

LEONARDO NULLO

Cultore di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Perugia

Nuove contestazioni e messa alla prova: non ancora completo il quadro dei rapporti tra modifiche dell'imputazione e accesso ai riti alternativi

New indictments and probation: not yet complete the framework of relationships between changes' indictment and access to alternative proceedings

La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità, per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova. Superata la distinzione tra contestazioni patologiche e fisiologiche, sono ancora molti gli interrogativi in sospeso.

The constitutional Court decides the constitutional unlawfulness, in contrast to the arts. 3 and 24, secondo comma, Cost., of the art. 517 c.p.p., where it does not provide, in the case of new contestation of an aggravating circumstance, the defendant's power to request the trial court the probation. Outdated the differentiation between "physiological" and "pathological" contestations, there are many not answered question marks.

IL CASO CONCRETO

La sentenza che si annota ha censurato l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Nel caso di specie, era stato emesso un decreto penale di condanna nei confronti dell'imputato per il reato di guida in stato di ebbrezza alcolica (art. 186 comma 2 lett. *b* e comma 2-*sexies*, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, Codice della Strada). La difesa, proponendo opposizione al decreto penale, richiedeva l'applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p., nella misura di quattordici giorni di arresto e 600,00 euro di ammenda, da sostituirsi con quella del lavoro di pubblica utilità, ai sensi dell'art. 186, comma 9-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992. Il giudice per le indagini preliminari rigettava tale richiesta poiché, dall'esame degli atti del fascicolo d'indagine, era emerso che l'imputato aveva provocato un incidente stradale con feriti e si configurava, perciò, la circostanza aggravante di cui all'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992, ostativa all'applicazione della sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità.

Successivamente, nel corso dell'udienza dibattimentale, il difensore proponeva istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova per il suo assistito. Tuttavia, proprio in tale fase processuale, il pubblico ministero aveva tardivamente contestato all'imputato assente l'aggravante prevista dall'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992¹.

Reagiva il Tribunale, dunque, che sollevava la questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 517 c.p.p., mettendo in evidenza come, ai sensi dell'art. 464-*bis*, comma 2, c.p.p., nel procedimento per decreto la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova debba essere presentata tramite l'atto di opposizione e che, nel caso di specie, ciò non era avvenuto perché l'opposizione era stata anteriore all'emanazione della l. 28 aprile 2014, n. 67, con cui si introduceva nell'ordinamento il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati adulti. Inoltre, –

¹ L'aggravante *de qua* contempla l'ipotesi che dalla guida in stato d'ebbrezza derivi un incidente stradale.

ha evidenziato il giudice *a quo* –, nel dibattimento, all'imputato è stata contestata tardivamente (posto che già risultava dagli atti delle indagini), a norma dell'art. 517 c.p.p., la circostanza aggravante prevista dall'art. 186, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 285 del 1992. Secondo il giudice *a quo*, la nuova contestazione avrebbe dovuto consentire all'imputato di chiedere la messa alla prova, così come gli consentiva di chiedere il patteggiamento e il giudizio abbreviato, pena la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.

Il rimettente, posto il carattere premiale del rito, sollecitava quindi il Giudice delle leggi ad allinearsi alla sentenza n. 184 del 2014, con la quale era stato riconosciuto all'imputato il diritto di chiedere il c.d. patteggiamento nel caso in cui il pubblico ministero contesti una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine, ritenendosi, appunto, che l'opzione per un rito di carattere premiale costituisca una declinazione del diritto di difesa. In altra pronuncia, nella sostanza, tanto era stato riconosciuto anche rispetto al giudizio abbreviato. D'altra parte, evidenziava il Tribunale, verrebbe in gioco anche il principio di eguaglianza, in quanto l'imputato sarebbe discriminato a seconda della maggiore o minore esattezza e completezza dell'apprezzamento del pubblico ministero degli atti d'indagine, rilevando così il tema, cui attentamente si volgerà attenzione nel prosieguo, delle c.d. contestazioni patologiche.

LA TRAMA ARGOMENTATIVA DELLA CONSULTA: IL LENTO ADEGUAMENTO COSTITUZIONALE DELLE CONTESTAZIONI SUPPLETIVE

Il Giudice delle leggi, accogliendo la questione di legittimità costituzionale come sopra esposta, ha segnato l'ennesimo passo di un lungo percorso di sentenze additive di principio sull'art. 517 c.p.p., le quali, con il tempo, in assenza di una scelta legislativa a riguardo², sono andate equilibrando il rapporto tra modifiche dell'imputazione e diritto di accesso ai riti speciali. I binari argomentativi disegnati dalla Consulta percorrono itinerari non ignoti, al punto che, proprio in forza delle incostituzionalità che la precedono, tale declaratoria doveva ritenersi pressoché inevitabile.

Si osservi come, nel caso in oggetto, il quadro fosse destinato a subire una maggiore complicazione in forza della "frammentaria e claudicante"³ disciplina dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova – introdotta con l. n. 67 del 2014 – alla cui ricostruzione la stessa Corte costituzionale ha contribuito. L'abbrivio viene conferito, appunto, dalla constatazione che l'istituto *de quo* «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»⁴.

Ebbene, posto che il legislatore ha inteso introdurre un nuovo rito speciale, ad effetto deflattivo⁵,

² All'indomani dell'entrata in vigore del codice, aveva messo bene in luce la lacuna M. Nobili, *La nuova procedura penale, Lezioni agli studenti*, Bologna, Clueb, 1989, p. 343, il quale evidenziava che "una contestazione accettata o subita al dibattimento comporterebbe o comporta altresì l'impossibilità, per l'imputato, di ottenere i benefici sanzionatori legati a quei riti con conclusione anticipata".

³ L'espressione è di A. Nappi, *La sospensione del procedimento con messa alla prova. Un rito affidato all'impegno degli interpreti*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 novembre 2015, p. 5. Sull'innovata disciplina, cfr. M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova, Cedam, 2014, p. 369 ss.; A. Scarcella, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, in C. Conti-A. Marandola-G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 339 ss.; N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli imputati adulti*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 13 ss.

Di "trapianto" della disciplina parlano criticamente A. Macchia-P. Gaeta, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema ed adattamenti funzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 ottobre 2018, p. 136.

⁴ Cfr. Corte cost., sent. 7 ottobre 2015, n. 240, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2193, con nota di O. Mazza, *Il regime intertemporale della messa alla prova*, p. 2196 ss.

⁵ Sulla finalità deflattiva del rito, si veda G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in www.archiviopenale.it, 20 aprile 2015, p. 2, il quale osserva come il nuovo istituto sia "alimentato dal drammatico sovraffollamento delle carceri e dalla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea" e come esso sembri "ispirato a decongestionare la organizzazione detentiva-penitenziaria nel solco del rigoroso rispetto della dignità umana"; nella stessa direzione anche A. Macchia-P. Gaeta, *Messa alla prova ed estinzione del reato: criticità di sistema ed adattamenti funzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 ottobre 2018, p. 135, i quali vedono nella "deflazione del carico penale" e nella "decarcerizzazione" i fini sottesi alla normativa che ha introdotto l'istituto.

con carattere premiale⁶, pareva evidente come il solco garantista già tracciato in passato per il c.d. patteggiamento e per il giudizio abbreviato fosse destinato ad aprirsi anche per la messa alla prova. Proprio il carattere spiccatamente premiale del rito – rimesso alla scelta dell'imputato⁷ – rappresenta, infatti, il parametro entro il quale si iscrive la rilevanza del principio di eguaglianza e del diritto di difesa: questi sarebbero potenzialmente lesi se, a seguito di una nuova contestazione dibattimentale del pubblico ministero, non si restituisse all'imputato il diritto di opzione per un percorso procedimentale più favorevole, qual è quello offerto, appunto, dall'istituto della messa alla prova.

Tanto affermato, le considerazioni di apertura della Consulta suggeriscono già l'esito, ampiamente prevedibile⁸, cui era destinata a pervenire la questione di costituzionalità affrontata dal decidente: in punto di modifica dell'imputazione, "il complesso dei principi enucleati da questa Corte per gli altri riti alternativi", si dice, "non può non valere anche per il nuovo procedimento speciale della messa alla prova". L'elaborazione di detto prisma assiologico, tuttavia, rappresenta l'approdo di una parabola giurisprudenziale che, pur nei suoi passaggi essenziali, merita di essere ripercorsa, risalendo il medesimo iter argomentativo tracciato dal Giudice delle leggi.

Orbene, il polo d'origine di tale oscillazione interpretativa era notoriamente restrittivo. Come anche il decidente evidenzia, nel 1990 si era ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 247 disp. trans. c.p.p., nella parte in cui non consentiva l'accesso al giudizio abbreviato in quei procedimenti in cui, al momento dell'entrata in vigore del codice, fossero già state compiute le formalità d'apertura del dibattimento di primo grado. A conforto di tale tesi si poneva «l'inscindibile unità finalistica»⁹ della censurata disposizione, la quale, impedendo l'abbreviato per i procedimenti ormai giunti alla fase dibattimentale, avrebbe tutelato, confermandola, la logica di tale rito speciale: proporre uno sconto di pena con l'obiettivo di risparmiare energie processuali. Di conseguenza, l'apertura del dibattimento segnava un ostacolo non superabile per ogni irrazionale regressione procedimentale. Il binomio premialità/deflazione, dunque, doveva ritenersi indissolubile. Considerazioni, queste, suggestive di una logica utilitaristica di difficile apprezzamento, arricchita in successivi arresti giurisprudenziali, ove le ragioni della preclusione vennero individuate nell'inerzia dell'imputato, il quale, non essendosi attivato tempestivamente per richiedere l'abbreviato, non poteva più avanzare la pretesa a dibattimento avviato¹⁰. In sfregio alle pesanti conseguenze in punto di diritto di difesa, le scuri di questa mancata chance, è evidente, cadevano esclusivamente sull'imputato.

«Successivamente», afferma la Corte, «la giurisprudenza costituzionale è andata gradualmente evolvendo». In occasione della sentenza n. 265 del 1994¹¹, infatti, si tracciò una prima, parziale, apertura

⁶ La premialità del rito deve ravvisarsi ora nel trattamento sanzionatorio non detentivo cui è sottoposto l'imputato che accede al rito, ora nell'estinzione del reato conseguente al buon esito della prova. Per maggiori approfondimenti circa le funzioni dell'istituto, che fonde istanze specialpreventive e premiali, si veda R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 661 ss.; ed anche A. Marandola, *Ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, *ibidem*, p. 674 ss.

⁷ Sulla centralità del consenso dell'imputato, anche rispetto ai profili di incostituzionalità dell'istituto, si sofferma C. Migliaccio, *La postmodernità del diritto: il vaglio di legittimità costituzionale della messa alla prova in un processo senza pena con finalità specialpreventive*, in questa *Rivista*, 2018, p. 1074 ss. È escluso, comunque, che dalla volontà dell'imputato discenda un automatismo applicativo. Invero, il giudice, in ogni caso, deve valutare l'idoneità del trattamento e la prognosi di non recidiva, così R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento*, *cit.*, p. 665.

⁸ Di incostituzionalità "prevedibile" parla A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 ottobre 2018, p. 241.

⁹ Cfr. Corte cost., sent. 23 maggio 1990, n. 277, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1678.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 28 dicembre 1990, n. 593, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3312, ove il Giudice delle leggi precisò che "l'interesse dell'imputato trova [...] tutela solo in quanto la sua condotta consenta l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale, che, evitando il dibattimento e contraendo la possibilità di appello, permette di raggiungere quell'obiettivo di rapida definizione del processo che il legislatore ha inteso perseguire con l'introduzione del giudizio abbreviato e più in generale dei riti speciali. Perciò", prosegue la Corte, "quando ormai per l'inerzia dell'imputato tale scopo non può più essere pienamente raggiunto – in quanto si è già pervenuti a dibattimento – sarebbe del tutto irrazionale consentire che, ciononostante, a quel giudizio si addivenga in base alle contingenti valutazioni dell'imputato sull'andamento del processo". Così anche Corte cost., sent. 8 luglio 1992, n. 316, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2623, con nota di G. Conti, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*, p. 2626 ss.; Corte cost., sent. 1° aprile 1993, n. 129, in *Arch. n. proc. pen.*, p. 226 ss., con nota di L. Cremonesi, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione di riti speciali*, p. 228 ss.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2153 ss., con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la facoltà di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione

all'ammissibilità di una procedura negoziata dopo la modifica dibattimentale dell'accusa, pur limitatamente alla contestazione di un fatto diverso o di un reato concorrente. Venne evidenziato, intanto, come precludere all'imputato il diritto di accedere a riti speciali a seguito di una modifica del capo d'imputazione avrebbe comportato una lesione del diritto di difesa. L'intervento, d'altra parte, scontava una manifesta parzialità circa il suo raggio di azione. Anzitutto, la Corte costituzionale ne circoscrisse il tiro solo con riferimento all'applicazione della pena su richiesta delle parti, e non anche al giudizio abbreviato. Ciò in forza di un'asserita inconciliabilità tra la procedura di quest'ultimo con quella dibattimentale¹². Sicché veniva riportata nella sfera di discrezionalità legislativa il merito della scelta operata, la quale, pur opinabile da un punto di vista tecnico-giuridico, proprio al nomoteta doveva essere rimessa¹³.

Inoltre e non secondariamente, non ci si discostò da quella tesi che saldava congiuntamente la meritevolezza delle prerogative dell'imputato alle circostanze che avevano determinato la contestazione. Invero, solo in ipotesi di contestazione patologica o tardiva, ossia afferente ad un fatto già risultante dagli atti d'indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, l'imputato poteva fondatamente rivendicare l'opzione per un rito alternativo: in tale evenienza, infatti, un viziato governo dell'azione penale per opera di chi ne era titolare aveva, a sua volta, viziato la volontà dell'imputato in ordine alla scelta del rito. Con la conseguenza che un'eventuale preclusione avrebbe violato il diritto di difesa ma anche quello di eguaglianza, poiché l'imputato sarebbe stato discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, «in dipendenza dalla maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal Pubblico Ministero»¹⁴. Diversamente, a tali conclusioni non poteva pervenirsi in ipotesi di contestazione fisiologica, ossia determinata non da atti delle indagini preliminari negletti dall'organo della pubblica accusa, ma dalle risultanze dell'istruttoria dibattimentale. Si argomentava affermando che «la modifica dell'imputazione [...] è una eventualità non infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento, sicché il relativo rischio deve ritenersi liberamente assunto dall'imputato»¹⁵, con la conseguenza che, una volta optato per il rito ordinario, egli non poteva dolersi del prevedibile¹⁶ sviluppo dell'addebito. Unica eccezione a tale quadro si ravvisava nel caso in cui l'imputato avesse tempestivamente presentato richiesta di patteggiamento per l'imputazione originaria e questa non fosse stata accolta¹⁷: come in quello delle contestazioni tardive, anche in questo caso, infatti, la non celebrazione del rito speciale non era dipesa da una libera scelta dell'imputato.

È appena il caso di osservare che, a compimento di un passo intermedio verso una più pregnante apertura esegetica intervenne la sentenza n. 333 del 2009¹⁸ – implicitamente richiamata dalla motivazione della sentenza che si commenta¹⁹ – con la quale la Consulta, perfezionando un vero *revirement*²⁰,

cazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato ha tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni, con nota di V. Retico, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il patteggiamento*, p. 2166 ss.; alla medesima linea giurisprudenziale si ascrive Corte cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4415 ss., che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di presentare domanda di oblazione se in dibattimento viene contestato un fatto diverso, con nota di V. Pini, *Modifica dell'imputazione e diritto ai riti speciali*, p. 4419 ss.

¹² Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2165, ove si rileva come “non potrebbe, quindi, ritenersi scelta costituzionalmente obbligata, allo stato dell'ordinamento processuale, un simile meccanismo di trasformazione del rito”.

¹³ Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2165.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2163.

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2162; sulla stessa linea anche Corte cost., sent. 8 luglio 1992, n. 316, cit., p. 2625.

¹⁶ Si interroga criticamente sulla prevedibilità della contestazione di un reato concorrente T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 205.

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, cit., p. 2163.

¹⁸ Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4944 ss., con nota di M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni dibattimentali. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, p. 4957 ss.

¹⁹ In forza della centralità della decisione del 2009, la precisazione non è superflua: molti degli argomenti ora fatti propri dalla Corte costituzionale sono tratti da Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3548 ss., (con nota di M. Caianiello, *Modifiche dell'imputazione e giudizio abbreviato. Verso un superamento della distinzione tra contestazioni fisiologiche e patologiche*, p. 3563 ss.), che, a sua volta, richiamava, appunto, il *revirement* operato con Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, cit.

estese gli effetti della declaratoria del 1994 al giudizio abbreviato, finalmente²¹ ammissibile a seguito di contestazione di un fatto diverso o di reato concorrente già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Nell'ottica di un necessario adeguamento della disciplina delle contestazioni al prisma costituzionale, il merito di una feconda presa di posizione²² in materia deve essere accordato alla sentenza n. 237 del 2012²³, ove il Giudice delle leggi, storicamente, ha stigmatizzato la prospettata distinzione tra contestazioni patologiche e fisiologiche, censurando l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la facoltà per l'imputato di richiedere il rito abbreviato a seguito di contestazione di un reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria dibattimentale. La Corte, recuperando le argomentazioni spese in quell'occasione, rimarca che «in seguito alla contestazione, ancorché “fisiologica”, del fatto diverso o di un reato concorrente l'imputato che subisce la nuova contestazione viene a trovarsi in posizione diversa e deteriore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse stato chiamato a rispondere sin dall'inizio. Infatti, condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossi nei suoi confronti». Ebbene, demolito, nel 2012, il criterio della prevedibilità dell'evoluzione dibattimentale dell'imputazione, in quanto opinabile e inidoneo a giustificare un diverso regime di accesso ai riti speciali²⁴, erano ormai aperte le porte ad una più compiuta riscrittura dei rapporti tra modifica dell'imputazione e accesso ai riti speciali.

IL DIRITTO DI DIFESA AL CENTRO DEL SISTEMA

Superata la prospettiva ermeneutica chiusa nella dicotomia tra contestazione tardiva e fisiologica, lo spettro dell'incostituzionalità ha esercitato una notevole forza espansiva: rispetto al patteggiamento e al giudizio abbreviato, si è, di recente, inserito un ulteriore tassello, essendo stata riconosciuta la facoltà dell'imputato di chiedere l'accesso a tali riti a seguito di contestazione fisiologica di un fatto diverso²⁵.

Con riferimento alla decisione che si annota, tuttavia, è soprattutto con la sentenza n. 184 del 2014 che si sono coerentemente arricchiti i termini della questione, avendo la Corte censurato l'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di accedere al patteggiamento a seguito di nuova contestazione tardiva di una circostanza aggravante²⁶. A tal proposito, si è correttamente riconosciuto che tanto

²⁰ Come anche il decidente rileva, condividendone le asserzioni, la declaratoria del 2009 superò drasticamente il binomio premialità/deflazione – prima ritenuto ostativo all'instaurazione dell'abbreviato in sede dibattimentale – rappresentando che “l'accesso al rito alternativo per il reato oggetto della contestazione suppletiva «tardiva», difatti, anche quando avvenga in corso di dibattimento, risulta comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale”, ritenendosi altresì “eccentrica e incongrua”, quale soluzione, la restituzione degli atti al pubblico ministero, così Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, cit., p. 4955.

²¹ Di “attesa e inevitabile” incostituzionalità parla G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2572; così anche M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni dibattimentali. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, cit., p. 4957. Tra gli argomenti della Corte costituzionale a conforto della configurabilità, anche in fase dibattimentale, del giudizio abbreviato, si annovera il richiamo alla legge n. 479 del 1999, che deve ritenersi “un intervento legislativo volto a comporre le interferenze tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale”, cosicché, prosegue il Giudice delle leggi, “a fronte dell'attuale assetto dell'istituto, il giudizio abbreviato non può più considerarsi incompatibile con l'innesto della fase dibattimentale”. In tal senso, Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, cit., p. 4954.

²² Di *overruling* parla P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, in *www.archiviopenale.it*, 20 dicembre 2015, p. 14.

²³ Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, cit.

²⁴ Cfr. Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, cit., p. 3558, ove si evidenzia che «a ben guardare, infatti, il diritto di difesa rischia di essere posto in crisi più dalle modifiche dell'imputazione conseguenti a novità probatorie emerse *ab erupto* nel corso dell'istruzione dibattimentale, che non da quelle basate su elementi già acquisiti al termine delle indagini preliminari: elementi che l'imputato, grazie al deposito degli atti che precede l'esercizio dell'azione penale (art. 415-bis cod. proc. pen.), “ha già avuto modo di conoscere e valutare [...] anche sotto il profilo della loro idoneità a propiziare incrementi dell'imputazione”».

²⁵ Per il giudizio abbreviato si veda Corte cost., sent. 5 dicembre 2014, n. 273, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4645 ss., con nota di A. Tassi, *La Corte riconosce il diritto al giudizio abbreviato nel caso di contestazione “fisiologica” del fatto diverso in dibattimento*, p. 4662 ss.; per il patteggiamento si veda Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206, in *Giur. cost.*, 2017, con nota di T. Rafaraci, *Illegittima la preclusione della richiesta di “patteggiamento” in caso di contestazione dibattimentale “fisiologica” del fatto diverso*, p. 1815 ss. In riferimento alla sentenza costituzionale n. 206 del 2017, v. anche G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3907 ss.

²⁶ Riguardo al patteggiamento, cfr. Corte cost., sent. 25 giugno 2014, n. 184, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2875 ss., con nota di A. Tas-

quanto il fatto diverso e il reato concorrente, anche le circostanze aggravanti possono significativamente incidere sulla fisionomia dell'imputazione, al punto da rendere necessario, anche in tali ipotesi, il riconoscimento di una riserva a favore dell'imputato per meditare sopraccorse scelte procedurali.

Entrando nel cuore della questione dedotta dal rimettente, il Giudice delle leggi rimarca, più precisamente, che «la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un significativo mutamento del quadro processuale. Le circostanze aggravanti possono, infatti, incidere in modo rilevante sull'entità della sanzione – tanto più quando si tratti di circostanze ad effetto speciale – e, talvolta, sullo stesso regime di procedibilità del reato, o, ancora, sull'applicabilità di alcune sanzioni sostitutive, come nel caso oggetto del giudizio *a quo*».

Premesse, queste, che valgono a suggerire una scelta pressoché necessitata. «In un quadro complessivo di principi, quale quello che, come è stato ricordato, si è andato delineando in modo sempre più nitido attraverso l'evoluzione giurisprudenziale, è chiaro che», rileva fondatamente il decidente, «nel caso di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, non prevedere nell'art. 517 cod. proc. pen. la facoltà per l'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova si risolve, come è stato ritenuto per il patteggiamento e per il giudizio abbreviato, in una violazione degli artt. 3 e 24 Cost».

Accanto al principio di eguaglianza, carattere centrale assume il perno argomentativo che ruota attorno al diritto di difesa, di cui la richiesta dei riti alternativi «costituisce una modalità tra le più qualificanti». Ed infatti, posta l'idoneità delle circostanze aggravanti a modificare sensibilmente l'imputazione originaria, è d'uopo inferire proprio la rilevanza del diritto di difesa a seguito della loro contestazione, patologica o fisiologica che sia, venendo in gioco, in ogni caso, la facoltà dell'imputato di difendersi rinunciando al dibattimento. «Il dato rilevante», rimarca significativamente il Giudice delle leggi nella sentenza annotata, «è la sopravvenienza di una contestazione suppletiva, quali che siano gli elementi che l'hanno giustificata, esistenti fin dalle indagini o acquisiti nel corso del dibattimento, ed è ad essa che deve ricollegarsi la facoltà dell'imputato di chiedere un rito alternativo, indipendentemente dalla ragione per cui la richiesta in precedenza è mancata»²⁷. Si ribadisce, pertanto, che il limite delle contestazioni tardive non vale ad inficiare il diritto di difesa allorché l'imputazione subisca un mutamento, anche per opera di una circostanza aggravante, con ogni conseguenza rispetto al diritto dell'imputato di riconsiderare nuove scelte procedurali.

In forza di tali concludenti asserzioni, ne deriva, per il contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., l'incostituzionalità dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE: PROSPETTIVE DI INCOSTITUZIONALITÀ

L'intervento della Corte costituzionale si colloca, dunque, in una più ampia opera di riscrittura sostanziale degli artt. 516 e 517 c.p.p., ben presto disvelatisi, all'indomani dell'introduzione del nuovo codice di rito, di dubbia compatibilità costituzionale.

Principio di eguaglianza e diritto di difesa i due architravi su cui il nuovo edificio²⁸ delle contesta-

si, *Ammesso il patteggiamento in caso di contestazione tardiva delle circostanze aggravanti: vecchi schemi e nuovi scenari dei riti premiali*, p. 2884 ss.; per il giudizio abbreviato si veda Corte cost., sent. 9 luglio 2015, n. 139, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1197 ss., con nota di T. Rafaraci, *Nuove contestazioni "patologiche" e accesso al giudizio abbreviato: la Corte rimuove de plano l'ultima preclusione*, p. 1207 ss. Si osservi come, in occasione della sentenza n. 139 del 2015, la Consulta abbia invece dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, sempre in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, in caso di una nuova contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, l'imputato abbia la facoltà di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato anche per reati diversi da quelli oggetto della nuova contestazione.

²⁷ Merita segnalare come la Corte costituzionale spenda la suddetta argomentazione avverso i rilievi dell'Avvocatura di Stato – intervenuta in giudizio quale rappresentante del Presidente del consiglio dei ministri – la quale evidenziava come, poiché al momento dell'opposizione al decreto penale di condanna l'istituto della messa alla prova non fosse ancora legislativamente previsto, l'imputato non potesse richiedere l'instaurazione del rito successivamente.

²⁸ Criticando la solidità del già esaminato criterio della prevedibilità, proprio di "edificio" parla F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2012, p. 19.

zioni è stato eretto. La scelta di un rito alternativo, è indubbio, costituisce una delle più qualificanti estrinsecazioni del diritto di difesa. Del pari indubitabile è la circostanza che l'imputato si determini in ordine a tale scelta in base al contenuto dell'imputazione. Ne deriva che una modifica di quest'ultima deve altresì implicare la facoltà per l'imputato di riconsiderare un rito premiale, proprio alla luce del *novum* che gli viene contestato.

La Corte costituzionale rimarca a chiare lettere tali indefettibili prospettive assiologiche, elaborate per il patteggiamento e il giudizio abbreviato e coerentemente estese anche alla messa alla prova. Tale istituto, infatti, non poteva rimanere fuori dalla quadratura del cerchio. Sicché deve ormai ritenersi pacifico che una nuova contestazione, di là dalla sua patologica o fisiologica genesi, comporti, in ogni caso, un'evoluzione dell'accusa non irrilevante sul piano del diritto di difesa, la cui "avanzata tutela"²⁹ deve tradursi nella concreta possibilità dell'imputato di ripiegare su di un rito premiale – patteggiamento, giudizio abbreviato o messa alla prova – a fronte del sopraggiungere di una diversa descrizione del fatto, di un reato concorrente o di una circostanza aggravante.

Non può tacersi, tuttavia, come a tanto si sia pervenuti solo mediante un progressivo ripensamento della materia che, a ben vedere, è ancora in atto. Invero, l'approccio casistico del Giudice delle leggi – che si è quasi sempre limitato ad esaminare la sola questione dedotta dal rimettente³⁰ – ha dato vita ad un mosaico composito, di modo che il quadro di compatibilità costituzionale circa i rapporti tra modifiche dell'imputazione e accesso ai riti speciali resta tutt'oggi frammentario. Infatti, proprio poiché tali questioni non sono ancora state sottoposte allo scrutinio di costituzionalità, è ancora esclusa la facoltà dell'imputato di chiedere il giudizio abbreviato a seguito di nuova contestazione fisiologica di una circostanza aggravante, il patteggiamento a seguito di nuova contestazione fisiologica di un reato concorrente e di una circostanza aggravante e, infine, l'oblazione a seguito di contestazione di una circostanza aggravante³¹. In definitiva, pur segnato, resta ancora sospeso il destino del diritto di difesa in tali ipotesi, rispetto alle quali, è evidente, si attendono nuove sentenze additive di principio. Un novero di pronunce che è destinato ad arricchirsi anche per la sospensione del procedimento con messa alla prova, quest'ultima, ad oggi, toccata nella sola ipotesi – qui in commento – di contestazione patologica di una circostanza aggravante. Pare evidente, proprio alla luce del percorso esegetico segnato, che quella a fuoco in questa sede non possa essere un'isolata sortita giurisprudenziale. È certamente alle porte una nuova stagione di declaratorie di incostituzionalità, le quali vadano a coerentemente estendere quanto stabilito per il patteggiamento ed il giudizio abbreviato anche alla messa alla prova³². Non solo. V'è chi ha adombrato la possibilità che, sulla scorta di un'identità di *ratio*, possa pervenirsi a conclusioni non dissimili anche rispetto all'estinzione del reato per condotte riparatorie, ferma, nondimeno, la natura sostanziale dell'istituto che l'art. 162-ter c.p. disciplina³³.

Infine, a complicare il quadro si aggiungono le frizioni che la materia è idonea a generare in ottica convenzionale. Si osservi come il tema, già di per sé delicato, possa intersecarsi con quello altrettanto spinoso del mutamento *ex officio iudicis* della qualificazione giuridica del fatto³⁴. Non è un mero eserci-

²⁹ L'espressione è di G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit., p. 3908.

³⁰ Il Giudice delle leggi ben avrebbe potuto affrontare il problema *in nuce*, ricorrendo all'illegittimità costituzionale conseguenziale, come avvenne, in materia di oblazione, nella sola occasione della sentenza 29 dicembre 1995, n. 530, cit. Sullo strumento dell'illegittimità costituzionale conseguenziale si veda, in generale, A.M. Sandulli, *Il giudizio sulle leggi – La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 69 ss.; E. Rossi-R. Tarchi, *La dichiarazione di illegittimità conseguenziale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 633 ss.; R. Romboli, *Illegittimità costituzionale conseguenziale e formazione giurisprudenziale delle disposizioni processuali*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4368 ss.

³¹ Sui rapporti tra nuove contestazioni e accesso all'oblazione si rinvia a P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, cit., p. 10 ss.

³² A medesime conclusioni perviene A. Zappulla, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, cit., p. 255.

³³ Così osserva G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit., p. 3913.

³⁴ Il punto, com'è noto, è stato sottoposto all'attenzione della Corte EDU nel "caso Drassich". Per una ricostruzione delle problematiche inerenti alla materia *de qua* si veda, di recente, A.F. Melis, *La corretta qualificazione giuridica del fatto*, in F. Giunche-di (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, Pisa University Press, 2018, p. 381 ss. Sulle varianti e identità del fatto si esprime, autorevolmente, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 459; nonché A. Tucci, sub art. 516 c.p.p., in Giarda-Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, II, Milano, Ipsosa, 2017, p. 2529 ss.

zio speculativo, allora, domandarsi quale tutela possa essere approntata per il diritto di difesa ove l'attività del giudice incida significativamente sul volto dell'imputazione, soprattutto in un modello processuale privo di qualsivoglia istituto rimediabile a tal proposito³⁵. Non è irragionevole ipotizzare, anche in tal caso, la configurabilità di un diritto dell'imputato di accedere ad un rito alternativo. Un nodo, questo, che si va ad aggiungere a quelli che già costellano la disciplina delle contestazioni, la cui vocazione alla problematicità darà certamente lo spunto per altre riflessioni di compatibilità costituzionale.

³⁵ Rileva l'assenza di "un obbligo di preventiva contestazione – o, comunque, comunicazione – funzionale all'esercizio del diritto di difesa" P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, cit., p. 22.