

CHIARA BUFFON

Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico (indirizzo penalistico) – Università di Roma “Tor Vergata”

La gestione del rischio di un'imputazione incompleta

The regulation of the risk of an incomplete accusation

Prosegue il percorso di riallineamento costituzionale della disciplina codicistica delle nuove contestazioni dibattimentali. Con la sentenza n. 82 del 2019, la Corte costituzionale riconosce all'imputato la “rimessione in termini” per accedere al patteggiamento in relazione al reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria. La pronuncia comprova quanto significative possano essere le implicazioni che discendono dall'affermazione dell'inviolabilità del diritto di difesa in funzione dei riti alternativi.

The process of constitutional realignment of the codicistic discipline of the new controversial disputes continues. With sentence no. 82 of 2019, the Constitutional Court recognizes the “referral in terms” of the accused to access the plea agreement in relation to the competing crime that emerged during the trial phase. The pronouncement proves how significant the implications deriving from the assertion of the inviolability of the right of defense in relation to alternative rites can be.

PREMESSA

Con la sentenza n. 82 del 2019, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., 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 c.p.p., relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria e che forma oggetto di nuova contestazione.

La pronuncia rappresenta la tessera di un mosaico, ancora incompleto, ma ben definito nelle sue linee essenziali, protese a ridisegnare i rapporti tra iniziativa penale, dinamica cognitiva e accesso ai riti premiali¹.

Le sentenze additive che hanno interessato gli artt. 516 e 517 c.p.p. si succedono numerose nell'arco di ben venticinque anni, sviluppando il seguente *leitmotiv*: la possibilità di recuperare, alla luce di modifiche o integrazioni dell'accusa, l'opzione per un rito speciale restituisce effettività al diritto di difesa che, pertanto, prevale sulla logica deflattiva.

Si parla di tutela “avanzata”², definizione quanto mai eloquente, poiché idonea ad esprimere la progressione esistente tra gli strumenti di reazione che possono essere accordati al singolo: dal mero termine per la difesa, all'ammissione di nuove prove *ex art.* 519, commi 1 e 2, c.p.p., ai riti alternativi.

Le censure sono di volta in volta puntuali, in riferimento al modulo procedimentale richiesto e alla tipologia di contestazione, sin troppo secondo più voci della dottrina, contrarie all'approccio casistico adottato dai giudici di palazzo della Consulta. Alcuni si sarebbero aspettati maggiore coraggio nell'estendere gli effetti dell'incostituzionalità, in omaggio ad una disciplina omogenea e priva di vuoti di tutela³; altri si oppongono in radice ad un governo esclusivamente giurisprudenziale della materia⁴. Tut-

¹ In una sorta di dichiarazione programmatica, la Corte costituzionale afferma come gli approdi cui è giunta gradualmente, nel corso del tempo, «valgono ad esaurire, pro futuro, l'intera tematica».

² Così, F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 310; più di recente, G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, in *Cass. pen.*, 2017, XI, p. 3907 ss., nell'annotare Corte cost., 17 luglio 2017, n. 206, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 516 c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., 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 c.p.p. relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione.

³ P. Troisi, *Nuova contestazione “fisiologica” del fatto diverso e ammissibilità del patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2018, II, p. 518 ss., no-

tavia, il mancato utilizzo dell'illegittimità consequenziale è sintomo di prudenza e della persistente aspettativa di un intervento organico del legislatore⁵.

Intanto, nel caso di specie, si rileva la perdurante mancanza di una norma che consenta la "rimessione in termini" per formulare istanza di patteggiamento con riguardo a contestazioni suppletive di reato connesso ai sensi dell'art. 12, lett. b), c.p.p., quindi, in concorso formale o continuazione con l'addebito principale.

L'imputato è tratto in giudizio per illecita detenzione di arma comune da sparo ex artt. 2 e 7 l. 2 ottobre 1967, n. 895; nello specifico, di tre fucili. La perizia balistica evidenzia come uno di questi ultimi rechi matricola abrasa, e non meramente illeggibile, sicché il pubblico ministero procede a contestare, ai sensi dell'art. 517 c.p.p., anche i delitti di detenzione di arma clandestina e di ricettazione, ai sensi degli artt. 23, comma 3, l. 18 aprile 1975, n. 110 e 648 c.p.

Si tratta di una modifica "fisiologica", risultante dall'istruttoria dibattimentale, ossia all'esito della fase procedimentale deputata alla formazione della prova, secondo la "fisiologia" tendenzialmente accusatoria voluta dal codice: l'eventualità che dalla dialettica probatoria emergano elementi anche diversi da quelli alla base dell'imputazione originaria fa parte del gioco, giustifica la presenza stessa di una disciplina sulla modificabilità dell'accusa.

La *mutatio libelli* induce la difesa a chiedere la definizione del procedimento mediante applicazione della pena, cui il pubblico ministero non presta, però, il proprio consenso, spirati ormai i termini decadenziali di cui all'art. 446, comma 1, c.p.p.

Il giudice *a quo*, verificata la correttezza della qualificazione giuridica offerta dall'accusa, rileva come le nuove contestazioni fisiologiche di reato concorrente non consentano, allo stato, l'accoglimento della richiesta di parte⁶.

Viceversa, si rammenta come la facoltà di patteggiare la pena per il fatto diverso o per il reato concorrente ricorra, grazie all'intervento costituzionale n. 265/1994, quando l'interessato abbia tempestivamente e ritualmente proposto richiesta ex art. 444 c.p.p., in ordine al reato iniziale, ovvero in ipotesi di contestazione dibattimentale tardiva, concernente un fatto già risultante dagli atti di indagine al momento del rinvio a giudizio⁷. La contestazione si dice allora "patologica", in quanto frutto della condotta anomala o del ritardo del pubblico ministero.

I giudici della Consulta convengono nel ritenere la preclusione testé segnalata contrastante col diritto di difesa, nonché coi principi di eguaglianza e di ragionevolezza, in rapporto al diverso trattamento riservato ad eguali situazioni.

La soluzione era attesa e prevedibile, tant'è vero che per la Corte è sufficiente ripercorrere le numerose censure di illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p. perché il dispositivo si riveli, non solo scelta costituzionalmente obbligata, ma «epilogo manifesto», automatico.

In particolare, è fondamentale sviluppare due passaggi, successivi alla sopra citata sentenza del '94.

Innanzitutto, la rimessione in termini per il caso di contestazioni patologiche è riconosciuta, oltre che

ta a Corte cost., sent. 22 ottobre 2012, n. 237, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui on prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruttoria dibattimentale, che forma oggetto di nuova contestazione.

⁴In questo senso, in uno dei suoi ultimi contributi sul tema, F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi: necessitato protagonismo della Consulta e perdurante silenzio del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2018, IV, p. 1618 ss., nota a Corte cost., sent. 5 luglio 2018, n. 141, la quale ha dichiarato illegittimo l'art. 517 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., 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. Secondo l'Autore, infatti, la riscrittura dell'accesso ai riti alternativi dopo le nuove contestazioni costituisce un mutamento di paradigma significativo «quasi, un'autentica rivoluzione copernicana» che, pertanto, non spettava alla giurisprudenza costituzionale porre in essere.

⁵A rinvenire, tra le righe della sentenza costituzionale, l'auspicio per un'azione sistematica del legislatore è A. Lazzoni (*Contestazione di reato concorrente in corso di dibattimento e richiesta di applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p.*, in *Ilpenalista.it*, 24 maggio 2019), perché i giudici possano essere sollevati da ulteriori interventi "a macchia di leopardo"; «speranza vana, è lecito affermare, considerata la scarsa attenzione che l'attuale classe politica sembra prestare ai profili di legittimità costituzionale anche delle norme di nuovo conio». Già negli anni '90, la Corte costituzionale segnalava l'opinabilità di soluzioni in ordine all'innesto di riti premiali deflattivi in sede dibattimentale, non tanto per il patteggiamento, quanto per l'abbreviato, ritenendole, pertanto, riservate alla discrezionalità legislativa.

⁶Trib. Alessandria, ord. 25 ottobre 2017, iscritta al n. 3 del registro delle ordinanze, in *Gazz. Uff.*, n. 4, 2018.

⁷Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2884.

per il patteggiamento, anche ai fini dell'abbreviato, in ordine sia al fatto diverso o reato concorrente⁸, sia all'aggravante⁹. Fino al 2009, invece, la definizione del giudizio secondo i moduli tracciati dagli artt. 438 ss. c.p.p. appariva inconciliabile con la procedura dibattimentale.

In secondo luogo, cade la distinzione tra contestazioni fisiologiche e patologiche: si è pur sempre di fronte a sopravvenienze cui deve essere ricollegata la richiesta di riti premiali. Principio affermato in relazione alla scelta dell'abbreviato per il reato concorrente, prima¹⁰; per il fatto diverso, in un secondo momento¹¹; in seguito, anche in relazione al patteggiamento per il fatto diverso¹².

Era solo questione di tempo, dunque, perché venisse colmata la lacuna concernente la facoltà di patteggiare la pena del reato concorrente oggetto di nuova contestazione fisiologica.

LA MODIFICABILITÀ DELL'ACCUSA NELL'IMPIANTO CODICISTICO

Il formante giurisprudenziale d'interesse si destreggia con due temi, la fluidità dell'imputazione e le prerogative della difesa.

Da una parte, la fluidità dell'imputazione in dibattimento è imposta dalla nuova funzione che a tale fase è assegnata dal codice Vassalli.

Dall'altra, l'accento sulle prerogative della difesa farà emergere alcune dimenticanze dei codificatori.

Spesso, infatti, diritti e poteri difensivi rappresentano un metro di misura del grado di attuazione delle garanzie. Il loro rafforzamento connota quella che viene definita la "storia costituzionale della difesa"¹³, una storia scandita da progressive conquiste. Non ultima, l'attribuzione di sempre maggiori strumenti di reazione alle modifiche o all'ampliamento dell'accusa.

L'analisi deve, pertanto, procedere dall'impianto codicistico, così come concepito nel 1988, prima dell'intervento della Corte costituzionale.

L'imputazione altro non è che un giudizio ipotetico attorno ad un episodio storico e alla sua qualificazione giuridica, in quanto tale suscettibile di conferma, smentita o adeguamento¹⁴. Nello specifico, contiene, ai sensi dell'art. 417, comma 1, lett. b), c.p.p., l'enunciazione del fatto, in forma chiara e precisa, delle circostanze aggravanti, nonché l'indicazione degli articoli di legge violati¹⁵.

Nel codice abrogato, la formulazione dell'accusa fissava il nucleo irretrattabile del fatto che rimaneva modificabile, per i restanti aspetti, sino agli atti terminativi dell'istruzione, per poi cristallizzarsi in vista dell'apertura del dibattimento¹⁶.

⁸Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2521.

⁹Con riguardo alla nuova contestazione di circostanze aggravanti, ai fini della rimessione in termini per il patteggiamento, Corte cost., sent. 25 giugno 2014, n. 184; per il giudizio abbreviato, Corte cost., sent. 9 luglio 2015, n. 139.

¹⁰Corte cost., sent. 22 ottobre 2012, n. 237.

¹¹Corte cost., sent. 1 dicembre 2014, n. 273.

¹²Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206.

¹³L'espressione è di A. Scella, *Per una storia costituzionale del diritto di difesa: la Corte e le ambiguità del processo "misto"*, in G. Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 197 ss. L'Autore ripercorre le implicazioni più significative che i giudici costituzionali hanno tratto dalla generalissima affermazione dell'invulnerabilità del diritto di difesa, guardata nel suo aspetto dinamico.

¹⁴Per uno studio sul fatto processuale in chiave di logica e dogmatica del processo penale, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996. L'Autore segue le vicende della regiudicanda per tutto l'arco del procedimento, evidenziando, in particolare, i profili di novità rispetto al codice Rocco. Ancora, F. Cordero, *Procedura penale*, ed. VII, Milano, Giuffrè, 2001, p. 453, definisce l'imputazione quale «ipotesi storica variabile».

¹⁵Nonostante la possibilità che venga in prosieguo riformulata, l'imputazione non può descrivere il fatto in termini generici o indeterminati. Cass., sez. V, 14 ottobre 2016, n. 1382, in *CED Cass.*, n. 268872, «In caso di genericità o indeterminatezza del fatto descritto nel capo di imputazione, il giudice del dibattimento deve dichiarare la nullità del decreto che dispone il giudizio ai sensi dell'art. 429, comma secondo, cod. proc. pen. (o del decreto di citazione a giudizio, ai sensi dell'art. 552, comma secondo, dello stesso codice), senza alcuna previa sollecitazione, rivolta al pubblico ministero, ad integrare o precisare la contestazione, non essendo estensibile, alla fase dibattimentale, il meccanismo correttivo che consente al giudice dell'udienza preliminare di sollecitare il P.M. alle opportune precisazioni e integrazioni, indicandogli, con ordinanza interlocutoria, gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche alla base del rilevato difetto dell'imputazione». A ben vedere, in ordine alla necessità o meno di rivolgere una previa sollecitazione al pubblico ministero, vi è attualmente un contrasto giurisprudenziale; *ex multis*, per la soluzione positiva, Cass., sez. VI, 31 maggio 2016, n. 27961, in *CED Cass.*, n. 267388.

¹⁶Nel vecchio regime, l'accusa non era riformulabile in dibattimento, salve le contestazioni suppletive ammesse dall'art. 445

Lo scenario cambia con la riforma che scommette sulla portata euristica della dialettica probatoria¹⁷. Ora, è proprio il dibattimento la sede naturale per definire gli esatti contorni della *res iudicanda*, attraverso la formazione della prova.

Le variazioni di note fattuali possono evidenziare l'erroneità o l'incompletezza dell'imputazione originaria. Gli artt. 516 ss. c.p.p. tengono conto, come chiarito dal progetto preliminare del 1978, di un triplice ordine di considerazioni: evitare la retrocessione del processo a fasi o stati antecedenti; non appesantire l'indagine dibattimentale tramite l'introduzione di nuovi temi di decisione, salvo sia indispensabile o vantaggiosa per l'inscindibilità delle questioni; garantire adeguati spazi di intervento all'imputato¹⁸.

Gli interessi da contemperare sono, da una parte, quello dello Stato alla pronta repressione penale e all'economia processuale; dall'altra, del cittadino a che il nastro del procedimento possa essere riavvolto in modo da apprestare una migliore difesa.

Ne discende la stretta correlazione tra fisionomia dell'azione penale e strategia difensiva anche negli atti contestativi successivi a quello introduttivo, correlazione capace di proiettarsi sull'oggetto della pronuncia giurisdizionale.

Nel dettaglio, l'art. 516 c.p.p. riguarda l'ipotesi in cui, nel corso del dibattimento, l'oggetto del processo risulti diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio e conferisce al pubblico ministero un potere di contestazione autonomo.

La diversità attiene alla descrizione del fatto, alla sua compiuta rappresentazione storica, non alla struttura fondante. Il discrimine tra "diverso" e "altro", in mancanza di criteri normativi, dipende da un giudizio di incompatibilità tra l'enunciato contenuto nel decreto che dispone il giudizio e quello risultante dagli esiti istruttori. In altre parole, si è in presenza di un "fatto altro", e non di diversa descrizione dello stesso fatto, ogni qualvolta i due enunciati possano in astratto dar corpo a due imputazioni tra loro compatibili, perciò cumulabili, a carico della stessa persona¹⁹.

L'art. 517 c.p.p. consente l'ampliamento dell'accusa mediante le contestazioni suppletive di reati connessi ai sensi dell'art. 12, comma 1, lett. b), c.p.p.²⁰ o circostanze aggravanti.

In entrambi i casi, sull'operato del pubblico ministero, resta il controllo *a posteriori* del giudice che dovrà verificare, fra l'altro, la propria competenza²¹.

Infine, l'art. 518 c.p.p. dispone che, all'emergere di un fatto nuovo, procedibile d'ufficio, l'organo requirente proceda nelle forme ordinarie di esercizio dell'azione penale, salvo ne richieda la contestazione nella medesima udienza, se vi è consenso dell'imputato e autorizzazione del presidente. Per fatto nuovo si intende un accadimento naturalisticamente e giuridicamente autonomo, capace di affiancarsi

su aggravanti e reati concorrenti; quando il fatto apparisse diverso dai termini in cui figurava nell'imputazione, un'ordinanza *ex art. 477* trasmetteva gli atti al pubblico ministero affinché agisse *ex novo*.

¹⁷ Come notato da L. Giuliani, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 1131, il principio di cristallizzazione dell'accusa «sarebbe evidentemente inadeguato in un processo che fa delle indagini preliminari una fase di raccolta di elementi, che possono risultare sufficienti per il rinvio a giudizio, ma che solo in giudizio acquistano consistenza probatoria».

¹⁸ Cfr. G. Conso-V. Grevi-G. Neppi Modena, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, Cedam, 1989, p. 1145-1146.

¹⁹ A favore dell'utilizzo del giudizio di incompatibilità, in tema di varianti ed identità del fatto, F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 454 «evocano fatti diversi le figure storiche pensabili come accusa plurima e sincrona alla stessa persona (...). Ipotesi incompatibili, invece, configurano descrizioni diverse del medesimo fatto».

²⁰ Il progetto preliminare del 1978 limitava la contestazione dibattimentale del reato concorrente al solo caso del concorso formale di reati. Tuttavia, l'art. 12, lett. b), c.p.p., in tema di competenza per connessione, guardava non soltanto all'ipotesi di persona imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione, ma anche a quella di persona imputata di più reati commessi «con più azioni od omissioni in unità di tempo e di luogo». Come evidenziato da T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 37, il criterio da ultimo considerato non rimandava, ai fini dell'accrescimento dell'accusa, al nesso teleologico consequenziale di matrice penalistica, ma ad uno più visibile, di stretta contiguità storica. Fu il d.l. 20 novembre 1991, n. 367, conv. in l. 20 gennaio 1991, n. 8, a sostituire la citata lett. b) in modo che richiamasse concorso formale e reato continuato.

²¹ Quello attribuito al pubblico ministero è un vero e proprio potere, non una richiesta (come invece prevedeva la legge delega al codice: «attesa l'attribuzione al pubblico ministero, nel vigente sistema processuale, del ruolo di "dominus" esclusivo dell'azione penale, il giudice del dibattimento non può esercitare alcun sindacato preventivo sull'ammissibilità di contestazioni modificative (fatto diverso) o aggiuntive (fatto nuovo), effettuate ai sensi degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. (...)», cfr. Cass., sez. VI, 13 luglio 1995, n. 3063, in *CED Cass.*, n. 202982.

al reato già contestato, idoneo, quindi, ad instaurare un procedimento distinto e parallelo rispetto a quello in atto²².

Invero, può accadere che le modifiche sopravvenute siano tanto radicali che il fatto nuovo non si aggiunga, ma sostituisca il precedente. Siffatta eventualità permette di distinguere i casi considerati dagli artt. 516 e 518 c.p.p., a seconda che ci si trovi dinanzi ad episodi riconoscibili o meno nell'imputazione originaria²³.

Alla mutata dimensione dell'oggetto del contendere, fa da contraltare la possibilità di chiedere un termine per la difesa o l'ammissione di nuove prove.

I ritocchi apportati dalla Corte costituzionale ai diritti dell'imputato partono da lontano.

L'art. 446 c.p.p. abr. prevedeva che il presidente del collegio o il pretore, in caso di contestazione suppletiva di reato concorrente, informasse l'imputato della facoltà di chiedere un termine non maggiore di cinque giorni. Con la sentenza del 29 gennaio 1971, n. 11, viene dichiarata l'incostituzionalità della disposizione nella parte in non prevedeva un margine di tempo più ampio, funzionale alla preparazione di un'adeguata difesa. Della censura prenderà atto l'art. 519 c.p.p. che, infatti, contempla un termine non inferiore a quello stabilito per la comparizione *ex art.* 429 c.p.p.

Quanto alle richieste probatorie, il comma 2 dell'art. 519 c.p.p., nella versione originaria, le subordinava al requisito dell'assoluta necessità, richiesto per le nuove prove di cui all'art. 507 c.p.p. La limitazione appariva irrazionale: il Giudice delle leggi, con sentenza del 3 giugno 1992, n. 241 dichiara l'illegittimità del rinvio all'art. 507 c.p.p., accordando piena espansione ai poteri probatori, secondo i parametri previsti dall'art. 190 c.p.p.

Termine e diritto alla prova sono presupposti essenziali perché l'esplicarsi del contraddittorio sull'accusa rettificata possa dirsi paritario. Le prerogative della difesa si canalizzano nel contraddittorio e la pienezza di questo è anche garanzia di quelle.

IL MOMENTO DI CRISI: IL POTERE DI CONTESTAZIONE TARDIVA DEL P.M.

Si dice che lo scontro tra la meccanica introduttiva dei riti speciali e il realizzarsi di fattispecie modificative dell'atto imputativo fosse intuibile²⁴.

Eppure, per lungo tempo, la Corte costituzionale ha ritenuto legittimo e non lesivo degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., il regime normativo che subordina l'accesso ai procedimenti differenziati a termini perentori, ormai decorsi in dibattimento, e che non ne ammette la richiesta ad accusa riformulata o ampliata.

Il recupero dei riti in esame è ancora lontano dal rientrare nel novero dei diritti di reazione di cui all'art. 519 c.p.p.²⁵. Trapela tutt'altra idea di fondo: di avere a che fare con strumenti di deflazione, piuttosto che con diritti²⁶.

Le argomentazioni della Corte, infatti, si concentrano attorno a due postulati: l'indissolubilità del bi-

²² Cfr. Cass., sez. VI, 16 luglio 2002, n. 40449, in *CED Cass.*, n. 223230; conf. Cass., sez. V, 3 luglio 2015, n. 2295, in *CED Cass.* n. 266019.

²³ La distinzione è di G. Riccio, *Fatti "nuovi" e fatti "diversi" nel regime delle contestazioni suppletive*, in *Dir. giust.*, 2004, XIII, p. 63. In giurisprudenza, per il discrimine tra artt. 516 e 518 c.p.p., Cass., sez. II, 10 febbraio 2012, n. 18868, in *CED Cass.*, n. 252822, «per "fatto diverso" deve intendersi non solo un fatto storico che integri una diversa imputazione restando invariato, ma anche un fatto che abbia connotati materiali difformi da quelli descritti nel decreto che dispone il giudizio, mentre la locuzione "fatto nuovo" concerne un accadimento del tutto difforme per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento ovvero del tutto diverso da quello contestato».

²⁴ Commento di L. Suraci, *Nuove contestazioni*, in G. Spangher (a cura di), *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, IV, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2008, p. 478; condiviso da M. D'Aiuto, *Fatto diverso e giudizio abbreviato: verso una nuova forma di rito premiale?*, in *PPG*, 2015, III.

²⁵ Parla di dimensione "reattiva" del diritto di difesa rispetto alle determinazioni del pubblico ministero, F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2012, p. 2, nota a Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 237.

²⁶ Suggerimento colta da P. Troisi, *Nuove contestazioni e riti alternativi: il lento percorso di adeguamento della disciplina codicistica ai principi costituzionali*, in *Arch. pen.*, 2015, III, p. 6 «tali osservazioni denotavano, chiaramente, la mancanza di un'adeguata riflessione sulla natura dei riti alternativi – non ancora valorizzati, in giurisprudenza, come espressione del diritto di difesa».

nomio deflazione/premialità e la prevedibilità delle nuove contestazioni.

Tanto l'applicazione di pena su richiesta delle parti, quanto il giudizio abbreviato rappresentano deviazioni rispetto al modello di procedimento ordinario: puntano a definirlo anticipatamente, aggirando meccanismi di formazione della prova complessi e lunghi perché particolarmente garantiti. Vi è, quindi, un sacrificio dell'imputato che, però, il legislatore incentiva e compensa mediante la riduzione della pena.

Logica vuole che, affinché la deflazione si realizzi, le relative domande siano avanzate prima dell'apertura della fase che si vuole risparmiare.

Non c'è dubbio che, come per l'accertamento contratto, anche la scelta a favore del dibattimento presenti dei rischi. Tra questi sono annoverabili le modifiche dell'addebito, evenienza non infrequente nell'attuale sistema accusatorio.

La conclusione è la seguente. A processo avviato, la restituzione dei termini avrebbe quale unico risultato la concessione di vantaggi, ma questi non sarebbero più giustificati: né in ragione dello scopo, divenuto impossibile, di eliminare il dibattimento, né della scelta fatta dall'imputato²⁷.

I giudici di volta in volta rimettenti percepiscono l'ingiustizia di una modifica dell'accusa che non si accompagna alla possibilità di rivalutare a pieno le scelte difensive. Si arriva a denunciare una «logica intrinsecamente accusatoria, per la quale chi è imputato di un reato deve, per evitare i rischi delle nuove contestazioni e per usufruire del beneficio dei riti speciali, confessare l'esistenza di tutte le circostanze aggravanti e di tutti i reati concorrenti»²⁸.

Ma la Consulta deve ragionare in termini di scelte costituzionalmente obbligate, e il sistema costruito dal legislatore non sembrava imporre censure. Il rito speciale è una *chance* temporalmente limitata. Lo sconto di pena, un corrispettivo. Una volta persa la prima, l'*iter* è quello ordinario e in esso le nuove contestazioni sono eventualità fisiologica dell'indagine dibattimentale. Se l'imputato non coglie subito l'occasione, sa a cosa va incontro.

A rompere gli equilibri è la prassi giurisprudenziale sulle nuove contestazioni patologiche, avallata dalle Sezioni Unite nel 1998²⁹. Tramite un'interpretazione *praeter legem* degli artt. 516-517 c.p.p., si riconosce al pubblico ministero il potere di riformulare l'imputazione *in limine litis*, prima dell'apertura del dibattimento, sulla scorta di elementi già acquisiti nelle indagini preliminari. Si tratta di modifiche tardive, dirette non già ad adeguare l'accusa alle risultanze istruttorie, ma a correggere errori od omissioni dovuti a sviste, dimenticanze.

Siffatta possibilità interferisce coi principi del contraddittorio e della parità tra le parti perché consente all'inquirente di eludere l'obbligo funzionale della *discovery*: gli permette di sottrarre materiale investigativo all'udienza preliminare, producendolo direttamente in dibattimento³⁰.

Oltretutto, il formante giurisprudenziale contrario alle nuove contestazioni patologiche, al fine di escluderle, faceva leva proprio sull'esistenza di preclusioni temporali per l'adozione dei riti differenziati, opportunità posta nel nulla ove si ammettessero variazioni fondate su fatti già noti³¹.

²⁷ Corte cost., ord. 4 maggio 1992, n. 213, in *Giur. cost.*, 1992, III, p. 1743-1746, la quale dichiarava «la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale degli artt. 446, 516 e 519 c.p.p., come richiamati per il procedimento pretorile dagli artt. 563 e 567 dello stesso codice, nella parte in cui non prevedono, in caso di modifica dell'imputazione nel corso dell'istruttoria dibattimentale, la possibilità per l'imputato di richiedere l'applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p., in riferimento agli artt. 3, comma 1, 24, comma 2, e 27, comma 3, Cost., sollevata dal Pretore di Treviso con l'ordinanza in epigrafe». In precedenza, Corte cost., sentt. nn. 277 e 593 del 1990; ordd. nn. 355 e 421 del 1990.

²⁸ Si legge in Corte cost., sent. 12 dicembre 1990, n. 593. Il pretore di Massa riteneva incostituzionale la disciplina delle contestazioni suppletive nella parte in cui non consentono di rimettere in termini le parti per la richiesta dell'adozione di un rito abbreviato o comunque di un rito speciale «la preclusione esistente al riguardo violerebbe il diritto di difesa, che a suo avviso include la garanzia della lealtà e correttezza nell'esercizio dell'azione penale. Sotto questo profilo, non dovrebbe consentirsi al P.M. di integrare o modificare l'accusa dopo che l'imputato non è più in grado di determinare le sue scelte difensive».

²⁹ A comporre il contrasto giurisprudenziale sull'ammissibilità delle contestazioni patologiche è Cass., sez. un., 28 ottobre 1998, n. 4, in *CED Cass.* n. 212757 «In tema di nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. e la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante di cui all'art. 517 c.p.p. possono essere effettuate dopo l'avvenuta apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruzione dibattimentale, e dunque anche sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari».

³⁰ Cass., sez. IV, 28 maggio 1993, n. 8959, in *Cass. pen.*, 1995, p. 308.

³¹ Cass., sez. VI, 23 maggio 2000, n. 6251, in *CED Cass.*, n. 216313.

La distonia del sistema era evidente e conduce al *revirement* costituzionale favorevole alla rimessione in termini, *in primis* per la richiesta di applicazione della pena³².

La preclusione è legittima se risultante dalla determinazione libera e consapevole in ordine al rito, previo calcolo dei rischi prevedibili e connessi all'una o all'altra sequenza procedimentale.

La contestazione frutto di una condotta anomala del pubblico ministero non è prevedibile, perché non fa parte dell'andamento fisiologico del processo. Non c'è né inerzia né rischio liberamente assunto che consenta di far ricadere sull'imputato le conseguenze negative della mancata instaurazione del rito differenziato.

Poiché l'errore nell'individuazione del fatto e del titolo di reato dipende dalla negligenza della parte pubblica, ove tollerata, è bilanciata dalla rinnovata pienezza del ventaglio di opzioni della difesa³³.

Una diversa soluzione violerebbe l'art. 3 Cost, venendo l'imputato irragionevolmente discriminato in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione discrezionale delle risultanze delle indagini preliminari, operata dal *dominus* dell'azione penale.

In definitiva, la chiave interpretativa della decisione è quella di non far gravare sull'imputato le conseguenze di situazioni processuali a lui non addebitabili³⁴.

Il principio è affermato con riguardo al patteggiamento che permette, non solo di definire il merito del processo al di fuori e prima del dibattimento, ma di stabilire il contenuto della decisione, il che non può avvenire se non in riferimento ad una ben delineata fattispecie.

Qui si rinviene il punto focale della decisione: valorizzare l'accesso ai riti premiali quale espressione qualificata del diritto di difesa.

IL PUNTO DI EQUILIBRIO: I RITI SPECIALI COME DIRITTI DI DIFESA

Nel giro di un anno, la Corte costituzionale elimina anche la preclusione temporale per proporre domanda di oblazione relativamente al reato concorrente e, per illegittimità consequenziale, al fatto diverso contestato in dibattimento. Non solo. Il parametro della prevedibilità della modifica fisiologica viene del tutto abbandonato³⁵.

Con riguardo al giudizio abbreviato, sarà necessario attendere quindici anni e plurime ordinanze di inammissibilità³⁶.

Mentre l'applicazione della pena su richiesta delle parti ha effetti di immediata definizione del processo, donde l'assenza di ostacoli a una sua collocazione in corso di dibattimento, l'abbreviato si realizza attraverso una vera e propria procedura incompatibile con l'innesto in tale fase³⁷.

Tuttavia, le considerazioni svolte dovevano essere riviste alla luce delle novità apportate dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, la quale svincola il rito dai presupposti della definibilità del processo allo stato

³² Corte cost., sent. 22 giugno 1994, n. 265.

³³ Secondo l'interpretazione di G. Leo, *Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015, dalle parole della Corte emergono note di perplessità in ordine all'ammissibilità, sancita dal diritto vivente, di contestazioni suppletive tardive. Ciononostante, maturò la scelta di non contrapporsi agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità maggioritaria.

³⁴ A. A. Arru, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in L. Filippi (a cura di), *Procedimenti speciali*, t. I, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, IV, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2008, p. 32.

³⁵ Corte cost., sent. 1995, n. 530, la quale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p. per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. nella parte in cui non prevedono la facoltà di proporre domanda di oblazione in relazione al fatto diverso e al reato concorrente contestati in dibattimento. La declaratoria è stata successivamente recepita dal legislatore con l'art. 53 l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Carotti) inserendo il comma 4-bis all'art. 141 disp. att. c.p.p. «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. Il giudice, se accoglie la domanda fissa un termine non superiore a dieci giorni, per il pagamento della somma dovuta. Se il pagamento avviene nel termine il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato».

³⁶ Corte cost., sent. 14 dicembre 2009, n. 333, la quale dichiara l'illegittimità degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato 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 di esercizio dell'azione penale.

³⁷ Corte cost., sentt. nn. 265 del 1994 e 129 del 2003.

degli atti e del consenso del pubblico ministero, e introduce meccanismi di integrazione probatoria³⁸.

L'inconciliabilità col dibattimento sfuma. La Consulta ammette la richiesta di cui all'art. 438 c.p.p. in riferimento alle contestazioni patologiche, sottolineando i persistenti effetti di economia processuale, seppur attenuati. Il giudice deciderà sulla nuova imputazione evitando i supplementi di istruzione di cui all'art. 519 c.p.p.³⁹

La soluzione non contrasterebbe con l'orientamento costante della Cassazione a mente del quale le richieste di giudizio abbreviato "parziali", effettuate cioè con riguardo ad alcune soltanto delle imputazioni cumulativamente formulate, sono inammissibili. Il principio di diritto attiene, infatti, alle istanze tempestive⁴⁰.

A ciò si aggiunga che l'ordinamento processuale ha già conosciuto fattispecie di richiesta di abbreviato di fronte al giudice dibattimentale, sebbene a livello di disciplina transitoria⁴¹.

Conferire ai riti speciali la natura, la dignità di diritti di difesa ha, dunque, notevoli implicazioni.

Da un lato, vengono meno le differenze tra i singoli riti; dall'altro, tramonta la distinzione tra contestazioni patologiche e fisiologiche, fondata su un criterio debole, la prevedibilità della dell'*emendatio libelli*.

Merito di un *overruling* aver ricollegato anche alle seconde il ripristino del diritto di scegliere il rito alternativo⁴².

A far cadere la prevedibilità concorrono sia debolezze intrinseche che altri fattori.

Per un ventennio, valse la seguente logica. In ipotesi di modifica tardiva, assicurare il ripristino dei termini scongiura l'eventualità che la manipolazione dell'accusa maliziosa o negligente vanifichi il diritto di optare per la definizione anticipata del processo. Qualora, invece, non possa essere mosso alcun rimprovero alla parte pubblica, non sorge l'esigenza di riequilibrare i poteri delle parti, in un contesto garantito quale il dibattimento.

I rilievi critici, invece, vertono sulla difficoltà di fissare un confine tra uso e abuso dei poteri d'accusa⁴³ e sulla collisione con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. La capacità di prevedere le modifiche dell'addebito è assunto di stampo inquisitorio, in quanto l'imputato viene considerato il solo depositario della verità fattuale, quando, al contrario, dovrebbe ritenersi estraneo alla vicenda⁴⁴.

Soprattutto, la prevedibilità non appare criterio idoneo a giustificare un diverso e meno favorevole trattamento rispetto alle variazioni patologiche. Il diritto di difesa è posto in crisi più dalle modifiche conseguenti a novità probatorie emerse *ex abrupto* in dibattimento, che non da quelle basate su elementi già acquisiti in corso di indagini preliminari. Nella seconda ipotesi, grazie al deposito degli atti che precede l'esercizio dell'azione penale, l'imputato è in grado di conoscere e valutare le fonti di un incremento dell'imputazione, anticipandosene l'eventualità.

La chiave di volta è offerta dall'art. 441-bis, comma 4, c.p.p., introdotto con l'art. 1, l. 5 giugno 2000, n. 144, laddove consente all'imputato di chiedere che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie, in caso di modifica dell'imputazione nel corso dell'abbreviato. Se ne può ricavare l'indirizzo di sistema per cui la decisione sul rito permane fino a quando resti immutato l'addebito⁴⁵.

³⁸ In merito alla metamorfosi del giudizio abbreviato, dalla riforma del 1999 alla l. n. 103/2017, D. Vigoni, *La richiesta di giudizio abbreviato: tipologie e sviluppi del procedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, IV, p. 1926 ss.

³⁹ G. Marino, *Nuove contestazioni fisiologiche: l'esclusione del patteggiamento è incostituzionale*, in *Dir. giust.*, 2017, p. 22. Anche rispetto al patteggiamento, la Consulta (sent., 17 luglio 2017, n. 206), nell'ammettere il recupero del termine in caso di contestazione dibattimentale fisiologica, ha sottolineato il permanere dell'effetto di economia processuale, se pur attenuato: da un lato, consente al giudice di verificare l'esistenza delle condizioni per l'applicazione della pena senza alcuna attività istruttoria; dall'altro, esclude l'appello e circoscrive i casi di ricorso per cassazione.

⁴⁰ Cfr. Cass., sez. I, 19 novembre 1999, n. 380, in *CED Cass.*, n. 215138.

⁴¹ Art. 223 d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, recante «Norme in materia di istituzione del giudice di primo grado»; art. 4-ter d.l. 7 aprile 2000, n. 82, recante «Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato, convertito con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2000, n. 144».

⁴² Corte cost., sent. 22 ottobre 2012, n. 237, la quale dichiara l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di chiedere il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione probatoria.

⁴³ T. Rafaraci, *L'assestamento tardivo degli addebiti contestati*, in *Dir. proc. pen.*, 1997, p. 331.

⁴⁴ F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., p. 5.

⁴⁵ Ravvisa nella disposizione indicata un «indirizzo di sistema», M. Caianello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4963, commento a Corte cost., sent. n. 333/2009.

In virtù della novella, i giudici possono ricondurre ad un proposito del legislatore la revisione del rapporto tra poteri di iniziativa del pubblico ministero e di reazione dell'imputato. In particolare, che al variare degli addebiti possa variare la scelta difensiva circa il rito è divenuta la regola⁴⁶.

PROSPETTIVE

Il potenziale degli approdi costituzionali è altissimo e suggerisce all'interprete numerose altre combinazioni di modifiche dell'imputazione e prerogative della difesa. La stagione delle illegittimità è tutt'altro che conclusa⁴⁷.

Che siano nuove contestazioni fisiologiche o patologiche, che abbiano ad oggetto fatto diverso, reato concorrente o circostanza aggravante, ai fini di una rimessione in termini, patteggiamento e giudizio abbreviato sono equiparati.

Medesimo discorso è stato avviato con riguardo all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. Al momento, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., per contrasto con gli artt. 3 e 24, comma 2, Cost., 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 messa alla prova⁴⁸.

Anch'essa, infatti, rappresenta estrinsecazione del diritto di difesa ed è annoverabile tra i riti premiali. I suoi effetti sono ancor più favorevoli, posto che l'esito positivo della *probation* determina l'estinzione del reato, e ha rilevanti finalità di rieducazione e di recupero sociale⁴⁹.

L'assimilazione è, inoltre, confermata dalla sentenza costituzionale n. 201/2016, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 460, comma 1, lett. e), c.p.p., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione con messa alla prova⁵⁰.

Analoghe aperture si prospettano con riguardo alla fattispecie estintiva del reato di cui all'art. 162-ter c.p., connessa all'esperimento di condotte riparatorie.

Non si tratta di un procedimento speciale, ma ne possiede movenze tipiche e finalità⁵¹: sussiste un termine massimo per la proposizione dell'istanza, consistente nell'apertura del dibattimento; dall'altra, manca un coordinamento espresso con la disciplina delle modifiche dibattimentali dell'accusa.

A livello interpretativo, soccorre la clausola di salvaguardia del comma 2, art. 162-ter c.p. che consente all'imputato di chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine per provvedere al pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento «quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile». La disposizione chiama in causa il concetto di responsabilità dell'imputato, cui facilmente è riconducibile l'ipotesi di contestazioni tardive. D'altronde, nella responsabilità non trovano più spazio le conseguenze negative derivanti da un rischio prevedibile, sicché il recupero dibattimentale del meccanismo di estinzione potrebbe estendersi alle variazioni fisiologiche.

⁴⁶ Sul capovolgimento dei rapporti tra regole ed eccezioni in tema di flessibilità dell'imputazione, M. D'Agnolo, *Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale*, in PPG, 2013, III, p. 96 ss.

⁴⁷ Cfr. G. Illuminati, *Giudizio*, in G. Conso – V. Grevi – M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2016, p. 753.

⁴⁸ Corte cost., sent. 5 luglio 2018, n. 141, con nota di O. Murro, *Modifica dell'imputazione e incostituzionalità dell'art. 517 in relazione alla facoltà di richiedere la messa alla prova*, in *Ilpenalista.it*, 31 agosto 2018. L'Autrice mette in luce come l'istituto della messa alla prova, nonostante la sua breve vita, abbia interessato plurime volte sia i giudici della Consulta che di legittimità a riprova del fatto che il dato normativo fosse ricco di lacune e criticità.

⁴⁹ Rilevi di P. Troisi, *Nuova contestazione "fisiologica" del fatto diverso e ammissibilità del patteggiamento*, cit., p. 12, contestuali alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza con cui il Tribunale di Salerno ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, contestata nel corso del giudizio dibattimentale una circostanza aggravante fondata su elementi già risultanti dagli atti di indagine, l'imputato abbia facoltà di richiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova, relativamente al reato oggetto di nuova contestazione.

⁵⁰ Per tale conclusione, G. L. Gatta, *Decreto penale di condanna: la Corte cost. parifica la sospensione del procedimento con messa alla prova ai riti speciali, ai fini dell'avviso ex art. 460, co. 2, lett. e) c.p.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24 luglio 2016, nota a Corte cost., sent. 21 luglio 2016, n. 201.

⁵¹ A parere di G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit., p. 8, non sarebbe azzardato discutere di un istituto ibrido rispetto ai riti differenziati.

Una battuta conclusiva dedicata al fatto nuovo di cui all'art. 518 c.p.p.

A riguardo, non sussistono profili di violazione del diritto di difesa o del principio di eguaglianza poiché l'imputato, col proprio consenso, è arbitro di far iniziare il procedimento nelle forme ordinarie, così da fruire dei riti premiali, o di rinunciarvi accettando la nuova contestazione⁵². Un'alternativa secca che non pone problemi di legittimità costituzionale, semmai di opportunità politica normativa: *de iure condendo*, potrebbe essere superata, ammettendo una definizione anticipata per il fatto nuovo a procedimento già avviato, senza aprirne un altro. Il risultato sarebbe il medesimo e garantirebbe, altresì, la ragionevole durata del processo⁵³.

EMENDATIO IURIS, UN TEMA DALLA SCORZA DURA

Un orizzonte non lontano è la riqualificazione giudiziale.

Modifica dell'imputazione ex artt. 516 e 517 c.p.p. e diversa qualificazione giuridica del fatto ex art. 521 c.p.p. sono proiezioni del principio generale di correlazione tra accusa e sentenza⁵⁴. La disciplina della prima assicura la correlazione sotto il profilo dei rapporti tra azione e contraddittorio: in essa si estrinseca la garanzia dei diritti alla contestazione dell'accusa e alla difesa per la determinazione della *res iudicanda*, rispetto a cui il giudice rimane estraneo. La disciplina della seconda assicura la correlazione sotto il profilo del *nomen iuris* e dei poteri decisorii del giudice; l'art. 521 c.p.p. è, infatti, rubricato «correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza».

Il discrimine sta nell'origine causale della *emendatio*: per le nuove contestazioni rileva una sopravvenienza legata alle componenti storiche dell'accusa.

Sulla scorta dell'evoluzione giurisprudenziale esposta, è lecito chiedersi se sia ammissibile una remissione in termini per i riti premiali quando a ridefinire il titolo di reato sia il giudice.

È tuttora ragionevole continuare a distinguere il regime di questa rispetto a quello scolpito per le nuove contestazioni dibattimentali, ai fini di una tutela avanzata del diritto di difesa?

La questione è stata affrontata sia dalla Cassazione, in relazione al rapporto tra derubricazione giudiziale e recupero dell'oblazione, sia, più di recente, dalla Corte di Lussemburgo, con esiti "conservatori".

Nella giurisprudenza di legittimità, si discuteva in ordine all'ipotesi di riqualificazione del fatto in reato oblabile: questa, per essere avvenuta in sentenza e su iniziativa del giudice, non su impulso dell'accusa in udienza, privava l'imputato dell'opzione per il rito speciale e del relativo premio.

Nel 2006, il contrasto fu risolto nel senso che il ripristino del rito sia impraticabile, a meno che l'imputato stesso non si premuri di chiedere nei termini l'oblazione, ipotizzando la futura derubricazione del reato. Solo l'omessa o l'erronea pronuncia del giudice sul punto consente un recupero nei successivi gradi di giudizio, mediante impugnazione del provvedimento e accoglimento in appello dell'istanza⁵⁵.

Le Sezioni Unite sono state nuovamente coinvolte in ragione del formante europeo, nel frattempo intervenuto, in materia di riqualificazione giuridica del fatto⁵⁶. Nel contesto sovranazionale, il diritto all'informazione sull'accusa di cui all'art. 6, par. 3, lett. a), Cedu, investe sia fatti materiali che inquadramento legale, sicché le garanzie dell'equo processo si estendono al mutamento del *nomen iuris*.

Ne discende che ogni forma di *ius variandi* esige un contraddittorio preventivo delle parti, senza che

⁵² Corte cost., sent. 23 maggio 1997, n. 146, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1604 ss.

⁵³ Proposta di G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*, cit. p. 9.

⁵⁴ Su declinazioni e implicazioni del principio, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit. p. 291 ss.

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, in *CED Cass.*, n. 233029 «Nel caso in cui l'imputato, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, abbia presentato istanza di oblazione subordinata ad una diversa e più favorevole qualificazione giuridica del fatto, dalla quale discenda la possibilità di essere ammesso all'oblazione stessa, il giudice, se effettivamente procede alla modifica, deve attivare il meccanismo di cui all'art. 141, comma quarto bis, cod. proc. pen., anche all'esito dell'istruttoria dibattimentale; nel caso in cui ometta di pronunciarsi sull'istanza o si pronunci applicando erroneamente la legge penale, tale omissione o errore potrà essere fatta valere in appello, attraverso il meccanismo di cui all'art. 604, comma settimo, cod. proc. pen., ovvero, in caso di sentenza inappellabile, con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, comma primo lett. c), cod. proc. pen.»

⁵⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1646 ss.

rilevino differenze in ordine all'oggetto (fatto o diritto) o all'autore (p.m. o giudice) della modifica.

Tuttavia, le condanne indirizzate all'Italia non valgono a far cambiare idea alla Corte di cassazione che conferma l'onere di sollecitazione a carico dell'imputato, mediante presentazione espressa di domanda di oblazione. La necessità di informare la difesa scatterebbe solo a fronte di *emendatio iuris* peggiorativa⁵⁷.

La soluzione non convince almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, i giudici europei censurano il pregiudizio arrecato alla difesa dalla riqualificazione in sé, in difetto di contributo dialettico delle parti, senza distinguere gli effetti *in melius* o *in peius*. In secondo luogo, l'onere difensivo di interlocuzione era giustificabile in passato, alla luce del principio di auto-responsabilità di accusa e difesa, accolto dal codice Vassalli con l'adozione dell'*adversary system*, ormai superato grazie alla giurisprudenza costituzionale⁵⁸.

La mutata percezione del tema è testimoniata, altresì, da un interessante rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea: se la direttiva 2012/13/UE e l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni processuali di uno Stato membro per le quali, di fronte alla modifica dell'imputazione, le garanzie difensive vengano assicurate in termini sensibilmente diversi a seconda che si versi nel mutamento del fatto ovvero in quello della qualificazione giuridica⁵⁹. Nel caso di specie, si evidenzia come solo nel primo caso l'imputato possa accedere all'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*

Il quesito, in realtà, muove da un'*impasse* procedurale perché l'accusa disattende la prospettazione circa un mutamento di fatto, neutralizzando l'aspettativa dell'imputato di accedere al rito premiale⁶⁰. Lo stallo verificatosi nel giudizio *a quo* è chiaro indicatore dell'irragionevolezza del sistema⁶¹.

Il potere giudiziale in esame è espressione del principio *iura novit curia*. La dottrina ritiene che a giustificare il brocardo rimanga un'opzione di tipo politico. Ove il giudice, rilevata l'errata qualificazione, non possa che prosciogliere l'imputato, si giungerebbe ad una sentenza suscettibile di divenire irrevocabile, preclusiva di una seconda azione penale sullo stesso fatto. La scelta del legislatore è, pertanto, quella di un sistema che corregge al proprio interno gli errori riguardanti la conformazione del suo oggetto⁶².

Considerato che siffatta esigenza sorregge anche il potere di modifica dell'imputazione esercitato dal pubblico ministero, il *restyling* costituzionale delle nuove contestazioni dibattimentali dovrebbe indurre ripensamenti anche in relazione all'art. 521 c.p.p.

Ciononostante, i giudici di Lussemburgo salvano la legge italiana⁶³.

La suddetta direttiva, all'art. 1, stabilisce il diritto all'informazione delle persone indagate o imputate sui diritti di cui godono nel procedimento penale e sull'accusa elevata a loro carico, la quale, per giurisprudenza consolidata, deve essere precisa e completa anche sotto il profilo della definizione giuridica.

Viceversa, le modalità con cui la comunicazione deve avvenire non sono predeterminate: è sufficiente che non arrechino pregiudizio all'obiettivo perseguito, ovvero sia consentire di predisporre la propria difesa e assicurare l'equità del procedimento. Purché sia sottoposta all'imputato prima che l'autorità

⁵⁷ Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 32351, in *CED Cass.*, n. 2599925.

⁵⁸ Lucida ricostruzione di R. Lopez, *Intervenuta ammissibilità dell'oblazione per derubricazione del reato, ovvero emendatio iuris e prerogative della difesa: le Sezioni Unite tornano sull'argomento tra fraintesi e omissioni*, in *Cass. pen.*, 2016, V, p. 2116 ss.

⁵⁹ Trib. Brindisi, ord. 20 settembre 2017, proc. n. 1607/15 R.G.N.R., imp. Moro.

⁶⁰ Sugli scenari che apre il diniego del pubblico ministero di modificare l'imputazione e adeguarsi alle indicazioni del giudice, L. Lombardo, *Il controllo del giudice sull'imputazione e i poteri del pubblico ministero*, in *Giur. merito*, 2009, X, p. 2618, p. 31. L'Autore auspica una riflessione della giurisprudenza sul punto, considerato che l'eventuale cronicizzazione del conflitto tra giudice e pubblico ministero sulla formulazione dell'imputazione avrebbe quale esito finale la sostanziale elusione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

⁶¹ Per i rilievi critici, G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto: un'interessante ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *DPC*, 2018, I, p. 37 ss.

⁶² Questi i termini di A. Capone, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, Cedam, 2010, p. 56. Altra parte della dottrina ritiene che il principio sia direttamente connesso alla soggezione dei giudici alla legge, ad esempio E. Zurli, *Osservazioni in tema di modificazione dell'imputazione da parte del giudice dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1472.

⁶³ Corte di Giustizia UE, sez. I, sent. 13 giugno 2019, causa C-646/17). Un primo, sintetico, commento di G. Milizia, *CGUE: niente patteggiamento se muta la qualificazione giuridica dei fatti oggetto dell'imputazione*, in *Dir. giust.*, 2019, p. 4.

giudiziaria decida nel merito, l'informazione garantita dalla normativa unionale non implica l'obbligo di riconoscere il diritto di domandare l'applicazione di una pena su richiesta nel corso del dibattimento.

Ciò non toglie che quelle europee sono norme minime e che gli Stati membri possono scegliere di ampliare i livelli di tutela. Il livello garantito nell'ordinamento interno è cresciuto progressivamente grazie al percorso virtuoso intrapreso dalla Corte costituzionale. In ordine ai dubbi di irragionevolezza e diseguaglianza sopra segnalati, la pronuncia europea nulla aggiunge, nulla risolve.

ALCUNE PERPLESSITÀ IN ORDINE ALLA SEPARAZIONE DI PROCESSI

Profili delicati concernono l'effetto processuale di separazione delle regiudicande che ora sembra rientrare nella disponibilità della parte.

Dopo la nuova contestazione di cui all'art. 517 c.p.p., la richiesta del rito può avere ad oggetto solo il reato connesso, senza estendersi all'accusa originaria. Rispetto a quest'ultima, è irreversibile la preclusione. Diversamente, l'imputato verrebbe a trovarsi in una situazione non già eguale, ma addirittura privilegiata rispetto a quella in cui sarebbe se l'accusa completa fosse stata mossa nei modi ordinari⁶⁴.

Tale impostazione, in realtà, era stata adottata dalla Consulta in sede di contestazioni tardive, nella prospettiva di tutelare la centralità del dibattimento.

In dottrina, non si è mancato di rilevare come il superamento di ogni differenza tra modifiche fisiologiche e patologiche abbia affievolito il peso del criterio di deflazione dibattimentale ai fini dell'innesto d'una sequenza alternativa premiale dopo l'aggiornamento dell'accusa, per anteporre il diritto di difesa. Ne conseguirebbe l'assenza di ragioni sistematiche per circoscrivere il recupero del rito solo al nuovo addebito, sempre che non sussistano condizioni ostative proprie della disciplina del procedimento di volta in volta rilevante⁶⁵.

Appare, d'altro canto, discorde la posizione presa dalla più recente giurisprudenza di legittimità. La rimessione in termini per il rito speciale ha funzione riparatoria e deve coniugarsi, non sostituire la funzione deflattiva, in difetto della quale non si spiegherebbe la riduzione della pena⁶⁶.

La soluzione è foriera di difficoltà di ordine pratico anche sotto un altro versante: la delimitazione del materiale probatorio utilizzabile ai fini della definizione anticipata del giudizio.

Il problema si pone per il giudizio abbreviato ed è acuito dalla circostanza che la separazione non genera una causa di incompatibilità del giudice investito della prosecuzione del dibattimento per l'imputazione originaria e del procedimento differenziato per quella aggiuntiva. In quest'ultima sede, non opera la regola di esclusione prevista dall'art. 526, comma 1, c.p.p., in forza della quale, ai fini della deliberazione, il giudice dibattimentale non può utilizzare prove diverse da quelle ivi legittimamente acquisite. «Ci si troverebbe di fronte a un giudice che dovrebbe farsi necessariamente "strabico"»⁶⁷.

L'ultima questione ne evoca un'altra: il *quantum* probatorio da raggiungere prima di considerare corretta l'iniziativa del pubblico ministero ai sensi dell'art. 517 c.p.p.

Il ripristino del rito contratto amplifica il rischio di un aggiornamento prematuro degli addebiti, di una forma di esercizio apparente dell'azione penale. Per scongiurare la violazione del principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., occorre che la parte pubblica si orienti in base ad un criterio di sostenibilità della nuova accusa⁶⁸.

⁶⁴ In questo senso, Corte cost., sent. 9 luglio 2015, n. 139, la quale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui, nel caso di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto di nuova contestazione.

⁶⁵ F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, in G. Uberty – G. P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXI, Milano, Giuffrè, 2016, p. 323 ss.

⁶⁶ Cass., sez. V, 16 novembre 2015, n. 11905, in *CED Cass.*, n. 266479 «In caso di contestazioni suppletive in dibattimento, la richiesta di giudizio abbreviato non può essere proposta solo per taluna ma, a pena di inammissibilità, deve avere riguardo a tutte le nuove, ulteriori imputazioni, poiché la funzione riparatoria dell'accesso in tale fase al rito speciale va comunque coniugata, senza poterla sostituire, con quella deflattiva propria del rito, in difetto della quale non si giustificerebbe l'effetto premiale».

⁶⁷ F. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, cit., p. 11.

⁶⁸ M. D'Agnolo, *Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale*, cit., p. 76.

È presupposto implicito della nuova contestazione di reato concorrente che essa sia effettuata solo quando le risultanze istruttorie prospettino esiti certi⁶⁹.

Se così non fosse, lo scenario presenterebbe alternative discutibili. Avanzata richiesta di abbreviato non condizionato, il pubblico ministero non sarebbe nelle condizioni di provare la colpevolezza dell'imputato, costretto a sollecitare l'acquisizione delle prove all'uopo necessarie ai sensi dell'art. 441, comma 5, c.p.p. Di talché, il giudice ha due possibilità: assumere un ruolo di supplenza dell'organo requirente, incompatibile con l'eccezionalità dell'intervento probatorio officioso, ovvero trasmettere al secondo gli atti, svuotando le esigenze di economia processuale proprie del rito alternativo.

In precedenza, invece, si riteneva prevalente l'esigenza che il pubblico ministero esplicitasse al più presto i nuovi profili d'accusa, in modo da prevenire un suo temporeggiare sleale nel corso dell'acquisizione probatoria, volto alla ricerca di conferme di quanto formalmente ancora non contestato⁷⁰. La tempestività garantisce pienezza all'esercizio dei poteri probatori.

Un'ipotesi marginale, ma comunque problematica, investe l'integrazione dell'accusa mediante un reato in concorso formale con quello già ipotizzato nell'imputazione originaria, ai sensi dell'art. 517 c.p.p. L'orientamento, allo stato maggioritario, che impone di separare i procedimenti e di limitare la definizione anticipata solo al nuovo addebito, potrebbe condurre ad una situazione paradossale: l'eccezione del *ne bis in idem* da parte della difesa.

Il procedimento contratto è destinato a chiudersi in un momento precedente, l'altro proseguendo con forme e tempi ordinari. Il fatto storico alla base di entrambi è il medesimo. La contestazione susseguente di concorso formale di reati trova ormai un limite nell'identità del fatto storico che consente la chiusura con proscioglimento di uno dei due procedimenti penali ai sensi dell'art. 649 c.p.p.⁷¹.

⁶⁹ F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, in G. Ubertis – G. P. Voena (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXV.2, Milano, Giuffrè, 2004, p. 151.

⁷⁰ Cfr. T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit. p. 189 «emersi gli estremi di una nuova contestazione, il contraddittorio esige che venga posto al più presto il relativo tema, senza tergiversare in forme di (pur temporanea) contestazione "materiale", promossa attraverso la ricerca di conferme probatorie per fatti d'accusa ancora da enunciare».

⁷¹ Ponendo un freno alla giurisprudenza di legittimità precedente, la quale ammetteva senza limitazioni la contestazione susseguente di concorso formale di reati, su impulso delle Corti europee, la Corte cost., sent. 31 maggio 2016, n. 200, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento.