale del principio devolutivo dell'appello e che segna anche il limite del potere discrezionale del giudice di sostituire la pena detentiva previsto dall'art. 58 della legge n. 689 del 1981. (**Sez. U, n. 12872 del 19/01/2017, Punzo, Rv. 269125-01**).

Ciò significa che la questione potrà essere **dedotta** con i **motivi nuovi**, a condizione che la sentenza di primo grado sia stata attaccata sotto il profilo della pena, dovendo i motivi nuovi inerire ai temi specificati nei capi e punti della decisione investiti dall'impugnazione principale già presentata, essendo necessaria la sussistenza di una connessione funzionale tra i motivi nuovi e quelli originari (per tutte, **Sez. 6, n. 6075 del 13/01/2015, Rv. 262343-01**).

La Cassazione ha però affermato che il giudice d'appello, che, **nel riformare una decisione di proscioglimento, pronuncia sentenza di condanna dell'imputato, è tenuto a valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle pene sostitutive** di pene detentive brevi, celebrando, ove necessario, l'udienza prevista dall'art. 545-*bis*, comma 1, cod. proc. pen. e deve, inoltre, motivare specificamente l'insussistenza delle condizioni per la loro applicabilità, secondo i parametri di cui agli artt. 133 cod. pen., 58 e 59 legge 24 novembre 1981, n. 689, come novellati dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. (**Sez. 2, n. 2341 del 19/12/2023 - dep. 2024, Rv. 285727 - 01**).

2.5. La Cassazione ha chiarito che, in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, il provvedimento emesso all'esito dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 545-*bis* cod. proc. pen., con cui si decide sulla richiesta di sostituzione della pena detentiva con una delle pene sostitutive, **non è impugnabile autonomamente** rispetto alla sentenza che definisce il giudizio. (**Sez. 5, n. 43960 del 03/10/2023, Rv. 285307-01**).

Da ciò discende che l'interessato potrà impugnare l'ordinanza in oggetto soltanto unitamente alla sentenza, in conformità al disposto dell'art. 586 cod. proc. pen.

2.6. Altre questioni problematiche attengono al concordato in appello.

In particolare, v'è da chiedersi se l'accordo con la Procura generale debba già contemplare l'applicazione della pena sostitutiva ovvero se, fermo il patto sulla pena detentiva, l'imputato possa comunque sollecitare la Corte ad applicarla e a dare, dunque, risposta su tale sollecitazione.

Va rilevato che l'art. 444 cod. proc. pen. – che regola il c.d. patteggiamento, istituito tradizionalmente appaiato al concordato – prevede, al comma 1, in modo espresso che l'accordo fra l'imputato e il pubblico ministero debba avere ad oggetto *“l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una **pena sostitutiva** o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita*

fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria". Il che impedisce al giudice di primo grado di applicare ex officio una pena sostitutiva ove non prevista nel patto.

Cosa diversa prevede il dettato dell'art. 599-bis, comma 1, cod. proc. pen. (nella formulazione originaria ante decreto correttivi), che fa soltanto riferimento all'accordo sui motivi, con rinuncia agli altri, con eventuale "rideterminazione della pena", senza alcuna menzione della necessità di concordare anche la tipologia di pena da applicare.

D'altronde, da tempo le Sezioni Unite della cassazione, pronunciandosi circa la possibilità di richiedere il beneficio della sospensione condizionale della pena fuori dal patto raggiunto fra le parti ai fini dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, hanno chiarito che il beneficio può essere concesso soltanto allorquando la relativa domanda abbia formato oggetto della pattuizione intervenuta tra le parti (**Sez. U, n. 5882 del 11/05/1993, Rv. 193417-01; Sez. U, n. 23400 del 27/01/2022, Rv. 283191-01**).

Proprio tenuto conto del chiaro parallelismo fra il concordato e il patteggiamento, laddove entrambi gli istituti postulano un accordo con la controparte pubblica che il giudice è chiamato a ratificare ovvero a respingere, nelle LINEE GUIDA elaborate con l'Avvocatura dagli uffici giudiziari del distretto di Torino si è previsto che la richiesta di sostituzione della pena debba costituire oggetto espresso del patto.

Tuttavia, nella prassi applicativa, proprio perché l'art. 599-bis c.p.p. non pone (si veda però oltre) dei vincoli sul tipo di pena da applicare e in attesa di un'indicazione sul punto da parte della giurisprudenza di legittimità, non è inconsueto che le parti presentino una richiesta di concordato ad una pena detentiva e che la difesa dell'imputato, al di fuori dell'accordo, solleciti la Corte ad applicare una pena sostitutiva.

Tale prassi sembra legittimata da una recente pronuncia, in cui la Corte di cassazione ha affermato che, **in caso di concordato sulla pena in appello con rinuncia ai motivi, il giudice non può sostituire d'ufficio la pena detentiva con le sanzioni sostitutive, in assenza di esplicita richiesta delle parti. (Sez. 4, n. 43980 del 26/10/2023, Rv. 285484-01)**. Nella motivazione, nel disconoscere un potere officioso di applicare la pena sostitutiva si è però rilevato che "Non risulta, né parte ricorrente lo allega in ricorso, che sia stata formulata richiesta di sostituzione della pena detentiva nel patto ratificato e **neppure che la parte, che ne aveva la facoltà, abbia formulato detta richiesta a verbale d'udienza**" e più oltre si è ribadito che "Nella specie, le parti non hanno inserito tale previsione nell'accordo, invero non risultando neppure che parte ricorrente abbia formulato, pur potendolo fare, in virtù della norma transitoria di cui all'art. 95, d. lgs. n. 150/2022, alcuna richiesta in tal senso all'udienza di discussione. Cosicché non può ritenersi alcun obbligo del giudice d'appello di pronunciarsi sul punto specifico, né di motivare circa l'insussistenza dei presupposti per la sostituzione della reclusione con una delle nuove pene elencate nell'art. 20 bis, cod. pen.". Con ciò ritenendo, nella sostanza, ammissibile la richiesta extra patto.

Va, tuttavia, segnalato che, con il c.d. **decreto correttivi al d.lgs. n. 150/2022** di imminente entrata in vigore, si è espressamente previsto che

all'articolo 599-bis, al comma 1, secondo periodo, dopo le parole «determinazione della pena» siano inserite le seguenti: «o **la sostituzione della pena detentiva con una delle pene sostitutive** di cui all'articolo 53 della legge 24 novembre 1981, n. 689”.

Tale previsione normativa sembra prescrivere che la pena sostitutiva debba essere espressamente concordata fra le parti.

Quanto alle **prescrizioni relative alle pene sostitutive**, la Cassazione ha chiarito che, nel recepire l'accordo raggiunto dalle parti in sede di **concordato**, **la Corte d'appello non può imporre prescrizioni difformi da quelle concordate fra le parti** (in particolare quanto all'orario di allontanamento dalla detenzione domiciliare sostitutiva) ed è tenuta a **motivare adeguatamente l'imposizione di prescrizioni aggiuntive rispetto a quelle concordate** – pur rientranti nella previsione dell'art. 56-ter, comma primo n. 3) e ultimo comma, l. n. 689/1981 - quali la restrizione dell'ambito territoriale di permanenza da regionale a comunale e il divieto di avvicinamento alla persona offesa e luoghi da essa frequentati (**Sez. 5, n. 799 del 24/11/2023, non massimata**).

2.7. Un'ulteriore questione concerne l'applicazione della disciplina transitoria di cui all'art. 95 d.lgs. n. 150/2022 laddove consente l'applicazione delle pene sostitutive in executivis.

La disposizione transitoria di cui all'art. 95 d.lgs. n. 150/2022 prevede infatti che *“il condannato appena detentiva non superiore a quattro anni, **all'esito di un procedimento pendente innanzi alla Corte di Cassazione all'entrata in vigore del presente decreto**, può presentare istanza di applicazione di una delle pene sostitutive di cui al Capo III della legge 24 novembre 1981, n. 689, al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'articolo 666 del codice di procedura penale, entro 30 giorni dalla irrevocabilità della sentenza”.*

E' pacifico che la pendenza del giudizio per cassazione scatti con la sola avvenuta presentazione del ricorso ex art. 606 cod. proc. pen. al momento della entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022, a prescindere dalla circostanza che sia stato o meno emesso il decreto di fissazione dell'udienza di trattazione del ricorso stesso.

La **Sesta Sezione** della Cassazione, nella sentenza n. 34091 del 21 giugno 2023 (non massimata), ha inoltre affermato che **deve ritenersi pendente il ricorso per cassazione anche nel caso in cui, alla data di entrata in vigore della riforma, fosse già stata pronunciata la sentenza di appello, ma non fosse ancora stato proposto il ricorso per cassazione** (nella fattispecie, infatti, la sentenza della Corte di appello era stata emessa il 20 dicembre 2022 e depositata il 21 dicembre 2022, mentre il ricorso per cassazione era stato depositato dopo la data di entrata in vigore della riforma). Sul punto, la Sesta Sezione ha difatti chiarito che, ai fini dell'operatività dell'art. 95 D.Lgs. n. 10 ottobre 2022 n. 150, recante disposizioni transitorie in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, **la pronuncia della sentenza di appello determina la pendenza del procedimento innanzi alla Corte di cassazione**, cosicché, per i processi pendenti in tale fase alla data di entrata in vigore del citato D.Lgs. n. (30 dicembre 2022), una volta formatosi il giudicato,

il condannato potrà avanzare istanza di sostituzione della pena detentiva al giudice dell'esecuzione.

A fondamento, si è osservato in motivazione:

2.3 Ritiene il Collegio che anche ai fini dell'applicazione dell'art. 95 D.Lgs. n. 150 del 2022, la locuzione "procedimento pendente innanzi la Corte di cassazione", al pari di quella riferita alla pendenza in grado di appello, si riferisce al segmento processuale che ha inizio con la pronuncia della sentenza da parte del giudice dell'appello o, nel secondo caso, del giudice di primo grado.

Depongono a favore di tale soluzione non sono le considerazioni già esposte dalle Sezioni Unite con riferimento agli effetti conseguenti alla pronuncia della sentenza che definisce il grado di giudizio, dal Collegio pienamente condivise, ma anche la struttura e la ratio sottesa alla norma in esame.

Quanto al primo profilo, al pari di quanto già osservato dalle Sezioni Unite con riferimento all'art. 10, comma 3, L. n. 251 del 2005, va evidenziato che anche nell'art. 95 D.Lgs. n. 150 del 2022 il legislatore ha fatto genericamente riferimento ai processi in grado di appello o dinanzi alla Corte di cassazione, intesi nella loro globalità, senza individuare un determinato segmento processuale al loro interno, quale il deposito del ricorso o la trasmissione degli atti al giudice dell'impugnazione ai sensi dell'art. 590 cod. proc. pen..

Ritiene, inoltre, il Collegio che non sia estensibile analogicamente la specifica disciplina prevista dall'art. 91 disp. att. cod. proc. pen. e ciò perchè, come osservato dalle Sezioni Unite, tale disciplina si giustifica in ragione delle misure cautelari in corso al momento della pronuncia della sentenza. Pertanto, in assenza di una specifica disposizione di legge, deve escludersi che successivamente alla pronuncia della sentenza di secondo grado, il giudice di appello abbia una competenza, diversa da quella eventualmente rilevante in fase esecutiva, a provvedere su una istanza di sostituzione della pena detentiva.

Va, inoltre, considerata la ratio sottesa alla disciplina transitoria in esame, volta a consentire la più ampia applicazione in bonam partem sia nei giudizi di primo grado che nei giudizi di impugnazione delle nuove disposizioni in tema di pene sostitutive.

Ritiene, infine, il Collegio che in virtù della regola generale contenuta all'art. 2, comma 4, c.p., di cui l'art. 95 costituisce diretta applicazione, l'unico limite all'applicazione retroattiva delle disposizioni più favorevoli in tema di pene sostitutive è rappresentato dalla formazione del giudicato di condanna a pena detentiva, non sostituita, in data antecedente l'entrata in vigore della riforma.

Qualora, il giudicato riguardi, invece, una condanna a pena detentiva già sostituita sulla base della precedente disciplina, troverà, invece, applicazione il comma 2 dell'art. 95 D.Lgs. n. 150 del 2022 in base al quale mentre le sanzioni sostitutive della semidetenzione e della libertà controllata, già applicate o in corso di esecuzione al momento dell'entrata in vigore del decreto, continuano ad essere disciplinate dalle disposizioni previgenti, i condannati alla semidetenzione possono chiedere al magistrato di sorveglianza la conversione nella semilibertà sostitutiva.

2.4 Le considerazioni sopra esposte consentono, dunque, di escludere la fondatezza del prospettato contrasto della disposizione in esame con gli artt. 2 e 3 Cost e con l'art. 6 CEDU, non essendo ravvisabile, alla stregua

dell'interpretazione adottata dell'art. 95 D.Lgs. n. 150 del 2022 e, soprattutto, dell'assenza di una soluzione di continuità tra la pronuncia della sentenza e la pendenza del grado successivo, alcuna preclusione per il ricorrente, una volta passata in giudicato la sentenza impugnata, a proporre l'istanza di sostituzione dinanzi al giudice dell'esecuzione.

Deve, pertanto, essere affermato il seguente principio di diritto: Ai fini dell'operatività dell'art. 95 D.Lgs. n. 10 ottobre 2022 n. 150, recante disposizioni transitorie in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, la pronuncia della sentenza di appello determina la pendenza del procedimento innanzi alla Corte di cassazione, cosicché, per i processi pendenti in tale fase alla data di entrata in vigore del citato D.Lgs. n. (30 dicembre 2022), una volta formatosi il giudicato, il condannato potrà avanzare istanza di sostituzione della pena detentiva al giudice dell'esecuzione.

Tale affermazione di principio è stata ribadita anche dalla successiva giurisprudenza di legittimità secondo cui, ai fini dell'applicabilità del regime transitorio previsto, ex art. 95, comma 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, per le pene sostitutive delle pene detentive brevi, la pronuncia del dispositivo della sentenza di appello entro il 30 dicembre 2022, data di entrata in vigore del citato d.lgs., determina la pendenza del procedimento "innanzi la Corte di cassazione" e consente, quindi, al condannato, una volta formatosi il giudicato all'esito del giudizio di legittimità, di presentare l'istanza di sostituzione della pena detentiva al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen. (**Sez. 3, n. 51557 del 14/11/2023, Rv. 285628-01; Sez. 1, n. 48579 del 11/10/2023, Rv. 285684-01**).

Tale principio di diritto è stato applicato anche nello specifico caso di **annullamento con rinvio della sentenza di applicazione di pena su richiesta per nuovo giudizio sulla disposta confisca**, seguito a ricorso per cassazione proposto antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022, rientra nella competenza funzionale del giudice del rinvio ogni questione connessa all'applicazione in via transitoria, ex art. 95, comma 1, d.lgs. citato, del nuovo regime sulla sostituzione delle pene detentive brevi, sicché a quest'ultimo l'imputato potrà eventualmente presentare l'istanza di commutazione (Sez. 3, n. 51 del 27/10/2023 - dep. 2024, Rv. 285698-01).

La Cassazione ha motivato sul punto che "indipendentemente dalla soluzione della questione circa la possibilità di presentare l'istanza di applicazione delle nuove pene sostitutive rispetto ad una pena detentiva applicata su concorde richiesta delle parti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 150 del 2022 - ciò che postula il contemperamento tra il principio di intangibilità dell'accordo raggiunto sulla pena ed il principio di applicazione retroattiva della più favorevole disciplina penale ai processi non ancora definiti - osserva il Collegio che nel caso di specie la competenza a decidere non spetta al giudice dell'esecuzione.

Il ricorso risulta bensì proposto il 15 dicembre 2022, sicché non v'è dubbio sulla sussistenza del requisito della pendenza in cassazione del processo al 30 dicembre 2022, data di entrata in vigore della riforma, che legittima l'applicazione della richiamata normativa transitoria. Benché la presente impugnazione, nei limiti in cui è ammissibile, non abbia riguardo alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della pena in relazione ai reati ascritti, ma si

riferisca ai punti sulla confisca più sopra indicati, la sentenza impugnata non può infatti allo stato dirsi definitiva, poiché la cosa giudicata si forma sui capi della sentenza, e non sui punti di essa, sicché, pur se il riconosciuto difetto di un'ammissibile impugnazione sull'accertamento (nella specie, sui presupposti per ratificare l'intervenuto accordo sulla pena, con esclusione di cause proscioglimento di più favorevoli) fa sorgere la preclusione sul punto, la decisione acquista il carattere dell'irrevocabilità soltanto quando sono divenute irretrattabili tutte le questioni concernenti il capo (Sez. U, n. 1 del 19/01/2000, Tuzzolino, Rv. 216239).

6.3. Deve riconoscersi, pertanto, da un lato, che la sentenza impugnata non è divenuta irrevocabile, con conseguente impossibilità di adire prima d'ora il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 95 d.lgs. 150/2022; d'altro lato, che di tale disposizione va fatta applicazione nella parte in cui statuisce che sulla sostituibilità della pena con le più favorevoli sanzioni medio tempore divenute applicabili, in caso di annullamento con rinvio, decide il giudice del rinvio. A parere del Collegio, anche in omaggio al principio costituzionale di ragionevole durata del processo, l'ampia formulazione della norma transitoria si presta infatti a ritenerne l'applicabilità pure quando il giudizio di rinvio riguardi questioni diverse dalla responsabilità o dal trattamento sanzionatorio concernente il reato della cui pena detentiva si intenda richiedere la sostituzione. Anzi, a rigore, la disposizione sembra riferibile proprio a queste situazioni, posto che, altrimenti, non ve ne sarebbe neppure stato bisogno, non essendo revocabile in dubbio che, per il principio dell'applicabilità della lex mitior ai reati ancora sub iudice, quando la pena detentiva sia inflitta in un giudizio di rinvio celebrato successivamente all'entrata in vigore della c.d. legge Cartabia la stessa sia sostituibile in base alla più favorevole disciplina da questa prevista”.

2.8. Il termine di 30 giorni per presentare la richiesta di applicazione della pena sostitutiva al giudice dell'esecuzione scatta dalla irrevocabilità della sentenza.

La Cassazione ha chiarito sul punto che, ai fini dell'applicabilità del regime transitorio previsto, ex art. 95, comma 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, per le pene sostitutive delle pene detentive brevi, la pronuncia del dispositivo della sentenza di appello entro il 30 dicembre 2022, data di entrata in vigore del citato d.lgs., determina la pendenza del procedimento "innanzi la Corte di cassazione" e consente, quindi, al condannato, una volta formatosi il giudicato all'esito del giudizio di legittimità, di presentare l'istanza di sostituzione della pena detentiva al giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto irrilevante, al fine di escludere l'applicabilità della disciplina transitoria, la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione avverso la sentenza pronunciata prima del 30 dicembre 2022). (**Sez. 1, n. 48579 del 11/10/2023, Rv. 285684-01**).

2.9.

Cass. Sez. 1, ud. 11 ottobre 2023, Pres. Di Nicola, est. Russo (notizia di decisione n. 12/2023)

La questione affrontata era «*se, in tema di pene sostitutive delle pene detentive brevi, il limite di pena previsto dall'art. 95 d.lgs. n. 150 del 2022 (pena non superiore a quattro anni) si riferisca alla pena*

*irrogata con la sentenza di condanna o alla pena residua da espiare e se sia rilevante e non manifestamente infondata la **questione di legittimità costituzionale dell'art. 95 d.lgs. n. 150 del 2022**, per violazione dell'art. 3 Cost. in relazione all'art. 656, comma 4-bis, cod. proc. pen., qualora la norma venga interpretata nel senso di escludere dal beneficio i condannati a pena residua espianda rientrante nei limiti dei quattro anni».*

Sempre all'esito della udienza dell'**11 ottobre 2023**, la **Prima sezione penale**, su conclusioni conformi del Procuratore generale, ha affermato che: «l'art. 95 d.lgs. n. 150 del 2022 si riferisce, come si desume dall'art. 545-bis cod. proc. pen., alla **pena irrogata con la sentenza di condanna**, con la conseguenza che la **differente struttura giuridica delle pene sostitutive rispetto alle misure alternative alla detenzione e la diversa ratio** cui gli istituti si ispirano rendono non irragionevole una disciplina diversificata e, pertanto, **manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata**».

3. Le linee guida in tema di pene sostitutive con particolare riguardo all'appello.

Presso gli uffici giudiziari di Torino (come in altri distretti) sono stati stesi dei **Protocolli** per regolare la procedura di sostituzione delle pene detentive brevi d'accordo con il consiglio dell'ordine degli avvocati e Camera penale e U.I.E.P.E. In particolare, in data 6 aprile 2023, il Presidente della Corte di Appello di Torino, il Procuratore generale presso la Corte di Appello di Torino, il Presidente del Tribunale di Torino, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino, il responsabile dell'Ufficio Interdistrettuale di Esecuzione Penale Esterna di Torino (U.I.E.P.E.), i rappresentanti del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torino e della Camera Penale "Vittorio Chiusano" del Piemonte Occidentale e della Valle d'Aosta hanno sottoscritto il documento intitolato "**LINEE GUIDA PER L'APPLICAZIONE DELLE NUOVE PENE SOSTITUTIVE DI PENE DETENTIVE BREVI**".

Il Protocollo, **diventato "operativo" a partire dal 16 aprile 2023**, costituisce il frutto del fattivo confronto fra i diversi operatori del diritto coinvolti nel procedimento applicativo delle pene sostitutive di pene brevi, in particolare, della Magistratura giudicante e requirente, dell'Avvocatura, delle Cancellerie e dell'U.I.E.P.E. e si propone lo scopo di delineare soluzioni procedurali e organizzative il più possibile condivise al fine di semplificare il procedimento applicativo delle nuove sanzioni e, dunque, di favorirne l'adozione. Con il novello all'art. 545-bis cod. proc. pen., introdotto con d.lgs. n. 150/2022, si è invero attribuito al giudice di merito il potere/dovere di sostituire le pene detentive brevi con pene sostitutive di cui ricorrano le condizioni, anticipando alla fase della cognizione alcune forme di esecuzione extra-carceraria che nell'ordinamento penitenziario vigente erano definite come "misure alternative alla detenzione". **Il Protocollo tende allora ad agevolare l'acquisizione in tempi rapidi nella fase della cognizione sia del consenso ovvero della richiesta dell'interessato alla sostituzione sia delle informazioni necessarie al fine di consentire l'applicazione delle sanzioni sostitutive, responsabilizzando tutti i soggetti coinvolti nel procedimento e, in particolare, i difensori.**

E' bene rimarcare che si tratta soltanto di un protocollo volto a **promuovere e diffondere delle buone prassi organizzative, così da fluidificare il procedimento applicativo delle pene sostitutive**, incrementare l'efficienza degli uffici giudiziari e l'efficacia della risposta alla domanda di giustizia in linea con gli stessi scopi proposti dalla Riforma Cartabia, tuttavia, **di per sé non suscettibile di riscrivere il dettato normativo, nè di costituire un vincolo per alcuno degli attori del processo**. Dunque, nell'attesa di un – auspicato – intervento di riscrittura della disposizione dell'art. 545-*bis* cod. proc. pen., le Linee guida rappresentano soltanto delle raccomandazioni, sebbene "rafforzate" dall'adesione ad esse di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento applicativo, la cui osservanza non potrà essere pretesa e la cui violazione non potrà comportare alcun riverbero processuale.

In via di estrema sintesi, il Protocollo definisce per ciascuno dei diversi segmenti processuali i principali adempimenti dei soggetti coinvolti.

Con particolare riguardo alla fase del giudizio di **APPELLO**, si prevede che, in caso di richiesta di **concordato** ex art. 599-*bis* cod. proc. pen., l'accordo debba comprendere anche la sostituzione della pena detentiva con la pena sostitutiva. Il Protocollo ha dunque anticipato in via di prassi la novella introdotta con il decreto correttivi di cui si è dato atto sopra.

La pena sostitutiva deve dunque formare oggetto del fatto e, a tale fine, è fondamentale che la difesa produca la documentazione utile, prima al pubblico ministero per la valutazione sulla fattibilità dell'accordo, poi alla Corte d'appello per la decisione sulla pena sostitutiva, sulle condizioni e sulle prescrizioni della stessa.

A titolo esemplificativo, la **DOCUMENTAZIONE** (inoltrabile anche telematicamente alla Cancelleria della Sezione della Corte con espressa indicazione della Sezione competente) potrà riguardare: il reddito e il patrimonio e ogni altro documento utile a commisurare il valore giornaliero della pena pecuniaria sostitutiva; l'ente presso il quale svolgere il lavoro di pubblica utilità e le attività espletabili; l'abitazione ove disporre la detenzione domiciliare sostitutiva; eventuali esigenze di uscita dal domicilio per ragioni di lavoro, di studio o altro; le condizioni soggettive di cui all'art. 58, comma 4, l. n. 689/1981); disturbi e/o percorsi di cura.

In tutti gli altri casi in cui il processo d'appello non si definisca con il concordato, il consenso dell'imputato all'applicazione della pena sostitutiva potrà essere formulato e/o la procura speciale da egli conferita al difensore e la documentazione a corredo della richiesta di sostituzione della pena potranno essere inoltrate tanto nelle conclusioni scritte trasmesse per l'udienza "cartolare", quanto in sede di conclusioni orali in caso di trattazione del processo in presenza. Le LINEE GUIDA mirano difatti a evitare, il più possibile, il rinvio dell'udienza a sessanta giorni ai fini della integrazione del dispositivo con la sostituzione della pena detentiva (c.d. procedura bifasica), stante le difficoltà per il Giudice d'appello, sempre collegiale, di assicurare la medesima composizione e i possibili ritardi nella celebrazione di tale ulteriore udienza per gli incumbenti necessari per l'acquisizione dei documenti e degli elementi necessari ai fini della decisione sul punto, ritardi suscettibili di impedire in concreto il rispetto di detto termine ex art. 545-*bis* cod. proc. pen.

Si prevede inoltre che la Corte d'Appello inserisca nei decreti di citazione per il giudizio d'impugnazione un invito espresso alle difese ad anticipare il consenso alla sostituzione della pena e a produrre al

Collegio la documentazione utile ai fini della decisione sul punto. In tale senso sono stati integrati i decreti ex art. 601 cod. proc. pen.

Nel Protocollo si sollecitano i Difensori a indicare nella documentazione prodotta i recapiti di posta elettronica e telefonici degli stessi legali e dell'imputato così da facilitare i contatti con gli Uffici Giudiziari e l'U.I.E.P.E.

Rimane ovviamente sempre salva la possibilità per la Corte - ove non sia in condizione di decidere immediatamente - di sospendere il processo e di fissare una nuova udienza ex art. 545-*bis* cod. proc. pen. per consentire la produzione di documenti o per acquisire le informazioni necessarie attraverso le F.F.O.O. e/o la G.d.F., la documentazione indicata nell'art. 545-*bis*, comma 2, cod. proc. pen. nonché il programma trattamentale dell'U.I.E.P.E. (programma che, si rammenta, è peraltro indispensabile nei soli casi di semilibertà e che può essere opportuno per la detenzione domiciliare).

Nelle LINEE GUIDA sono poi definiti gli adempimenti successivi alla pronuncia della sentenza e sono delineate le modalità organizzative tese a rendere più fluida l'esecuzione delle diverse pene sostitutive.

Nel corso degli incontri prodromici alla stesura delle LINEE GUIDA, si è sollecitato l'U.I.E.P.E. a stilare elenchi aggiornati degli enti convenzionati ai fini dello svolgimento del lavoro di pubblica utilità, consultabili dagli interessati e dai loro difensori, predisponendo se possibile un'apposita banca dati informatica.