

## La *futura* Corte Costituzionale sulla incompatibilità del giudice determinata dal rigetto della richiesta di messa alla prova: le questioni aperte e quelle (apparentemente) risolte.

di *Bruno Andò*

**Sommario.** 1. La questione di legittimità costituzionale sollevata ed il precedente non vincolante. – 2. Una precedente lettura sistematica, conforme a Costituzione, delle fonti di cognizione cui può attingere il giudice del dibattimento richiesto di decidere sull'istanza di sospensione con messa alla prova. – 3. Gli interventi della Consulta e della giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra messa alla prova e giudizio abbreviato. – 4. Alcune brevi considerazioni.

### 1. La questione di legittimità costituzionale sollevata ed il precedente non vincolante.

Lo scorso gennaio il Tribunale di Spoleto in composizione monocratica ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale in ragione della ritenuta non manifesta infondatezza, nonché rilevanza ai fini del giudizio, di una questione di legittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 34 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare e/o procedere al giudizio ordinario del Giudice del dibattimento che abbia rigettato la richiesta di sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato<sup>1</sup>.

Il giudice *a quo* rappresentava di esser stato investito della richiesta di sospensione con messa alla prova *in limine litis*, di aver ritenuto necessario, ai fini dell'assunzione della decisione su tale richiesta, assumere l'esame della persona offesa dal reato (si trattava di un caso di danneggiamento aggravato), e di aver quindi rigettato la richiesta in ragione di quanto riferito da quest'ultima nonché di quanto già contenuto nel fascicolo per il dibattimento – in particolare, del certificato del casellario, della relazione di indagine sociale predisposta dall'UEPE e del contenuto del programma di trattamento elaborato.

Successivamente il giudice, a fronte della paventata formulazione di ulteriori richieste di rito alternativo, avanzava la possibile esistenza, in capo allo stesso, di una condizione di incompatibilità determinata dall'avvenuto rigetto della precedente istanza, dunque sulla scorta dei principi giurisprudenziali esistenti

---

<sup>1</sup> Il testo dell'ordinanza è pubblicato su *Guida al Diritto* 2020, 10, 79 ss., con breve nota di SPANGHER, *In gioco ci sono imparzialità e terzietà del magistrato*.

in relazione al comma 2 dell'art. 34 c.p.p.; pertanto, una volta sollevata la questione di legittimità costituzionale da parte del difensore, non potendo – *iure condito* – dichiarare la propria incompatibilità, sospendeva il procedimento e disponeva la trasmissione degli atti con l'ordinanza di rimessione.

La medesima questione, come la citata ordinanza si premura di puntualizzare, era già stata sollevata alcuni anni fa dal Tribunale di Firenze, che aveva dubitato della legittimità costituzionale della medesima norma “*in riferimento alla legge n. 67 del 2014, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice del dibattimento, o del giudizio abbreviato, del giudice che abbia respinto la richiesta dell'imputato di sospensione del procedimento con messa alla prova*”.

In quell'occasione<sup>2</sup> la Consulta aveva adottato una decisione in rito, qualificando la questione come manifestamente inammissibile poiché l'ordinanza di rimessione non era sufficientemente motivata in ordine al canone della non manifesta infondatezza della questione di legittimità, e dunque non risultava coerente con il canone dell'autosufficienza.

Con ogni probabilità, se la Consulta dovesse in questo caso superare eventuali possibili profili di formale inammissibilità della questione, potrebbe pervenirsi ad un'ulteriore sentenza additiva di accoglimento che, di fatto, amplierebbe ulteriormente i casi di incompatibilità del giudice determinata da atti compiuti dallo stesso nel medesimo procedimento.

Ciò poiché, in realtà, l'assunzione di una decisione in merito alla possibilità di ammettere l'imputato alla sospensione del procedimento con messa alla prova, implica l'esecuzione di una serie di apprezzamenti che obbligano il giudice ad assumere una piena cognizione dei fatti ed a fornir loro, seppur soltanto nella prospettiva in questione, una qualificazione compiuta.

Invero, al netto delle questioni maggiormente formali, relative all'eventuale esistenza di condizioni personali ostative all'accesso al rito – che, come noto, non può attivarsi per chi è delinquente o contravventore abituale o professionale, ovvero delinquente per tendenza – il giudice, dinanzi ad una siffatta richiesta, deve valutare la correttezza della qualificazione giuridica attribuita al fatto in imputazione, l'insussistenza di cause di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*, nonché, alla luce dei parametri indicati dall'art. 133 c.p. l'idoneità del programma e la prognosi che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati.

Tutte attività che implicano lo svolgimento di un significativo apprezzamento e che, pertanto, portano il giudicante alla formazione di un convincimento

---

<sup>2</sup> Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 19. Per un breve commento si v. ANDOLFATTO, *Profili di incompatibilità del giudice al vaglio della Consulta: questioni in tema di udienza preliminare e di messa alla prova*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2017, 3, 289 – 291.

che, evidentemente, mal si concilierebbe con la formazione progressiva e regolamentata della cognizione.

**2. Una precedente lettura sistematica, conforme a Costituzione, delle fonti di cognizione cui può attingere il giudice del dibattimento richiesto di decidere sull'istanza di sospensione con messa alla prova.**

L'interesse suscitato dall'ordinanza di rimessione, e, di conseguenza, dalle problematiche relative all'ambito della cognizione del giudicante in caso di richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, ed agli eventuali successivi suoi limiti - derivanti dal rigetto di tale richiesta - autorizza a riprendere le fila dello *stato dell'arte* sulle questioni che attengono al rapporto tra tale istituto ed i soggetti dinanzi ai quali la richiesta stessa può essere presentata, nonché ai termini in cui essa può essere formulata.

Ciò poich , in realt , la natura pi  pregnante delle valutazioni che il giudicante deve svolgere ai fini dell'ammissione del rito in esame rispetto a quelle in materia di patteggiamento - che, gi  di per s  *"integra un vero e proprio giudizio e non richiede un compito di mera ricezione e certificazione della volont  ritualmente espressa dalle parti"*<sup>3</sup> - comporta dei precipitati non indifferenti, in ragione della cui esistenza negli ultimi anni si   assistito ad un ripetuto coinvolgimento della Corte Costituzionale.

Esso appare indicativo, da una parte, dell'esistenza di plurimi problemi di coordinamento che l'introduzione dell'odierna disciplina sulla sospensione con messa alla prova ha determinato, e, dall'altra, della necessit , per la Consulta, di verificare se le nuove disposizioni possano essere costituzionalmente legittime se interpretate, in chiave sistematica, traendo contenuti normativi da altre disposizioni o dai principi generali dell'ordinamento processuale.

Il pensiero va, innanzitutto, alla nota sentenza n. 91 del 2018<sup>4</sup>.

Con essa la Consulta, nella parte di interesse, ha ritenuto che il Tribunale di Grosseto non avesse optato per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 464 *quater* comma 1 c.p.p., nella parte in cui non prevede alcunch  rispetto alla possibilit , per il giudice del dibattimento, di acquisire dagli atti delle indagini preliminari<sup>5</sup> i necessari elementi di cognizione ai fini della decisione in merito alla sospensione del procedimento, decisione che, dovendo intervenire prima dell'apertura del dibattimento, in assenza di una norma *ad hoc*, avrebbe dovuto essere resa esclusivamente alla luce dello scarno contenuto del fascicolo del dibattimento in quella fase processuale.

<sup>3</sup> Corte Cost., 20 maggio 1996, n. 155, § 3.1.2.

<sup>4</sup> Corte Cost., 27 aprile 2018, n. 91.

<sup>5</sup> Provvedendo alla restituzione per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa.

Dall'altra parte, il Tribunale di Grosseto correttamente rappresentava di non ritenere compatibile con le finalità di deflazione processuale proprie della sospensione con messa alla prova, l'ipotesi per cui, nonostante l'avvenuta formulazione della richiesta di sospensione con messa alla prova, si potesse nondimeno procedere all'istruttoria dibattimentale *“al solo scopo di assumere le prove occorrenti alla decisione sull'istanza di messa alla prova e sulla idoneità del programma di trattamento”*<sup>6</sup>.

In quel caso la Consulta ha ritenuto che *“pur in assenza di una specifica disposizione in tal senso”*, al giudice del dibattimento sia *“ugualmente consentito, ai soli fini della decisione sulla richiesta di messa alla prova, prendere visione degli atti del fascicolo del pubblico ministero”*; ciò mediante l'applicazione analogica dell'art. 135 delle disposizioni di attuazione del codice di rito, secondo cui *“il giudice, per decidere sulla richiesta di applicazione della pena rinnovata prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, ordina l'esibizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero”*.

La Corte Costituzionale ha, quindi, precisato che *“il fatto che non sia espressamente previsto”* che il giudice del dibattimento possa prendere cognizione degli atti del fascicolo del Pubblico Ministero ai fini delle proprie determinazioni in merito alla richiesta di messa alla prova, *“non significa che sia vietato, sicché anche sotto questo aspetto può ritenersi che non occorra a tal fine una specifica disposizione o, come è stato sostenuto dal giudice a quo, un'apposita pronuncia di illegittimità costituzionale”*<sup>7</sup>.

La citata norma delle disposizioni di attuazione – appare opportuno ricordarlo – prevede altresì che *“Se la richiesta è accolta, gli atti esibiti vengono inseriti nel fascicolo per il dibattimento; altrimenti gli atti sono immediatamente restituiti al pubblico ministero”*.

Ora, è chiaro che la Corte Costituzionale non dovrebbe occuparsi di quale possa essere l'effetto processuale dell'applicazione analogica di una norma sul patteggiamento alla sospensione con messa alla prova, ma è anche vero che potrebbe suscitare qualche perplessità nel lettore l'eventualità che il salvataggio di una regola mediante una lettura analogica *costituzionalizzata* di una disposizione di attuazione possa poi determinare le basi per una successiva declaratoria di incostituzionalità di un'altra norma.

Tale effetto, alla luce della copiosa giurisprudenza costituzionale sulla incompatibilità del giudice che, dopo aver preso cognizione degli atti del procedimento ed aver eseguito quanto meno una *“valutazione negativa circa l'esistenza delle condizioni legittimanti il proscioglimento ex art. 129 cod. proc. pen., e circa la congruenza alle suddette risultanze della qualificazione*

---

<sup>6</sup> § 4.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

*giuridica del fatto e/o delle circostanze*<sup>8</sup>, abbia rigettato una richiesta di patteggiamento, non è particolarmente difficile da identificare.

Di esso, comunque, nella citata pronuncia non si parla, nemmeno per escluderlo, ma ciò, con ogni probabilità, discende dall'indifferenza mostrata dal giudice rimettente rispetto agli effetti che si sarebbero potuti determinare nell'eventualità in cui lo stesso avesse ritenuto di poter comunque procedere alla *“acquisizione e valutazione degli atti delle indagini preliminari restituendoli per l'ulteriore corso in caso di pronuncia negativa sulla concessione o sull'esito della messa alla prova”* (l'ordinanza di rimessione, in realtà, non sollevava alcuna questione in materia di incompatibilità).

È storia nota, però, quella per cui la stessa Corte Costituzionale, quasi 30 anni fa, nonostante il silenzio dell'art. 34 comma 2 c.p.p., ha identificato molteplici casi di incompatibilità a partecipare al giudizio determinata dall'avvenuto rigetto di una richiesta di patteggiamento<sup>9</sup>, tra cui proprio quella a partecipare al giudizio in capo al giudice - poco importa se in sede GIP/GUP o *in limine litis* - che abbia rigettato la richiesta di applicazione di pena concordata<sup>10</sup>.

Ciò alla luce del fatto che tale rigetto è il frutto non solo di una cognizione o di una constatazione, ma di una vera e propria valutazione, qualitativa (sulla conformità alla fattispecie in contestazione) e quantitativa (in relazione alla congruità della pena, anche alla luce del possibile bilanciamento tra le circostanze eterogenee), dei fatti.

Si tratta di un tema che, secondo chi scrive, dovrà essere tenuto a mente dalla Consulta allorché dovrà pronunciarsi sulla questione sollevata dinanzi al Tribunale di Spoleto, la quale, in realtà, appare del tutto fisiologica non solo (o non tanto) alla luce di quanto accaduto nel giudizio *a quo* – in cui si è proceduto all'audizione della persona offesa, audizione che, in realtà, dovrebbe limitarsi ad acquisire le considerazioni di quest'ultima rispetto alla possibilità della messa alla prova, senza scandagliare questioni o aspetti che possano costituire una base cognitiva idonea o comunque utilizzabile per ogni differente valutazione di merito – quanto alla luce di quello che la stessa Corte Costituzionale ha identificato come rimedio al vuoto cognitivo esistente all'inizio del giudizio dibattimentale, ossia la presa di cognizione del fascicolo del Pubblico Ministero, e dei conseguenti effetti che, in caso di

<sup>8</sup> Corte Cost., 22 aprile 1992, n. 186, § 2.1.

<sup>9</sup> Corte Cost. 25 marzo 1992, n. 124, in materia di incompatibilità a partecipare al giudizio del GIP presso la Pretura che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento per la ritenuta non concedibilità di circostanze attenuanti; Corte Cost. 26 ottobre 1992, n. 399, in materia di incompatibilità a partecipare al dibattimento del Pretore che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento per il ritenuto non ricorrere di un'ipotesi attenuata del reato contestato; Corte Cost. 16 dicembre 1993, n. 439, in materia di incompatibilità a partecipare al giudizio abbreviato del GIP che abbia rigettato la richiesta di patteggiamento.

<sup>10</sup> Corte Cost., 22 aprile 1992, n. 186, *cit.*

rigetto, discendono dall'ormai acquisita cognizione dei fatti e dalla successiva decisione assunta dal giudice a tal fine.

### **3. Gli interventi della Consulta e della giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra messa alla prova e giudizio abbreviato.**

In realtà, la Corte Costituzionale, tra la sentenza da ultimo citata ed oggi, è intervenuta almeno un'altra volta in materia di messa alla prova, ed in particolare sulla conformità a Costituzione del termine finale di presentazione della domanda di sospensione, che, in caso di procedimento ordinario non a citazione diretta, coincide con quello entro il quale può essere formulata la richiesta di rito abbreviato (ossia la formulazione delle conclusioni in udienza preliminare).

Rispetto a tale questione è necessaria una breve considerazione incidentale. La coincidenza di tali due termini ha da subito suscitato un profondo contrasto giurisprudenziale, che, partito da posizioni particolarmente rigorose – secondo cui tra i due riti alternativi vi sarebbe stato un rapporto di alternatività, per cui, anche alla luce dell'assenza di norme in materia di convertibilità dell'un rito nell'altro, non era possibile chiedere la messa alla prova dopo l'ammissione del giudizio abbreviato e viceversa<sup>11</sup> – ha recentemente raggiunto aperture, non ancora consolidate, che, in termini di maggior coerenza con i principi in materia di libertà della difesa, hanno sancito la possibilità per l'imputato di *“chiedere di essere ammesso ad entrambi”*, con la conseguenza, si badi, che in tal caso il giudice *“dovrà innanzitutto valutare se possa essere accolta l'istanza di messa alla prova e, solo in caso negativo, procedere poi a valutare la richiesta di giudizio abbreviato”*<sup>12</sup>.

Questa soluzione, che, come detto, appare certamente preferibile rispetto a quelle più rigorose, in realtà potrebbe, a sua volta, produrre un effetto sostanzialmente identico a quello che si ritiene si determini all'esito della presa di cognizione e valutazione, da parte del giudice del dibattimento, degli atti del fascicolo per le indagini preliminari.

In entrambi i casi, invero, l'assunzione di una decisione in merito alla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, comporta lo sviluppo, in capo al giudicante, di una serie di valutazioni che investono l'intero fatto oggetto dell'imputazione, e che evidentemente pregiudicano la neutralità dello stesso rispetto ad una successiva valutazione inerente il merito della regiudicanda.

Quanto precede vale poi, a maggior ragione, allorché la fattispecie in imputazione non consenta *ex se* di formulare una richiesta di messa alla

<sup>11</sup> Cass. Pen. Sez. IV, 3 luglio 2018, n. 42469; Sez. V, 21 dicembre 2017, n. 9398; Sez. VI, 28 marzo 2017, n. 22545.

<sup>12</sup> Cass. Pen. Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 2736.

prova per incompatibilità della sua sanzione massima con i limiti previsti dall'art. 168 *bis* c.p., ma il fatto possa nondimeno essere riqualificato in una figura di reato per la quale è possibile procedere con la messa alla prova; ciò soprattutto alla luce della circostanza per cui, come hanno insegnato le Sezioni Unite, *“ai fini dell'individuazione dei reati ai quali è astrattamente applicabile la disciplina dell'istituto della sospensione con messa alla prova, il richiamo contenuto nell'art. 168 bis c.p. alla pena edittale non superiore nel massimo a quattro anni va riferito alla pena massima prevista per la fattispecie-base, non assumendo a tale fine alcun rilievo le circostanze aggravanti, comprese le circostanze ad effetto speciale e quelle per cui la legge stabilisce una pena diversa da quella ordinaria del reato”*<sup>13</sup>.

Si tratta di un'eventualità non del tutto ipotetica, che si può presentare, ad esempio, rispetto a contestazioni in materia di stupefacenti (fra tutte, la previsione del comma 1 dell'art. 73 anziché del comma 5 della stessa disposizione), di delitti contro il patrimonio (ad esempio, rispetto al riciclaggio od alla ricettazione, da una parte, ed alla partecipazione al reato presupposto, dall'altra), in materia di reati tributari (in relazione alle fattispecie di indebita compensazione mediante crediti inesistenti piuttosto che mediante crediti non spettanti).

Quale potrebbe essere, dunque, la strada da seguire rispetto al soggetto che, volendo definire la propria posizione processuale evitando possibili problematiche di incompatibilità del giudice, ma potendo ottenere una diversa qualificazione del fatto in termini coerenti con i canoni dell'art. 168 *bis* c.p., si trovi dinanzi alla necessità di scegliere tra la presentazione di tale richiesta e/o quella di rito abbreviato?

Secondo la giurisprudenza, sia di legittimità, sia costituzionale, occorre comunque preliminarmente presentare la domanda di sospensione del procedimento con messa alla prova, cercando di ottenere sin da subito una riqualificazione del fatto in termini coerenti con i limiti dell'art. 168 *bis* c.p.; poco importa, evidentemente, se in esito a tali valutazioni il giudice diventi incompatibile con il prosieguo del “giudizio di merito” (dovendosi intendere compreso, in tale ultima locuzione, anche il contenuto tipico dei provvedimenti emessi all'esito dell'udienza preliminare, al cui giudice compete, comunque, una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente, in particolare, in una prognosi sulla probabilità di condanna in sede dibattimentale)<sup>14</sup>.

In particolare, secondo l'interpretazione di due recenti arresti di legittimità (i cui argomenti, per verità, essendo antecedenti rispetto alla sentenza n. 91/2018, devono ritenersi potenzialmente integrabili alla luce dell'interpretazione della Corte Costituzionale) poiché la diversa

<sup>13</sup> Cass. Pen. SS.UU., 1 settembre 2016, n. 32672.

<sup>14</sup> In questi termini Corte Cost., 6 luglio 2001, n. 224, e 12 luglio 2002, n. 335

qualificazione giuridica del fatto spiega effetti solo per l'avvenire - e non può quindi, quand'anche operata dal giudice del gravame, consentire una rimessione in termini ai fini della presentazione della richiesta di sospensione con messa alla prova<sup>15</sup> - l'imputato che intenda formulare quest'ultima in termini consequenziali alla richiesta di riqualificazione del fatto, deve comunque farlo nel termine previsto dal comma 2 dell'art. 464 *bis* c.p.p., ossia prima della formulazione delle conclusioni dell'udienza preliminare.

Da parte sua, il giudice deve assumere le proprie determinazioni "*mediante una deliberazione che si nutra 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*"<sup>16</sup>.

Orbene, proprio in relazione ad una tale scansione processuale si è registrato un intervento della Corte Costituzionale<sup>17</sup>.

In questo caso il GUP rimettente aveva rigettato la preliminare richiesta di riqualificazione del delitto in contestazione in un'ipotesi meno grave, con conseguente sospensione del procedimento con messa alla prova, formulata dalla difesa, perché la pena per la fattispecie oggetto di accusa ne non consentiva l'accesso.

Richiesto, quindi, di definire il giudizio con rito abbreviato, ed attesa la rinnovata richiesta, formulata dalla difesa in sede di conclusioni, di riqualificazione del fatto in termini meno gravi con conseguente ammissione della sospensione con messa alla prova, il giudice riteneva sì di poter procedere a tale riqualificazione, ma rilevava, dall'altra parte che, nelle more, il limite temporale fissato dall'art. 464 *bis* c.p.p. era stato superato.

Il giudice *a quo* faceva altresì notare che al fine di eliminare un analogo problema di preclusione processuale, la Legge Carotti (n. 479/1999) aveva aggiunto un comma 4 *bis* all'art. 141 delle disposizioni di attuazione del codice di rito, secondo il quale "*in caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione, l'imputato è rimesso in termini per chiedere la medesima*".

Ed è proprio grazie a tale intervento normativo che, secondo il GUP di Catania, si è formato un indirizzo giurisprudenziale, consolidatosi a seguito di un intervento delle Sezioni Unite<sup>18</sup>, che "*consente il ricorso all'oblazione anche nel caso in cui la differente definizione giuridica del fatto, così reso compatibile con l'accesso al rito, costituisca l'oggetto di una decisione assunta dal giudice in sede di definizione del procedimento, salva la precisazione ... che, in tali evenienze è onere dell'imputato stesso formulare istanza di ammissione all'oblazione in rapporto alla diversa qualificazione che*

<sup>15</sup> Cass. Pen. Sez. II, 5 luglio 2017, n. 36672.

<sup>16</sup> Cass. Pen. Sez. IV, 8 maggio 2018, n. 36752.

<sup>17</sup> Corte Cost. 29 maggio 2019, n. 131.

<sup>18</sup> Cass. Pen. SS.UU., 22 luglio 2014, n. 32351.

*contestualmente solleciti al giudice di definire, con la conseguenza che - in mancanza di tale richiesta - il diritto a fruire della oblazione stessa resta precluso ove il giudice provveda di ufficio, a norma dell'art. 521, comma 1, codice procedura penale ad assegnare al fatto la diversa qualificazione che consentirebbe l'applicazione del beneficio, con la sentenza che definisce il giudizio*<sup>19</sup>.

La Consulta ha, preliminarmente, richiamato i precedenti di legittimità in tema di deducibilità, in sede di gravame, del carattere ingiustificato del diniego, da parte del giudice di prime cure, alla richiesta di sospensione con messa alla prova, ed ha quindi optato per la condivisione dell'orientamento – per quanto non incontrastato – che ammette tale deducibilità anche a fronte dell'avvenuta definizione del giudizio, all'esito del suddetto diniego, nelle forme del rito abbreviato.

Quindi, anche in questo caso mediante la formulazione di un'interpretazione sistematica conforme a Costituzione, ha affermato che la possibilità di ammettere l'imputato alla sospensione con messa alla prova *“dovrà essere riconosciuta allo stesso giudice di primo grado, allorché – in esito al giudizio – riscontri che il proprio precedente diniego era ingiustificato – sulla base della riqualificazione giuridica del fatto contestato cui lo abilita l'art. 521 comma 1 c.p.p., quando l'imputato abbia dal canto suo richiesto il beneficio entro i termini indicati dall'art. 464 bis comma 2 c.p.p.”*<sup>20</sup>.

Secondo la Corte Costituzionale tale possibilità, da una parte, risponderebbe ad evidenti ragioni di economia processuale, e ciò poiché eviterebbe la celebrazione di processi in grado di appello finalizzati esclusivamente a far conseguire all'imputato un risultato che potrebbe essere assicurato dal giudice di primo grado, e, dall'altra, sarebbe realizzabile, in concreto, *“previa semplice revoca della precedente ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del processo con messa alla prova”*<sup>21</sup>.

Tale soluzione potrebbe, però, rivelare due problematiche non di poco conto. Da una parte, infatti, essa potrebbe suscitare qualche dubbio nella parte in cui legittima il ricorso all'applicazione in via analogica dell'istituto della revoca di un provvedimento di natura decisoria, ciò che potrebbe non apparire del tutto conforme all'impostazione sistematica del codice di rito, che invero, non prevedendo una norma generale sulla revocabilità delle ordinanze non ordinatorie (come accade, invece, in materia di ordinanze istruttorie, alla luce del comma 4 dell'art. 495 c.p.p.), e dedicando invece

---

<sup>19</sup> L'ordinanza di rimessione è pubblicata in Gazzetta Ufficiale, 1<sup>a</sup> serie speciale, n. 26 del 27 giugno 2018.

<sup>20</sup> § 4.1.

<sup>21</sup> Ibidem.

numerose disposizioni a specifici casi<sup>22</sup>, sembrerebbe aver scelto la via dell'identificazione tassativa dei casi di revoca dei provvedimenti.

Dall'altra, ed inoltre, essa sembra prestare il fianco ad un'obiezione più semplice: il GUP deve assumere le proprie determinazioni sulla qualificazione giuridica del fatto (o, in ogni caso, sulla insussistenza di una causa immediata di proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*, che comunque, anche da sola, vale a determinare l'incompatibilità) già al momento della decisione sulla richiesta di messa alla prova, senza poterla differire al momento, successivo e potenzialmente eventuale, dell'esercizio della giurisdizione ai fini dell'assunzione di una decisione sul merito dell'accusa.

#### 4. Alcune brevi considerazioni.

Se la Consulta, come si auspica, dovesse reputare incostituzionale la norma oggetto del suo scrutinio, nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al successivo giudizio ordinario del giudice che abbia rigettato la richiesta di sospensione con messa alla prova, ciò potrebbe dare il via, *a cascata*, ad un'ulteriore serie di pronunce di illegittimità costituzionale analoga a quella registrata in materia di incompatibilità determinata dal rigetto della richiesta di patteggiamento.

Da essa, invero, potrebbe discendere, in ragione della *eadem ratio*, l'incompatibilità, per il giudice che abbia rigettato la richiesta di sospensione con messa alla prova – in sede dibattimentale a citazione diretta dopo aver acquisito il fascicolo del PM ai sensi dell'art. 135 disp. att. c.p.p., ed in sede di udienza preliminare mediante l'utilizzo degli atti contenuti nel fascicolo processuale – a svolgere qualsiasi ulteriore attività giurisdizionale che implichi uno scrutinio tecnico valutativo dei fatti oggetto dell'imputazione, dunque in primo luogo la celebrazione del giudizio, ordinario o abbreviato, ma anche, a stretto rigore, il patteggiamento.

Un discorso diverso potrebbe darsi, invece, in relazione all'eventualità in cui, in presenza di una contestazione incompatibile, in termini sanzionatori, con i termini oggettivi previsti dall'art. 168 *bis* c.p., la richiesta di sospensione con messa alla prova sia formulata insieme a quella di giudizio abbreviato, ma in termini diametralmente opposti a quelli indicati dalla recente giurisprudenza

---

<sup>22</sup> Senza pretesa di esaustività, appare possibile menzionare la revoca della sentenza di non luogo a procedere (art. 434 c.p.p.); dell'ordinanza di sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato (art. 72 c.p.p.); delle misure cautelari (art. 299 c.p.p.); dell'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato (art. 441 *bis* c.p.p.); del decreto penale di condanna; dell'ordinanza di ammissione della messa alla prova (art. 464 *octies* c.p.p.); dell'ordinanza di sospensione della provvisoria esecuzione delle condanne civili (art. 600 c.p.p.); della sentenza per revisione (art. 637 c.p.p.) o per abolizione del reato (art. 673 c.p.p.); della sospensione condizionale della pena, della grazia o dell'amnistia o dell'indulto condizionati e della non menzione della condanna nel casellario giudiziale (art. 674 c.p.p.); della condanna pecuniaria (art. 47 disp. att. c.p.p.).

di legittimità, ossia identificando come logicamente preordinata quella di abbreviato.

In sostanza, si ritiene che la difesa possa, in tal caso, presentare richiesta di giudizio abbreviato – eventualmente anche condizionato – e, nell’articolazione delle proprie conclusioni, formulare, anche in via di subordine, un’esplicita richiesta di riqualificazione del fatto contestato in termini compatibili con i limiti di cui all’art. 168 *bis* c.p. e, per l’effetto, di sospensione del procedimento con messa alla prova.

Tale conclusione avrebbe il pregio di mantenere inalterate, da una parte, la titolarità della cognizione in capo al medesimo giudice – e ciò poiché non determinerebbe alcuna forma di incompatibilità e non imporrebbe il ricorso alla revoca della precedente ordinanza – e, dall’altra, la possibilità per la difesa, in caso di mancato accoglimento, di dedurre l’erronea qualificazione, con apposite censure, di fronte al giudice del gravame.

Così come è ormai un dato acquisito in materia di oblazione, alla luce della giurisprudenza a Sezioni Unite sopra citata, la possibilità di accedere alla messa alla prova potrebbe quindi essere esclusivamente subordinata all’onere, per la difesa, di formulare un’apposita richiesta *“in rapporto alla diversa qualificazione che contestualmente solleciti al giudice di definire”*.

Ciò, peraltro, non sembra porsi in contrasto con la previsione del limite temporale previsto dall’art. 464 *bis* comma 2 c.p.p., e ciò poiché esso, alla luce del coordinamento interno delle proposizioni normative, sembra trovare applicazione nei (soli) casi di cui al comma 1 della medesima disposizione, ossia a condizione che la richiesta di messa alla prova possa essere già presentata, ovvero sia che ci si trovi in uno dei casi previsti dall’art. 168 *bis* c.p., eventualità, questa, che dinanzi ad una contestazione di reato più grave non sussisterebbe.