

LA CONSULTA TORNA SUL RAPPORTO TRA MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE E FACOLTÀ DI ACCESSO AI RITI ALTERNATIVI

*Nota a Corte cost., sent. 5 luglio 2017 (dep. 17 luglio 2017),
n. 206, Pres. Grossi, Red. Lattanzi*

di Adriano Spinelli

Abstract. *La pronuncia della Consulta rappresenta l'ultimo tassello di un articolato mosaico che ha completamente innovato le prerogative difensive in merito alla facoltà di accesso ai riti alternativi a seguito di modifiche dell'imputazione nel corso del giudizio dibattimentale. Trattasi di un'ulteriore conferma di quell'impostazione altamente garantista, lentamente germogliata e fiorita, che ha condotto al riconoscimento – ormai pressoché incondizionato – della possibilità per l'imputato di tornare sui suoi passi e optare per una diversa modalità di celebrazione del rito – a discapito del criterio di corrispondenza tra premialità e deflazione – quando si assista, per qualsivoglia ragione, ad un mutamento dell'imputazione contestata.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. – 3. Tutele eccessive? – 4. Nuovi istituti e nuove prospettive di incostituzionalità.

1. Premessa.

La sentenza in commento – con la quale è stata dichiarata **l'incostituzionalità dell'art. 516 c.p.p.** nella parte in cui «non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione» – è l'ultima di una serie di censure che hanno profondamente modificato la complessiva architettura delle **contestazioni dibattimentali sostitutive**¹.

¹ Contestazioni sostitutive che si distinguono da quelle suppletive, il cui referente normativo è rappresentato dall'art. 517 c.p.p. Cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 341.

Discostatosi dalla disciplina prevista dall'abrogato codice di rito² – a norma della quale, se nel dibattimento il fatto risultava «essenzialmente diverso da quello contestato, il giudice precedente non (poteva) conoscerne» e il pubblico ministero poteva promuovere, *ex novo*, l'azione penale, qualora si fosse trattato di un reato procedibile d'ufficio³ – il legislatore del 1988 prevede ampie facoltà di *emendatio libelli*, attraverso la formulazione di un'imputazione novativa del precedente addebito⁴.

La generalizzata estensione è del tutto in linea con la nuova fisionomia del rito penale, che abbandona il «principio di necessità dell'istruttoria»⁵ in favore del metodo del **contraddittorio**, così eleggendo il dibattimento – e non più la fase investigativa – a sede privilegiata per la formazione della prova e, quindi, per la puntuale delineazione del *thema decidendum*⁶. Le indagini preliminari, si dice, sono funzionali al solo esercizio dell'azione penale, *ex art. 326 c.p.p.*; pertanto, i «prodotti dell'attività di indagine [...] restano, tendenzialmente 'incompleti' ove riguardati quale materiale utilizzabile ai fini della decisione all'esito del giudizio»⁷. La contestazione del capo di accusa, quindi, non può che contenere un'imputazione flessibile, suscettibile di modifiche e integrazioni a seguito dell'accertamento probatorio⁸, *strico sensu* inteso, che si esplica nella sede tipicamente processuale⁹.

La *ratio* giustificatrice denota l'incompletezza della visione sistematica propria del legislatore del 1988, il quale – preso atto del differente approccio metodologico e di

² L'abbandono della precedente impostazione inquisitoria è riservato, peraltro, alla sola contestazione del fatto diverso. In relazione alla contestazione, nel corso del dibattimento, di un reato connesso o di una circostanza aggravante, la disciplina contenuta negli artt. 517 e 519 c.p.p. è speculare a quella dettata dagli artt. 445 e 446 c.p.p. abr.: discipline – vecchia e nuova – che sono entrambe calibrate sul parametro della competenza, per un verso, e sul meccanismo del termine a difesa, per l'altro.

³ V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, 1946, 252. La rigidità dell'impostazione è ed era indubbia; rigidità che animava voci critiche in dottrina, per le quali, «in una più chiara visione di un effettivo contraddittorio, sarebbe (stato) auspicabile l'apprestamento – *de iure condendo* – di un procedimento incidentale, per cui il giudice (avrebbe potuto) richiamare le parti e i loro difensori, o anche solo questi ultimi, in camera di consiglio per sentirli sulla questione» della contestazione del fatto diverso. Cfr. N. CARULLI, *Il diritto di difesa dell'imputato*, Napoli, 1967, 261.

⁴ C. FIORIO, *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2005, 2055. Per una ricostruzione delle tesi emerse nel corso dei lavori preparatori al nuovo codice di procedura penale, L. SURACI, *Nuove contestazioni*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, 4, II, 2009, 449 ss.

⁵ L. MARINI, sub art. 516 c.p.p., in M. CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Torino, 1991, 450.

⁶ L. GIULIANI, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1131.

⁷ G. CONTI, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2627. Pur volendo ammettere che le peculiarità del rito accusatorio comportino la necessaria provvisorietà dell'imputazione, qualche dubbio permane poiché se è vero che l'art. 326 c.p.p. individua l'elemento finalistico e dinamico dell'investigazione preliminare, lo è altrettanto che in relazione ad essa – sotto il profilo statico-ricostruttivo – non può escludersi la vigenza di un principio di tendenziale completezza, incarnato dall'art. 125 n. att. c.p.p..

⁸ T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 96 ss.

⁹ P. TROISI, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, in *Arch. pen.*, 2015, 3.

conseguenza ampliato il raggio operativo delle nuove contestazioni – ne trascura completamente i rapporti con i riti alternativi¹⁰.

2. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.

Più che a negligenza, l'omessa interpolazione dei riti alternativi all'interno della vicenda modificativa di cui agli artt. 516 e 517 c.p.p. sembra dover essere riferita ad una **precisa scelta del legislatore**; a fronte di vicende dibattimentali ormai decollate, difettava, nella fattispecie processuale, l'interesse statuale a riconoscere uno sconto di pena. Mancava la pretesa connessione tra il diritto di accesso al rito alternativo e l'esigenza utilitaristica della deflazione: *do ut des* era l'impostazione. Nei primi anni di vigenza del nuovo codice di rito, infatti, alle dedotte censure di incostituzionalità della disciplina, duplice era l'argomento salvifico che si contrapponeva: l'indissolubilità del binomio "prezialità-deflazione", per l'appunto, cui s'aggiungeva la "prevedibilità" della contestazione. Del resto, si sosteneva, «l'interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi conseguenti» ai riti premiali «in tanto rileva in quanto egli rinunzi al dibattimento»; inoltre era «evenienza [...] non infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento, e ben prevedibile, dato lo stretto rapporto intercorrente tra l'imputazione originaria ed il reato connesso»¹¹. Se, da un lato, non era dunque configurabile la violazione dell'art. 3 Cost.¹², dall'altro lato, nemmeno il **diritto di difesa** di cui all'art. 24 Cost. appariva compromesso, posto che le tutele dibattimentali, comunque, non erano in alcun modo sconosciute¹³.

La prima scalfittura a tale impostazione si è avuta con la **sentenza costituzionale n. 265 del 1994**: rimarcato che l'accesso al rito alternativo, nella specie al patteggiamento, era manifestazione del diritto di difesa, si riconosce la primazia di tale tutela

¹⁰ O. MAZZA, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, I, Torino, 2000, 383. Già, criticamente, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 343.

¹¹ Corte cost., ord. 4 maggio 1992, n. 213, in *Giur. cost.*, 1992, 1743, con nota adesiva di G. CONTI, *Nuove contestazioni*, cit.; già, Corte cost., sent. 593 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 3309, ove apertamente si affermava che «solo in quanto la sua condotta (dell'imputato, *n.d.r.*) 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». Sul presupposto concettuale, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 201 ss.

¹² Non si trattava di situazioni assimilabili: in caso di corretta contestazione, la scelta di un rito differenziato determinava un risparmio di costi. Viceversa, l'economia processuale non avrebbe tratto alcun beneficio dall'accessibilità differita al rito premiale. Assenza di utilità che determinava la differenza sostanziale tra le ipotesi poste a confronto.

¹³ I possibili timori di frizioni della nuova disciplina con il diritto di difesa individuavano, quale termine di riferimento, il solo contraddittorio e venivano infatti superati grazie alle prerogative riconosciute dall'art. 519 c.p.p. e dalla possibilità di chiedere l'assunzione di nuove prove ai sensi dell'art. 507 c.p.p. Cfr. G. LOZZI, *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1990, 114; i medesimi timori inducevano altri Autori ad auspicare un'interpretazione riduttiva dell'art. 516 c.p.p. Si veda, in tal senso, I. CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 644.

costituzionalmente garantita rispetto all'utilitarismo caratterizzante i procedimenti speciali¹⁴. L'approccio casistico¹⁵, tuttavia, circoscrive la portata della storica sentenza: in primo luogo, la censura mossa agli artt. 516 e 517 c.p.p. può essere accolta solo con riguardo al rito di applicazione della pena su richiesta delle parti e non, altresì, al giudizio abbreviato, poiché «esso si realizza attraverso una vera e propria 'procedura' inconciliabile con quella dibattimentale»¹⁶. In secondo luogo, l'incostituzionalità delle disposizioni si profila in relazione alle sole modifiche dell'imputazione cosiddette "patologiche", basate cioè sugli atti già acquisiti nel corso delle indagini preliminari. Solo in tali casi, infatti, sarebbe ravvisabile nella condotta del pubblico ministero quella negligenza, anomalia o malizia che, ingiustamente, delineerebbe per l'imputato una situazione deteriore – e pertanto contraria all'art. 3 Cost. – rispetto a quella ravvisabile nelle ipotesi di correttezza dell'originaria imputazione¹⁷.

Inizialmente evitato il travolgimento del giudizio abbreviato – ritenuto inconciliabile, si ricorda, con quello dibattimentale –, il medesimo quesito di compatibilità costituzionale non poteva che ricevere una risposta diversa a seguito della promulgazione della l. 16 dicembre 1999, n. 479. Con la cosiddetta **legge Carotti**, infatti, le radicali modifiche apportate alla procedura abbreviata – ossia il venir meno della necessità del consenso del pubblico ministero e le implementate prerogative probatorie, con conseguente riduzione, rispetto alla disciplina previgente, dell'utilità per l'economia processuale – elidevano ogni ostacolo a che fosse lo stesso giudice dibattimentale a celebrare tale rito contratto. Ne doveva seguire – come è accaduto con la **sentenza n. 333 del 2009** – la declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non consentivano la richiesta di giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerneva un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale¹⁸.

¹⁴ Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, 2153 ss., spec. 2162 s.

¹⁵ Approccio – voluto e ribadito dai giudici della Corte – che costituisce la principale ragione di critica alla sentenza *de qua*, secondo V. RETICO, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il «patteggiamento»*, in *Giur. cost.*, 1994, 2170.

¹⁶ Sicché, prosegue la Corte, «non potrebbe, quindi, ritenersi scelta costituzionalmente obbligata, allo stato dell'ordinamento processuale, un simile meccanismo di trasformazione del rito». Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265, cit., 2165. Del resto, era stato precisato dalla stessa Corte, il legislatore era già stato destinatario di un espresso invito a disciplinare «un appropriato congegno normativo che compo(nesse) le interferenze tra giudizio abbreviato e giudizio dibattimentale». Così, Corte cost., sent. 25 marzo 1993, n. 129, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 226 ss., con nota critica di L. CREMONESI, *Compatibilità tra le contestazioni suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione dei riti speciali*.

¹⁷ Cfr. Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265, cit., 2163. Argomentazioni sovrapponibili sono poi state poste a sostegno di Corte cost., 29 dicembre 1995, nr. 530, in *Giur. cost.*, 1995, 4415, con nota di V. PINI, *Modifica dell'imputazione e diritto dei riti speciali*, con la quale gli artt. 516 e 517 c.p.p. sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di domandare l'oblazione relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento.

¹⁸ Cfr. Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, 4944. La decisione della Corte è apparsa altresì come precisa risposta a quell'orientamento giurisprudenziale, convalidato dall'intervento delle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione – Cass., sez. un., 28 ottobre 1998, Barbagallo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 338 ss., con nota di G. LOZZI, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*.

Considerato che talune possibilità di celebrazione del giudizio abbreviato all'interno della fase dibattimentale erano già contemplate antecedentemente all'entrata in vigore della legge Carotti, è del tutto condivisibile l'assunto di chi sostiene che le effettive ragioni che hanno condotto a tale ultima declaratoria di incostituzionalità siano ravvisabili non tanto nella sopravvenienza normativa, quanto, piuttosto, in una maggiormente evoluta considerazione delle esigenze di tutela del diritto di difesa, le quali non potevano – e non possono – essere svilite da pretese di economia processuale¹⁹.

Tale moto interiore, che si intravede tra le pieghe della sentenza n. 333 del 2009, ha preso corpo con la **sentenza n. 237 del 2012**, demolitrice delle architravi del binomio “premieria-deflazione”, da un lato, e della “accettazione del rischio”, dall'altro²⁰. Qui si afferma, dapprima, che «l'esigenza di ‘corrispettività’ fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di uguaglianza, né tantomeno sul diritto di difesa, dichiarato inviolabile dall'art. 24, co. 2, Cost.»²¹. E se il predicato d'invulnerabilità del diritto di difesa assurge a canone che ispira l'intero assetto procedimentale, allora non può aversi alcuna limitazione all'accesso al rito alterativo in ragione della ritenuta prevedibilità della contestazione dibattimentale: la manifestazione del diritto di difesa, infatti, è subordinata alla piena conoscenza in capo all'imputato dell'accusa che gli viene contestata²². L'incostituzionalità, dunque, sussiste anche nelle ipotesi di contestazione fisiologica di un reato concorrente ai sensi dell'art. 517 c.p.p., ossia pure nei casi in cui essa sia manifestazione quasi naturalistica del dibattimento, derivando dalla tipica dinamica probatoria.

– per il quale il riferimento, contenuto negli artt. 516 e 517 c.p.p., al «corso dell'istruzione dibattimentale» non ostava ad una contestazione tardiva, formulata in dibattimento prima che l'inizio dell'istruzione avesse avuto effettivamente inizio. Si veda, in ottica ricostruttiva, V. MAFFEO, voce *Imputazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, I, Roma, 2007, 6.

¹⁹ P. TROISI, *Nuove contestazioni e riti alternativi*, cit., 13.

²⁰ Sentenza definita un vero e proprio «colpo d'ariete» da F. CASSIBBA, [Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali](#), in questa *Rivista*, 27 novembre 2012. ID., *L'imputazione e le sue vicende*, in G. UBERTIS-G.P. VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXI, Milano, 2016, 310 ss.

²¹ Del resto, come afferma G. MAGLIOCCA, *Il diritto di difesa*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 59 s: «il predicato della “inviolabilità” del diritto sancito dall'art. 24 Cost., pur non apportando alcun contributo sul piano dell'individuazione degli specifici connotati caratterizzanti la difesa in quanto tale, consente, comunque, di acclararne la peculiare collocazione nel novero dei principi fondanti l'ordinamento vigente, con tutto ciò che ne consegue in termini di prospettive di garanzia e di sindacato delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore ordinario chiamato a modulare il rito penale».

²² Si veda Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 237, in *Giur. it.*, 2013, 1516, nonché in *Proc. pen. giust.*, 2012, 62 ss., con nota di M. D'AGNOLO, *Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passa avanti della Corte costituzionale*. Per un verso, infatti, si legge nella pronuncia indicata, la posizione dell'imputato che subisce una contestazione suppletiva nel corso dell'attività dibattimentale è indubbiamente peggiore – quanto all'accesso ai riti alternativi e alla fruizione dei connessi benefici premiali – rispetto a quella di chi della corretta imputazione sia chiamato a rispondere sin dall'inizio. Per altro verso, che l'accesso ai riti alternativi sia diretta esplicazione del diritto di difesa è pacificamente riconosciuto. In dottrina si veda, *ex pluribus*, S. QUATTROCOLO, *Contestazione suppletiva “fisiologica” e giudizio: cade con C. Cost. 237/2012 l'ultimo baluardo del rapporto “premieria/deflazione”*, in *Legisl. pen.*, 2013, 337 ss.; L. SURACI, *La problematica relazione tra nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1488 ss.

Che alla censura dell'art. 517 c.p.p. seguisse, a stretto giro, quella concernente l'art. 516 c.p.p. era prevedibile²³: con la **sentenza n. 273 del 2014** la Consulta sancisce il diritto dell'imputato di optare per il giudizio abbreviato a seguito di contestazione fisiologica del fatto diverso²⁴. Se è vero, afferma la Corte, che la contestazione del reato concorrente e quella del fatto nuovo non sono tra loro sovrapponibili – ben potendo il fatto nuovo costituire oggetto di un'autonoma imputazione – è parimenti vero che tale differenza non sembra in grado di determinare, *ex se*, una diversa conclusione interpretativa.

Resta fermo, infatti, il rilievo di fondo: anche in caso di contestazioni fisiologiche «condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti»²⁵. Inoltre, ai fini d'un corretto bilanciamento, occorre considerare, precisa la Corte, che la modifica fisiologica dell'imputazione non è meccanicamente connessa all'emersione dibattimentale di connotazioni fattuali in origine non contemplate. Infatti, solo la trasformazione dei tratti essenziali dell'addebito, che incide sul diritto di difesa dell'imputato, dà luogo al dovere²⁶ di contestazione, poiché la nozione strutturale di "fatto", contenuta nell'art. 516 c.p.p., va coniugata con quella funzionale²⁷, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni delle facoltà difensive²⁸.

Infine, la Consulta ribadisce la posizione di primazia del diritto di difesa, la cui estensione non può essere ridotta né in virtù – o, piuttosto, a causa – di obiettivi di deflazione processuale²⁹, né facendo leva sulla "prevedibilità" della variazione dibattimentale dell'imputazione³⁰.

L'impianto argomentativo da ultimo compendiato è pressoché testualmente riproposto dalla sentenza in commento³¹. La parte motiva della pronuncia,

²³ G. LEO, [Ancora una sentenza additiva sull'art. 516 c.p.p.: per il fatto diverso oggetto di contestazione dibattimentale "fisiologica" l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato](#), in questa Rivista, 9 dicembre 2014.

²⁴ Si vedano le note critiche di A. CABIALE, [L'imputato può chiedere il giudizio abbreviato anche dopo la modifica "fisiologica" dell'imputazione: la fine del "binomio indissolubile" fra premialità e deflazione](#), in questa Rivista, 22 dicembre 2014, nonché M. D'AIUTO, *Fatto diverso e giudizio abbreviato: verso una nuova forma di rito premiale?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 119 ss. Adesivamente, invece, V. BELVISO, *Modifica dell'imputazione in dibattimento e facoltà di chiedere il giudizio abbreviato*, in *Studium iuris*, 2015, 520 ss.

²⁵ Cfr. Corte cost., 11 dicembre 2014, n. 273, in [www.giurcost.it](#).

²⁶ Sulla doverosità della contestazione T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 71.

²⁷ Sul punto, C. PAPAGNO, *La nozione funzionale del "fatto processuale" e l'effettività del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 79 ss.

²⁸ Limitazione criticata da M. D'AIUTO, *Fatto diverso e giudizio abbreviato*, cit., 124 s.

²⁹ Osservano i giudici della Corte che, peraltro, «l'accesso al rito alternativo a dibattimento iniziato rimane comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale, sia pure attenuato, consentendo – quantomeno – al giudice di decidere sulla nuova imputazione senza il supplemento di istruzione previsto dall'art. 519 cod. proc. pen.». Corte cost., 11 dicembre 2014, n. 273, cit.

³⁰ Corte cost., 11 dicembre 2014, n. 273, cit.

³¹ Preceduta da Corte cost., 9 luglio 2015, n. 139, in questa Rivista, 13 luglio 2015, con nota di G. LEO, [Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p.](#), con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non contemplava la possibilità di richiedere il giudizio abbreviato in ipotesi di contestazione tardiva di una circostanza aggravante.

essenzialmente, ricostruisce e conferma i presupposti sistematici: abbandono del binomio “premierità-deflazione”, del riferimento alla “prevedibilità” della contestazione e adozione della nozione funzionale di “fatto”, quale limite tipologico all’*emendatio*. Stante le peculiarità del rito alternativo oggetto d’attenzione – l’applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p. – solo si osserva come consentirne l’accesso successivamente all’inizio del dibattimento comunque appaia idoneo a «produrre un’economia processuale, anche se attenuata, sia consentendo al giudice di verificare l’esistenza delle condizioni per l’applicazione della pena, senza alcuna ulteriore attività istruttoria, sia escludendo l’appello e, almeno tendenzialmente, il ricorso per cassazione»³².

3. Tutele eccessive?

La domanda circa l’eccessività della tutela apprestata nasce dal fatto che l’abbandono del paradigma della “**prevedibilità**” – o del suo diretto precipitato: la “**accettazione del rischio**” – non ha trovato unanimi consensi. Si è posto il quesito, infatti, se non fosse stato opportuno che la Consulta – in relazione alla contestazione sostitutiva fisiologica e alla possibilità di accedere al giudizio abbreviato – esaltasse siffatti criteri, poiché, «si tratta di un fatto solo ‘diverso’, che non è completamente estraneo a quello già contestato e la cui ossatura era già nota al momento dell’esercizio dell’azione penale». Opportunità che avrebbe dovuto essere sfruttata poggiandosi non tanto sulla prevedibilità – la cui accezione colpevolista ne impone la rinneazione³³ – quanto sul diverso parametro dell’accettazione del rischio, considerato che «il meccanismo delle ‘nuove contestazioni’ è il ‘fisiologico’ risvolto della medaglia del diritto alla prova dibattimentale: l’imputato e il suo difensore dovrebbero tenerne conto, allo stesso modo in cui vengono accuratamente soppesati i benefici e le insidie del giudizio abbreviato»³⁴.

L’impostazione desta talune **perplexità**: sebbene l’ultimo indicato criterio non manifesti pregiudiziali di ispirazione inquisitoria, comunque non appare compatibile

³² Corte cost., 5 luglio 2017, n. 206, cit.

³³ Le facoltà predittive dell’accusato discendono, inesorabilmente, dalla considerazione del medesimo quale depositario della verità storica. Ciò manifesta l’*intime conviction* di colpevolezza del prevenuto, il quale, in ragione del privilegio conoscitivo derivante dalla sua responsabilità, ben avrebbe potuto (se non addirittura dovuto) preventivamente valutare l’eventualità d’un allineamento tra la verità storica e quella processuale. Per altro verso, poi, la prevedibilità sottintende una natura maliziosa della difesa, che verrebbe a sfruttare le lacune ricostruttive dell’accusa; così, come contraltare, la prima dovrebbe assumersi il rischio che questa malizia sia in qualche modo smascherata nel corso dell’attività dibattimentale. Evidenzia la contrarietà del criterio al principio di non colpevolezza di cui all’art. 27 co. 2 Cost., F. CASSIBBA, [Vacilla il criterio della prevedibilità](#), cit., 5

³⁴ A. CABIALE, [L’imputato può chiedere il giudizio abbreviato anche dopo la modifica ‘fisiologica’ dell’imputazione: la fine del ‘binomio indissolubile’ fra premierità e deflazione](#), cit. L’epilogo avrebbe dovuto essere quello di dichiarare l’incostituzionalità della norma solo nella parte in cui non consentiva l’accesso al rito alternativo allorché l’emersione nel dibattimento del fatto diverso fosse stata intimamente connessa alla lacunosità delle indagini preliminari. *Contra*, V. BELVISO, *Modifica dell’imputazione*, cit., 523.

con l'aggettivazione di "inviolabilità" del diritto di difesa. Accollare in capo all'imputato tale rischio significa introdurre nel processo penale un elemento di aleatorietà, o fatalismo, che inesorabilmente si scontra con la basilare tutela difensiva.

È vero che la contestazione deriva dalla "sola" diversità del fatto e che nessuna responsabilità può essere individuata in capo all'organo dell'accusa, ma è innegabile come l'accesso ai riti alternativi sia esplicitazione del diritto di difesa e come siffatte modalità di definizione processuale non possano essere espunte dal quadro processuale riservato all'imputato, allorché di siffatto quadro sia addirittura la cornice a mutare.

A ben vedere, la soluzione progressivamente adottata dalla Corte costituzionale non può dirsi nemmeno così radicale. Il presupposto ormai consolidato è il seguente: l'alternativa alla generalizzata estensione del recupero delle prerogative di scelta in ordine al rito non può essere, per quanto osservato, l'esclusione delle medesime. Quale, dunque, l'alternativa? Idealmente, stante la necessità di garantire un pieno esercizio del diritto di difesa, l'unica residuale possibilità avrebbe potuto essere quella di far conseguire alla modifica dell'imputazione la **restituzione degli atti** al pubblico ministero.

Si sarebbe trattato di un impraticabile³⁵ (lo si riconosce) ritorno al passato. Ciò in una duplice chiave di lettura: nella dimensione contingente, in totale spregio delle esigenze di economia processuale, l'annullamento del processo avrebbe proiettato l'imputato nella situazione esistente prima dell'esercizio dell'azione penale, con conseguente venir meno delle preclusioni maturate. Nella dimensione storica, invece, sarebbe stato riprodotto quel meccanismo processuale proprio del codice Rocco, il quale, come visto, prevedeva il «regresso degli atti al pubblico ministero», sicché «l'azione penale ritornava [...] con 'moto circolare', e a garanzia dell'imputato, su se stessa»³⁶.

Come osservato, la prospettazione non vuol assurgere al rango d'alternativa. Semplicemente, vuole qui essere impiegata al fine di evidenziare come l'assetto di regole e principi elaborato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale – da ultimo confermato con la sentenza in commento – rappresenti un apprezzabile bilanciamento³⁷ tra contrapposti «valori di pari rango che vengono in rilievo nel contesto della

³⁵ Architettura processuale, questa, che non poteva essere ragionevolmente riesumata per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, la disciplina di cui all'art. 445 c.p.p. abr. era determinata, come osservato in precedenza, dal «principio di necessità dell'istruttoria», venuto meno in ragione del diverso canone euristico adottato che caratterizza il "nuovo" processo penale, il contraddittorio individua nella fase dibattimentale la sede privilegiata per la puntuale delineazione del *thema decidendum*. In secondo luogo, la riproposizione delle passate soluzioni non appare una strada percorribile in considerazione dell'attuale contesto giudiziario, nel quale – nonostante le recenti modifiche – la restituzione degli atti all'organo dell'accusa, sulla scorta dell'ispirazione nascente dall'art. 521 c.p.p., si porrebbe in diretta frizione non solo con le esigenze di economia processuale, quanto, piuttosto e addirittura, con la stessa funzione accertativa del processo penale, stante il diretto riflesso che l'annullamento del processo comporterebbe sul decorso del termine prescrizione.

³⁶ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 341.

³⁷ Basterebbe, del resto, osservare come l'esclusione della possibilità di recupero del diritto di scelta in ordine al rito riserverebbe all'imputato una situazione peggiore rispetto a quella configurata dalle disposizioni del codice del 1930, per comprendere come un correttivo alla disciplina originariamente prevista dagli art. 516 ss. c.p.p. era necessario.

giurisdizione penale»³⁸: accertamento della verità ed economia processuale, da un lato, e tutela del diritto di difesa, dall'altro lato, tutti equamente bilanciati e tutelati.

4. Nuovi istituti e nuove prospettive di incostituzionalità.

L'impianto argomentativo che emerge dalle pronunce dei giudici della Consulta è ormai consolidato: stante la **dimensione premiale** di taluni riti alternativi, l'accesso ai medesimi è esplicazione del diritto di difesa, sicché le disposizioni che ne limitano la fruibilità laddove mutino gli elementi sui quali le scelte difensive si sono basate si pongono in aperto contrasto con l'art 24 Cost., che di tale diritto sancisce l'inviolabilità.

Orbene, così fissata l'ampiezza della prerogativa, va osservato come essa sia potenzialmente in grado di coinvolgere istituti non ancora considerati; i profili di incostituzionalità dell'art. 516 c.p.p., evidenziati nelle numerose sentenze che si sono succedute, sembrerebbero, infatti, astrattamente configurabili anche in relazione alla definizione del procedimento nelle forme della **messa alla prova**, di cui all'art. 464 *bis* c.p.p..

Una volta inserito, con la l. 28 aprile 2014, n. 67 il Titolo V *bis* nel corpo del Libro VI, dedicato ai procedimenti speciali, la sospensione del processo conseguente alla richiesta di *probation* è in grado di determinare effetti ancor più favorevoli per l'imputato rispetto a quelli propri dei riti alternativi tradizionalmente considerati. Non si tratta, infatti, di conseguire una mera riduzione della pena inflitta, bensì di giungere all'estinzione del reato, ai sensi dell'art. 168 *ter* co. 2 c.p.

Allorquando, dunque, il pubblico ministero dovesse contestare la diversità del fatto compendiato nell'originaria imputazione, le ragioni che hanno indotto la Consulta a censurare la disciplina dettata dall'art. 516 c.p.p. potrebbero fondare una declaratoria di incostituzionalità della medesima disposizione nella parte in cui non consente all'imputato, nelle ipotesi ivi contemplate, di chiedere la sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 464 *bis* c.p.p.

L'ipotesi è statisticamente marginale, poiché si verificherebbe solo in caso di derubricazione dell'imputazione nel corso del processo³⁹. Dal dibattito dovrebbero emergere elementi idonei a riqualificare il delitto in origine contestato – in relazione al quale non sussistevano le condizioni oggettive di ammissibilità di cui all'art. 168 *bis* co. 1 c.p. – in un reato per il quale la norma incriminatrice prevede una pena inferiore a quattro anni di reclusione.

L'eventualità – peraltro deviante dal naturale e precipuo scopo della disciplina dettata dall'art. 516 c.p.p., ossia consentire l'aggravamento istantaneo dell'imputazione – sebbene non frequente, non appare tuttavia inverosimile, potendo essere ancorata non

³⁸ G. MAGLIOCCA, *Il diritto di difesa*, cit., 60.

³⁹ Lapalissiano, dunque, come la questione non possa in alcun modo porsi con riguardo alla contestazione di circostanze aggravanti o reati connessi, prevista dall'art. 517 c.p.p.

solo – e non tanto – alla concezione di pubblico ministero quale “organo di giustizia”⁴⁰, bensì pure – e soprattutto – alla concreta esigenza di evitare i possibili effetti restitutori conseguenti alla rilevazione in sentenza della diversità del fatto rispetto a quello contestato ai sensi dell’art. 521 cpv. c.p.p.⁴¹.

Se questi sono i presupposti, il percorso della giurisprudenza costituzionale non sembra ancora essere volto al termine; infatti, il nuovo istituto della messa alla prova, come visto, pone l’interprete dinanzi ai medesimi quesiti e alle stesse problematiche già affrontate dalla giurisprudenza costituzionale. Sarebbe stato allora opportuno – o, quantomeno, auspicabile – che alla “quadratura del cerchio” avesse provveduto il legislatore, il quale, ad esempio, avrebbe potuto cogliere l’occasione della recente **riforma del codice di procedura penale** (l. 23 giugno 2017, n. 103). Del resto, la rimodulazione della disciplina delle nuove contestazioni non avrebbe di certo manifestato un carattere di eccentricità rispetto ad un intervento riformatore tanto disorganico. Inoltre, considerato che – per certi versi – la novella si riduce a un adattamento del dispositivo codicistico ad altrettanti filoni consolidati della giurisprudenza di legittimità⁴², ben si sarebbe potuto estendere l’intervento legislativo alla giurisprudenza della Consulta, assorbendola e applicandola anche alle facoltà di accesso alla sospensione del processo per messa alla prova, in modo da prevenire – in ottica prospettica – probabili eccezioni di incostituzionalità. Così, tuttavia, non è stato, sicché l’ennesimo appello dovrà necessariamente essere rivolto alla Corte costituzionale, affinché sia essa, in via suppletiva, a colmare le evitabili lacune.

⁴⁰ Si veda, *ex pluribus*, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2013, 115 ss. Altresì, G. FIORELLI, *L'imputazione latente*, Torino, 2017, 21 ss.

⁴¹ Si pensi ai processi in cui la dilatazione temporale derivante dalla restituzione degli atti al pubblico ministero renda inevitabile il decorso del termine prescrizione.

⁴² Si pensi, ad esempio, alle disposizioni in tema di giudizio abbreviato ed eccezioni di parte in merito a nullità e competenza. In direzione simile, v. L. MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2017 (4), p. 553 ss.