

IMPUTAZIONE E GIUDIZIO: LA FISILOGIA

DOTT. P. SILVESTRI

SOMMARIO: 1. 1.PREMESSA- IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PROCESSUALE E LA PROCEDURA PENALE GIURISPRUDENZIALE.- 2. I REQUISITI DELL'IMPUTAZIONE- 3. LA QUALITÀ DELLA REDAZIONE.- 4. IL PRINCIPIO DI NECESSARIA ADERENZA DEL FATTO STORICO ALLA IMPUTAZIONE; OBBLIGO DI CONTESTAZIONE E PRECLUSIONE PROCESSUALE.- 5. I CASI DI MODIFICAZIONE DELL'IMPUTAZIONE: FATTI NUOVI E FATTI DIVERSI NEL REGIME DELLE CONTESTAZIONI SUPPLETIVE.- 6. CASISTICA: IL CRITERIO DELLA CONTINENZA.- 6.1. (SEGUE). MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE E CONCORSO NEL REATO.- 6.2 (SEGUE)...: MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE E REATI COLPOSI.- 6.3. (SEGUE) ..: MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE E REATO PERMANENTE.- 6.4. (SEGUE)...: MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE E REATO ABITUALE.- 6.5. (SEGUE) ...: MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO PENALE DI CONDANNA.- 6.6. (SEGUE)...: MODIFICHE DELL'IMPUTAZIONE E TERMINE DI CUSTODIA CAUTELARE.- 7. IL LIMITE TEMPORALE E LA BASE FATTUALE DELLA CONTESTAZIONE. - 8. (SEGUE) . I RIMEDI RESTITUTORI.- 9. (SEGUE). MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE, RESTITUZIONE IN TERMINI E GIUDIZIO ABBREVIATO.- 10. LE MODALITÀ DELLA CONTESTAZIONE, IL TERMINE A DIFESA E L'INTEGRAZIONE PROBATORIA.- 11. LA RINUNCIA PARZIALE ALL'IMPUTAZIONE.- 12. L'ART. 521 COMMI 2- 3 C.P.P.: REGRESSIONE LEGITTIMA, PRECLUSIONI PROCESSUALI E POTERI DEL PUBBLICO MINISTERO.- 13. CRITERI DI ATTRIBUZIONE E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE. (ART. 521 BIS C.P.P.).- 14. SEGUE: L'INCIDENZA DELLE CONTESTAZIONI SUPPLETIVE DIBATTIMENTALI SULLE REGOLE DI ATTRIBUZIONE DEI REATI.- 15. DIVERSA QUALIFICAZIONE DEL FATTO E CONTRADDITTORIO.

1.PREMESSA- IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PROCESSUALE E LA PROCEDURA PENALE GIURISPRUDENZIALE.

Il tema della modifica della imputazione nel corso del giudizio, della qualificazione del fatto e dei possibili rimedi esperibili involge un profilo del tutto peculiare, quello cioè della consapevolezza che il diritto processuale penale, inteso come corpus di norma codificate, è progressivamente conformato da una procedura penale di tipo giurisprudenziale.

Il tutto nonostante l'art. 111 comma 1 Cost., secondo cui “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge, abbia costituzionalizzato un principio di legalità processuale, simmetrico a quello sancito dall'art. 25 comma 2 Cost. in ambito penale sostanziale.

2. I REQUISITI DELL'IMPUTAZIONE. Al termine dell'udienza preliminare, la redazione del decreto che dispone il giudizio sancisce l'esito positivo della delibazione sulla probabile fondatezza dell'ipotesi accusatoria e realizza la propulsione verso la fase dibattimentale.

Quell'atto, che è anche *vocatio in jus* per l'imputato, contiene la formalizzazione dell'enunciato che dovrà essere provato in dibattimento (*thema probandum*), ossia l'indicazione dell'imputazione¹

L'area della controversia penale non può che coincidere con il perimetro delimitato da una previsione legislativa di reato: la norma penale sostanziale costituisce lo schema di rilevanza astratta del contenitore processuale.²

Per dare avvio ad un processo, tuttavia, è necessario scendere da un piano di rilevanza astratta ad uno concreto: certo, il primo sarà da guida nel definire il secondo; ma la sola indicazione di una norma di legge non basta a costituire un'imputazione, né può bastare trascrivere la formula normativa³.

Una volta risaliti dalla realtà alla norma, si deve nuovamente ridiscendere ad un piano fattuale: il compito è fotografare, secondo i parametri indicati dalla disposizione legislativa, la trama di vita che, nel giudizio di chi accusa, integra il reato.

La fattispecie normativa deve trovare "traduzione" ad un livello, e in un linguaggio, fattuale.

Si tratta quindi di descrivere il fatto storico secondo la traccia offerta dalla norma. La rappresentazione in altre parole è orientata da coordinate di valore.

Si badi, ciò non significa che l'imputazione debba abdicare al proprio ruolo "descrittivo", di insieme di enunciati su fatti; la norma funge da guida, ma il fatto addebitato va raffigurato in linguaggio naturalistico.

Fatto e valore: attorno a questi due poli, entrambi necessari⁴, ruota l'imputazione.

¹ Nel presente relazione i termini "imputazione", "accusa", "contestazione", "addebito" vengono usati alternativamente per indicare il fatto che viene ascritto all'imputato accompagnato dalla relativa qualificazione giuridica. Propriamente parlando, si dovrebbe distinguere l' "imputazione" (l'addebito come descritto nell'atto di esercizio dell'azione penale) dall'"accusa" (l'addebito quando viene posto ad oggetto della verifica dibattimentale, quindi, come risultante dal decreto di rinvio a giudizio), almeno quando _ come nel rito ordinario _ sussistano due atti distinti: in questo senso F.CORDERO, *Procedura penale*, 7ª ed., Milano, 2003, p. 452-3; V. PERCHINUNNO, voce *Imputazione (capo di)*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1-2.

² M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, p. 75: "È la norma, in altri termini, che funziona come schema di selezione nel senso di individuare, tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono rilevanza specifica per la sua applicazione". Nel senso della norma come criterio selettivo di rilevanza anche T.RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 18.

³ Sarebbe, piuttosto, una "criptoimputazione", secondo la celebre formula di G.FOSCHINI, *La criptoimputazione*, in *Arch. pen.*, 1967, I, 339, quella in cui l'"imputazione è costituita solo da un mero astratto simbolo, quale è un numero indicativo di un articolo di legge, oppure, il che è lo stesso, *unnomen juris*, indicativo di un tipo di reato". Similmente, F.CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del "fatto"*, in questa *Rivista*, 1958, p. 939: "la fattispecie astratta non rappresenta nulla più che un simbolo linguistico, costruito per induzione, attraverso la sintesi di una più o meno ampia serie di dati elementari, tra i quali la "legge di interezza" postula un rapporto di inscindibilità: una figura esangue, destinata a fungere da paradigma di un'infinita varietà di situazioni particolari"

⁴ La sola omissione degli articoli di legge nella richiesta d'imputazione (417 c.p.p.) costituisce per la consolidata giurisprudenza una mera irregolarità: Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Franzo e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, p. 514; Cass., sez. III, 3 giugno 1991, *Converti*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2179; più recentemente, Cass., sez. VI, 16 settembre 2004, V., in *C.E.D. Cass.*, rv. 230858. In dottrina, R. DOTTA, *Art. 429*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M.CHIAVARIO, IV, Torino, 1990, p. 698; P. CORVI, *Art. 179*, in *Codice di procedura penale*

In dottrina, tuttavia, è più frequente riscontrare una tripartizione del contenuto dell'imputazione, frutto della suddivisione della parte storica in due sottotemi: descrizione del fatto addebitato e individuazione della persona imputata. L'imputazione risulta così di "tre giudizi", due storici ed uno di valore: "l'affermazione di un fatto, l'individuazione di un dato soggetto come suo autore, la qualificazione giuridica del fatto alla stregua di una norma penale"⁵, che si impegna a separare le due entità.

Su questa netta separazione tra l'ordine dei fatti e l'ordine del diritto si articola l'intero processo, che sin dal suo esordio divide con un taglio netto le due sfere per quanto esse siano inscindibilmente interrelate.

Poiché il fatto storico concreto addebitato all'imputato deve corrispondere alla fattispecie astratta tratteggiata dalla norma penale, ovvio che la descrizione del fatto debba contenere, al livello fattuale/empirico, tutti quegli elementi che integrano i requisiti in cui si è soliti scomporre l'indicazione della norma penale: condotta, evento (nei reati materiali) e, quanto al nesso causale, "lo strumento dell'ipotetica causazione", non deve mancare, ovviamente, il corrispondente naturalistico dell'elemento psichico, e vanno inclusi anche gli estremi cui riconnettere un'eventuale circostanza aggravante, come d'altronde, conferma *a contrario* l'art. 517 c.p.p.⁶

commentato, a cura di A. GIARDA-G.SPANGHER, 2^a ed., Milano, 2001, p. 961. Tale soluzione, tuttavia, muove dal presupposto per cui il requisito sarebbe inessenziale, in quanto *iura novit curia*: il giudice può modificare la qualificazione giuridica del fatto ascritto e nessun vincolo gli deriva dalla qualificazione offerta dal pubblico ministero. La indicazione delle norme di legge nell'imputazione, però, non è funzionale al principio di correlazione accusa-sentenza (che, *ex art.* 521 comma 1 c.p.p., non si estende alla parte *in iure* dell'addebito), ma al principio ben diverso della chiarezza e precisione dell'imputazione. La menzione degli articoli di legge serve ad indicare il parametro normativo sulla cui base valutare la completezza e precisione dell'imputazione; senza dimenticare che, talora, sono gli stessi articoli di legge ad aiutare a chiarire eventuali residue ambiguità della descrizione in fatto (senza però che si trasformino in un alibi ad una descrizione lacunosa). In questo senso, O.DOMINIONI, *Art. 179*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E.AMODIO-O.DOMINIONI, II, Milano, 1989, p. 279, che considera l'omissione "causa di nullità assoluta trattandosi di un elemento essenziale dell'imputazione". Egualmente T.RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 297-304, partic. nota 207, che focalizza il tema dal lato dell'esigenza di un compiuto ed effettivo contraddittorio sul tema giuridico. L'omissione degli articoli di legge configura una nullità anche per A. MOLARI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in M.PISANI-A. MOLARI-V.PERCHINUNNO-P. CORSO, *Manuale di procedura penale*, 6^a ed., Bologna, 2004, p. 389, in forza del principio di tassatività delle nullità. V. anche A. SCALFATI, *L'udienza preliminare: profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999, p. 14. Nel codice previgente sosteneva la necessità che la contestazione fosse completa anche della qualificazione giuridica del fatto, al fine di consentire una difesa effettiva, V.CAVALLARI, *op. cit.*, p. 633.

⁵ O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Digesto pen.*, I, Torino, 1987, p. 403; ID., voce *Imputazione*, in *Enc. dir.*, Milano, XX, 1970, p. 829; E.MARZADURI, voce *Imputato e imputazione*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, p. 284. La sostanza non sembra mutare, essendo la persona imputata l'autore del fatto, come notava F.CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, IV, cit., 1949, p. 11

⁶ Sul problema dell'aggravante contestata solo in fatto, per la quale resta sempre il dubbio se l'accusatore volesse effettivamente addebitarla, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., p. 300, nota 208. Risolveva il quesito in senso negativo V.CAVALLARI, *Contestazione*, cit., p. 939 ("non può ritenersi soddisfatta l'esigenza della contestazione se il fatto configurante la circostanza [...] sia enunciato solo come elemento dell'imputazione e non espressamente a titolo di aggravante")

Non vale altrettanto, invece, per l'attenuante, espressamente esclusa dal testo dell'articolo 429 comma 1 lett.c) c.p.p.⁷: gli elementi a favore dell'imputato (cause di giustificazione, etc.) non richiedono contestazione. Va addebitato l'elemento che integri l'eventuale condizione obiettiva di punibilità.

La descrizione del fatto secondo le coordinate di valore suggerite dalla norma è passaggio necessario, ma non sufficiente.

L'accusatore deve ancora isolare il brano di realtà che suppone illecito da altre trame storiche possibili che ricadano nell'ambito del medesimo giudizio di valore giuridico: si dovrà, cioè, differenziare l'accadimento concreto di cui si vuole parlare da altri accadimenti riconducibili entro la medesima fattispecie normativa.

Il fatto addebitato deve presentarsi come un *unicum*: e per renderlo in tutto singolare è necessario inquadralo nelle coordinate spazio-temporali, *ubi et quando*⁸

Infine, per assicurarsi che l'addebito sia ritagliato in tutta la sua unicità si rende necessario descriverlo analiticamente: il *quomodo* deve cioè essere riferito "con chiarezza e precisione". Qui entra in gioco la qualità della redazione.

3. LA QUALITÀ DELLA REDAZIONE. Il rispetto dello schema contenutistico è indubbiamente d'ausilio per una giusta redazione, ma di per sé non garantisce l'impeccabilità del risultato. A tal fine assume rilevanza la qualità stilistica dell'imputazione stessa, ossia il modo in cui l'autore ha concretamente riempito lo schema indicato.

È tanto importante la individuazione del "fatto"⁹ che il codice la esige "chiara e precisa", attributi introdotti nel 1999, prima di allora impliciti, non assenti.

⁷ V. Corte cost., 23 marzo 1994, n. 112, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1253. Nel senso che l'indicazione delle circostanze attenuanti sia pleonastica e, come tale, "non vincolante in alcun modo per il giudice", *Cass.*, sez. I, 14 novembre 1995, Di Mauro ed altri, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2766. Nella vigenza del codice abrogato, F. CARNELUTTI, *Principi del processo*, cit., p. 127 (secondo cui l'esclusione si fondava su un'applicazione del *favor innocentiae* al principio di correlazione accusa-sentenza) e V.CAVALLARI, *op. cit.*, p. 639, 646

⁸ Sul punto la giurisprudenza degrada la data del commesso reato ad "elemento accessorio del fatto, che non incide sul requisito della enunciazione del medesimo e non può quindi determinare la mancanza o l'incompletezza": *Cass.*, sez. I, 19 ottobre 1993, Iacopino, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1338. Più recentemente, *Cass.*, sez. I, 30 marzo 2004, Cavina, *ivi*, 2005, p. 903, che qualifica come "mera irregolarità" l'erronea indicazione della data del commesso reato; sostanzialmente sulla stessa linea, *Cass.*, sez. I, 5 ottobre 1999, Morbidelli, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2458. Leggermente più rigorose, richiedendo almeno un'indicazione approssimativa del contesto spazio-temporale dell'episodio contestato, *Cass.*, sez. VI, 22 aprile 1999, Baldini e altri, in *C.E.D. Cass.*, rv. 214066; *Cass.*, sez. I, 15 aprile 1996, Bedin, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2816 e, recentemente, *Cass.*, sez. I, 2 marzo 2005, confl. comp. in proc. Cifarelli, in *C.E.D. Cass.*, rv. 231615; con specifico riferimento all'indicazione della cessazione della permanenza, *Cass.*, sez. III, 18 settembre 1997, Masullo, in *Giust. pen.*, 1999, II, c. 52. In dottrina, v. G. TERRANOVA, Art. 429, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI, Padova, 2005, p. 1528, secondo cui non è necessario "che il fatto debba essere esattamente descritto nella sue coordinate spazio-temporali", potendo bastare "riferimenti indiretti, che consentano di collocare nello spazio e nel tempo l'episodio contestato

Dunque, imputazione non vaga, né ambigua, né generica.

Le patologie vanno tenute distinte: la vaghezza è connotata dalla non verificabilità (o, più in generale, indecidibilità); l'ambiguità fa dipendere la verifica dall'interpretazione del giudice, la genericità consente una verifica che può riuscire positiva proprio per lo scarso contenuto informativo dell'enunciato da riscontrare.¹⁰

Si tratta, comunque, di nozioni fluide, sfumate, incapaci di costituire un vero argine alla discrezionalità dei protagonisti dell'imputazione. La migliore conferma di ciò è nel parametro che da decenni la dottrina e la giurisprudenza continuano a richiamare per affermare la insufficienza o la genericità dell'imputazione: la violazione del diritto di difesa dell'imputato

Su alcuni casi, però, si può essere più precisi: forse proprio un'analisi casistica è un buon modo per contribuire alla formazione di una "cultura dell'imputazione chiara e precisa".

a) Anzitutto, quanto alla c.d. imputazione alternativa

È sorta nel vigore del codice del 1930, per sopperire alla rigidità dell'imputazione in quella codificazione, sulla base di un malinteso garantismo: che conoscere *ex ante* entrambe le possibili ipotesi che affollano la mente del pubblico ministero consenta all'imputato di avere *ciance* di una difesa più completa. L'argomentazione è rivisitata criticamente evidenziando come ipotesi d'accusa alternativa impongano strategie difensive collidenti: per parare un attacco, l'imputato offre un *assist* sull'altro fronte. Nel nuovo codice, nonostante una giurisprudenza orientata per l'ammissibilità, questa tecnica di redazione è *extra legem*: la sconfessa l'ipotesi, oggi lecita, di una modifica della contestazione per fatto diverso (art. 516 c.p.p.), che altrimenti non avrebbe ragion d'essere¹¹

⁹ Il fatto è elemento cruciale e determinante non solo per la validità di ogni atto di esercizio dell'azione penale, ma più in generale nell'equilibrio metabolico dell'intero processo. Basti pensare ai molteplici effetti che al "fatto" si riconnettono: dalla possibilità di modificarlo, a quella di richiedere un rito alternativo; dalla competenza e connessione *al ne bis in idem* effetto del giudicato. Senza dimenticare che dal fatto dipendono i giudizi di rilevanza e non superfluità delle prove. D'altronde, il "fatto" pesa anche prima del processo, quando assume la veste di un'"imputazione preliminare": ad esempio, per la possibilità di effettuare intercettazioni telefoniche o di applicare misure cautelari. Anche la completezza delle indagini va valutata rispetto al "fatto".

¹⁰ Il contenuto informativo di un enunciato _ descrittivo o prescrittivo _ aumenta in ragione inversa alla sua genericità. L'informazione, infatti, viene definita come l'inverso della probabilità". "Quanto più un enunciato descrittivo è generico, tanto più è probabile che esso sia vero (o, il che è lo stesso, improbabile che venga falsificato da qualche fatto). Così quanto più un enunciato prescrittivo è generico, tanto più è difficile trovare comportamenti in contrasto con il precetto che esso esprime" (C. LUZZATI, *op. cit.*, p. 49).

¹¹ Diffusamente sul punto G.LOZZI, *Lezioni di procedura*, cit., p. 650, che ritiene la contestazione alternativa collidente con quattro principi: la correlazione accusa-sentenza e il diritto di difesa dell'imputato; il diritto alla prova delle parti; la ragionevole durata del dibattimento; la garanzia del *ne bis in idem*. Egualmente, M.CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 2475; M. MERCONE, *Ancora ammissibili le contestazioni alternative dopo il giusto processo?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2087. In giurisprudenza, Cass., sez. II, 4 maggio 2007, n. 26527; Trib. Varese, 18 luglio 2000, in *Foro ambrosiano*, 2000, p. 533. *Contra*, in un inciso rapido ma inequivoco, F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 453; nello stesso senso, R. NORMANDO, *Il decreto che dispone il giudizio*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, I, a cura di L.KALB, Milano, 2000, p. 503.

b) diversa è l'ipotesi dell'imputazione *per relationem*: purché sia indicata chiaramente la fonte cui si rinvia e le parti di quest'ultima direttamente rilevanti. Insomma, conta che il collage faccia comunque emergere un *unicum* storico descritto con dovizia.

Una precisazione. L'atto richiamato deve essere tra quelli acclusi al fascicolo del dibattimento (ex art. 431 c.p.p.): se così non fosse, infatti, si dovrebbe alternativamente ammettere che il giudice non possa prendere piena conoscenza dell'imputazione o che sia possibile una deroga _ anomala _ alle regole del doppio fascicolo.

c) L'imputazione contraddittoria. *Nulla quaestio* sull'invalidità di un'imputazione che presenti alcune circostanze in palese contraddizione con altre.

d) Dubbi sono manifestati anche per l'imputazione implicita cioè quella che riguardi "fatti che, seppure non esplicitamente indicati, sarebbero deducibili da quelli formalmente contestati"¹²

Un caso di contestazione implicita ricorre, ad esempio, quando si ammette che la descrizione del fatto di un capo d'imputazione vada completata tramite l'integrazione con un altro, successivo, capo d'imputazione (così, ad es., Trib. Torino, 20 dicembre 1991, in *Dif. pen.*, 1992, f. 36, p. 112: "Non è affetto da nullità sotto il profilo dell'insufficiente enunciazione del fatto il decreto di citazione che contesti un delitto di rapina ove la contestazione dell'uso della violenza sia effettuata nel successivo capo d'imputazione contestante un delitto di lesioni personali"). Per un'affermazione giurisprudenziale contraria alla legittimità dell'imputazione implicita, v. Trib. Milano, 26 febbraio 1998, cit.

4. IL PRINCIPIO DI NECESSARIA ADERENZA DEL FATTO STORICO ALLA IMPUTAZIONE; OBBLIGO DI CONTESTAZIONE E PRECLUSIONE PROCESSUALE.

Strumentale all'esercizio effettivo del diritto di difesa è il tradizionale principio della correlazione fra accusa e sentenza; il giudice non può pronunciarsi su un fatto che non sia stato compiutamente e preventivamente portato a conoscenza dell'imputato o sul quale questi non sia stato in grado di potersi in concreto difendere. Se l'accertamento con cui viene definito il processo non coincide con il fatto oggetto della contestazione, che solo costituisce il paradigma di riferimento per la sentenza, il giudice deve esimersi dal decidere e trasmettere gli atti, ai sensi

¹² V.CAVALLARI, *op. cit.*, p. 634. Possibilista, G.FOSCHINI, *Contestazione implicita e cumulo virtuale*, in *ID., Il dibattimento. Studi*, Milano, 1956, p. 80 che, pur suggerendo massima cautela, giudicava la contestazione implicita consentita a due condizioni ("ciò che non è esplicitamente dichiarato deve essere dal dichiarato facilmente e chiaramente deducibile, ma anche, e questo è il punto importante e trascurato, deve essere chiaramente deducibile sempre come contestazione, cioè nel suo valore di accusa"). V., anche, A. CONZ, *Contestazione dell'accusa e dettagliata descrizione dei poteri del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1381, secondo cui l'art. 429 comma 1 lett.c) sanziona "unicamente la trasgressione del divieto di contestazioni implicite, nel solo caso in cui queste siano concretamente lesive del diritto di difesa".

dell'art. 521 co. 2 c.p.p., al pubblico ministero affinché questi provveda a formulare una nuova imputazione. L'art. 516 è strettamente funzionale all'art. 521 co. 2, atteso che la contestazione di accusa è, durante il processo, perfettibile, in conseguenza di quanto emerge nel corso della istruttoria dibattimentale e delle tendenziale incompletezza delle indagini preliminari.

Imporre la regressione del processo in ogni caso di modificazione del fatto realizzerebbe un inutile orpello, strumentale ad assicurare una mera formalità, la riproposizione dell'accusa, a scapito di una immediata ricostruzione del fatto nella sede privilegiata dell'accertamento dibattimentale in cui trovano espressione i principi del contraddittorio, dell'immediatezza e dell'oralità¹³.

Da tale impostazione consegue, secondo parte della giurisprudenza, la abnormità del provvedimento con il quale il giudice del dibattimento inibisca all'organo dell'accusa l'esercizio dell'azione penale nell'ambito dei poteri relativi alla modifica della imputazione ed alla contestazione di reati concorrenti o di circostanze aggravanti (Cass., V, 5 agosto 1999, P.M. in proc. Ravelli, in *CED. Cass.*, n. 213970). Si tratta di un orientamento rivisitato da altra parte della giurisprudenza secondo cui il provvedimento con cui il giudice del dibattimento dichiara inammissibile la modifica della imputazione o la contestazione suppletiva effettuata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 517 c.p.p., per quanto erroneo, non potrebbe tuttavia qualificarsi come abnorme e, dunque, non sarebbe immediatamente impugnabile con il ricorso per cassazione; non si tratterebbe, infatti, di provvedimento dal quale derivi una situazione processuale non diversamente risolvibile se non con il gravame predetto, perché, avendo il giudice l'obbligo di provvedere in ordine al nuovo capo di imputazione, la sentenza emessa all'esito del dibattimento ben potrebbe essere utilmente impugnata dalla parte pubblica per l'omessa pronuncia sul punto (Cass., II, 15 febbraio 1999, p.m. in proc. Saraceno, in *C.E.D. Cass.*, n.215184).

Quello di modificare l'imputazione è un potere esclusivo del pubblico ministero il quale, se nel corso della istruzione dibattimentale si accorge che il fatto risulta diverso da quello contestato, ha, secondo la dottrina prevalente, il dovere di procedere alla modifica della imputazione e, quindi, di adeguare il fatto originariamente sussunto nel decreto che dispone il giudizio, configurandosi, in mancanza, la preclusione riconducibile all'art. 649¹⁴.

Secondo la giurisprudenza che ha dato vita all'indirizzo favorevole ad una lettura estensiva dell'art. 649 c.p.p., la declaratoria di impromovibilità dell'azione penale, pur in assenza di una decisione irrevocabile, è giustificata non attraverso l'applicazione diretta della predetta disposizione,

¹³ I. CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, cit., 634; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, 73.

¹⁴ In tal senso Cass., sez. un., 28 settembre 2005, n. 34655; cfr., Canzio, imputazione ed udienza preliminare, relazione tenuta a Roma il 18 gennaio 2010, nell'ambito dell'incontro di studio "Fatto ed imputazione: dalle indagini al giudizio".

la cui configurazione normativa risulta tracciata in confini ben precisi e delimitati, ma facendo leva, invece, su un principio che la trascende ed è collocato a monte della stessa, corrispondendo l'art. 649 ad una delle plurime specificazioni di una direttiva generale alla quale è conformato tutto il sistema processuale.

Si è voluto, cioè, significare che l'art. 649 costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del *ne bis in idem*, che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema. A tale divieto va attribuito, pertanto, il ruolo di principio generale dell'ordinamento dal quale, a norma del secondo comma dell'art. 12 delle Preleggi, il giudice non può prescindere quale necessario referente dell'interpretazione logico - sistematica.

La matrice del divieto del *bis in idem* deve essere identificata nella categoria della preclusione processuale, ben nota alla teoria generale del processo, sia civile che penale. L'esattezza della qualificazione è confermata dalla considerazione che il divieto di cui all'art. 649 è esso stesso nient'altro che una preclusione: quella finale che si consolida a chiusura del processo. Non a caso uno dei più illustri studiosi del processo civile, al quale si deve la prima trattazione organica della tematica delle preclusioni processuali, ha definito il giudicato come la "somma preclusione" cui è affidata la funzione di garantire l'intangibilità del risultato del processo.

Prima di esplicitarsi quale limite estremo segnato dal giudicato, la preclusione assolve la funzione di scandire i singoli passaggi della progressione del processo e di regolare i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice, dai quali quello sviluppo dipende, onde la preclusione rappresenta il presidio apprestato dall'ordinamento per assicurare la funzionalità del processo in relazione alle sue peculiari conformazioni risultanti dalle scelte del legislatore. Il processo, infatti, quale sequenza ordinata di atti modulata secondo un preciso ordine cronologico, di attività, di fasi e di gradi, è legalmente tipicizzato in conformità di determinati criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale in vista del raggiungimento di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità.

Tale linea di pensiero, comunemente accolta anche dalla dottrina processualpenalistica, rende evidente che la preclusione corrisponde ad un istituto coesistente alla stessa nozione di processo, non concepibile se non come serie ordinata di atti normativamente coordinati tra loro, ciascuno dei quali - all'interno dell'unitaria fattispecie complessa a formazione successiva - è condizionato da quelli che lo hanno preceduto e condiziona, a sua volta, quelli successivi secondo precise interrelazioni funzionali.

È comune in dottrina l'opinione che l'istituto della preclusione, attinente all'ordine pubblico processuale, è intrinsecamente qualificato dal fatto di manifestarsi in forme differenti, accomunate dal risultato di costituire un impedimento all'esercizio di un potere del giudice o delle parti in dipendenza dell'inosservanza, delle modalità prescritte dalla legge processuale, o del precedente compimento di un atto incompatibile, ovvero del pregresso esercizio dello stesso potere. In quest'ultima ipotesi la preclusione è normalmente considerata quale conseguenza della consumazione del potere.

La figura della preclusione - consumazione offre la chiave per risolvere la questione relativa all'applicabilità della regola del *ne bis in idem* alle situazioni di litispendenza, in fasi o in gradi diversi, di procedimenti dinanzi ad uffici della stessa sede giudiziaria.

È evidente, che un sistema, che non riconoscesse al divieto del *bis in idem* il carattere di principio generale dell'ordinamento potrebbe dischiudere la via a prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio "abuso del processo", perché idonee a vulnerare la regola dell'immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l'ordine processuali.

La preclusione conseguente alla consumazione del potere di azione non può non determinare la dichiarazione di impromovibilità dell'azione penale, quale epilogo necessitato del secondo processo, restando, così, confermata l'enunciazione del principio per cui le condizioni di procedibilità non si esauriscono in quelle espressamente enumerate nel titolo III del libro V del codice di procedura penale (Corte, cost., n. 318 del 2001, cit.). Di talché al secondo giudice non resta che pronunciare sentenza di non doversi procedere a norma dell'art. 529 o di non luogo a procedere ex art. 425, ovvero, qualora l'azione penale non sia stata ancora esercitata, decreto di archiviazione per impromovibilità dell'azione stessa, dovendo sottolinearsi, a quest'ultimo riguardo, che risulterebbe certamente irrazionale imporre al pubblico ministero l'esercizio del potere di azione al solo fine di instaurare un processo che dovrà necessariamente concludersi con la decisione che l'imputato non avrebbe dovuto essere sottoposto a nuovo procedimento penale.

5. I CASI DI MODIFICAZIONE DELL'IMPUTAZIONE: FATTI NUOVI E FATTI DIVERSI NEL REGIME DELLE CONTESTAZIONI SUPPLETIVE.

L'imputazione non è solo l'atto genetico dell'azione e del processo, ma è l'oggetto e il confine dell'avvenimento probatorio, il limite, non solo dei poteri di ammissione della prova, ma dei poteri decisori del giudice.

Muovendo da questa premessa si scorge la funzione di garanzia che le è affidata e la conseguente delicatezza della operazione volta alla esatta individuazione dei rispettivi ambiti di operatività tra fatto "diverso" e fatto "nuovo", ambiti di difficile determinazione per il condizionamento delle premesse culturali in tema di teoria del reato da cui ciascun interprete suole muovere. Anche per questi condizionamenti si registrano orientamenti giurisprudenziali non univoci.

Anzi, per l'assenza di criteri di orientamento sicuri circa la definizione di quegli aggettivi rispettivamente contenuti negli articoli 516 e 518 Cpp e per l'articolato panorama della dottrina, essa sembra affidarsi "al caso concreto" più che a linee di "concretizzazione" generali inerenti alle diverse fattispecie. Eppure, questa, sì, costituirebbe felice opera interpretativa.

Fatto, ai fini processuali, è, secondo la dottrina e la giurisprudenza consolidata, il fatto di reato costituito nei suoi elementi oggettivi (condotta, nesso di causalità ed evento) e soggettivi; a tal fine rilevano, tuttavia, anche i riferimenti di tempo e di luogo in cui il fatto si sarebbe verificato nonché le modalità esecutive dello stesso.¹⁵

Il principio di correlazione tra imputazione e sentenza risulta violato, secondo la giurisprudenza, quando nei fatti -rispettivamente descritti e ritenuti- non sia possibile individuare un nucleo comune, con la conseguenza che essi si pongono, tra loro, non in rapporto di continenza, ma di eterogeneità, nel senso che viene a realizzarsi una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti essenziali dell'addebito nei confronti dell'imputato, posto in tal modo di fronte ad un fatto "nuovo", rispetto al quale non ha alcuna possibilità di effettiva difesa.

Per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa (Cass., s.u., 19 ottobre 1996, Di Francesco, in Cass. pen., 1997, 360; v. sub art. 521).

Da tale impostazione si discosta parte della dottrina che, recependo una nozione di fatto fondata sulla identità della condotta naturalisticamente intesa, esclude che le variazioni contestabili ai sensi dell'art. 516 possano toccare la condotta, e, quanto ai reati materiali, l'oggetto fisico, mentre ammette quelle riguardanti l'elemento psicologico, il nesso causale, l'evento, il luogo e il tempo (F. CORDERO, Considerazioni sul principio, cit., 940).

¹⁵ E. BETTIOL, La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale, cit., 1936; F. CORDERO, Considerazioni sul principio di identità del fatto, cit., 940; A. PAGLIARO, Fatto (dir. pen. proc.), cit., 1967, 963; in giurisprudenza, fra le altre, Cass., III, 2 giugno 1994, Rispoli, in C.E.D. Cass., n.199505, secondo cui il fatto va definito come l'accadimento di ordine naturale delle cui connotazioni e circostanze soggettive ed oggettive, geografiche e temporali, poste in correlazione fra loro, vengono tratti gli elementi caratterizzanti la sua qualificazione giuridica).

Pertanto, il fatto nuovo ex articolo 518 Cpp non è soltanto quello suscettibile di affiancarsi al reato già contenuto nell'imputazione e con esso conciliabile - come dicono altri - estendendosi, così, la regiudicanda ad un'ipotesi di reato in concorso materiale (peraltro contenuto anche nell'articolo 517 Cpp se caratterizzato dalla fattispecie dell'articolo 81 comma 2 Cpp), ma è altresì quello che risulti in luogo di quello già contestato quando quest'ultimo sia andato soggetto a modifiche tanto radicali da portare a configurarlo, sul piano strutturale, come un altro fatto totalmente diverso, nonché anche quello che, modificando la "tipicità fenomenica" acquista autonoma fisionomia e, quindi, si presta a nuovo e autonomo giudizio. Attraverso questa via, si punta sul criterio della "incompatibilità", per determinare la diversità fra l'ipotesi originariamente contestata e quella emersa in dibattimento.

In tal caso, empiricamente, quel rapporto rende possibile o impossibile l'abbinata considerazione degli stessi nel corpo dell'imputazione a seconda della autonomia del fatto rispetto alla ipotesi accusatoria.

Seguendo questa via, il discrimine tra fatto "diverso" e fatto "nuovo" è dato dall'ampiezza della mutazione della imputazione. Nel senso che, se la trasformazione, la sostituzione o la variazione dei contenuti essenziali del fatto addebitato in imputazione interessa il fatto nel suo naturale divenire integrerà, di conseguenza, la fattispecie prevista dall'articolo 518 Cpp

Con particolare riferimento alla data del commesso reato si è chiarito che la diversità della data del fatto indicata nella contestazione rispetto a quella ritenuta nella sentenza non sempre comporta una alterazione avente incidenza sulla identità sostanziale e sulla identificazione dell'addebito, potendo in tal senso assumere rilievo e quindi dar luogo alla nullità della sentenza solo quando il suddetto elemento abbia assunto in concreto influenza rilevante ai fini della difesa (Cass., V, 14 aprile 2004, Migliardo, in Cass. pen. 2006, 191 in fattispecie in cui la Corte ha ritenuto la sussistenza della detta condizione in un caso in cui l'imputato, sulla base della originaria imputazione, si era difeso adducendo come alibi il suo stato di detenzione all'epoca del fatto). In giurisprudenza è consolidata l'affermazione secondo cui le norme che disciplinano le nuove contestazioni, la modifica e la correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza, hanno lo scopo di assicurare il contraddittorio sul contenuto dell'accusa e il pieno esercizio del diritto di difesa dell'imputato. Si assume quindi che esse non devono essere interpretate in senso rigorosamente formale ma con riferimento alle finalità alle quali sono dirette; ne consegue che dette norme non possono ritenersi violate da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma solo nel caso in cui l'imputazione venga mutata nei suoi elementi essenziali, così da determinare incertezza e pregiudicare il concreto esercizio del diritto di difesa. Le Sezioni unite delle Corte di cassazione hanno in particolare precisato che l'indagine volta ad accertare la

violazione del principio della correlazione fra imputazione e fatto ritenuto in sentenza non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perchè, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, pur in presenza di una ricostruzione fattuale in dibattimento diversa da quella oggetto del decreto che dispone il giudizio, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione (Cass., s.u., 19 ottobre 1996, Di Francesco, cit.; Cass., VI, 25 febbraio 2004, Faraci, in Cass. pen. 2006, 194; Cass., IV, 4 febbraio 2004, Caffaz, in C.E.D. Cass., n. 228042).

6. CASISTICA: IL CRITERIO DELLA CONTINENZA. In applicazione dei principi indicati, si è ritenuto che tra la corruzione propria ed impropria vi sia un rapporto di continenza con la conseguenza che la contestazione della prima lascia un ampio margine per la qualificazione giuridica del fatto, in sede di decisione, senza che con ciò venga compromesso il principio di correlazione, di cui all'art. 521 c.p.p., tra imputazione e sentenza; analogamente, non comporta violazione del principio di correlazione tra sentenza e accusa il ritenere la sussistenza del reato di corruzione invece della più grave ipotesi delittuosa della concussione contestata (Cass., s.u., 30 aprile 1997, Dessimone, in Cass. pen., 1997, 3327). Simmetricamente, la giurisprudenza afferma che, differenziandosi il delitto di estorsione da quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni sotto il profilo dell'elemento soggettivo, non incorre nella violazione del principio della correlazione tra accusa e sentenza il giudice che ritenga l'imputato colpevole di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, così diversamente qualificando la originaria imputazione di estorsione nella sussistenza della querela della persona offesa (Cass., VI, 21 marzo 1995, Morongiu, in C.E.D. Cass., n. 201681).

6.1. (SEGUE). MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE E CONCORSO NEL REATO. In giurisprudenza è affermato l'orientamento secondo cui allorché l'imputato, cui sia contestata una condotta di compartecipazione materiale ad un reato, sia ritenuto, invece, responsabile a titolo di concorso morale nello stesso reato, non vi sarebbe, ai fini dell'obbligo di modificare l'imputazione ex art. 516, una trasformazione rilevante ed essenziale del fatto, cioè, una immutazione del fatto addebitato (che rimarrebbe sempre lo stesso) con una conseguente menomazione del diritto difesa, atteso che la materialità della partecipazione implica, a differenza della ipotesi inversa, anche quella di un eventuale concorso morale (Cass., V, 21 gennaio 1998, Rocci, in C.E.D. Cass., n.210231). Ugualmente, non si avrebbe violazione del dovere di modificare l'accusa e del principio di correlazione tra sentenza e accusa contestata, allorché, contestata a taluno una

condotta concorsuale, ne venga poi affermata la responsabilità per attività individualmente svolta. (Cass., I, 10 luglio 1995, Verme, in *C.E.D. Cass.*, n.202422). Né sarebbe diverso il fatto-reato, ritenuto incidentalmente in sentenza come commesso in concorso con altri, che l'originaria contestazione ascriveva, invece, all'unico imputato (Cass., I, 29 gennaio 1998, Presti, in *C.E.D. Cass.*, n.210005). Peraltro, con specifico riferimento alle ipotesi di responsabilità concorsuale, è stato affermato che, dovendo il principio della correlazione tra accusa e decisione essere inteso non in senso meccanicistico e formale, ma in funzione della finalità cui è ispirato, che è quella di tutela del diritto di difesa, non sussiste violazione del dovere di modificare l'accusa, né degli artt. 521-522, quando la sentenza si riferisce a tutte quelle integrazioni risultanti dagli interrogatori e dagli atti, da cui emerge che l'imputato ebbe modo di difendersi anche da quelle circostanze e da quegli elementi posti a base della decisione. (Cass., I, 22 gennaio 1994, Pregiolato, in *C.E.D. Cass.*, n. 200089. In motivazione si è chiarito che, in tema di concorso di persone nel reato, accusare l'imputato di avere commesso un reato da solo o con altra persona e condannarlo per averlo sì posto in essere, ma non da solo, bensì in concorso con qualcuno, o con correi diversi o in numero maggiore di quelli indicati in imputazione, non comporta alcuna immutazione del fatto, pregiudizievole all'esercizio del diritto di difesa; *contra*, Cass., VI, 2 febbraio 1995, Gualtieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 210104).

6.2 (SEGUE)...: MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE E REATI COLPOSI. Nei procedimenti per reati colposi, la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato non vale, secondo la giurisprudenza, a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di modifica della contestazione di cui all'art. 516 c.p.p. e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza ai sensi dell'art. 521 stesso codice (Cass., I, 23 ottobre 1997, Geremia, in *C.E.D. Cass.*, n.219136). Non diversamente, quando nel capo d'imputazione sono stati contestati elementi "generici" e "specifici" di colpa, non sussiste violazione del principio di correlazione tra sentenza ed accusa nel caso in cui il giudice abbia affermato la responsabilità dell'imputato per un'ipotesi di colpa diversa da quella specifica contestata; infatti, il riferimento alla colpa generica, anche se seguito dall'indicazione di un determinato, specifico profilo di colpa, evidenzia che la contestazione riguarda la condotta dell'imputato globalmente considerata, sicchè questi è in grado di difendersi relativamente a tutti gli aspetti del comportamento tenuto in occasione dell'evento di cui è chiamato a rispondere, indipendentemente dalla specifica norma che si assume violata (Cass., IV, 4 marzo 2004, Del Bono, in *C.E.D. Cass.*, n. 229071). Una volta contestata la condotta colposa e ritenuta dal giudice di primo grado la sussistenza di un comportamento omissivo, la qualificazione in appello

della condotta medesima come colposamente commissiva e omissiva non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza, qualora l'imputato abbia avuto modo, in concreto, di apprestare in modo completo le sue difese in relazione ad ogni possibile profilo dell'addebito (Cass., IV, 15 ottobre 2002, Loi, in *C.E.D. Cass.*, n.223747).

6.3. (SEGUE) ...: MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE E REATO PERMANENTE. Si è affermato in giurisprudenza che se nel corso del dibattimento risulta che il reato, originariamente contestato come istantaneo, è invece permanente, occorre procedere alla modifica ex art. 516 della imputazione (Cass., III, 7 marzo 1994, Farolfi, in *F. it.* 1995, II, 644). Sotto altro profilo si è distinta l'ipotesi in cui nel decreto che dispone il giudizio vi sia l'indicazione determinata della durata della permanenza, individuata precisamente nel tempo, da quella in cui vi sia solo la data iniziale del fatto o quella della denuncia o dell'accertamento del reato ma non anche la data di cessazione della permanenza. Nel primo caso, secondo la giurisprudenza, il giudice potrebbe tener conto del successivo protrarsi della consumazione del reato rispetto alla data indicata solo qualora vi sia stata un'ulteriore contestazione ad opera del pubblico ministero ex art. 516 c.p.p.; la posticipazione della data finale della permanenza, infatti, inciderebbe sulla individuazione del fatto come inizialmente contestato, comportandone una diversità, sotto il profilo temporale, che influisce sulla gravità del reato e sulla misura della pena e può condizionare l'operatività di eventuali cause estintive (Cass., sez. un., 11 novembre 1994, P.M. in proc. Polizzi, in *Cass. pen.*, 1995, 431; Cass., II, 28 ottobre 2003, Cosenza, in *C.E.D. Cass.*, n.227077). Qualora, invece, il pubblico ministero si sia limitato ad indicare esclusivamente la data iniziale (o la data dell'accertamento) e non quella finale, la permanenza - intesa come dato della realtà - dovrebbe ritenersi compresa nell'imputazione, sicchè l'interessato sarebbe chiamato a difendersi nel processo in relazione ad un fatto la cui essenziale connotazione è data dalla sua persistenza nel tempo, senza alcuna necessità che il protrarsi della condotta criminosa formi oggetto di contestazioni suppletive da parte del titolare dell'azione penale. (Cass., s.u., 13 luglio 1998, Montanari, in *Cass. pen.*, 1999, 483 con nota di L. FENU, *Sugli effetti della mancanza di contestazione del momento della cessazione della permanenza*; Cass., s.u., 11 novembre 1994, Polizzi, cit.)

6.4. (SEGUE)...: MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE E REATO ABITUALE. Si è affermato in giurisprudenza, diversamente dal reato permanente, che allorché si proceda per un reato abituale, i fatti nuovi acclarati in dibattimento, specialmente quando questo si svolga a distanza di anni dalla denuncia, devono essere sempre contestati all'imputato, sia che servano a perfezionare o ad integrare la fattispecie criminosa rispettivamente enunciata nel capo di imputazione, sia - e a

maggior ragione - che costituiscano una serie autonoma unificabile alla precedente per vincolo di continuazione (Cass., VI, 28 febbraio 1995, Cassani, in *C.E.D. Cass.*, n.201149).

6.5. (SEGUE) ...: MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO PENALE DI CONDANNA.

Secondo un orientamento, nel giudizio conseguente all'opposizione proposta contro il decreto penale di condanna, secondo la giurisprudenza, quando il fatto risulta diverso da quello contestato, non sarebbe consentita al pubblico ministero la modifica dell'imputazione, non essendo applicabile in tale giudizio l'art. 516 Ne conseguirebbe la necessità per il giudice che riconosca l'evidente insussistenza od irrilevanza del fatto originariamente contestato, di pronunciare ex art. 129 c.p.p. una sentenza di proscioglimento e di disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero perchè proceda per il diverso fatto emerso in udienza. La preclusione di modifiche all'imputazione, con conseguente "cristallizzazione" dell'accusa, sarebbe imposta dalle specifiche caratteristiche del rito conseguente all'opposizione e da una interpretazione adeguatrice dell'art. 516 tale da non precludere per l'imputato, in ragione di scelte erranee della pubblica accusa, l'opportunità che si proceda mediante decreto di condanna anche riguardo al nuovo reato, con la possibilità di fruire dei vantaggi assicurati dal rito o di giovare delle alternative delineate all'art. 464 c.p.p. (Cass., III, 10 gennaio 2002, Meucci, in *A. n. proc. pen.* 2002, 427).

In senso diverso Cass., sez. III, 7 maggio 2009, n. 23491 secondo cui invece nel giudizio conseguente all'opposizione al decreto penale di condanna si applicano le ordinarie disposizioni dettate a disciplina del dibattimento ed è pertanto possibile procedere alla modifica dell'imputazione da parte del pubblico ministero.

6.6. (SEGUE)....: MODIFICHE DELL'IMPUTAZIONE E TERMINE DI CUSTODIA CAUTELARE. Sul tema si rinvergono orientamenti non uniformi. Secondo una prima impostazione, ai fini del computo del termine massimo di custodia cautelare nella fase del giudizio, non potrebbe tenersi conto delle nuove contestazioni effettuate nel dibattimento dal pubblico ministero, dovendosi fare riferimento esclusivamente all'imputazione formulata nell'originario provvedimento coercitivo, a meno che non sia intervenuta un'ulteriore ordinanza cautelare comprensiva della contestazione suppletiva; ove, peraltro, il giudice, nel corso del dibattimento, si sia limitato a dare al medesimo fatto per cui si procede una diversa qualificazione giuridica, al titolo di reato così ritenuto dovrebbe aversi riguardo ai fini predetti. (Cass., s.u., 5 luglio 2000, P.M. in proc. Manforte, in *Cass., pen.*, 2001, 1158 con nota di A. BASSI, *La determinazione dei termini di durata della custodia cautelare per la fase del giudizio: un capitolo ancora aperto*). Secondo altro orientamento,

nella fase del giudizio, ai fini del computo del termine massimo della custodia cautelare, occorrerebbe, invece, avere riguardo non già alla contestazione di cui all'ordinanza cautelare bensì al "delitto per cui si procede" e, dunque, all'imputazione quale risulta dal decreto che dispone il giudizio ovvero a quella eventualmente modificata nel corso del dibattimento ai sensi degli artt. 516, 517, 518 cod. proc.pen. (Cass., II, 30 marzo 1999, Talò, in *C.E.D. Cass.*, n. 214361).

7. IL LIMITE TEMPORALE E LA BASE FATTUALE DELLA CONTESTAZIONE.

Quanto al termine *ad quem* si è affermato in giurisprudenza che poiché il nuovo codice di procedura penale consente (art. 523 comma 6) l'interruzione della discussione finale per assumere una nuova prova qualora il giudice lo ritenga "assolutamente necessario", il termine ultimo per il p.m., per procedere a nuove contestazioni, va collocato alla chiusura, non della istruzione dibattimentale, bensì del dibattimento.¹⁶

Quanto invece al termine *a quo*, il tema è connesso alla individuazione degli elementi fattuali in base ai quali è possibile procedere ad una modifica dell'imputazione.

Al riguardo è noto il consolidato orientamento nomofilattico che riconosce la legittimità delle modifiche dibattimentali dell'imputazione sulla base dei soli atti delle indagini preliminari, anche quando, cioè, non vi sia un *novum* che emerga nel corso della istruttoria dibattimentale; si assume, infatti, che non si verificherebbe alcuna violazione del diritto di difesa dell'imputato, a cui sarebbero riconosciuti un complesso di diritti e di facoltà che lo metterebbero comunque al riparo dal rischio di comportamenti abusivi del pubblico ministero, e che la soluzione opposta sarebbe contraria ai principi di speditezza e di economia processuale.

Sul tema, il rischio tradizionalmente evidenziato da parte della dottrina e della giurisprudenza è quello per cui il pubblico ministero, attraverso modifiche della imputazione poste in essere sulla base degli atti e dei documenti che erano già a sua disposizione al momento dell'esercizio dell'azione penale, potrebbe artatamente porre rimedio a suoi errori od omissioni, comprimendo o, comunque, violando in tal modo molteplici diritti dell'imputato quali quello alla prova, a conoscere tempestivamente gli elementi posti a fondamento della nuova contestazione, a definire il processo con un rito alternativo, nonché il diritto ad una efficace strategia difensiva (in dottrina, sul tema, CATALANO, *L'abuso del diritto*, Giuffrè, 2004, p. 211 e ss.).

Il parametro giurisprudenziale di riferimento in ordine alla questione della ammissibilità delle modifiche o delle contestazioni suppletive sulla base del materiale acquisito prima del dibattimento

¹⁶ Cass., sez. IV, 28 maggio 1993, Festini

è costituito, allo stato, dalla soluzione adottata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che hanno riconosciuto la legittimità delle modificazioni della imputazione *ante* dibattimento¹⁷

Affermarono le Sezioni unite che se la tendenziale parità delle parti, cui si ispira la logica del sistema accusatorio, nell'esaltare il principio del contraddittorio, richiede che l'accusa formuli la imputazione sulla base degli elementi già acquisiti nella fase delle indagini preliminari e che, a sua volta, l'imputato, posto a conoscenza degli elementi di accusa, possa sin dall'inizio del dibattimento contristarli efficacemente, è tuttavia altrettanto vero, si disse, che ciò non potrebbe comportare, come ineluttabile conseguenza, quella per cui se il p.m., per inerzia o per errore, ometta la contestazione di elementi di accusa già acquisiti, non possa poi porre riparo a tale situazione nel dibattimento, apportando, sin dall'inizio, le necessarie modifiche della imputazione.

La facoltà di modificare l'imputazione sulla base degli atti acquisiti nel corso delle indagini, scongiurerebbe, nel caso di contestazione suppletiva prima dell'inizio del dibattimento, il rischio di un nuovo dibattimento, con conseguente allungamento dei tempi del processo, mentre, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante o di modifica della imputazione, non precluderebbe al pubblico ministero di chiedere un accertamento completo del fatto – reato.

Nessuna lesione del diritto di difesa, affermarono le Sezioni unite, sarebbe configurabile nella specie, atteso il diritto dell'imputato di conoscere tempestivamente gli elementi posti a fondamento della nuova contestazione e la sua facoltà, riconosciuta nell'ambito e nei limiti previsti dall'art. 519 c.p.p., di chiedere un termine a difesa, durante il quale il dibattimento rimane sospeso, al fine di contrastare l'accusa integrata o modificata.

Quanto alla possibilità di definire il processo con riti alternativi, il principio affermato dalle Sezioni unite sembrava peraltro simmetrico alle pronunce additive della Corte Costituzionale che avevano ammesso espressamente la possibilità di modificare o ampliare l'imputazione sulla base delle conoscenze pre-dibattimentali, riconoscendo tuttavia all'imputato il diritto di accedere al patteggiamento e alla oblazione, in relazione alla mutata contestazione.¹⁸

In particolare, la Corte costituzionale, pur ritenendo le modifiche della imputazione effettuate prima dell'apertura del dibattimento non rispondenti al fisiologico sviluppo del processo penale, non giunse a configurare da tale sviluppo non fisiologico, e, quindi, di divergenza dal modello legale, una qualche forma di invalidità, *sub specie* di nullità; il Giudice delle leggi, invece, proprio in considerazione della riconosciuta menomazione del diritto di difesa, derivante dall'indicato

¹⁷ Cass., sez. un., 28 ottobre 1998, Barbagallo, in Cass. pen., 1999, p. 3385; Cass., sez. un., 15 luglio 2010, n. 36551, Carelli.

¹⁸ (C. cost. 30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2153 con nota di RETICO, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il patteggiamento*; C. cost., 29 dicembre 1995, n. 530, *ivi*, con nota di PINI, *Modifica dell'imputazione e diritto ai riti speciali*).

sviluppo non fisiologico del processo, estese, con due pronunce additive di incostituzionalità, le garanzie difensive dell'imputato e, introducendo una sostanziale rimessione in termini, riconobbe a questi il diritto di chiedere il patteggiamento e l'oblazione in ordine al fatto-reato modificato o al reato concorrente, mentre invece rimise al legislatore il compito di individuare un rimedio tecnico processuale per la possibilità di accedere al rito abbreviato.

Il quadro di riferimento giurisprudenziale non è sostanzialmente mutato a seguito della entrata in vigore della c.d. legge Carotti, che pure ha significativamente inciso su alcuni degli istituti (udienza preliminare e accesso ai riti premiali) sui quali si era incentrata l'attenzione di coloro che avevano affrontato il tema delle garanzie della difesa conseguenti alla modifica della imputazione effettuata prima dell'inizio della istruttoria dibattimentale.

Secondo un orientamento giurisprudenziale minoritario, il dato letterale delle norme interessate deporrebbe in maniera inequivoca nel senso della illegittimità della modifica della imputazione prima dell'inizio della istruttoria dibattimentale; mentre, infatti, gli artt. 516-517 c.p.p. richiedono, ai fini della modifica della imputazione, un *novum* emerso "nel corso dell'istruzione dibattimentale", l'art. 518 c.p.p. consente la contestazione del fatto nuovo "in dibattimento", ma a condizione che non ne derivi pregiudizio per la speditezza del processo e che vi sia il consenso dell'imputato.¹⁹

In tale quadro di riferimento, la dottrina non ha mancato di rilevare come il nuovo art. 521 bis c.p.p. (nella parte in cui fa riferimento al "se il reato risulta tra quelli attribuiti alla cognizione del tribunale per cui è prevista l'udienza preliminare e questa non è tenuta, il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero"), il nuovo modello di giudizio abbreviato (che prescinde dal consenso del pubblico ministero), nonché i nuovi limiti cronologici entro i quali è ora possibile chiedere il patteggiamento, sembrano deporre nel senso della indispensabilità del diritto all'udienza preliminare, e, quindi, della illegittimità della modifica dibattimentale della imputazione sulla base degli atti acquisiti nel corso delle indagini preliminari, atteso che la modifica in questione priverebbe l'imputato di una serie di facoltà e poteri e comunque inciderebbe negativamente sul suo diritto di difesa, con conseguente nullità della sentenza.²⁰

Non diversamente, si è affermato in giurisprudenza che la contestazione in dibattimento di un reato connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lett. b), c.p.p., o di una circostanza aggravante di cui non vi sia menzione nel decreto che dispone il giudizio, sarebbe ammissibile solo quando

¹⁹ Cass., sez. VI, 21 marzo 2000, Apicella, in *C.E.D. Cass.*, n. 216313.

²⁰ Cfr., LOZZI, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 342, ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità*, in *questa rivista*, 2000; p.330, DI BITONTO, *La modifica della imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2136.

essa si fondi su elementi emersi per la prima volta nel corso della istruttoria dibattimentale. Si è precisato che tale soluzione, suggerita dalla lettera della legge e dalla necessità di garantire il diritto di difesa dell'interessato, sarebbe la sola congruente con i nuovi ed essenziali profili del processo penale, e, in particolare, con la configurazione dell'accesso al rito abbreviato quale diritto dell'imputato nonchè la conseguente possibilità di retrocessione del giudizio verso l'udienza preliminare nei casi in cui la modifica dell'imputazione (art. 516, comma 1-ter, c.p.p.) o la contestazione di nuovi reati (art. 517, comma 1-bis) riguardino fattispecie sottratte alla citazione diretta.

Ne conseguirebbe, secondo tale orientamento, la nullità, ai sensi dell'art. 522, comma 2, c.p.p., della sentenza emessa sulla base di contestazioni effettuate in relazione ad elementi già noti nella fase delle indagini preliminari, seppur limitatamente alla sola parte relativa al reato concorrente o alla circostanza aggravante (Sez., VI, 10 dicembre 2001, Porricelli, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3870; nello stesso senso, Sez. II, 16 dicembre 2003, Filippo, in *C.E.D. Cass.*, n. 228554).

La giurisprudenza maggioritaria ha in più occasioni invece ribadito il principio affermato dalle Sezioni unite, pur dopo le modifiche apportate dalla legge c.d. Carotti.²¹

Quanto alla configurazione di un diritto imprescindibile alla celebrazione della udienza preliminare, si è considerato non decisivo il richiamo all'art. 521 bis c.p.p., dal momento che tale disposizione non troverebbe applicazione indifferenziata in tutti i casi in cui il reato concorrente o il reato, così come modificato, siano fra quelli per i quali è prevista la celebrazione dell'udienza preliminare, ma soltanto allorché l'imputato sia stato originariamente tratto a giudizio per un reato per il quale non sia prevista la celebrazione dell'udienza preliminare.

Il presupposto per l'applicazione dell'art. 521 bis c.p.p. non sarebbe costituito, cioè, dall'essere il reato concorrente contestato uno per il quale sia prevista l'udienza preliminare ovvero dall'essere stato il reato originario modificato in un reato per il quale sia prevista la celebrazione dell'udienza preliminare, ma, piuttosto, consisterebbe nella mancata celebrazione dell'udienza preliminare per il reato originariamente contestato.

La trasmissione degli atti al pubblico ministero prevista dall'art. 521 bis c.p.p. sarebbe limitata alle sole ipotesi in cui, in considerazione dell'originario reato contestato e poi modificato, non sia stata celebrata l'udienza preliminare.

Quanto invece all'assunto secondo cui, a seguito delle modifiche apportate dalla legge Carotti, l'udienza preliminare sarebbe la sede privilegiata per il ricorso ai riti alternativi, sicchè la mancata

²¹ Cfr., per tutte, Sez. V, 20 giugno 2006, Battilana, in *questa rivista*, 2007, p. 1495, con nota di SANTALUCIA, *Le modifiche dibattimentali dell'imputazione senza istruzione: una conferma all'orientamento delle sezioni unite*.

trasmissione degli atti al pubblico ministero nel caso di modifica della imputazione o di contestazione suppletiva prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale, priverebbe l'imputato della facoltà di accedere a detti riti premiali, la Corte di cassazione ha richiamato le su indicate pronunce della Corte Costituzionale e, in particolare, il meccanismo di restituzione in termini che il Giudice delle leggi aveva configurato per la prima volta nella sentenza n. 265 del 1994, di cui si è detto, con la quale era stato garantito all'imputato, in presenza di determinate condizioni, la facoltà di chiedere al giudice del dibattimento (di qui il richiamo alla restituzione in termini) l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., relativamente al fatto diverso e al reato concorrente.

Tale impostazione ha trovato peraltro conferma, anche dopo l'entrata in vigore della legge Carotti, nella successiva giurisprudenza costituzionale in cui si è ancora una volta sottolineata la necessità di privilegiare la soluzione fondata sulla restituzione in termini, piuttosto che quella della regressione del processo, che conseguirebbe alla trasmissione degli atti al pubblico ministero, che mal si concilierebbe con il principio della ragionevole durata del processo e con le esigenze di speditezza ed economia²².

8. (SEGUE) . I RIMEDI RESTITUTORI

Pur volendo agganciare il tema delle garanzie difensive conseguenti alla modifica della imputazione *ante* istruttoria dibattimentale all'istituto della restituzione in termini, perplessità residuano sotto almeno un triplice profilo.

Il primo attiene all'assunto secondo cui, ove si volesse propendere per la tesi della illegittimità della modifica dell'imputazione ante-dibattimento, la regressione del processo che conseguirebbe alla trasmissione degli atti al pubblico ministero mal si concilierebbe, rispetto al ricorso alla restituzione in termini, con il principio di ragionevole durata del processo e con le esigenze di economia e speditezza.

Se il principio di riferimento, è che il mutamento della imputazione non può comunque trasformarsi in un pregiudizio per le garanzie dell'imputato, ne discende che a questi deve essere riconosciuto il potere di formulare in dibattimento tutte quelle eccezioni che avrebbe potuto formulare se l'imputazione fosse stata sin dall'origine quella risultante dalla modifica effettuata prima dell'inizio della istruttoria dibattimentale.

Proprio da tale dato di presupposizione discende il tema dei rimedi restitutori in favore dell'imputato e, quindi, la eccepibilità della questione di competenza per territorio nel novero di quelle riproponibili al fine di evitare che le modifiche del fatto, che non siano il frutto della

²² C. cost., ord., 26 novembre 2002, n. 486, in Cass. pen., 2003, p. 896 e ss.

fisiologica evoluzione istruttoria, quanto, piuttosto, della iniziativa dell'organo dell'accusa diretta ad eliminare un proprio errore, siano pregiudizievoli del diritto di difesa²³.

E tuttavia, se il riferimento giustificativo del ricorso alla restituzione in termini è costituito anche dalla esigenza di speditezza ed economia del processo in funzione della sua ragionevole durata, non pare inutile riflettere sul rischio derivante dalla incidenza, ad esempio, della ammissibilità della questione di competenza territoriale, sollevabile solo a seguito della modifica della imputazione *ante* dibattimento, sui tempi del processo e sulla sua speditezza, atteso che il processo risulterà sempre esposto alla possibilità di trasmigrare presso un'altra sede nella fase delle indagini preliminari.

A fronte della possibilità di una regressione del processo nella fase delle indagini preliminari, disposta al termine del giudizio di primo grado per effetto del riconoscimento della diversità del fatto rispetto a quello contestato, vi è il rischio, concretizzatosi in una recente rilevante vicenda giudiziaria (Cfr., sez. VI, 30 novembre 2006, Pacifico ed altri, *cit.*), che la trasmissione degli atti al pubblico ministero e, quindi, la regressione del processo, si verifichi a distanza di anni, all'esito del giudizio di cassazione, con conseguente frustrazione di ogni esigenza di speditezza e di celerità.

Sotto altro profilo, appaiono condivisibili le considerazioni di quella parte della dottrina che, muovendo proprio dal principio giurisprudenziale secondo cui la modifica della imputazione sulla base degli atti delle indagini preliminari, pur legittima, non deve "causare un pregiudizio per l'imputato", evidenzia come, per effetto di un errore del pubblico ministero, l'imputato di fatto possa in molti casi trovarsi, al di là della concessione di un congruo termine a difesa, in una situazione in cui, in concreto, rischi di dover modificare e ridefinire la propria strategia difensiva, il suo diritto alla prova, il suo diritto di ricercare gli elementi a se favorevoli in un contesto funzionale e temporale diverso da quello di cui avrebbe fisiologicamente goduto (quello che, cioè, intercorre fra la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e il dibattimento), se l'imputazione fosse stata correttamente formulata sin dall'inizio²⁴.

Un ulteriore elemento di riflessione attiene al profilo del se il giudice possa autonomamente fare ricorso al rimedio restitutorio; se, cioè, il giudice possa, a seguito della modifica della imputazione effettuata prima dell'inizio della istruttoria dibattimentale, provvedere direttamente alla reintegrazione dell'imputato nell'esercizio di una facoltà preclusa, come quella, appunto, di

²³ Cass., sez. I, 12 dicembre 2007, n. 47520, in Cass. pen., 2009, 1078; Cass., sez. VI, 30 novembre 2006, Pacifico, in Cass. pen. 2006, 4002 con nota di Santalucia

²⁴ Cfr., SANTALUCIA, *Le modifiche dibattimentali dell'imputazione senza istruzione: una conferma all'orientamento delle Sezioni Unite*, *cit.*, p. 1507.

eccepire l'incompetenza per territorio dopo il termine previsto a pena di decadenza dall'art. 491 c.p.p.

Il riferimento all'art. 175 c.p.p. non pare di per sè decisivo, atteso che la possibilità per la parte di essere rimessa nel termine, previsto a pena di decadenza, entro il quale deve essere eccepita la incompetenza per territorio, è subordinata alla impossibilità, per caso fortuito o per forza maggiore, di avvalersi del potere in questione entro il termine previsto dalla legge; pare arduo, tuttavia, ricondurre nell'ambito delle nozioni di caso fortuito o forza maggiore il "mutamento della contestazione" sulla base degli atti di indagine, ove, in ossequio alla giurisprudenza nomofilattica maggioritaria, si ritenga la modificazione in questione una legittima manifestazione di un potere del pubblico ministero.

La costruzione giuridica della Corte di Cassazione, fondata su un meccanismo recuperatorio, presuppone, cioè, il superamento di un termine di decadenza sulla base dell'applicazione di una norma che non pare esistente e che al più potrebbe essere introdotta nell'ordinamento solo a seguito di una pronuncia della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità degli artt. 516 – 517 c.p.p. nella parte in cui non consentono all'imputato di eccepire la incompetenza territoriale a seguito della modifica della imputazione, effettuata sulla base degli stessi atti acquisiti nella fase delle indagini preliminari, prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale²⁵.

9. (SEGUE). MODIFICA DELLA IMPUTAZIONE, RESTITUZIONE IN TERMINI E GIUDIZIO ABBREVIATO .

Non si può negare che la decisione adottata con la sentenza n. 333 del 2009 fosse attesa.

Da quando, cioè, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 265 del 1994, aveva introdotto la possibilità per l'imputato di accedere al patteggiamento nell'ipotesi di nuova contestazione *ex* artt. 516 o 517 c.p.p., qualora la modifica della regiudicanda riguardasse un fatto già risultante dagli atti d'indagine o comunque ove l'imputato ne avesse fatto tempestivamente richiesta. Se ne trae dunque come la sensazione che un cerchio si chiuda²⁶

Del resto, è lo stesso giudice delle leggi a legare la sentenza odierna alla decisione del 1994: da un lato, nell'affermare che il proprio intervento si impone «per eliminare la differenza di regime, in

²⁵ Sul punto, cfr., DI GERONIMO, *L'efficacia normativa delle sentenze costituzionali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell'istruttoria dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4203.

²⁶ Molti i commenti nei quali si stigmatizza come una lacuna irragionevole che l'imputato non possa essere restituito nei termini per scegliere il rito abbreviato, una volta modificata l'accusa. Cfr. a tal proposito, T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano 1996, 197-210; V. RETICO, *Contestazione*, cit., 2169; S. ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *Cass. pen.* 2000, 331; C. FIORIO, *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. Cost.* 2005, 2053 (a commento di Corte cost., ord. 3-16 giugno 2005, n. 236). In tempi più recenti O. BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova 2007, 75-83 (in particolare 78-80); L. SURACI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli 2008, 114-117.

punto di recupero della facoltà di accesso ai riti alternativi di fronte ad una contestazione suppletiva tardiva, a seconda che si discuta di patteggiamento o o di giudizio abbreviato»; dall'altro, strutturando tutta la motivazione sulla falsariga degli argomenti trattati a suo tempo nella pronuncia del 1994, ove invece aveva ritenuto di denegare la possibilità per l'imputato di essere rimesso in termini per domandare l'abbreviato al mutar dell'accusa nei suoi confronti. In sostanza - lasciando al prosieguo l'analisi più approfondita - le ragioni che avrebbero indotto a rifiutare l'intervento additivo quindici anni fa sarebbero venute meno oggi, e nulla più osterebbe a una completa equiparazione delle discipline relative ai due riti speciali deflativi, quando sia modificato in dibattimento il tenore dell'imputazione.

È interessante osservare da vicino che cosa cambi, grazie alla sentenza commentata.

L'imputato ottiene la possibilità di presentare richiesta di giudizio abbreviato, qualora l'addebito si sia arricchito di un reato concorrente *ex art. 517 c.p.p* o sia stato diversamente descritto, secondo quanto previsto dall'art. 516 c.p.p. Tuttavia, perché il diritto a optare per il rito speciale insorga, occorre che la modifica perfezionata in dibattimento risultasse già *in nuce*, vale a dire negli atti di indagine: si ripropone, in sostanza, la questione rappresentata dall'errore o dalla malizia del pubblico ministero - non puntuale nel fissare l'oggetto del processo - la cui inerzia non deve pesare sulle prerogative difensive, pena la lesione dell'art. 24 comma 2 Cost. e l'irragionevolezza del sistema *ex art. 3 Cost.*

Vale inoltre la pena notare che, quanto all'intervento manipolativo sull'art. 517 c.p.p., ne viene dichiarata l'illegittimità «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato *relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento*». Se ne desume che, stando alla lettera della modifica, parrebbe consentito alla difesa fare domanda di abbreviato soltanto limitatamente all'addebito aggiuntivo, restando precluso il rito speciale quanto alla contestazione originaria. La conclusione pare avvalorata dalla premessa in diritto espressa al § 2 della sentenza, ove si osserva come, se è vero che la giurisprudenza di legittimità non ammette richieste parziali di giudizio abbreviato, si riconosce tuttavia come la soluzione ben potrebbe non attagliarsi alla questione devoluta all'attenzione della Consulta²⁷.

²⁷ Vale la pena riprendere il passaggio testualmente: «Adombrando, inoltre, una prospettiva ermeneutica non implausibile, il giudice *a quo* rileva che, in ogni caso, l'orientamento in discorso, elaborato con riguardo a richieste di giudizio abbreviato tempestive e, ben potrebbe non valere per la peculiare fattispecie che dà adito al problema di costituzionalità. Si tratta, invero - come meglio si osserverà poco oltre - di ipotesi nella quale la contestazione suppletiva assume connotati di anomalia, essendo diretta, non già ad adeguare l'imputazione a nuove risultanze dibattimentali, ma a rimediare ad un'incompletezza già apprezzabile sulla base degli stessi atti di indagine. In simile frangente, emerge, in effetti, l'esigenza di garantire all'imputato la facoltà di accesso al giudizio abbreviato *limitatamente al reato contestato in dibattimento* - reato che, a causa di quella incompletezza, non avrebbe potuto formare oggetto di una richiesta tempestiva del rito alternativo - *senza che possa ipotizzarsi un recupero globale della facoltà stessa (esteso, cioè, anche al reato originariamente contestato, rispetto al quale l'imputato ha consapevolmente lasciato spirare il termine di proposizione della richiesta)*» (corsivo nostro).

Quanto alla contestazione di una aggravante, che non fosse a suo tempo stata considerata per incuria o disattenzione del magistrato requirente, nessuna rimessione in termini risulta possibile: né quanto al patteggiamento, né - lo si desume implicitamente dalla decisione commentata - per il giudizio abbreviato. Ci si deve chiedere se troverà conferma l'orientamento teso a impedire all'imputato, nello scegliere il giudizio abbreviato, di scindere le regiodicande, imponendogli una scelta netta: o il rito speciale o quello ordinario, senza possibilità di separare la sorte dell'accertamento dei temi per i quali l'azione penale è stata promossa. Che questa soluzione possa prevalere risulta avvalorato ove si consideri che, se si optasse per l'ipotesi opposta, risulterebbe precluso applicare in corso di giudizio l'istituto della continuazione *ex art. 81 comma 2 c.p.*, che invece rappresenta una delle principali ragioni per cui a suo tempo si introdusse la possibilità di modificare l'oggetto del processo, aggiungendo un nuovo tema d'accusa, a fianco della originaria ipotesi del c.d. «fatto diverso»

Ne risulterebbe infatti un sistema ove la continuazione potrebbe essere applicata solo in sede esecutiva, grazie all'art. 671 c.p.p., a detrimento irragionevole della speditezza e dell'efficienza del sistema nel suo complesso.

Ripercorriamo le ragioni che hanno indotto il giudice delle leggi al *révirement*, rispetto alla decisione del 1994.

Come noto, a suo tempo, l'accesso all'abbreviato a seguito di modifica dell'accusa non era stato concesso sulla base di due motivi: in primo luogo, in quanto abbreviato e dibattimento sarebbero risultati incompatibili su un piano radicale, di talché *electa una via non datur recursus ad alteram*; inoltre, l'intervento additivo avrebbe conculcato le prerogative del legislatore, prestandosi la materia a diverse soluzioni, tutte tra loro accettabili, sul piano della ragionevolezza costituzionale. Tra queste, la possibilità per il giudice, all'esito del dibattimento, di concedere comunque all'imputato, in caso di condanna, la diminuzione di un terzo della pena, ove si fosse convinto che, se il requirente avesse esaminato con più attenzione gli atti d'indagine, l'addebito avrebbe potuto presentarsi *ab initio* con le forme e i contenuti assunti invece soltanto più tardi, grazie ai cambiamenti operati in giudizio.

Come di solito avviene in questi casi, pertanto, la Corte - pur implicitamente cogliendo la discrasia del sistema - preferiva non intervenire, rimettendo al depositario del potere legislativo la scelta di come riportare equilibrio e ragionevolezza nella disciplina devoluta.

Entrambi i motivi che a suo tempo avevano giustificato il rigetto sarebbero ad oggi superati, stando alla sentenza qui esaminata. In particolare, grazie alle modifiche intervenute con la legge 16 dicembre 1999, n. 479, non sussisterebbe più quella incompatibilità inconciliabile tra abbreviato e rito ordinario, come è stato riconosciuto nella sentenza n. 169 del 2003. Peraltro, anche se non lo si

afferma esplicitamente, sarebbe venuto meno quell'ampio ventaglio di soluzioni possibili per ricondurre ad equilibrio il sistema: nella fattispecie - par di cogliere - non risulterebbe percorribile la via dello sconto di pena in caso di condanna dibattimentale. Da ultimo, un fattore decisivo avrebbe giocato la prassi, di cui si è già detto, di concedere al pubblico ministero di modificare le accuse *in limine litis*, prima dell'avvio dell'istruzione dibattimentale, contrariamente a ciò che prescriverebbe la lettera degli artt. 516 e 517 c.p.p. Per dirla diversamente, siccome risulta diritto vivente consolidato che il pubblico ministero possa rimediare ad errori, lacune o dimenticanze relative alla fissazione della regiudicanda prima che la fase istruttoria si apra, ne deve derivare un contrappeso di garanzia per l'imputato, quale, per l'appunto, la restituzione in termini per chiedere l'abbreviato: non può essere la difesa - questa la logica di politica processuale che si intravede - a pagare per l'incuria o l'inerzia dell'attore istituzionale (men che meno per la sua malizia).

La peculiarità della sentenza in commento sembra essere costituita dal fatto che, in relazione ad ogni argomento addotto a fondamento della scelta operata, se ne può individuare un altro di senso contrario. Ne emerge un dato, tutt'altro che raro per la verità nelle questioni giuridiche (in specie quelle concernenti la legittimità costituzionale di una previsione normativa): a prima vista sarebbe parsa altrettanto difendibile una soluzione di tenore opposto, con la quale, vale a dire, si fosse mantenuta la preclusione a chiedere l'abbreviato nonostante il mutamento dell'accusa.

La prima affermazione che potrebbe essere considerata non del tutto convincente è che solo grazie alla riforma della c.d. «legge Carotti» abbreviato e dibattimento siano divenuti riti tra loro compatibili. Invero, un abbreviato radicato nel dibattimento era già previsto prima del 1999, nei casi di trasformazione del rito direttissimo, sia per quanto concerne il processo davanti al tribunale, *ex art. 452 comma 2 c.p.p.*, sia in relazione al rito pretorile, *ex art. 566 comma 8 c.p.p.* (nelle versioni vigenti *ante* 1999). Ciò dimostra come, già prima della legge n. 479 del 1999, le due modalità di definizione del giudizio fossero compatibili, non incidendo sul punto il mutamento dei presupposti per instaurare l'abbreviato operato con la riforma della «Carotti». L'abbreviato, tolto il problema della sua instaurazione, altro non è, nella sua concezione ideale, che un giudizio svolto su atti d'indagine: è del tutto normale che un qualsivoglia organo giudicante non debba trovare soverchie difficoltà a celebrarlo, a nulla rilevando che ci si trovi nella fase della udienza preliminare, in un'udienza *ad hoc* convocata in seno alle indagini (come avveniva nel rito pretorile *ex art. 560 comma 2 c.p.p.* versione anteriore al 1999) o in dibattimento a seguito di domanda all'uopo rivolta dall'imputato condotto a giudizio direttissimo.

Del pari, potrebbe suscitare perplessità la distinzione tra modificazioni dell'accusa definite fisiologiche e quelle patologiche. Il riferimento è alla prassi, ormai radicata da oltre un decennio, di cui si è detto, di permettere al pubblico ministero di cambiare la descrizione dei fatti di causa *in*

limine litis (o di aggiungere reati connessi *ex art. 12 lett. b c.p.p.*), vale a dire prima che prenda le mosse l'istruzione dibattimentale. Sembra affermare la Corte che, se non fosse ammessa simile pratica, un intervento additivo quale quello realizzato attraverso la sentenza qui esaminata non sarebbe stato necessario. Ritorna in questa sede il richiamo alla diligenza dell'imputato (nonché alla correttezza del magistrato requirente), su cui già si era imperniata la sentenza n. 265 del 1994 in tema di patteggiamento.

Come noto, nei primi anni dopo l'entrata in vigore del codice, questioni analoghe a quella qui trattata, tendenti a concedere all'imputato la possibilità di fare richiesta di patteggiamento o di abbreviato in caso di nuove contestazioni dibattimentali, erano state tutte rigettate .

Si era allora osservato come simili cambiamenti della regiudicanda rientrassero nell'ordinario ventaglio dei possibili sviluppi processuali, ragion per cui l'imputato non se ne sarebbe in alcun modo potuto lamentare. Per dirla diversamente, la difesa avrebbe dovuto essere consapevole del fatto che in giudizio l'accusa può essere modificata: inutile dunque dolersi per il mutare degli addebiti. Se avesse voluto promuovere un rito premiale alternativo, lo avrebbe dovuto fare nei tempi previsti dal sistema. Scegliendo di andare avanti con il rito ordinario, avrebbe in qualche maniera accettato il rischio che gli addebiti potessero mutare tenore. Se *ex post* nutrisse dei rimpianti, *imputaret sibi*.

Con la sentenza n. 265 del 1994 la Corte optò per una soluzione che le consentiva di mantenersi coerente con la propria giurisprudenza precedente, pur introducendo una innovazione estremamente rilevante, quale la possibilità di chiedere il patteggiamento al modificarsi dell'accusa. La restituzione dell'imputato nei termini per chiedere l'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* trovava giustificazione, infatti, nella negligenza del pubblico ministero, da un lato, e nella diligenza dell'imputato, dall'altro. Il primo non sarebbe stato accurato nella descrizione dell'accusa, la cui natura e i cui motivi sarebbero già risultati palesi nella loro interezza sin dal termine delle indagini preliminari, trovandosi poi costretto a rimediare all'errore in apertura del giudizio; il secondo, a sua volta, non sarebbe stato rimproverabile, non avendo potuto adottare le proprie strategie alla luce di dati completi e fermi, quali invece ci si sarebbe potuti attendere se il requirente avesse operato con la dovuta diligenza. Addirittura, in una delle due vicende sulla quale la Corte era intervenuta, la difesa aveva tempestivamente chiesto l'applicazione della pena in udienza preliminare, e il pubblico ministero non aveva prestato il consenso, salvo poi procedere a nuove contestazioni a giudizio instaurato. Con la sentenza n. 333 del 2009, il giudice delle leggi ripropone gli stessi argomenti, finendo per riconoscere il diritto dell'imputato a chiedere l'abbreviato solo quando la nuova contestazione concerna un fatto che già risultasse dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale.

Senonché mentre per il patteggiamento il distinguo tra modifica prevedibile, cioè già risultante all'esito delle indagini, e imprevedibile, perché emersa nel corso dell'istruzione dibattimentale, poteva avere un fondamento, nell'abbreviato l'efficacia della distinzione sfuma considerevolmente. Nel patteggiamento, infatti, l'imputato non gode di un diritto soggettivo all'instaurazione del rito premiale, dal momento che risultano necessari sia il consenso del pubblico ministero che il *placet* dell'organo giudicante, chiamato a effettuare una valutazione dettagliata sui termini dell'accordo. Ove il requirente ponga in essere comportamenti extravaganti, quali il non acconsentire, a fronte della domanda tempestiva del contendente, per poi procedere a cambiare il tenore dell'accusa in giudizio, naturale che la difesa non possa essere costretta a pagarne il fio. Del pari, una imputazione lacunosa, errata, incerta, può impedire la conclusione del processo con una pena patteggiata, a causa del diniego giudiziale. Il giudice, infatti, può ritenere non debitamente descritto il fatto, tra gli altri controlli che deve effettuare, e per questo rigettare la proposta di pena avanzata dalle parti di comune accordo. Se il magistrato dell'accusa persiste nel non voler mutare il tenore dell'addebito, inevitabile che il patteggiamento rimanga precluso. Ove poi lo faccia tardivamente, in esordio di dibattimento, è ragionevole che la difesa venga restituita nella possibilità di proporre domanda *ex art. 444 c.p.p.*

Per l'abbreviato le cose sono un po' diverse. L'abbreviato è oggi, come ha riconosciuto una sentenza delle Sezioni Unite, un diritto soggettivo dell'imputato, che non gli può essere negato, ove ne sia presentata domanda nei tempi e nei modi prescritti

Qui, dunque, il vecchio principio - anteriore alla sentenza n. 265 del 1994 - per cui la difesa non può dolersi di eventuali modifiche della regiudicanda in giudizio, comunque siano effettuate, sembrerebbe ancora mantenere un fondamento. Insomma, se proprio ci avesse tenuto, e consapevole dell'alta probabilità che nel processo penale attuale gli addebiti mutino in dibattimento, l'interessato avrebbe dovuto chiedere l'abbreviato in udienza preliminare, mettendosi così al riparo dal rischio di perdere la *chance* della diminuzione di pena dovuta alla scelta del rito.

In realtà, gli argomenti esposti, pur meritevoli di attenzione, lasciano emergere in modo più netto la ragionevolezza della conclusione raggiunta dalla Corte nella vicenda trattata, e la inaccettabilità della tesi opposta. Per quanto nell'epoca moderna la materia penale conosca e si avvalga di modelli di giustizia negoziata, per quanto i poteri delle parti appaiano in espansione, sino a spingere in alcuni settori a parlare di potere dispositivo, legalità e parità di trattamento degli imputati - a parità di condizioni - devono rimanere i criteri guida dell'intero sistema.

A fianco di questi principi che devono necessariamente temperare i possibili arbitri insiti nelle logiche negoziali pure, si pone poi il dovere di rispettare scrupolosamente il diritto di difesa, la cui condizione primaria è che l'imputato sia in grado di avere chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi

confronti, prima di adottare le proprie scelte strategiche. Ciò vale *a fortiori* per la scelta in particolare di avvalersi del giudizio abbreviato, considerata comunemente nella pratica una delle più delicate tra quelle poste dal nostro processo. In sostanza, se mutano la natura o i motivi dell'accusa, devono essere restituiti all'imputato termini e condizioni per esercitare le proprie scelte, in particolare quelle più decisive, tra le quali si può annoverare quella relativa al rito abbreviato.

V'è peraltro un elemento testuale che sembra deporre a favore della soluzione prescelta dalla Consulta con la sentenza commentata. Si tratta dell'art. 441-*bis* c.p.p. Come noto, in esso si prevede che, ove il pubblico ministero, nel corso dell'abbreviato, modifichi l'imputazione, all'accusato sia restituita la possibilità di scelta, se rimanere nel rito premiale o tornare nella sede ordinaria (l'udienza preliminare). Si può trarre dalla previsione menzionata forse un indirizzo di sistema, secondo il quale, al modificarsi della natura e dei motivi dell'accusa, la decisione originariamente effettuata dalla difesa, sul tipo di rito da instaurare, perda di effetto e rimanga come sospesa, dovendo questa effettuare una nuova scelta. In altri termini, la disposizione si presta ad un ragionamento *a fortiori*, a sostegno della sentenza della Corte. Se la scelta del rito per cui si è originariamente optato torna in discussione, in caso di nuove contestazioni in abbreviato, perché non deve valere lo stesso - *mutatis mutandis* - in una situazione del tutto simile, quale quella che si verifichi nell'ipotesi di nuove contestazioni *ex artt. 516 e 517 c.p.p.*?

Insomma, la logica prevalente sembra quella di privilegiare il diritto di difesa, posto in tensione a causa di un mutamento delle accuse. In questo senso, la decisione della Corte non può che essere valutata positivamente.

Proprio in ragione degli argomenti sviluppati in precedenza, ci si chiede se non ci si sarebbe potuti spingere oltre, superando quella distinzione tra modifiche dell'imputazione già prevedibili *in nuce* al termine delle investigazioni e quelle emerse *ex abrupto* nel corso dell'istruzione dibattimentale. Se la logica fondante la decisione è la salvaguardia del diritto a difendersi, non si può fare a meno di osservare che tale diritto risulti posto in crisi assai più nella seconda ipotesi che non nella prima. In altre parole, l'imputato si trova ancor più in difficoltà se la nuova contestazione sorga *ex novo* in dibattimento, nel corso dell'istruzione probatoria, che non quando essa apparisse già estrapolabile dagli atti di indagine. È vero che in quest'ultimo caso il pubblico ministero può essere tacciato di incuria o negligenza, ma anche al suo contendente si potrebbe eccepire che avrebbe dovuto saper cogliere il potenziale sviluppo del tema d'accusa. Insomma, la maggiore difficoltà per l'imputato si riscontra certamente ove la lettera degli artt. 516 e 517 c.p.p. venga scrupolosamente rispettata, e gli elementi giustificanti un mutamento dell'addebito si palesino per la prima volta nel corso dell'acquisizione delle prove. Fra l'altro, la peggiore malizia può proprio annidarsi in simile eventualità. Un abile requirente può scegliere di lasciare l'indagine incompleta -

incompletezza difficilmente individuabile dal giudice in sede di udienza preliminare - e poi sfruttare il dibattimento per fare emergere nuovi profili di responsabilità penale per l'imputato, una volta che non sia più possibile optare per il rito premiale.

Sotto simile profilo, la sentenza sembra attribuire dunque un eccessivo peso alla pratica delle contestazioni irrituali, vale a dire effettuate prima dell'apertura della fase istruttoria, facendola apparire come la principale causa della declaratoria di illegittimità: pur risultando senza dubbio poco commendevole

A ben vedere, come del resto era stato evidenziato sin dall'entrata in vigore del codice, l'istituto delle nuove contestazioni, per i tratti che lo caratterizzano, si pone sempre e comunque in tensione con il diritto di difesa.

A tal fine, ridare all'imputato, in linea di principio, le sole possibilità di chiedere nuove prove o più semplicemente un termine non può probabilmente in assoluto dirsi sufficiente, se lo si vuole ripristinare nella pienezza delle sue prerogative; potrebbe sembrare invece più opportuno che, in tali evenienze, la facoltà di rinnovare la richiesta di riti alternativi fosse concessa senza condizioni.

L'analisi condotta ci mostra come la sentenza adottata dalla Corte costituzionale non rappresenti affatto quella apparente chiusura del cerchio cui si era fatto riferimento in esordio. Al contrario, essa lascia trasparire l'ambiguità e le lacune del nostro ordinamento, in relazione a due fondamentali aspetti, se si vuole dare vita ad un diritto di difesa efficace in qualsivoglia sistema penale: la conoscibilità della natura e dei motivi dell'accusa, e la fruibilità di tempo e condizioni necessarie per apprestare con cognizione di causa la più idonea strategia difensiva. Nel mostrarsi sensibile verso le ragioni dell'imputato, la decisione lascia emergere quanto ancor rimanga da fare in questo settore. L'impressione complessiva che si ricava è che il giudice delle leggi abbia sentito nel caso in esame la necessità di intervenire in relazione ad un ambito non a torto considerato come non adeguatamente protetto: quello riguardante il diritto dell'accusato essere reso edotto compiutamente degli addebiti rivoltigli nel processo penale, di modo da poter effettuare le proprie scelte con piena consapevolezza. La pronuncia additiva, sia pur con i limiti di cui si è detto, mira a ripristinare un equilibrio tra i contendenti, restituendo all'imputato una essenziale prerogativa, a fronte del mutare dell'accusa in dibattimento, quale quella di poter riconsiderare la questione afferente alla scelta del rito.

Più in generale, è auspicabile che alcuni moniti che si rinvergono nella sentenza commentata trovino ascolto nella giurisprudenza: in particolare, che si possano superare quelle prassi poco rigorose nel censurare imputazioni generiche, lacunose, ambigue. Sebbene la questione non rivesta importanza primaria, quanto alla *quaestio* specificamente decisa, è infatti innegabile che, quanto più si fosse rigorosi nei confronti dell'attore istituzionale al momento di promovimento dell'azione,

pretendendo chiarezza, completezza e precisione, tanto meno occorrerebbe poi forzare l'istituto della modifica dell'accusa in giudizio per consentire al requirente di chiarire, rimediare, completare. Lungi dal rappresentare l'epilogo di un cammino, sotto questo profilo, in definitiva, la decisione commentata, può dunque costituire l'inizio di un nuovo percorso, teso a salvaguardare, senza soluzioni ambigue o elusive, l'integrità delle attribuzioni difensive ogniquale volta entrino in gioco aspetti coinvolgenti il diritto a essere informato della natura e dei motivi dell'accusa.

10. LE MODALITÀ DELLA CONTESTAZIONE, IL TERMINE A DIFESA E L'INTEGRAZIONE PROBATORIA.

La modifica della contestazione o la contestazione di un reato concorrente ex art. 12 comma 1 lett. b c.p.p. si esegue in forma orale all'imputato presente o, se non è presente, al difensore.

L'attuale codice, diversamente dal previgente, riconosce al pubblico ministero il potere di procedere in udienza ad una contestazione suppletiva, modificativa o integrativa, anche se l'imputato sia contumace o assente. Tale potere non è, invece, attribuito nel caso di contestazione di un fatto nuovo ex art. 518 comma 2 in cui, invece, la presenza dell'imputato in udienza è considerata presupposto necessario per la eventuale manifestazione del consenso alla contestazione. Sul tema si rinvia a quanto detto sub art. 518 § 2 (T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 139; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 460).

Secondo parte della dottrina, alla nozione di imputato assente dovrebbero essere ricondotte non solo le ipotesi dell'imputato, non contumace, non presente in udienza ovvero di colui che, ex art. 420 quinquies, richiamato dall'art. 484 co. 2 bis c.p.p., pur impedito, chiedi o consenta che il dibattimento si celebri in sua assenza, ma anche quelle dell'imputato che, dopo essere comparso, si allontani volontariamente (art. 420 quinquies co. 2), ovvero sia allontanato coattivamente dall'udienza o espulso (art. 475 co.1-3 c.p.p.); in tutti i casi indicati, la nuova contestazione dovrebbe perfezionarsi con l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 520 (T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 145).

Secondo altra parte della dottrina, invece, l'art. 520 c.p.p. non dovrebbe trovare applicazione nel caso di allontanamento volontario ovvero di imputato evaso, atteso che, in tali ipotesi, l'imputato sarebbe legalmente presente, ai sensi dell'art. 420 quinquies c.p.p., ovvero rappresentato *ex lege* dal difensore (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 460).

Sul tema si precisa altresì che nell'ipotesi di allontanamento coattivo dell'imputato dall'aula, la previsione del potere di riammissione da parte del presidente, a differenza di quanto stabilito per l'ipotesi di espulsione definitiva, può consentire, successivamente alla riammissione dell'imputato in aula, di procedere alla nuova contestazione in via orale e non secondo le forme di cui all'art. 520; in tal senso, si assume, proprio la prospettiva di procedere ad una nuova contestazione potrebbe

costituire la ragione giustificativa per la riammissione dell'imputato e, quindi, per evitare la sospensione del dibattimento (E. FASSONE, *Il giudizio*, cit., 767).

In presenza della richiesta del pubblico ministero di procedere all'inserimento nel verbale di una nuova contestazione ex art. 517 o di una modifica della contestazione originaria, il presidente non ha alcun potere deliberativo sulla ammissibilità della contestazione, atteso che, secondo la dottrina, ove pure questa fosse avvenuta al di fuori dei casi previsti dall'art. 516-517, il rimedio risiederebbe solo nella trasmissione degli atti al pubblico ministero, effettuata, ai sensi dell'art. 521 co. 3 c.p.p., all'esito del giudizio (E. FASSONE, *Il giudizio*, cit., 873).

Consequenziali alla richiesta di notifica del verbale sono la sospensione del dibattimento e la fissazione di una nuova udienza; si tratta di adempimenti, che la dottrina ritiene adottabili dal presidente oralmente e senza particolari forme, strumentali alla integrazione del contraddittorio nei confronti dell'imputato e della persona offesa e, quindi, finalizzati a consentire la esecuzione delle notifiche secondo i termini previsti dall'art 519 co.1-2 c.p.p., che non sarebbero disponibili da parte del difensore il quale non potrebbe chiedere l'abbreviazione del termine in questione né rinunciare ad esso (T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 152).

Secondo la dottrina, le forme previste dall'articolo in esame dovrebbe essere osservate anche nel caso di contestazione avente ad oggetto la recidiva, atteso che l'esclusione del diritto al termine a difesa, previsto dall'art. 519 co.1 c.p.p., non potrebbe comunque giustificare anche la deroga alla notifica del verbale strumentale alla integrazione del contraddittorio (T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 154). Sul tema, la giurisprudenza di merito ha, invece, affermato che la sospensione del dibattimento e la notificazione dell'estratto del verbale, previsti dall'art. 520, sarebbero funzionali al godimento proprio del termine a difesa, e, quindi, non sarebbero dovuti nell'ipotesi, come nel caso di contestazione della recidiva, in cui il termine a difesa non potrebbe essere concesso.²⁸

Nella sua formulazione originaria, l'art. 519 c.p.p. riconosceva al solo imputato il diritto di chiedere l'ammissione di nuove prove a seguito di nuove contestazioni formulate ai sensi degli artt. 516-517-518 comma 2, subordinandoli diritto in questione ai presupposti previsti dall'art. 507 c.p.p. (solo se assolutamente necessarie). Investita della questione sotto entrambi i profili, la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittima costituzionale dell'art. 519 c.p.p. per violazione degli artt. 3-24 Cost., nella parte in cui non consente, nei casi previsti dagli artt. 516-517, al pubblico ministero e alle parti private di chiedere l'ammissione di nuove prove ai sensi dell'art. 190 c.p.p. In un sistema processuale basato sul riconoscimento del diritto alla prova e nel quale l'acquisizione del materiale probatorio è innanzitutto rimessa all'iniziativa delle parti, sarebbe incongruo, in caso

²⁸ In tal senso, Pret. Macerata, 13 novembre 1990, Costantini, in *G. it.* 1990, II, 302.

di nuove contestazioni nel corso dell'istruzione dibattimentale, che la regolamentazione dell'attività probatoria, come previsto dall'art. 519 comma 2, fosse rimessa al potere-dovere del giudice d'integrazione ai sensi dell'art. 507 (acquisizione di prove assolutamente necessarie), dovendo invece l'iniziativa delle parti essere riconosciuta pienamente, rispetto ai nuovi elementi emersi nel processo, secondo i criteri generali previsti dall'art. 190 c.p.p.; parimenti, è stato ritenuta contraria alla logica del pieno contraddittorio la inibizione anche alle altre parti del loro diritto alla prova in condizioni di parità con l'imputato.²⁹

Sotto altro profilo, con sentenza interpretativa di rigetto, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 79 e 519 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 comma 1 e 2 commi 1-2- Cost., nella parte in cui non prevedono che, a seguito di contestazione suppletiva, relativa ad un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, sia consentita alla persona offesa, citata ex art. 519, la costituzione di parte civile anche oltre il termine fissato dall'art. 79 c.p.p. Ha chiarito il Giudice delle leggi che, conformemente a quanto ritenuto dalla corte di cassazione, il termine per la costituzione di parte civile, stabilito, a pena di decadenza, dall'art. 79 c.p.p., può essere inteso come vincolante solo in relazione alle imputazioni contestate, così che, se nel procedimento penale si introduce la contestazione di un nuovo fatto-reato, in relazione ad essa la parte offesa deve essere messa in grado di valutare se esercitare l'azione civile nella sede penale, prima che sullo stesso fatto-reato si apra l'istruzione dibattimentale; non è da considerarsi tardiva la costituzione di parte civile in relazione al reato contestato in via suppletiva, effettuata in apertura della nuova udienza, e ciò non può non valere, a maggior ragione, quando, a seguito della contestazione suppletiva, venga individuata per la prima volta, e venga citata in giudizio, una persona offesa fino a quel momento assente dal giudizio medesimo. Con la sentenza in questione è stato altresì chiarito che la soluzione interpretativa in questione assume valenza a prescindere dalla circostanza che la contestazione suppletiva riguardi un fatto reato già risultante dagli atti prima dell'inizio del dibattimento o al momento dell'esercizio penale, ovvero un fatto emerso successivamente, nel corso dell'istruttoria dibattimentale (Corte. cost. 25 marzo 1996 n. 98, in *Cass. pen.* 1996, 2481). Sotto ulteriore profilo, la Corte di Cassazione ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di legittimità costituzionale del primo comma dell'art. 519 nella parte in cui assegna all'imputato il diritto ad ottenere un termine a difesa nel caso di contestazione di circostanze aggravanti facendo eccezione per l'ipotesi di contestazione della recidiva, perché tale

²⁹ Corte cost. 20 maggio 1992 n. 241, in *G. cost.* 1992, 1857; Corte Cost. 8 febbraio 1995 n. 50, in *Giur. Cost.* 1995, 451; in dottrina E. APRILE, *Ancora sulla illegittimità costituzionale dell'art 519 c.p.p.*, cit., 926; L. GIULIANI, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, cit., 1993, 1123; M. SCAPARONE, *Nuove contestazioni e principio di ragionevolezza*, cit., 1859.

eccezione trova la sua ragion d'essere obiettiva nel fatto che i precedenti penali non rappresentano fatti nuovi, essendo ovviamente noti all'imputato; la contestazione di essi non suscita l'esigenza di una speciale attività difensiva che necessiti di un termine ulteriore (Cass., III, 10 novembre 1999, Rosato, in *C.E.D. Cass.* n.214913; L. MARINI, *Sub art. 519 c.p.p.*, cit., 468).

In tutti casi previsti dagli artt. 516-517- 518 comma 2 c.p.p., il presidente, salvo che la contestazione abbia ad oggetto la recidiva, informa l'imputato che ha diritto ad un termine a difesa non inferiore a quello per comparire in giudizio ma comunque non superiore a quaranta giorni. La previsione contenuta per la recidiva troverebbe applicazione, secondo la dottrina, anche per le ipotesi di contestazione avente ad oggetto le circostanze che comportano l'applicazione di una misura di sicurezza, non trattandosi di circostanze aggravanti in senso tecnico (T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., 179). Il mancato avviso da parte del presidente della facoltà di chiedere il termine in questione comporta una lesione del diritto di difesa da cui deriverebbe la nullità ex art. 522 c.p.p., di natura intermedia, riconducibile all'art.178 lett. c) c.p.p. (L. MARINI, *Sub art. 522 c.p.p.*, in CHIAVARIO, cit, 481; T. RAFARACI, *Nuove contestazioni e diritto alla prova*, cit., 179). La concessione del termine deve essere richiesta dall'imputato, non potendo il giudice procedere d'ufficio: se richiesta, la concessione, tuttavia, diventa obbligatoria (T. RAFARACI, *Nuove contestazioni*, cit., 179); peraltro il diritto di richiedere il termine a difesa non è da considerare riservato esclusivamente all'imputato ma, senza alcuna deroga al principio generale di cui all'art. 99 c.p.p., può essere esercitato anche dal difensore (Cass., IV, 8 novembre 1995, Polo, in *C.E.D. Cass.*, n. 203534). In giurisprudenza si è affermato che l'omesso avviso all'imputato della facoltà di chiedere un termine a difesa integra una nullità a regime intermedio che, in quanto tale, deve essere dedotta, quanto meno, con i motivi di appello ed, in mancanza di ciò, non può costituire oggetto di ricorso per cassazione (Cass., II, 23 maggio 2000, Fasciani, in *C.E.D. Cass.*, n. 218020). La Corte di Cassazione ha inoltre precisato che qualora il pubblico ministero effettui una integrazione dell'imputazione ai sensi dell'art. 516 c.p.p. e dal verbale di udienza non risulti specificamente che il giudice abbia informato l'imputato del diritto di chiedere un termine per la difesa ex art. 519 non si verifica la nullità della sentenza a norma dell'art.522 c.p.p., se dal detto verbale emerge che, dopo tale contestazione, nulla abbiano opposto le difese; le norme che disciplinano le nuove contestazioni (artt.516-522), essendo preordinate a garantire nello svolgimento del contraddittorio il pieno esercizio del diritto di difesa, devono essere interpretate con specifico e diretto riferimento a questa finalità (Cass., III, 9 dicembre 1998, Tombola, in *C.E.D. Cass.* n. 212554). Il termine a difesa non può essere inferiore a venti giorni e superiore a quaranta e, nel caso di imputato contumace, inizia a decorrere dalla data di notificazione del verbale di udienza contenente la modifica dell'imputazione (Cass., VI, 16 ottobre 1998,

Attanasio, in *A. n. proc. pen.* 2000, 206; sulla natura ordinatoria del termine massimo di quaranta giorni, T. RAFARACI, *Nuove contestazioni*, cit., 180).

Poichè alla contestazione suppletiva che modifica l'imputazione originaria consegue un ampliamento del "*thema probandum*", è necessario che a ciascuna parte sia garantito il pieno esercizio del diritto alla prova rispetto ai nuovi fatti emersi nel processo; ne discende che, se nel dibattimento viene contestato un reato concorrente, alla parte va riconosciuto il diritto alla prova nella medesima estensione stabilita per la fase degli atti preliminari al dibattimento, e l'ammissione delle prove medesime può essere negata solo se esse siano vietate dalle legge o manifestamente superflue o irrilevanti. (Cass., VI, 12 luglio 2000, Pinto, in *C.E.D. Cass.* n. 216926) Le modalità con cui il diritto alla prova trova concreta attuazione sono diverse a seconda che l'imputato chieda o meno il termine a difesa e, quindi, il presidente sospenda o meno il dibattimento. Nel caso in cui il termine a difesa venga concesso, secondo la dottrina si ripristina uno spazio del tutto analogo a quello predibattimentale, con la conseguenza che alle parti deve essere riconosciuto il diritto alla prova nella stessa misura di quello di cui esse sono titolari nella fase delle richieste istruttorie di cui all'art. 493 c.p.p. Il corollario che consegue è che le parti potranno chiedere l'ammissione di nuove prove dichiarative (testimonianza, consulenze, perizie, esame di persone di cui all'art. 210 c.p.p.) solo nel caso in cui assolvano nuovamente all'onere del deposito tempestivo delle liste testimoniale (A. GIARDA, *Nuove contestazioni e diritto alla prova*, cit., 1111; T. RAFARACI, *Nuove contestazioni*, cit., 193). Ove invece il termine a difesa non sia richiesto e, quindi, il dibattimento non sia sospeso, le parti devono avanzare le proprie richieste istruttorie nell'immediatezza; è possibile che, a seguito delle immediate richieste istruttorie e del conseguente provvedimento ammissivo, possa, tuttavia, realizzarsi una delle ipotesi contemplate dall'art. 509 c.p.p. e che, quindi, il giudice disponga comunque la sospensione del dibattimento e fissi una nuova udienza (T. RAFARACI, *Nuove contestazioni*, cit., 194). Ove la sospensione sia disposta solo per il breve termine per la citazione della persona offesa, si ritiene in dottrina che le richieste di prova di tutte le parti potranno essere avanzate alla successiva udienza, senza l'onere del deposito delle liste testimoniali (T. RAFARACI, *Nuove contestazioni*, cit., 195; D. POTETTI, *Modifica dell'imputazione e costituzione di parte civile*, cit., 2483).

Secondo la dottrina, la citazione della persona offesa prevista dall'art. 519 comma 3 è conseguente alla modificazione o alla integrazione dell'accusa ed assolve alla funzione di realizzare il ripristino delle ordinarie condizioni del contraddittorio; essa deve essere effettuata non solo nei confronti di chi non sia mai stato citato prima, ma, nel caso di contestazione di reato concorrente o di fatto nuovo, anche nei riguardi della persona già citata per l'accusa iniziale e non costituitasi, attesa la configurazione di una autonoma ipotesi accusatoria, ovvero quando, in caso di modifica

della originaria imputazione, siano introdotte variazioni qualitative e quantitative tali da indurre ad una considerazione sostanzialmente diversa dell'offesa penale (E. FASSONE, *Il giudizio*, cit. 875; T. RAFARACI, op cit. 161). Simmetricamente, in giurisprudenza si è affermato che, in caso di contestazione ex artt. 516-517-518 n. 2, la parte offesa ha diritto alla sospensione del dibattimento per essere nuovamente citata in giudizio o, se presente, per potersi costituire parte civile negli atti introduttivi della nuova udienza. Infatti, a seguito della contestazione di un nuovo fatto-reato viene introdotta nel procedimento penale una nuova "*causa petendi*" contro l'imputato in relazione alla quale la persona offesa deve essere messa in grado di valutare se esercitare l'azione civile nella sede penale, prima che sullo stesso fatto-reato si apra l'istruzione dibattimentale. Non diversamente, deve essere data la possibilità alla parte offesa già costituita parte civile di modificare il rapporto già costituitosi, estendendolo anche alla nuova contestazione (Cass., III, 27 settembre 1995, Roncati, in *C.E.D. Cass.* n. 202704). Coerente con l'impostazione in esame, è l'ulteriore affermazione giurisprudenziale secondo cui, nel caso di nuove contestazioni dibattimentali, non possono essere utilizzate dal giudice quale prova della colpevolezza dell'imputato le dichiarazioni accusatorie della persona offesa della quale non sia stato disposto l'esame successivamente alla formulazione dell'accusa suppletiva. Si afferma, infatti, che a seguito della contestazione in udienza di un nuovo fatto-reato e della conseguente introduzione di una nuova *causa petendi* contro l'imputato in un procedimento già in corso per altra imputazione, la fase della istruzione dibattimentale relativa alla nuova accusa è quella che si apre successivamente alla formulazione della contestazione suppletiva, con la conseguenza che le precedenti dichiarazioni della persona offesa non possono essere considerate "legittimamente acquisite nel dibattimento", come prescritto dall'art. 526 c.p.p. in tema di prove utilizzabili ai fini della deliberazione (Cass., VI, 15 novembre 1996, La Rocca, in *C.E.D. Cass.* n. 208183).

11. LA RINUNCIA PARZIALE ALL'IMPUTAZIONE.

Sono legittime le condotte processuali, rispettivamente, del p.m., che nel corso delle proprie conclusioni all'esito di giudizio abbreviato, rinunci, sostanzialmente, alla già intervenuta contestazione di un'aggravante, e del giudice che, a fronte di siffatta modifica in extremis dell'imputazione, pronunci conseguentemente sentenza in riferimento ad un'accusa privata di una delle sue componenti originarie?

La Corte di cassazione, conformandosi a precedenti decisioni in materia, si è soffermata recentemente sul tema, concentrandosi preminentemente sull'operato del p.m., sui poteri di

riqualificazione del fatto contestato da parte del giudice che sarebbe tenuto, in ogni caso, a pronunciarsi anche riguardo al segmento di imputazione venuto meno³⁰.

Ripercorrendo le fasi del giudizio *ex artt.* 438 ss. tenutosi dinanzi al G.u.p. del Tribunale di Sassari, va sottolineato che il p.m., che aveva esercitato l'azione penale per il reato di cui all'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990, con l'aggravante dell'ingente quantità, esaurita la fase istruttoria, naturalmente destinata alle eventuali correzioni dell'imputazione, rassegnava le proprie conclusioni, chiedendo la condanna per il semplice spaccio, rinunciando espressamente alla contestazione della circostanza aggravante originariamente ritenuta sussistente ma, allo scrutinio di merito, rivelatasi, a suo dire, inconsistente.

Dinanzi l'inconsueta modifica dell'imputazione, il giudice, pur ritenendo che in dibattimento fossero, al contrario, emerse le prove tanto della commissione del reato, quanto della sussistenza dell'aggravante contestata fino alla requisitoria del p.m., ritenendosi vincolato alle nuove determinazioni dell'organo dell'accusa, evitava di pronunciarsi in relazione alla suddetta aggravante, ritenendo tale giudizio a quel punto a lui precluso, utilizzando, tuttavia, le emergenze probatorie inerenti l'effettiva, elevata, quantità di sostanza stupefacente, ai fini della quantificazione della pena.

Il ricorrente, come anticipato, impugnava la sentenza di condanna emessa all'esito del giudizio abbreviato, in primo luogo sotto il profilo della violazione da parte del p.m. del principio dell'irretrattabilità dell'azione penale, in virtù del quale l'imputazione elevata può essere modificata o integrata nei casi e con le modalità tracciate dal codice di procedura penale, ma mai revocata; in secondo luogo censurando l'accettazione da parte del giudicante della rinuncia (peraltro manifestata in sede di conclusioni) da parte del p.m., non contemplata dal sistema e, quindi, inidonea ad evitare una pronuncia sul punto.

Accogliendo il ricorso del procuratore generale, la suprema Corte si è conformata all'unanime orientamento di legittimità che esclude la sussistenza del potere di modifica unilaterale dell'imputazione da parte del p.m., legittimato a correggerla ed integrarla in dibattimento *ex artt.* 516 e 517 c.p.p., con corrispettive, diversificate, facoltà di accettazione a favore della difesa, ma non a ridurla (mediante la eliminazione di circostanze aggravanti o di reati connessi o, addirittura, di interi fatti di reato), tanto più in una fase processuale, quella delle conclusioni, in cui è precluso ad ogni altra parte il tipico contraddittorio sul punto.

In nessun caso, secondo la monolitica posizione della Cassazione, il p.m. può, in ossequio al principio dell'irretrattabilità, rinunciare all'azione penale già esercitata.

L'unica *chance* che l'ordinamento offre alla pubblica accusa che, alla luce dell'istruttoria dibattimentale, abbia rimeditato le proprie convinzioni in ordine all'azione penale così come

³⁰ Cass, sez. IV, 22 aprile 2009, n. 26653

esercitata, risiede, pertanto, nella richiesta motivata di segno contrario rispetto all'originario impianto accusatorio, cui segua il recepimento da parte del giudice che riqualifichi i fatti contestati, ad esempio escludendo la circostanza aggravante "ritrattata" dal p.m.

La pronuncia in esame, infatti, sia pure implicitamente, considera *tamquam non esset* la rinuncia del p.m. a una parte dell'imputazione, imponendo al giudice di statuire in ogni caso, anche dinanzi ad un mutamento tanto delle contestazioni quanto del connesso quadro probatorio, su ogni parte dell'accusa per la verifica della quale è stato instaurato il processo, rendendo poi conto in punto di motivazione delle ragioni di fatto e di diritto che portano ad escludere l'integrazione della fattispecie di reato o le relative circostanze.

Un'impostazione, pertanto, fondata sull'inesistenza nel vigente sistema processuale di strumenti che consentano di regredire *medio tempore* dall'impianto accusatorio delineato in prima battuta (che è suscettibile, quindi, soltanto di crescere con l'aggiunta di reati connessi, circostanze aggravanti o fatti nuovi) che deve, necessariamente, sfociare in una decisione di merito affidata al giudice, unico soggetto legittimato a valutare la non coincidenza della fattispecie concreta con quella astratta.

Si è visto, nella sintetica ricognizione del sistema, che una specifica facoltà di rinuncia ad un segmento dell'imputazione già elevata con la richiesta di rinvio a giudizio non è riscontrabile: le uniche modifiche all'imputazione delineata al termine delle indagini preliminari sono quelle suppletive previste dagli artt. 516-518 c.p.p.

12. L'ART. 521 COMMI 2- 3 C.P.P.: REGRESSIONE LEGITTIMA, PRECLUSIONI PROCESSUALI E POTERI DEL PUBBLICO MINISTERO.

Come già detto se il giudice accerta che il fatto è diverso da come contestato ovvero che il pubblico ministero ha effettuato una nuova contestazione fuori dai casi previsti dagli artt. 516-517 e 518 comma 2 (ad esempio violando il limite della competenza), il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero.

Quid Juris nel caso in cui il giudice all'esito del dibattimento riqualifichi il fatto e lo riconduca al novero dei reati per i quali è prevista l'udienza preliminare?

Secondo la Corte di Cassazione il Tribunale, se l'udienza preliminare non si è tenuta, dovrebbe disporre la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero, restando esclusa la possibilità di pronunciare sentenza assolutoria per il reato originariamente indicato³¹.

E' ben vero che l'art. 33 quinquies c.p.p., prescrive che la inosservanza delle disposizioni circa l'attribuzione dei reati alla cognizione del tribunale in composizione collegiale deve essere eccepita

³¹ Cass., sez. I, 26.11.2009, n. 47111.

o rilevata entro i termini di decadenza ibidem stabiliti; e, inoltre, che l'art. 550 c.p.p., comma 3, stabilisce che l'eccezione relativa all'illegittimo esercizio della azione penale, mediante citazione diretta, "per un reato per il quale è prevista l'udienza preliminarè, deve essere proposta entro il termine indicato dall'art. 491 c.p.p., comma 1.

Ma la considerazione di siffatte disposizioni non comporta, nella specie, la preclusione della relativa questione .

Soccorre il proposito la speciale norma, contenuta nell'art. 521 c.p.p., comma 1, la quale (a pena di nullità sanzionata dall'art. 522 c.p.p., comma 1) subordina - e circoscrive - la potestà del giudice di dare al fatto una diversa definizione giuridica da quella enunciata nella imputazione al concorso della duplice condizione negativa "che il reato non ecceda la competenza (del giudice medesimo), nè risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, anzichè monocratica"; inoltre l'art. 521 bis c.p.p., impone "la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero", qualora, "in seguito a una diversa definizione giuridica (..) il reato risulta tra quelli.. per cui è prevista l'udienza preliminare e questa non si è tenuta".

Evidente è la finalità del legislatore di prevenire l'inconveniente che la errata definizione giuridica del fatto eluda (o, comunque, pregiudichi) l'assetto delle competenze tra i giudici, l'osservanza della competenza funzionale del giudice della udienza preliminare e il riparto, in seno al tribunale ordinario, delle attribuzioni tra il collegio e il giudice singolo.

Epperò, dalla sistematica e correlata considerazione delle citate disposizioni, è dato evincere che solamente nel caso in cui, già alla stregua del tenore formale della imputazione, in relazione al titolo del reato indicato, risulti che per il delitto era prescritta la celebrazione della udienza preliminare ed era prevista la cognizione del collegio, la mancata formulazione della relativa eccezione (nel termine fissato a pena di decadenza) rende incontestabile la cognizione del giudice singolo e preclude il rilievo di ogni questione al riguardo, con la conseguenza, in sede di scrutinio di legittimità, che, qualora debba pronunciarsi (per altra ragione) l'annullamento la sentenza del tribunale (fuori, beninteso, dei casi di cui all'art. 620 c.p.p.), il rinvio dovrà essere disposto ai sensi dell'art. 569 c.p.p., comma 4.

Mentre, nel caso particolare in cui, in dipendenza della nuova e corretta definizione giuridica del fatto (conseguente all'accoglimento del ricorso immediato), risulti che, in relazione al titolo del delitto, doveva essere celebrata l'udienza preliminare (pretermessa), dovrà farsi luogo all'annullamento, senza rinvio, della sentenza del tribunale, in composizione monocratica, e alla trasmissione degli atti al Pubblico Ministero.

Infatti, il giudice singolo, procedente in virtù di citazione diretta, versa in assoluta carenza di potere: non può pronunciare sentenza e deve rimettere gli atti al Pubblico Ministero, se, per effetto

della diversa definizione giuridica del fatto, risulti che per il delitto doveva essere tenuta la udienza preliminare. Epperò nel giudizio di legittimità la riqualificazione, in tal senso, della imputazione comporta l'annullamento senza rinvio della sentenza, à sensi dell'art. 620 c.p.p., comma 1, lett. d), consistendo la decisione impugnata in un provvedimento non consentito dalla legge, colla conseguente investitura del Pubblico Ministero per l'esercizio della azione penale nella forma prescritta dal rito.

La conclusione raggiunta risulta, peraltro, coerente con il principio di diritto - recentemente affermato da questa Corte con ermeneutica costituzionalmente orientata in seguito all'arresto della Corte Europea dei diritti dell'uomo 11 dicembre 2007, Drassich - secondo il quale "la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata all'imputato anche, in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice ex officio" (Sez. 6^a, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, massima n. 241754).

Infatti - in esito alla riqualificazione giuridica del fatto in sede di legittimità - solo l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata e la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero garantiscono il contraddittorio in ordine alla quaestio juris in ogni fase e grado del giudizio.

Ciò detto, si tratta ora di stabilire quali poteri-doveri abbia il pubblico ministero al quale il giudice abbia rimesso gli atti, perché il fatto, nella fase processuale, è risultato diverso da come descritto nell'imputazione.

Per rispondere a tale quesito, è necessario verificare se la trasmissione degli atti al pubblico ministero determini o meno la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari e se, conseguentemente, il pubblico ministero si trovi investito del procedimento a pieno titolo oppure semplicemente *ad acta*, al solo fine cioè di provvedere alla correzione dell'imputazione.

Com'è noto, si ha regressione del procedimento quando lo stesso, anziché avanzare verso il suo epilogo, torni alla fase o grado precedente rispetto a quello già instauratosi. Si tratta di un istituto che trova base testuale nell'art. 185 comma 3 c.p.p., disposizione che, a proposito della nullità degli atti processuali, stabilisce che «la dichiarazione di nullità comporta la regressione del procedimento allo stato o grado in cui è stato compiuto l'atto nullo, salvo che sia diversamente stabilito».

La disposizione appena richiamata collega la regressione del procedimento alla previa declaratoria di nullità di un atto processuale di tipo «propulsivo»³².

Limitando il discorso alla regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari³³ essa si determina, in ragione della nullità dell'atto propulsivo del procedimento, ad es. nel caso

³² È noto che la disciplina della regressione del procedimento, dettata dall'art. 185 c.p.p., ricalca la tradizionale distinzione tra atti propulsivi e atti probatori, per i primi soltanto prevedendo (di regola) la regressione del procedimento (comma 3), mentre per i secondi escludendola (comma 4). Sul punto, cfr. RAFARACI, *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, II Agg., Milano, 1998, 624 ss.; v. anche POTETTI, *Nullità della citazione a giudizio e principio di regressione del procedimento*, in *Cass. pen.*, 2003, 2395.

previsto dall'art. 452 comma 1 c.p.p. (quando il giudizio direttissimo sia stato promosso fuori dei casi previsti dalla legge)³⁴ o nel caso previsto dall'art. 455 (quando il giudizio immediato sia stato promosso senza il previo interrogatorio dell'imputato ovvero senza la notifica di invito a presentarsi)³⁵, o nel caso di cui all'art. 550 comma 3 (quando il pubblico ministero abbia esercitato l'azione penale con citazione diretta per un reato per il quale è prevista l'udienza preliminare)³⁶, o in quello di cui all'art. 33-*septies* comma 2 (quando il processo sia stato instaurato dinanzi al giudice monocratico, ma la cognizione del reato appartiene al giudice collegiale) e nell'analogo caso di cui all'art. 33-*octies* (quando il giudice di appello o la corte di cassazione si avvedano che la sentenza impugnata è stata pronunciata dal giudice monocratico, anziché da quello collegiale)³⁷ (81)

In tutti questi casi, nei quali si è in presenza di una nullità (poco importa che la stessa sia dichiarata o meno), il giudice si spoglia del procedimento e dispone la trasmissione degli atti al pubblico ministero, determinando la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari³⁸

Nel sistema processuale vi sono, però, diverse situazioni nelle quali si verifica regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari anche in assenza di qualsiasi nullità dell'atto propulsivo del procedimento. Si tratta di situazioni, espressamente previste dalla legge, perché nell'ordinamento processuale vige il (contrario) principio generale della «non regressione» del procedimento ad una fase processuale ormai superata, principio che non è derogabile se non nei casi tassativamente previsti dal legislatore.

Si ha così regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, in assenza di nullità dell'atto propulsivo del procedimento, nel caso di cui all'art. 459 comma 3 (quando la richiesta di decreto di condanna formulata dal pubblico ministero viene respinta dal giudice per le indagini preliminari solo per un dissenso sulla entità della pena da infliggere), o nel caso previsto dall'art.

³³ Esulano dal tema in esame le ipotesi di regressione del procedimento dal grado di appello o di cassazione al giudizio di primo grado [artt. 24, 604 e 623, lett. b) c.p.p.], regressione che può definirsi «endoprocessuale», perché provoca il ritorno del procedimento ad una precedente fase processuale, e non a quella anteriore all'esercizio dell'azione penale.

³⁴ Cfr. Cass., sez. V, 15 giugno 1992, Carozza, in *Cass. pen.*, 1993, 1749, con nota di Vessichelli

³⁵ NAPPI, *op. cit.*, 487 ss., che parla di nullità ai sensi dell'art. 178 comma 1, lett. c) c.p.p.

³⁶ Cfr. Cass., sez. V, 3 dicembre 2007, Valentini, in *CED Cass.*, n. 239172.

³⁷ Sul punto, v. DI SALVO, *Principio d'irretrattabilità dell'azione penale, regressione del procedimento e poteri del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000, 3332.

³⁸ Non si ha invece regressione del procedimento nell'ipotesi in cui, nel corso delle indagini preliminari il giudice dichiara con ordinanza la propria incompetenza disponendo la restituzione degli atti al pubblico ministero (art. 22 comma 1), perché in tal caso il procedimento trovatisi già nella fase delle indagini preliminari e in tale fase rimane. Cfr. Cass., sez. I, 19 febbraio 1990, Facchineri, in *Cass. pen.*, 1991, 154 ss., con nota di Peroni, secondo cui, nel caso di dichiarazione di incompetenza adottata dal giudice ai sensi del comma 1 dell'art. 22 c.p.p., il pubblico ministero rimane libero di proseguire le indagini preliminari, non essendo vincolato alla pronuncia del giudice; salvo che intenda insistere nell'ottenere il provvedimento denegato per ragioni di competenza, dovendo in tal caso necessariamente rimettere gli atti all'ufficio del pubblico ministero ritenuto competente, perché richieda al giudice per le indagini preliminari presso il quale svolge le sue funzioni il provvedimento ritenuto necessario (salva l'elevazione del conflitto da parte di tale giudice).

455 (quando il giudice per le indagini preliminari respinge la richiesta di giudizio immediato formulata dal pubblico ministero solo per un apprezzamento della prova che ne escluda l'evidenza), o nel caso previsto dall'art. 33-*sexies* (quando, per il reato contestato, si deve procedere con citazione diretta, anziché con richiesta di rinvio a giudizio).

Altre ipotesi di regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, si verificano in materia di declaratoria di incompetenza, nel caso di cui all'art. 22 comma 3 (declaratoria di incompetenza da parte del giudice dell'udienza preliminare)³⁹ e nel caso di cui ai sensi dell'art. 23 (declaratoria di incompetenza da parte del giudice del dibattimento di primo grado)⁴⁰: in tali casi, la trasmissione degli atti è però indirizzata, non al pubblico ministero procedente, ma al pubblico ministero presso il giudice competente.

Orbene, in taluni di questi casi, con particolare riferimento alle declaratorie di incompetenza, secondo taluna giurisprudenza non vi sarebbe alcuna regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari e il pubblico ministero presso il giudice competente, che riceve gli atti, sarebbe vincolato - in forza del principio dell'irretrattabilità dell'azione penale⁴¹ - a reiterare l'azione penale già esercitata da altra procura della Repubblica e non potrebbe invece avanzare richiesta di archiviazione.⁴²

Anche nel caso in cui il Tribunale in composizione monocratica dichiara la nullità del decreto di citazione diretta a giudizio per omissione dell'udienza preliminare, si è affermato che il procedimento regredisce, non alla fase delle indagini, ma alla fase in cui si doveva far luogo all'atto mancante, affinché il pubblico ministero inoltri la richiesta di rinvio a giudizio propedeutica alla fissazione dell'udienza preliminare⁴³.

In sostanza, si afferma in queste pronunce che la restituzione degli atti al pubblico ministero non determinerebbe la restituzione del procuratore della Repubblica nelle sue prerogative in ordine all'esercizio dell'azione penale, trovandosi invece tale organo vincolato a reiterare l'atto di esercizio precedente, sia pure nella forma processuale più appropriata.

Si tratta di affermazioni che, secondo altra impostazione, non possono essere condivise.

³⁹ In tal senso, sez. VI, 14 gennaio 2004, Pierotti Cei, in *CED Cass.*, n. 229830. *Contra*, Cass., sez. VI, 11 marzo 2003, Chiesa, in *CED Cass.*, n. 225531.

⁴⁰ In tal senso, Cass., sez. I, 7 settembre 2001, Schiavone, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 52; Cass., sez. VI, 17 marzo 1999, Panzeca, in *CED Cass.*, n. 215246. Cfr. anche Cass., sez. un., 24 gennaio 1996, Fazio, in *Cass. pen.*, 1997, 17, con nota di Fois.

⁴¹ Cfr. Cass., sez. VI, 11 marzo 2003, Chiesa, in *CED Cass.*, n. 225531; Cass., sez. II, 10 marzo 1998, Corbelli, in *Cass. pen.*, 2000, 3326 ss., con nota di Di Salvo; Cass., sez. I, 4 marzo 1996, Affuso, in *Cass. pen.*, 1996, 3389 ss., con nota di Spangher.

⁴² Cass., sez. VI, 11 marzo 2003, Chiesa, in *CED Cass.*, n. 225531; nello stesso senso, in dottrina, CESARI, *Modifica dell'imputazione*, cit., 301 ss.

⁴³ Cass., sez. V, 3 dicembre 2007, Valentini, in *CED Cass.*, n. 239172.

Innanzitutto, si assume che la trasmissione degli atti al pubblico ministero consiste in una decisione di rito, con la quale il giudice si spoglia definitivamente del procedimento per investire l'organo requirente, determinando (a prescindere da una formale pronuncia di nullità) la caducazione del precedente atto di esercizio dell'azione penale, che viene a perde i suoi effetti⁴⁴

Ma se il pubblico ministero, per restituire il procedimento alla fase processuale, deve esercitare *ex novo* l'azione penale, è naturale che esso sia chiamato a riconsiderare la sussistenza delle condizioni cui l'art. 50 comma 1 c.p.p. subordina l'esercizio dell'azione penale («il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione») ed è tenuto a formulare richiesta di archiviazione ove ritenga che non vi sia spazio per una concreta sostenibilità dell'accusa in giudizio (art. 125 disp. att. c.p.p.).

L'eventuale richiesta di archiviazione, che il pubblico ministero ritenga di formulare, non può essere considerata poi una violazione del principio di irretrattabilità dell'azione penale.

Questo principio, che trova base testuale nel disposto dell'art. 50 comma 3 c.p.p., implica il divieto per il pubblico ministero, che ha esercitato l'azione penale, di ritornare spontaneamente sulle proprie determinazioni e di revocare o sospendere l'atto di esercizio dell'azione, avendo invece l'organo requirente il dovere - ove non sia convinto della colpevolezza dell'imputato - di chiedere al giudice una pronuncia di proscioglimento o di assoluzione.

Nessuna ritrattazione dell'azione penale è, perciò, configurabile ove, caducato l'originario atto di esercizio dell'azione penale in seguito all'ordinanza del giudice che ha disposto la trasmissione degli atti al pubblico ministero, quest'ultimo ritenga che non sussistano più le condizioni richieste dalla legge per un nuovo esercizio dell'azione e richieda l'archiviazione del procedimento, non potendo il mancato nuovo esercizio dell'azione essere assimilato alla revoca del precedente atto di esercizio (caducato invece dal provvedimento del giudice).

Se dunque, con la pronuncia che dispone la trasmissione degli atti al pubblico ministero, il giudice si spoglia definitivamente del procedimento e se questo può essere restituito alla fase processuale solo con un nuovo esercizio dell'azione penale, non può esservi dubbio, secondo l'impostazione in parola, che, nelle ipotesi appena richiamate, viene a determinarsi la regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, con piena reintegrazione del pubblico ministero nelle sue prerogative in ordine all'esercizio di tale azione. In questo senso si è pronunciata la Corte Suprema, quando ha affermato che, dopo la sentenza dichiarativa di incompetenza da parte

⁴⁴ MARGARITELLI, *Questioni nuove in rapporto alle declaratorie di incompetenza del giudice penale*, in *Giur. cost.* 1993, 700; DI SALVO, *Principio d'irretrattabilità*, cit., 3330 ss. e 3334 ss.; RIVELLO, *Giudice unico e «legge Carotti»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1343; MICHELI, *Sentenza dichiarativa di incompetenza*, cit., 3466, che precisa come la declaratoria di incompetenza non faccia comunque cadere alcuni effetti della prima richiesta di rinvio a giudizio, come la valenza interruttiva della prescrizione.

del giudice dell'udienza preliminare e la conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice ritenuto competente, lo stesso pubblico ministero può liberamente determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale e può, dunque, formulare anche una richiesta di archiviazione del procedimento⁴⁵

Rimane da stabilire se, in seguito alla regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, si abbia un nuovo decorso dei termini per le indagini, con conseguente possibilità del pubblico ministero di compiere nuovi atti di indagine, ovvero si abbia una restituzione del pubblico ministero allo stesso momento in cui ha adottato l'atto di esercizio dell'azione caducata.

In proposito, sembra necessario distinguere il caso in cui, a seguito di declaratoria di incompetenza per territorio, gli atti siano trasmessi ad un ufficio del pubblico ministero diverso rispetto a quello che ha esercitato per primo l'azione penale; dal caso in cui gli atti siano invece trasmessi, per ragioni diverse, al medesimo ufficio del pubblico ministero che ha inizialmente proceduto.

Nel primo caso, la diversa procura della Repubblica, investita per la prima volta del procedimento, si troverà a ricevere una (per essa nuova) *notitia criminis*, che è tenuta ad iscrivere nel proprio registro delle notizie di reato. In questa situazione, non può dubitarsi che la nuova iscrizione determini il decorso di un nuovo termine per le indagini preliminari, che consente al nuovo ufficio requirente - che è quello ritenuto competente - di compiere per la prima volta tutti gli atti di indagine necessari al fine di adottare le proprie corrette determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale⁴⁶

Diverso è il caso in cui gli atti siano trasmessi, per diverse ragioni, al medesimo ufficio del pubblico ministero che aveva inizialmente proceduto.

È evidente che, in questo caso, la trasmissione degli atti non può essere assimilata ad una nuova *notitia criminis* e non determina una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato. Perciò, il procedimento mantiene l'originario numero di iscrizione e non decorre alcun nuovo termine per le indagini, in quanto l'ufficio del pubblico ministero ricevente ha già avuto la possibilità di compiere le proprie indagini preliminari. Una riapertura del termine per le indagini si porrebbe, peraltro, in

⁴⁵ Cass., sez. VI, 14 gennaio 2004, Pierotti Cei, in *CED Cass.*, n. 229830; Cass., sez. VI, 17 marzo 1999, Panzeca, in *CED Cass.*, n. 215246. In dottrina, MICHELI, *op. cit.*, 3463 ss.; PACILEO, *Ancora sui poteri del pubblico ministero a seguito della trasmissione degli atti per dichiarazione di incompetenza da parte del giudice del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1999, 1280 ss.; analogamente NAPPI, *op. cit.*, 475 ss., con riferimento al caso di restituzione al pubblico ministero degli atti del giudizio direttissimo promosso fuori dei casi previsti.

⁴⁶ In questo senso, MARGARITELLI, *Questioni nuove*, cit., 699; in senso contrario, però, PACILEO, *Ancora sui poteri*, cit., 1289 ss.; MICHELI, *op. cit.*, 3463. Peraltro, la giurisprudenza ha affermato che, nel caso di trasmissione degli atti del procedimento per competenza territoriale da un ufficio del pubblico ministero ad un altro, il *dies a quo* della durata delle indagini preliminari deve individuarsi nella data di iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato dell'ufficio del pubblico ministero ricevente (Cass., sez. V, 22 settembre 2005, Capacchione, in *CED Cass.*, n. 233211); non v'è ragione, ricorrendo la *eadem ratio*, di ritenere diversamente quando la trasmissione del procedimento al nuovo ufficio del pubblico ministero è disposta, non da altro ufficio di procura, ma dal giudice.

violazione del disposto dell'art. 407 c.p.p. Ne deriva che nuovi atti di indagini potranno essere compiuti dal pubblico ministero solo in quanto l'originario termine per le indagini (eventualmente prorogato) non sia ancora scaduto. Peraltro, qualora il termine per le indagini sia già scaduto e qualora comunque non siano compiuti nuovi atti di indagine, non va disposta la rinnovazione dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, altrimenti necessaria.

Nell'una e nell'altra delle ipotesi esaminate, non può dubitarsi che il pubblico ministero ricevente, nell'adottare le proprie determinazioni in ordine al nuovo esercizio dell'azione penale, deve tener conto degli eventuali nuovi elementi probatori acquisiti nel corso delle udienze dinanzi al giudice ovvero che risultino dalle memorie difensive o dalle allegazioni compiute dall'imputato. Esso, perciò, dovrà richiedere l'archiviazione del procedimento ove il quadro probatorio si sia affievolito fino a divenire insufficiente per sostenere l'accusa in giudizio ovvero siano sopravvenute eventuali cause di estinzione del reato (ad es., la morte del reo, la prescrizione, l'amnistia ecc.) o di *abolitio criminis*.

Alla luce di tali principi, si tratta ora di stabilire se quanto detto fin qui, in ordine ai poteri del pubblico ministero cui sia stato trasmesso il procedimento regredito dalla fase processuale, valga anche nel caso in cui il procedimento sia restituito dal giudice all'organo requirente per essere il fatto risultato diverso da come descritto nell'imputazione.

Anche in questo caso, va osservato che la trasmissione degli atti al pubblico ministero per la modifica in fatto dell'imputazione comporta una regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, la quale deve concludersi con l'adozione degli atti tipici previsti dalla legge.

La pronuncia ai sensi dell'art. 521 comma 2 c.p.p. è inidonea, secondo autorevole impostazione dottrina, a produrre doveri imputativi-contestativi in capo al pubblico ministero⁴⁷, perciò, l'organo requirente potrà liberamente determinarsi, secondo le proprie valutazioni, e decidere se esercitare l'azione penale (con una nuova richiesta di rinvio a giudizio o un nuovo decreto di citazione a giudizio) o chiedere l'archiviazione del procedimento.

In questo quadro, la giurisprudenza ha precisato che il pubblico ministero che riceve gli atti trasmessi dal giudice per essere il fatto diverso da quello contestato deve promuovere nuovamente l'azione secondo le modalità prescritte dalla legge, e non può restituire gli atti al giudice con una semplice missiva contenente l'imputazione riformulata⁴⁸ e proprio la necessità di adottare nuovi atti di esercizio dell'azione penale conferma la piena reintegrazione del pubblico ministero nelle sue prerogative in ordine all'esercizio dell'azione.

⁴⁷ RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 307.

⁴⁸ In tal senso, Cass., sez. II, ord. 23 settembre 2004, Calabrò, in *CED Cass.*, n. 230214. In senso contrario, ZURLI, *op. cit.*, 1474 ss., secondo il quale la trasmissione degli atti al pubblico ministero non comporta regressione del procedimento, perché essa deve essere considerata *ad acta*, cioè finalizzata esclusivamente alla riformulazione dell'imputazione.

Trattandosi del medesimo ufficio requirente che ha compiuto le indagini preliminari in occasione del primo esercizio dell'azione penale, deve escludersi, secondo una impostazione, una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato, così come deve escludersi il decorso di nuovi termini per le indagini. Ne deriva che il procuratore della Repubblica potrà svolgere nuove indagini solo se il termine (originario o prorogato) non sia ancora scaduto.

In ogni caso, però, il pubblico ministero dovrà tener conto degli elementi di prova acquisiti durante la fase processuale (udienza preliminare o dibattimento); a maggior ragione dovrà tener conto della eventuale sopravvenienza di cause di estinzione del reato (morte del reo, prescrizione, amnistia, etc.) o di *abolitio criminis*.

Rimane da stabilire se l'ufficio requirente, ove ritenga di esercitare nuovamente l'azione penale, sia tenuto ad adeguarsi alle sollecitazioni del giudice ovvero possa riprodurre la originaria imputazione in contrasto con quanto indicato dal giudice nell'ordinanza di trasmissione degli atti.

La giurisprudenza ha affermato che il pubblico ministero, cui siano rimessi gli atti del procedimento a norma dell'art. 521 comma 2 c.p.p., pur essendo libero nelle sue determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale, una volta che ritenga di investire nuovamente il giudice deve strettamente attenersi alla configurazione del fatto definita dall'organo giudicante, valendo l'ordinanza emessa a norma di detto articolo a costituire una preclusione processuale alla riproduzione della originaria imputazione; ferma restando, ovviamente, ogni facoltà di impugnazione contro la sentenza emessa all'esito del dibattimento anche in punto di definizione del fatto.

Il p.m., cui siano rimessi gli atti del procedimento a norma dell'art. 521, comma 2, c.p.p., pur essendo libero nelle sue determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale, una volta che ritenga di investire nuovamente il giudice, deve strettamente attenersi alla configurazione del fatto definita dall'organo giudicante, valendo l'ordinanza emessa a norma di detto articolo a costituire una preclusione processuale alla riproduzione della originaria imputazione, sicché non è abnorme il provvedimento con cui il tribunale, in composizione monocratica, constatata nuovamente la diversità del fatto, dichiara la nullità del decreto di citazione a giudizio, disponendo la restituzione degli atti al p.m.⁴⁹

Ne segue che non può richiedere al GUP di emettere decreto che dispone il giudizio per un fatto, che il giudice del dibattimento ha già accertato diverso, da come descritto in precedente decreto, ragion per cui gli ha trasmesso gli atti.

⁴⁹Cass., sez. V, 26 novembre 2009, n. 14878.

Il divieto non è affatto escluso dal rilievo che il giudice del dibattimento non ha emesso sentenza assolutoria per quel fatto come già contestato, e non contrasta il potere - dovere di esercizio dell'azione penale del PM, che anzi riafferma. Invero, si tratta sempre dello stesso fatto, inteso accaduto storico, seppure strutturalmente diverso.

Proprio per questa ragione, il giudice del dibattimento, che emetta ordinanza ai sensi dell'art. 521 c.p.p., non può pronunciare anche sentenza assolutoria circa il fatto come già descritto nel decreto, perchè tale decisione precluderebbe l'esercizio dell'azione penale intorno allo stesso fatto risultato diverso, per il quale senza previo contraddittorio non può pronunciare condanna.

Ne segue che, emessa ordinanza di cui all'art. 521 c.p.p., comma 2, se il PM esercita nuovamente l'azione penale per il fatto come già descritto nel decreto che ha disposto il giudizio e risultato diverso a seguito dell'accertamento svolto in dibattimento, per cui è stata esclusa la possibilità di condanna, elude l'obbligo di iniziativa penale circa il fatto risultato diverso, circa il quale è invece possibile la condanna.

Passando al compito del GUP, va rilevato che l'udienza preliminare è prevista dal sistema, per consentire il contraddittorio preventivo sulla necessità del processo da svolgersi avanti al giudice collegiale per il titolo di reato attribuibile al fatto. Il GUP non può modificare il fatto e, chiusa la discussione (art. 424), in alternativa al decreto che dispone il giudizio, può solo pronunciare sentenza di proscioglimento. Questa alternativa è autorizzata dal rilievo allo stato che l'accertamento in giudizio non potrà risolversi in condanna.

In questa luce il GUP, proprio per la sua funzione di controllo intorno all'adempimento dell'obbligo di esercizio dell'azione penale da parte del PM, deve lui stesso ottemperare al provvedimento del giudice del dibattimento ai sensi dell'art. 521 c.p.p., comma 2. Ed a riprova, quale che sia la sua opinione intorno al fatto, non ha possibilità di sollevare conflitto perchè, ai sensi dell'art. 28 c.p.p., comma 2, se il conflitto è tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento della stessa sede, prevale per legge la decisione di quest'ultimo.

Da tanto si trae l'ulteriore implicazione di principio che, quando il giudice del dibattimento ha emesso ordinanza con trasmissione degli atti al PM ai sensi dell'art. 521 c.p.p., comma 2, se il p.m. esercita nuovamente l'azione penale per il fatto già descritto nel precedente decreto, il GUP, salvo facoltà di sollecitarlo a modificare l'imputazione ai sensi dell'art. 423, deve restituirgli gli atti secondo quanto già disposto dal giudice del dibattimento.

Non può, difatti, emettere nuovo decreto che disponga il giudizio per il fatto già escluso dal giudice del dibattimento nella sua originaria descrizione, che sarebbe in tal caso abnorme.

Ne discende che non è abnorme il provvedimento con cui il tribunale, dopo aver in precedenza restituito gli atti al p.m. rilevando la diversità del fatto da quello contestato, dichiara la nullità del

nuovo decreto che dispone il giudizio con il quale sia stata riproposta negli originari termini l'azione penale.(Cass., sez. VI, 25 settembre 2009, n. 39701)

Diversamente, il giudice che riconosca la diversità di una circostanza aggravante rispetto a quella originariamente contestata, non può trasmettere gli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521, comma secondo, cod. proc. pen., atteso che le circostanze sono elementi esterni al fatto che non ne determinano la diversità.(Cass., sez. IV, 25 giugno 2008, n. 31446)

È abnorme e, come tale, ricorribile per cassazione, il provvedimento del giudice del dibattimento che, all'esito di esso, dichiara la nullità del decreto di citazione a giudizio, ritenendo il fatto oggetto del processo diverso da quello ascritto all'imputato, e, senza indicare il reato realmente ravvisabile, ordina la trasmissione degli atti al P.M. per le determinazioni del caso, così dando luogo ad una irreversibile stasi del procedimento. (Cass., sez. VI, 28 marzo 2007, n. 18474)

Quanto all'obbligo del P.M. di recepire l'indicazione del giudice, la questione, secondo altra impostazione dottrina, richiede attenta riflessione.

Se il sistema processuale si fonda sul principio della domanda (*ne procedat iudex ex officio*) e se il pubblico ministero è il titolare esclusivo dell'azione penale, appare arduo pensare che il giudice possa imporre al pubblico ministero una imputazione, magari formulata nel dettaglio. Anche nell'unico caso espressamente previsto dalla legge in cui il giudice può imporre al pubblico ministero di esercitare l'azione penale (art. 409 comma 5), è pacifico che il pubblico ministero rimanga comunque il *dominus* della formulazione della imputazione, potendo il giudice al più indicare il titolo di reato in ordine al quale procedere⁵⁰.

A maggior ragione, si assume, nel caso di regressione del procedimento per essere il fatto diverso da come descritto nel capo di imputazione, non può ritenersi che il giudice sia autorizzato a descrivere il fatto in luogo del pubblico ministero o che quest'ultimo sia vincolato ad assumere supinamente la eventuale proposta di contestazione del fatto che (irritualmente, ma talora opportunamente, nell'ottica della collaborazione tra due organi che devono comunque interagire) il giudice abbia formulato. Ove infatti si ammetta che il giudice possa formulare l'imputazione in luogo del pubblico ministero, ci si porrebbe certamente in contrasto con la scelta del codificatore

⁵⁰ Cass., sez. VI, 19 dicembre 1995, Pascucci, in *CED Cass.*, n. 204120; Cass., sez. V, ord. 10 maggio 2005, Zamponi, in *CED Cass.*, n. 231787. In ordine ai problemi che sorgono, nella formulazione della imputazione, dal meccanismo processuale previsto dall'art. 409 comma 5 c.p.p., v. MARZADURI, voce *Azione (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, (1996), 14. Si noti peraltro che, secondo Cass., sez. IV, 25 novembre 2003, Garzilli, in *CED Cass.*, n. 227907, qualora il pubblico ministero omettesse di formulare l'imputazione, come richiestogli, e insistesse nella richiesta di archiviazione, al giudice per le indagini preliminari non resterebbe altra facoltà che quella di pronunciare il decreto di archiviazione ovvero di sollecitare il procuratore generale ad avocare le indagini e a esercitare l'azione penale; ma, qualora anche il P.G. ritenesse di richiedere l'archiviazione, il G.I.P. sarebbe obbligato ad archiviare la *notitia criminis*.

processuale, che ha inteso negare al giudice poteri sostitutivi rispetto al pubblico ministero (così come spettavano prima al giudice istruttore).

In questo senso, è stato rilevato che, dall'art. 521 comma 2, non si può desumere un meccanismo in grado di imporre autoritativamente al pubblico ministero di cambiare strada e di adeguarsi alla contestazione suggerita dal giudice: si tratta invece di una situazione che semplicemente «sconsiglia» al pubblico ministero di esercitare nuovamente l'azione penale per la stessa ricostruzione del fatto già disattesa dal giudice, ma tuttavia non la preclude, ove disponga di nuovi elementi che reclamino in tali termini questa iniziativa.⁵¹

D'altra parte, se è vero che al giudice compete il controllo sul corretto esercizio dell'azione penale, non può ammettersi neppure che il pubblico ministero sia legittimato a non tenere conto delle indicazioni del giudice e a non adeguarsi ad esse. Dovere precipuo del pubblico ministero, nell'ottica della leale collaborazione col giudice, è quello di tener conto della prospettazione dell'organo giudicante, che è poi quello che, in ultima analisi, è chiamato a dire l'ultima parola sul fatto per cui si procede; salvo il caso in cui le indicazioni del giudice risultino o palesemente errate o non più attuali, alla luce delle nuove emergenze processuali.

Non si può escludere, invero, che il pubblico ministero possa reiterare la precedente imputazione quando non sia possibile contestare il fatto nei termini richiesti dal giudice per essere questi incorso in una palese e oggettiva erronea lettura degli atti ovvero quando nuove risultanze probatorie escludano il fatto diverso prima ravvisato dal giudice.⁵²

In tali casi, il giudice è tenuto a rivedere le proprie precedenti determinazioni⁵³

Si tratta di situazioni eccezionali, che possono verificarsi in casi limite (piuttosto teorici), e tali devono essere considerate.

In sostanza, le indicazioni del giudice ai fini della contestazione del fatto diverso devono ritenersi valide *rebus sic stantibus* e il pubblico ministero deve ritenersi, seppur non giuridicamente vincolato ad esse, deontologicamente tenuto ad adeguarvisi; salvo il caso di palese oggettivo errore, che in tal caso il pubblico ministero dovrà segnalare al giudice nel quadro della leale collaborazione tra organi dello Stato, che hanno il medesimo dovere istituzionale, quello di garantire la corretta applicazione della legge.

⁵¹ RAFARACI, *Le nuove contestazioni*, cit., 370 ss.

⁵² Come nota RAFARACI, *op. ult. cit.*, 372 ss., perché si possa dire che il pubblico ministero riproponga non azzardatamente l'azione penale per lo stesso fatto già negato dal giudice, la sua iniziativa dovrebbe giustificarsi proponendo un quadro in cui risaltino elementi nuovi idonei a renderla plausibile

⁵³ Si veda ad es. Cass., sez. VI, 31 gennaio 2007, Renisi, in *CED Cass.*, n. 235923, che ha ritenuto legittimo il provvedimento di archiviazione del giudice per le indagini preliminari seguito a reiterata richiesta in tal senso del pubblico ministero, già investito, dopo precedente analoga richiesta, di ordine di formulazione dell'imputazione ai sensi dell'art. 409 comma 5 c.p.p.

Un cenno merita il problema, diverso da quelli fin qui esaminati, che si verifica allorché il fatto descritto nell'imputazione risulti generico o indeterminato.

Le Sezioni Unite, superando un antico contrasto ermeneutico, con la recente sentenza 20 dicembre 2007 ric. Battistella⁵⁴ hanno affermato - sulla base del principio di tassatività delle nullità - che non è nulla la richiesta di rinvio a giudizio che non osservi il precetto di enunciare il fatto in forma chiara e precisa [art. 417, lett. b) c.p.p.], dovendo invece ritenersi consentito al pubblico ministero nel corso dell'udienza preliminare (art. 423 c.p.p.) procedere, anche oralmente, alle necessarie modifiche ed integrazioni dell'imputazione; ne deriva che è abnorme il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio per la ritenuta indeterminatezza dell'imputazione. Qualora poi del procedimento sia investito il giudice del dibattimento, quest'ultimo deve limitarsi a dichiarare la nullità del decreto che dispone il giudizio per insufficiente enunciazione del fatto oggetto di imputazione e disporre la regressione del procedimento all'udienza preliminare; è perciò abnorme il provvedimento con cui il tribunale dichiara la nullità del decreto che dispone il giudizio e ordina la restituzione degli atti al pubblico ministero, con conseguente regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari⁵⁵

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite, condivisibile nella sua logica di fondo, presuppone però che si sia in presenza di una imputazione generica o indeterminata, ma pur sempre esistente, e non di un'imputazione mancante del tutto.

L'imputazione è generica o indeterminata quando il pubblico ministero, nel formularla, abbia ricalcato pedissequamente la lettera della norma incriminatrice, senza provvedere ad attualizzarne (tutti) gli elementi, ossia a descriverne specificamente la condotta, l'evento e gli altri elementi costitutivi in concreto verificatisi (ad es., quando si contesti genericamente la ricettazione di «un assegno bancario» di provenienza delittuosa, senza indicarne la banca trattaria, il numero, l'importo, il luogo o la data di emissione). In simile ipotesi, tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di reato invocata sono presenti nella contestazione, solo che essi non sono descritti con la dovuta minuziosità.

Diversa è la situazione che ricorre quando, anche per mero errore materiale, la richiesta non presenti imputazione alcuna ovvero presenti una imputazione che non contenga tutti gli elementi costitutivi della fattispecie criminosa, di tal che il fatto contestato non possa sussumersi in alcuna delle figure di reato previste dalla legge. In questo caso, non può dubitarsi che la richiesta di rinvio a giudizio è affetta da nullità assoluta, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio ai

⁵⁴ Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, 2310 ss., con note di Pistorelli e Marinelli

⁵⁵ Unico caso in cui gli atti vanno trasmessi al pubblico ministero è quello in cui il giudice monocratico dichiara la nullità del decreto di citazione, essendo in questo caso - in mancanza dell'udienza preliminare - compito del pubblico ministero rinnovare l'atto nullo (cfr. Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, Di Battista, cit., in motiv.).

sensi dell'art. 178 comma 1, lett. b) e 179 comma 1 c.p.p., in ragione della (sostanziale) mancanza di iniziativa del pubblico ministero.

13. CRITERI DI ATTRIBUZIONE E MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE. (ART. 521 BIS C.P.P.).

Sul tema, è appena il caso di evidenziare come possa ritenersi pacifica, nella giurisprudenza di legittimità, l'affermazione secondo cui «il codice di rito, in applicazione della direttiva n. 78 della legge delega («potere del pubblico ministero nel dibattimento di procedere alla modifica dell'imputazione e di formulare nuove contestazioni inerenti ai fatti oggetto del giudizio») ha limitato la possibilità per il titolare dell'azione penale di ampliare la materia del processo, consentendo soltanto la modifica dell'imputazione, se il fatto risulta diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio e non appartiene alla competenza di un giudice superiore (art. 516 c.p.p.: c.d. contestazione 'sostitutiva'), ovvero la contestazione di un reato connesso a norma dell'art. 12, lett. b), c.p.p. o una circostanza aggravante, non risultanti nel predetto decreto, sempre che la cognizione non appartenga alla competenza di un giudice superiore (c.d. contestazione suppletiva 'aggiuntiva', art. 517 c.p.p.).

Al di fuori di quest'ultima ipotesi (e di quella, eccezionale perché consentita dall'imputato ed autorizzata dal giudice, di cui all'art. 518 comma 2 c.p.p.), la possibilità dell'ampliamento dell'oggetto del giudizio mediante contestazione di un 'fatto nuovo' emerso nel corso del dibattimento e non enunciato nel decreto che dispone il giudizio è espressamente esclusa, dovendo in tal caso il p.m. procedere nelle forme ordinarie (art. 518 comma 1 c.p.p.), richiedendo cioè la trasmissione di copia degli atti compiuti nell'istruttoria dibattimentale che tale fatto hanno evidenziato ed iscrivendo la relativa notitia criminis nel registro di cui all'art. 335 c.p.p.».

In altri termini, «nel sistema processuale vigente, l'esercizio dell'azione penale rientra nella esclusiva titolarità del p.m., che è dominus esclusivo dell'azione e che, secondo la specifica direttiva della legge delega, nel corso del dibattimento, ha l'autonomo potere di procedere alla modifica dell'imputazione e di formulare nuove contestazioni inerenti ai fatti oggetto del giudizio... L'esercizio del potere di contestazione è attribuito direttamente al p.m. e al giudice è inibito ogni controllo preventivo sulla nuova contestazione, salva l'ipotesi di cui all'art. 518 comma 2, là dove si prevede, però, una deroga alla regola posta al p.m. (art. 518 comma 1) di procedere nelle forme ordinarie, cioè con azione separata, nei casi in cui non è ammessa la contestazione suppletiva 'ordinaria' di cui all'art. 517.

Il rimedio all'inosservanza del dovere del titolare dell'azione penale di osservare i limiti posti dagli artt. 516, 517 e 518 c.p.p. alla sua possibilità di ampliare il thema decidendum, in assenza di un filtro giudiziale alle contestazioni dibattimentali che alla sua iniziativa restano pur sempre

riservate, è la restituzione degli atti all'ufficio di Procura, secondo quanto espressamente dispone l'art. 521 comma 3 c.p.p. Quest'ultima disposizione, che funge da norma di chiusura della disciplina delle contestazioni dibattimentali, deve essere coordinata con l'art. 23 del codice di rito (incompetenza dichiarata nel dibattimento di primo grado), la cui applicabilità «ove necessario» in caso di nuove contestazioni è richiamata espressamente nella relazione ministeriale al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale. Il giudice, dunque, non ha alcun potere sull'oggetto dell'imputazione e sulle autonome determinazioni del p.m. circa le modalità di esercizio dell'azione penale, se non quelli previsti dai tre commi dell'art. 521»⁵⁶.

Ciò detto, quanto alla impostazione della tematica relativa ai rapporti tra giudice monocratico e collegiale alla luce della c.d. «riforma Carotti», va evidenziato che disegnata, nei termini sopra richiamati, la cornice normativa cui rapportare i casi di sopravvenuta - nel corso del dibattimento di primo grado ed in conseguenza delle contestazioni modificative e suppletive operate dal p.m. - incompetenza 'per materia' del giudice (con estensione, in virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 1996, della medesima regola della trasmissione degli atti al p.m. anche all'ipotesi di incompetenza per territorio), non può non evidenziarsi come il predetto tessuto normativo (già di per sé non di agevolissima lettura) abbia subito profonde innovazioni a seguito dell'entrata in vigore del d.lg. 19 febbraio 1998, n. 51 (nota come «legge sul giudice unico») a sua volta modificato dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. «Legge Carotti»).

Il problema attiene in particolare al rapporto tra art. 521 comma 3 e art. 23 c.p.p.⁵⁷.

⁵⁶ In giurisprudenza si è affermato che l'art. 521 co. 3 c.p.p., secondo cui il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti all'ufficio requirente ove il pubblico ministero abbia effettuato una nuova contestazione fuori dei casi previsti dagli artt. 516, 517 e 518 co. 2 c.p.p., se deve essere necessariamente coordinato con l'art. 23 c.p.p. (incompetenza dichiarata nel dibattimento di primo grado), non può in alcun modo essere interpretato nel senso che sia sufficiente la contestazione in udienza, da parte del pubblico ministero, di un qualsiasi reato di competenza superiore (ancorchè emerso nel corso dell'istruttoria dibattimentale) per sottrarre automaticamente al giudice la cognizione del fatto in ordine al quale sia stata ritualmente esercitata l'azione penale e che costituisce la materia del processo. Ciò significa che la restituzione al pubblico ministero degli atti concernenti l'intero oggetto del giudizio può essere possibile solo ove venga effettuata nel dibattimento la contestazione di un reato, di competenza superiore, che, secondo l'apprezzamento del giudice, ricomprende e sostituisce quello oggetto della originaria imputazione; qualora viceversa venga contestato - al di fuori dei casi di cui agli artt. 516, 517 e 518 co. 2 c.p.p. - un fatto <<nuovo>> rispetto a quello originariamente ipotizzato (e cioè un accadimento da questo del tutto difforme ed autonomo per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento) che alla prima imputazione semplicemente si aggiunge, senza sostituirla o inglobarla, la restituzione degli atti al pubblico ministero non può che riguardare il fatto o i fatti irrualmente contestati e non abbisogna di alcuna previa declaratoria di incompetenza, essendo l'ordinanza che la dispone lo strumento apprestato dalla legge per rendere effettivo l'obbligo del pubblico ministero, sancito nell'art. 518 co.1 c.p.p., di procedere nelle forme ordinarie se nel corso del dibattimento risulta a carico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio e per il quale si debba procedere di ufficio (Cass., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 12509; Cass., VI, 5 dicembre 2002, Serra, in *Cass. pen.* 2004, 1667; Cass., II, 11 giugno 1999, Angotti, in *C.E.D. Cass.*, n.213855; in applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto abnorme *in parte qua* l'ordinanza con la quale, dopo che il pubblico ministero aveva contestato in udienza fatti del tutto autonomi rispetto a quello per cui si procedeva, il giudice aveva ordinato la trasmissione all'ufficio di procura di tutti gli atti del processo, così determinando in relazione al reato per il quale era stata validamente esercitata l'azione penale un'inammissibile regressione alla fase delle indagini preliminari).

⁵⁷ Cfr., Cass. sez. I, 25 febbraio 2004, n. 12317; nel caso di specie il p.m. si era limitato, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, a contestare (evidentemente, ai sensi dell'art. 517 c.p.p. o comunque ai sensi dell'art. 516 c.p.p.)

Il tema, tuttavia, presuppone la soluzione di una questione pregiudiziale che attiene, da una parte, alla verifica del se i rapporti tra la diversa composizione - monocratica e collegiale - del medesimo Tribunale sia configurabile in termini di rapporto di 'competenza per materia' in senso tecnico, e, dall'altra, l'incidenza rispetto all'operatività dell'art 23 c.p. del sub-sistema ricavabile dal combinato disposto degli artt. 516 commi 1-bis e 1-ter, 517 comma 1-bis e 521-bis c.p.p. (in relazione altresì agli artt. 33-quinquies ss. c.p.p.) introdotto dalla l. n. 479 del 1999 e volto a disciplinare proprio i riflessi sulla distribuzione degli affari penali tra giudice collegiale e monocratico e/o sulle disposizioni processuali collegate, in caso di modifica dell'imputazione e di contestazione suppletiva.

Quanto all'inquadramento sistematico delle possibili 'interferenze' di giurisdizione tra tribunale in composizione monocratica e collegiale, desta invero perplessità l'opzione interpretativa che individua il fondamento normativo di riferimento nell'art. 23 c.p.p., ravvisando al riguardo un'ipotesi di vera e propria competenza per materia.

In realtà, sul tema sia in dottrina che nella giurisprudenza della stessa Cassazione si registra una chiara prevalenza della tesi che qualifica, da un punto di vista dogmatico, le rispettive sfere di «attribuzione» del tribunale in diversa composizione (collegiale e monocratica) come «competenza» sia pure in senso non strettamente tecnico, trattandosi pur sempre dello stesso ufficio giudiziario.

In tal senso appare fondato ritenere che la normativa sulla ripartizione dei processi tra tribunale monocratico e tribunale collegiale «è collocata non nei capi sulla competenza ma nell'apposito capo VI-bis, che segue quello sulla "capacità e composizione del giudice", e, nonostante le molte analogie, è differenziata in aspetti significativi da quella sulla competenza.

In particolare, va sottolineato che, mentre l'incompetenza nel dibattimento di primo grado è dichiarata con sentenza (art. 23 c.p.p.), l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale dà più semplicemente luogo a una ordinanza di trasmissione

«l'ipotesi aggravata prevista dal capoverso dell'art. 434 c.p.», in sostituzione dell'originaria imputazione (contenuta nel decreto che dispone il giudizio) concernente la fattispecie delittuosa 'semplice' di cui al comma 1 del citato art. 434 c.p. Conseguenziale all'esercizio del predetto potere di modifica (lato sensu) dell'imputazione da parte del dominus dell'azione penale, si era imposto tuttavia al giudice del dibattimento il rilievo della propria 'incompetenza' a decidere nel merito, essendo attribuita infatti - quoad poenam - detta competenza al tribunale in composizione collegiale, ex combinato disposto degli artt. 33-bis comma 2 e 4 c.p.p.: rilievo che induceva il giudice monocratico a trasmettere gli atti direttamente al giudice ritenuto competente, non ravvisando la necessità di una trasmissione degli atti al p.m., la quale avrebbe, di fatto, comportato una (inutile) regressione del processo dalla fase dibattimentale.

La Corte ha accolto le censure mosse dalla difesa di uno degli imputati al provvedimento del giudice monocratico «limitatamente alla disposta trasmissione degli atti al Tribunale di Castrovillari in composizione collegiale», pervenendo ad una declaratoria di annullamento senza rinvio del provvedimento de quo, qualificato abnorme «in quanto si pone per il suo contenuto in contrasto con i principi generali dell'ordinamento processuale sia per quanto concerne la violazione dei diritti di difesa, sia con riferimento all'esercizio dell'azione penale, la cui titolarità spetta esclusivamente al p.m. presso il giudice competente in virtù del principio di cui alla sentenza n. 76/93 della Corte costituzionale».

degli atti a un diverso organo giudiziario (art. 33-septies c.p.p.), ma soprattutto va sottolineato che, mentre l'art. 26 c.p.p. si limita a disporre che "L'inosservanza delle norme sulla competenza non produce l'inefficacia delle prove già acquisite", l'art. 33-nonies c.p.p., oltre a prevedere la conservazione delle prove, stabilisce che "l'inosservanza delle disposizioni sulla composizione collegiale o monocratica del tribunale non determina l'invalidità degli atti del procedimento"». ⁵⁸

14. SEGUE: L'INCIDENZA DELLE CONTESTAZIONI SUPPLETIVE DIBATTIMENTALI SULLE REGOLE DI ATTRIBUZIONE DEI REATI.

Venendo al nodo centrale della questione, quello cioè attinente non tanto all'aspetto 'statico' delle possibili 'anomalie' derivanti dal difetto (per così dire 'a monte', in relazione cioè all'imputazione originaria del fatto-reato oggetto dell'azione penale esercitata dal p.m.) di attribuzione della regiudicanda tra tribunale in composizione collegiale e monocratica, bensì a quello, senz'altro più problematico, concernente - in modo diretto - gli inevitabili riflessi sulla concreta ripartizione degli affari penali, tra le predette diverse articolazioni del medesimo ufficio giudiziario (tribunale), derivanti dall'esercizio, da parte dell'organo di accusa, del potere di modifica dibattimentale dell'imputazione, va in primo luogo ribadito - restando vincolati (art. 12 prel.) ad un criterio ermeneutico rispettoso dell'attuale quadro normativo di riferimento (frutto di un tormentato iter parlamentare) - come alla problematica in esame debba ritenersi estranea (apparendo infatti la soluzione della medesima in qualche modo 'pregiudiziale') la questione relativa alla ammissibilità (rectius: legittimità) delle vicende modificative dell'imputazione, e quindi ai limiti del relativo sindacato spettante al giudice dibattimentale, così come tassativamente delineati nei commi 2 e 3 dell'art. 521 c.p.p.

Ed invero, tale premessa argomentativa, trovando immediato riscontro nell'art. 521-bis c.p.p. (norma le cui disposizioni - lette in combinato disposto con gli artt. 516 commi 1-bis e 1-ter e 517 comma 1-bis c.p.p. - devono ritenersi finalizzate a disciplinare, in modo espresso e specifico, le «modifiche della composizione del giudice a seguito di nuove contestazioni», come, del resto, reso palese dalla stessa rubrica della norma), rende in primo luogo privi di fondamento (e perciò, non condivisibili) i percorsi interpretativi volti ad 'estendere' (sia pure in un'ottica attenta a scongiurare possibili ricadute di una diversa ricostruzione del sistema sul piano delle garanzie dei diritti difesivi dell'imputato, costituzionalmente tutelati) la ratio e, di conseguenza, la portata applicativa della norma de qua, riconoscendole (in simbiosi con il comma 3 dell'art. 521 c.p.p.) anche un ruolo di

⁵⁸ Nell'affermare tale principio di diritto, la suprema Corte (Sez. V, 7 maggio 2004, Jovanovic, cit.) ha escluso l'applicabilità dell'art. 27 c.p.p. (com'è noto, dettato per i casi di misura cautelare disposta da giudice dichiaratosi incompetente) ai rapporti fra tribunale in composizione monocratica e tribunale in composizione collegiale, trattandosi di diverse articolazioni dello stesso organo giudiziario

norma di garanzia contro l'eventuale esercizio anomalo o illegittimo da parte del p.m. del potere di modifica dell'imputazione.

L'assunto secondo cui in tali casi il giudice dovrebbe sempre disporre la restituzione degli atti al pubblico ministero, pur agganciato alla corretta premessa di riconoscere in capo al giudice dibattimentale il generale potere-dovere di verifica 'immediata' (e non quindi, come apparentemente desumibile dal tenore letterale degli artt. 521 e 521-bis c.p.p., necessariamente all'esito del giudizio, in sede decisoria di merito) della validità degli atti processuali⁵⁹ non appare convincente in quanto valorizza, oltre i limiti sottesi alla ratio dell'art. 521-bis c.p.p., il ruolo centrale che (pur indubbiamente) va riconosciuto all'udienza preliminare quale imprescindibile momento di garanzia processuale dei diritti dell'imputato cui rapportare l'incidenza delle modifiche dibattimentali dell'imputazione: ruolo che ben si comprende laddove si consideri, in primo luogo, la genesi normativa del citato art. 521-bis comma 1 c.p.p., che nell'attuale formulazione (derivante dalle modifiche apportate dall'art. 47 comma 7 della l. 16 dicembre 1999, n. 479) prevede che «Se, in seguito ad una diversa definizione giuridica o alle contestazioni previste dagli articoli 516, commi 1-bis e 1-ter, 517, comma 1-bis, e 518, il reato risulta tra quelli attribuiti alla cognizione del tribunale per cui è prevista l'udienza preliminare e questa non si è tenuta, il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero», mentre il testo previgente (inserito con l'art. 189 d.lg. 19 febbraio 1998, n. 51) si limitava a prevedere la trasmissione degli atti al p.m. nell'ipotesi in cui il fatto-reato risultante a seguito delle 'nuove contestazioni' dibattimentali rientrasse tra le attribuzioni del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica.

Il significato e la portata applicativa della modifica normativa in esame sono efficacemente colti da quella parte della dottrina laddove evidenzia che «la disposizione si colloca solo all'interno delle attribuzioni del giudice monocratico» .

Invero, se la ricomposizione ordinamentale attuata con la legge sul giudice unico (d.lg. n. 51 del 1998) comportava novità procedurali indotte dalle esigenze di snellezza del processo innanzi al giudice monocratico, al quale veniva attribuito, così, un doppio binario procedimentale - con (art. 549 c.p.p.) e senza (art. 550 ss. c.p.p.) udienza preliminare -, evidentemente bisognava armonizzare con tale scelta le conseguenti vicende processuali in modo da evitare vulnera ai diritti procedurali

⁵⁹ «... Non può infatti ritenersi corretta la tesi secondo cui il giudice del dibattimento potrebbe emettere l'ordinanza prevista dagli artt. 521 o 521-bis c.p.p. solo contestualmente al dispositivo di sentenza. Come già osservato da autorevole dottrina, infatti, l'ordinanza di verifica della ritualità o meno - sul piano meramente processuale - della modifica dell'imputazione operata dal p.m. può essere emessa anche immediatamente, lì dove - ovviamente - non involga questioni di merito pieno. Ciò a maggior ragione appare necessario dopo l'introduzione - ex art. 111 Cost. - del principio della «ragionevole durata» del processo, in forza del quale l'interpretazione delle norme ordinarie va di certo operata, lì dove possibile, con riferimento a criteri di economia processuale e di prevenzione delle ipotesi di nullità...»: così, testualmente, l'ord. della Corte di assise di S. Maria Capua Vetere 21 gennaio 2004. Nello stesso senso Cass., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 12509.

dell'imputato. In questa logica si stabiliva, a monte, la relazione tra giudice collegiale e giudice monocratico (artt. 33-quater e septies c.p.p.) e i modi di osservanza delle diversità procedurali innanzi al giudice monocratico (artt. 33-bis e 551 c.p.p.) e, a valle, gli effetti di tale diversità, ad esempio in materia di contestazione suppletiva di fatto per il quale doveva essere celebrata l'udienza preliminare (art. 521-bis c.p.p.).

Questo ambito operativo non sembra compromesso dalla successiva modifica della norma (art. 521-bis c.p.p.) ai sensi della l. n. 479/99, e non solo perché resta inalterata la rubrica della norma citata: «modifiche della composizione del giudice a seguito di nuove contestazioni». In questa sede si è rilevata la incompletezza della disposizione originaria e la sua ottica ridotta ai rapporti tra giudice monocratico e/o collegiale, che lasciavano scoperta la garanzia procedimentale connessa alla pratica dell'udienza preliminare per i reati attribuiti al giudice monocratico. Perciò si è pensato di modificare quel testo, mettendo al centro della nuova vicenda legislativa l'udienza preliminare come momento di discriminazione delle nuove contestazioni e come elemento sufficiente ad identificare il difetto del percorso processuale innanzi al giudice monocratico e, contestualmente, i vizi di sottrazione del processo al giudice collegiale, per il quale l'udienza preliminare è sempre prevista, tranne ovviamente nei casi dei riti che la saltano».

In tale contesto, l'art. 521-bis c.p.p. non può non essere sistematicamente interpretato in relazione, in primo luogo, agli artt. 516 commi 1-bis e 1-ter, 517 comma 1-bis c.p.p. i quali delineano il regime di rilevanza delle conseguenze che derivano dalle modifiche dibattimentali dell'imputazione sul piano del percorso processuale previsto per le concrete fattispecie penali sostanziali oggetto di giudizio (e, quindi, in ultima analisi, sulle garanzie dell'imputato). In sostanza, i commi 1-bis e 1-ter dell'art. 516 c.p.p. (richiamati anche nel comma 1-bis dell'art. 517 c.p.p. per le ipotesi di contestazione suppletiva di reato concorrente o di circostanze aggravanti) regolano due evenienze processuali costituite: a) dalla (sopravvenuta) attribuzione della regiducanda al tribunale in composizione collegiale, anziché monocratica (comma 1-bis); b) all'esigenza di trattazione dell'udienza preliminare non celebrata (in quanto non prevista) in ordine al reato originariamente contestato nel decreto di citazione 'diretta' a giudizio emesso dal p.m.

In relazione alle predette esigenze processuali la norma (richiamata, unitamente al comma 1-bis dell'art. 517 e all'art. 518 c.p.p.⁶⁰, nel comma 1 dell'art. 521-bis c.p.p.) prevede dei termini assai

⁶⁰ Quanto all'esplicito richiamo dell'art. 518 c.p.p. - che com'è noto riguarda i casi di contestazione in dibattimento di un 'fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio e per il quale si debba procedere d'ufficio' -, non appare irragionevole ritenere insussistente uno specifico ed analogo (a quello previsto dagli artt. 516 commi 1-bis e 1-ter, 517 comma 1-bis) onere di 'eccezione' in capo all'imputato, essendo infatti tale onere 'assorbito' a monte, ai sensi del comma 2 del citato art. 518, dalla necessità del consenso dell'imputato presente, residuando pertanto (in sintonia, del resto, con quanto previsto per l'ulteriore ipotesi di 'diversa definizione giuridica' del fatto, ex art. 521-bis comma 1 primo periodo) la configurabilità di un potere di rilevanza d'ufficio in capo al giudice del dibattimento qualora in virtù della contestazione del fatto nuovo ad opera del p.m., il reato risulti tra quelli attribuiti alla cognizione del tribunale per

ristretti entro i quali l'imputato deve, a pena di decadenza, eccepire l'inosservanza delle disposizioni relative all'udienza preliminare o alla composizione del giudice. L'eccezione deve, infatti, essere formulata immediatamente dopo la nuova contestazione ovvero, qualora l'imputato sia contumace o assente o quando chieda un termine a difesa, nell'udienza immediatamente successiva e prima del compimento di ogni altro atto. Il giudice invece, entro i medesimi termini, può rilevare d'ufficio soltanto il difetto attinente alla sopravvenuta 'competenza' del tribunale in composizione collegiale, e non anche la mancata celebrazione dell'udienza preliminare, rimanendo, in quest'ultimo caso, ferma la 'competenza' del giudice monocratico, ancorché originariamente investito della regiudicanda con decreto di citazione diretta a giudizio emesso dal p.m., ex art. 550 c.p.p.

Seguendo tale percorso argomentativo (rispettoso del criterio ermeneutico sancito nell'art. 12 preleggi), appare corretto ritenere che l'art. 521-bis c.p.p. trovi il proprio referente normativo-sistematico, non già nell'art. 33-quinquies c.p.p. (espressamente riferito al caso di erronea individuazione 'a monte' del giudice 'competente', commessa dal g.u.p. per i reati che prevedono l'udienza preliminare, o dal p.m. per i reati c.d. a citazione diretta), bensì nell'art. 33-septies c.p.p. («Inosservanza dichiarata nel dibattimento di primo grado») ed in particolare nel comma 2, nella parte in cui si prevede il medesimo obbligo di trasmissione degli atti al p.m. in tutti i casi di reato (appartenente alla cognizione del collegio) per il quale è necessaria la celebrazione dell'udienza preliminare e questa è stata omessa; stabilendo, per contro, il comma 1 del citato art. 33-septies (da ritenersi in parte qua norma 'complementare' all'art. 521-bis c.p.p. che, regolando espressamente soltanto un'evenienza processuale 'negativa', nulla dice con riferimento al comportamento cui è tenuto il giudice dibattimentale, pur investito della originaria regiudicanda a seguito di udienza preliminare, a fronte di nuove contestazioni) la regola generale - chiaramente ispirata a criteri di efficienza e speditezza processuale - della diretta trasmissione degli atti, con ordinanza, al tribunale in composizione diversa (sia quindi collegio-giudice monocratico, sia l'evenienza inversa) competente a decidere sul reato contestato all'imputato: individuando (anche) la norma in parola - in sintonia, altresì, con quanto previsto dall'art. 550 comma 3 c.p.p. - il momento processuale di discriminare dell'alternativa imposta al giudice precedente nell'avvenuta celebrazione dell'udienza preliminare.

Riassumendo, gli artt. 516 commi 1-bis e 1-ter, 517 comma 1-bis c.p.p. dettano - quanto al regime di rilevanza d'ufficio e/o su eccezione dell'imputato - una disciplina 'speciale' (imposta

cui è prevista l'udienza preliminare e questa non si è tenuta, con conseguenziale trasmissione degli atti al p.m. In effetti, così interpretato il richiamo (anche) dell'art. 518 c.p.p., l'art. 521-bis in parte qua appare, dal punto di vista della sua concreta applicabilità, pleonastico, in quanto finisce per avere una (mera) funzione di consentire al giudice di rimediare, ex post, all'inopportuno - stante il mancato ed immediato rilievo della sopravvenuta necessità di celebrazione dell'udienza preliminare - esercizio del suo potere discrezionale di autorizzazione (preventiva) al p.m. a contestare (ancorché con il consenso dell'imputato) il fatto nuovo risultante dal dibattimento

dalla introdotta previsione, a seguito della riforma attuata con la l. n. 479/99, di un duplice modello procedimentale per i reati attribuiti alla cognizione del giudice monocratico di primo grado) per le ipotesi di modifica (in senso lato) dibattimentale dell'imputazione che incida sulla composizione del giudice (art. 516 comma 1-bis c.p.p.) ovvero soltanto sul 'rito' dinanzi al giudice monocratico (art. 516 comma 1-ter c.p.p.).

A fronte di tale contesto normativo, l'art. 521-bis finisce per disciplinare - in presenza dei presupposti integranti le fattispecie processuali previste negli artt. 516 commi 1-bis e 1-ter, 517 comma 1-bis nonché nell'art. 518 c.p.p. o in caso di mera riqualificazione giuridica del fatto - il comportamento imposto al giudice monocratico dibattimentale originariamente investito, dal p.m., della cognizione di un reato con citazione diretta a giudizio (artt. 33-ter e 550 c.p.p.) in relazione al quale, quindi, non era richiesta l'udienza preliminare; udienza la cui celebrazione, per contro, diviene necessaria solo a seguito ed in virtù delle nuove contestazioni dibattimentali e che rende, pertanto, ragionevole la previsione dell'obbligo di trasmissione degli atti al p.m. al fine di salvaguardare l'esercizio dei diritti difensivi dell'imputato 'prima' (o comunque 'in funzione') del suo eventuale rinvio a giudizio: esigenza quest'ultima che, invece, qualora l'udienza preliminare (in ordine al reato originariamente contestato) si sia regolarmente svolta, trova adeguato 'sbocco' processuale nella regola generale - sancita dall'art. 33-septies comma 1 c.p.p. - della trasmissione diretta' degli atti al giudice 'competente' in diversa composizione

15. DIVERSA QUALIFICAZIONE DEL FATTO E CONTRADDITTORIO.

L'inclusione della riqualificazione giuridica del fatto nel circuito del contraddittorio processuale e del diritto di difesa è istanza recentemente rinverdata .

Fonti superiori - art. 6 comma 3 lett. a) e b) CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, art. 111 comma 3 Cost. - confortano l'idea che la conoscenza quanto più tempestiva possibile e dettagliata anche del profilo giuridico, oltre che fattuale, dell'accusa, in modo da poter interloquire e difendersi al riguardo, sia elemento non trascurabile di un giusto processo penale⁶¹ e offrono la base giuridica per scuotere il nostro sistema processuale penale in relazione all'art. 521 comma 1 c.p.p.

⁶¹ V. Corte eur., Grande camera, 25 marzo 1999, Pélissier c. Francia; Corte eur., 6 novembre 1999, Sadak e altri c. Turchia; Corte eur., 1° marzo 2001, Lakatos c. Ungheria; Corte eur., 20 aprile 2006, I.H. c. Austria; Corte eur., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia. Al riguardo v., con diverse articolazioni, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, II ed., Milano 2009, 56 ss.; R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.* 2009, 2514 ss.; L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. BALSAMO e R.E. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino 2008, 220 ss.; L. PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica «viziata» del nomen iuris*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 1587 ss.

In questo contesto si è collocato il dubbio, avanzato dal Tribunale di Lecce, in ordine al possibile contrasto con gli artt. 3, 24, 111 comma 3 e 117 comma 1 Cost. degli artt. 424, 429 e 521 comma 1 c.p.p. (questo analogicamente applicato nell'udienza preliminare) nella parte in cui consentono al giudice di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione a un fatto qualificato, di ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza invece prevedere - affinché non manchi la possibilità del previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto - che il giudice chieda al pubblico ministero di modificare la qualificazione giuridica del fatto e, in caso di inerzia dell'organo dell'accusa, disponga la trasmissione degli atti al medesimo pubblico ministero⁶².

La Corte ha ritenuto inammissibile la q.l.c., in riferimento agli art. 3, 24, 111, comma 3, e 117, comma 1, cost., degli art. 424, 429 e 521, comma 1, c.p.p., nella parte in cui "consentono al g.u.p. di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione ad un fatto qualificato, di ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza consentire il previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto, chiedendo al p.m. di modificare la qualificazione giuridica del fatto e, in caso di inerzia dell'organo d'accusa, disponendo la trasmissione degli atti al medesimo p.m."

Ha evidenziato il Giudice delle leggi che, premesso che il principio della necessaria correlazione tra imputazione contestata e sentenza deve trovare applicazione, in via analogica, anche con riferimento al giudice dell'udienza preliminare il quale, se accerta che il fatto è diverso da quello enunciato nella richiesta di rinvio a giudizio, deve disporre la trasmissione degli atti all'organo dell'accusa, il rimettente aveva insufficientemente motivato la rilevanza della questione, avendo trascurato di precisare perché, nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, il fatto dovesse ritenersi diversamente qualificato e non si trattasse, piuttosto, di un fatto diverso rispetto a quello originariamente contestato; sotto altro profilo, è stato evidenziato come il remittente sollecitasse una pronuncia additiva, non avente carattere di soluzione costituzionalmente obbligata, ma rientrante nell'ambito di scelte discrezionali riservate al legislatore e tendesse ad ottenere la parificazione di situazioni processuali tra loro non omogenee, quali l'accertamento che un fatto debba essere diversamente qualificato e la constatazione che il fatto è differente da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio (sentt. n. 88 del 1994, 183 del 2008, 58 del 2009; ordd. n. 100, 312, 379 del 2008, 80, 193 del 2009)⁶³.

⁶² Per la prospettazione nei medesimi termini di analogo dubbio di legittimità costituzionale, riferito però alla fase del giudizio, v. F. ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.* 2009, 787.

⁶³ Corte Cost. 17 marzo 2010, n. 103. La fattispecie era la seguente: "Il Tribunale di Lecce, in composizione collegiale, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 24, 111, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, degli articoli 424, 429 e 521, comma 1, del codice di procedura penale nella parte in cui «consentono al GUP di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione ad un fatto qualificato, di ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza consentire il previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto, chiedendo al PM di modificare la qualificazione giuridica del fatto e, in caso di inerzia dell'organo dell'accusa, disponendo la trasmissione degli atti al medesimo P.M.».

Il rimettente riferisce che, con decreto emesso in data 8 gennaio 2009, il giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Lecce ha rinviato a giudizio gli imputati R. T., G. G. e C. E. per il reato previsto e punito dagli articoli 110, 81 cpv., 319 del codice penale, così riquilificando l'originaria imputazione di concussione formulata dal pubblico ministero nella richiesta di rinvio a giudizio.

In particolare, il giudice a quo pone in evidenza come dal decreto che dispone il giudizio risulti che gli imputati rispondono del reato di corruzione in quanto, nel Comune di Cavallino, fino al novembre 2001, nelle rispettive qualità di Sindaco, rivestita da G. G., e di vice Sindaco, Assessore alle attività produttive, Presidente della Commissione edilizia e della Commissione tecnica per il PIP e, ancora, della Commissione SPAB del detto Comune, ricoperte da C. E., abusando dei poteri e delle proprie qualità - dopo che il Tribunale amministrativo regionale della Puglia, sezione di Lecce, accogliendo i ricorsi presentati da sette commercianti, aveva dichiarato l'illegittimità dell'autorizzazione all'apertura di un centro commerciale e del nulla osta regionale, delle autorizzazioni e delle prese d'atto per l'ampliamento delle superfici, rilasciati dagli imputati G. G. e C. E. in favore di una società a responsabilità limitata, rappresentata dall'altro imputato R. T. - erano intervenuti presso i responsabili della società G, subentrata alla anzidetta s.r.l. nella titolarità dei provvedimenti illegittimi. Gli imputati avevano prospettato ai suddetti responsabili «la possibilità di ottenere la rinuncia ai ricorsi da parte dei sette ricorrenti (che erano di fatto assistiti dallo stesso avv. C. e solo formalmente sarebbero stati assistiti dall'avv. P., legale messo a disposizione dal R.), rendendo, così, inefficaci le sentenze con cui il TAR aveva annullato i provvedimenti illeciti adottati dall'Amministrazione»; nonché la disponibilità degli imputati Sindaco e vice Sindaco a consentire alla società G di continuare a beneficiare di tali atti, omettendo qualsiasi intervento finalizzato a revocarli e consentendo alla società di ottenere ogni necessaria proroga, pure illegittima, e gli atti amministrativi necessari per poter beneficiare delle medesime autorizzazioni, con la minaccia, in caso contrario, di procedere alla loro revoca. In tal modo gli imputati avevano indotto i responsabili della società suddetta ad assumere l'impegno di garantire posti di lavoro presso il centro commerciale a ciascuno dei sette ricorrenti e ad altre persone indicate dal Sindaco e dal vice Sindaco, nonché ad accollarsi il pagamento delle somme di denaro che i sette ricorrenti avrebbero dovuto versare al legale, loro difensore innanzi al TAR, ed all'altro difensore messo a disposizione dall'imputato R. T. Il rimettente aggiunge che il giudice dell'udienza preliminare disponeva il rinvio a giudizio degli imputati per il delitto come sopra riquilificato, ritenendo, nella motivazione del decreto, che non vi fosse violazione del principio di cui all'art. 521 cod. proc. pen.

In particolare, il giudice dell'udienza preliminare dichiarava non condivisibile l'originaria contestazione per il reato di concussione in quanto «nella vicenda siccome delineata dalle emergenze processuali non risulta che la società G abbia soggiaciuto alla volontà dei pubblici ufficiali imputati operanti in concorso con l'extraneus R. T., ma piuttosto che essa sia stata, con essi, parte di una transazione di natura illecita da cui ha ricavato un proprio significativo tornaconto dato dall'ottenimento della rinuncia al ricorso proposto innanzi al Tar Puglia - sez. Lecce - da D.P.L. all'esito di un giudizio di primo grado favorevole a questi ultimi».

Il collegio rimettente riferisce, inoltre, che all'udienza del 13 marzo 2009, nell'ambito delle questioni preliminari di cui all'art. 491 cod. proc. pen., il difensore dell'imputato R. T. ha eccepito la nullità del decreto che aveva disposto il giudizio per l'indeterminatezza dell'imputazione che, sebbene rubricata quale ipotesi di corruzione, in fatto non conteneva gli elementi tipici di tale reato, mancando l'indicazione in ordine al soggetto corruttore ed al soggetto corrotto, nonché una precisa e dettagliata descrizione della condotta corruttiva; gli altri difensori si sono associati all'eccezione ponendo in evidenza l'anomalia di una contestazione rimasta in fatto ancorata all'originaria imputazione di concussione, ma riferita dal giudice dell'udienza preliminare al reato di cui all'art. 319 cod. pen.

Il giudice a quo, dopo aver acquisito, all'udienza del 6 aprile 2009, il verbale dell'udienza preliminare, pone in rilievo come da esso risulti che il giudice aveva sollecitato il pubblico ministero a riquilificare giuridicamente il reato di concussione in quello di corruzione, ma questi aveva insistito nell'originaria contestazione.

Alla stessa udienza i difensori hanno eccepito che il giudice dell'udienza preliminare avrebbe impropriamente disposto il rinvio a giudizio per il reato di corruzione in quanto, a fronte dell'insistenza del pubblico ministero in relazione all'originaria contestazione di concussione, avrebbe dovuto o pronunciare sentenza di proscioglimento in base agli atti a disposizione, ovvero restituire gli atti al medesimo pubblico ministero. Il decreto di rinvio a giudizio sarebbe, pertanto, affetto da nullità o, comunque, abnorme avendo disposto il rinvio a giudizio dei prevenuti per un diverso reato.

Alla luce di tali considerazioni, il collegio ritiene rilevante il dubbio di costituzionalità prospettato in quanto afferma che la riquilificazione compiuta dal Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Lecce è espressione del principio *iura novit curia*, codificato nell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen. ed è conforme «allo stato della pacifica giurisprudenza della Suprema Corte».

In punto di non manifesta infondatezza, il giudice a quo afferma che le disposizioni censurate si pongono in contrasto, in primo luogo, con l'art. 3 Cost., ritenendo non ragionevole una disciplina che penalizzi, sotto il profilo difensivo, l'imputato che si vede rinviato a giudizio per un fatto diversamente qualificato, sotto il profilo giuridico, rispetto all'imputato che tale modifica non viene a subire.

Inoltre, ad avviso del detto giudice, le norme impugnate contrastano con l'art. 24 Cost., in quanto, nel caso in cui il rappresentante del pubblico ministero, nonostante la sollecitazione del giudice a riquilificare giuridicamente il fatto, non vi provveda, l'imputato può essere indotto a non esercitare alcuna attività difensiva nella sola ipotetica eventualità di una riquilificazione giuridica, che il giudice potrebbe fare solo in sede decisoria e che quindi potrebbe essergli

Come si è detto, la giurisprudenza, per ragioni pratiche, tende a dilatare la categoria della riqualificazione del fatto fino a includervi casi che andrebbero più correttamente inquadrati in quella del fatto diversamente descritto e del relativo regime. L'esigenza del contraddittorio sulla riqualificazione giuridica è propria invece del contesto in cui al mutamento del *nomen iuris* non si

pregiudizievole solo in caso di rinvio a giudizio; in particolare, l'assenza di una preventiva conoscenza dell'accusa da parte dell'imputato, anche sotto il profilo della qualificazione giuridica, non consente di "calibrare" le attività difensive in sede di udienza preliminare con riferimento alla possibilità di argomentare, in sede di discussione, sulla imputazione formulata con la richiesta di rinvio a giudizio, di produrre elementi ai sensi dell'art. 391-bis cod. proc. pen., di sollecitare lo svolgimento di nuove indagini o l'assunzione di nuove prove ai sensi degli artt. 421-bis e 422 cod. proc. pen., di verificare la possibilità di accedere ai riti alternativi.

Un'ulteriore censura è prospettata dal rimettente in relazione all'art. 111, terzo comma, Cost., in quanto nel caso in cui il rappresentante della pubblica accusa non ritenga di modificare il *nomen iuris* del fatto contestato ed il giudice disponga il rinvio a giudizio, attribuendo al fatto una diversa qualificazione giuridica, non è assicurato il contraddittorio, avendo l'imputato svolto attività difensiva solo con riferimento alla originaria imputazione.

Infine, la disciplina impugnata, ad avviso del collegio rimettente, contrasta anche con il disposto dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848), come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui il diritto ad un processo equo comporta non solo che l'imputato debba essere informato nel più breve tempo possibile dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche, in modo dettagliato, della qualificazione giuridica attribuita a questi fatti".

Sempre in punto di non manifesta infondatezza, il rimettente si sofferma sullo stato della giurisprudenza di legittimità, ponendo in evidenza come sia oramai consolidato l'orientamento che riconosce al giudice - anche a quello dell'udienza preliminare in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen. - il potere di riqualificare un fatto originariamente rubricato come concussione in corruzione, senza che ciò comporti la violazione del principio di correlazione tra la sentenza e l'accusa.

Il giudice a quo passa in rassegna alcune delle soluzioni che il giudice dell'udienza preliminare avrebbe potuto adottare al fine di evitare la violazione dei parametri costituzionali indicati.

In primo luogo, prospetta l'eventualità di emettere un'apposita ordinanza, prima dell'esercizio del definitivo potere decisorio, per riqualificare giuridicamente il fatto; in secondo luogo ipotizza la possibilità di estendere in via interpretativa la disciplina della modifica in iure dell'imputazione a quella della modifica del fatto.

Entrambe le soluzioni sono, però, da scartare, ad avviso dello stesso rimettente, in quanto la prima sarebbe incompatibile con i principi di terzietà e imparzialità, perché «il giudice che dovesse esprimersi in ordine alla corretta qualificazione giuridica da attribuire al fatto non potrebbe prescindere dall'esprimersi anche in ordine alla sussistenza del fatto da riqualificare»; mentre la seconda determinerebbe una disapplicazione dell'art. 521, comma 1, cod. proc. pen.

L'unica soluzione possibile, secondo il giudice a quo, è la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate nel senso che la Corte «intervenedo sulle norme censurate, parifichi la disciplina della modifica della qualificazione giuridica del fatto a quella della modifica del fatto medesimo».

2. - Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha spiegato intervento con atto depositato in data 28 luglio 2009, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile. Le argomentazioni poste a sostegno della inammissibilità sono state successivamente precisate nella memoria depositata in data 19 gennaio 2010.

La difesa erariale osserva che alla Corte si richiede una pronuncia additiva che preveda la restituzione degli atti al pubblico ministero a fronte della riqualificazione giuridica operata dal giudice per l'udienza preliminare. Tale soluzione, però, è soltanto uno dei possibili rimedi processuali mediante cui realizzare l'effettività della difesa che è alla base del dubbio di legittimità costituzionale sollevato dal rimettente.

L'effettività della difesa, ad esempio, potrebbe essere realizzata attraverso l'istituto della rimessione in termini ai fini della richiesta di riti alternativi.

Inoltre, la soluzione auspicata dal rimettente, comportando una regressione alla fase delle indagini preliminari, potrebbe porsi in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo.

La difesa erariale pone, poi, in rilievo che, ai sensi dell'art. 112 Cost., il pubblico ministero è dominus dell'azione penale, sicché «non si comprende, nel caso di restituzione degli atti previa riqualificazione della fattispecie, quali effetti dovrebbero determinarsi circa l'esercizio dell'azione penale, in difetto di una norma che preveda - come fa, in riferimento ad altra situazione, l'art. 409, comma 5, c.p.c. (recte: cod. proc. pen.) - un'ipotesi di "imputazione coatta" in ordine al fatto riqualificato». Il rimedio, dunque, non può essere la regressione del procedimento, anche perché, in casi come quello in esame, qualora il giudice abbia ritenuto che il fatto vada qualificato diversamente, esso è ormai ben individuato, né occorre svolgere al riguardo nuove indagini, anche a favore dell'indagato.

accompagni - questa almeno è la premessa - alcuna variazione dei termini fattuali dell'imputazione⁶⁴.

Invero, anche riconoscendo la pur problematica possibilità di discernere con chiarezza, nel contesto della regiudicanda, il fatto dalla sua qualifica giuridica, non è ormai dubbio che l'uno e l'altra si condizionino a vicenda nella guida dell'accertamento processuale (18)

Il mutamento dell'ipotesi giuridica comporta quantomeno l'esigenza di ricomporre gli elementi fattuali dell'imputazione (e di far emergere quelli logicamente «impliciti») alla luce della nuova cornice penale, suggerendo aggiornate operazioni selettive tra gli stessi e, non ultima, l'articolazione di temi di prova prima trascurabili⁶⁵

Inoltre, la tempestiva conoscenza della (ri)qualificazione giuridica è naturalmente condizione per interloquire sulla *quaestio iuris* in quanto tale: sia sotto il profilo della norma applicabile al caso concreto, sia sotto quello, connesso, della sua corretta interpretazione. A tal riguardo è opportuno precisare, per un verso, che la previa conoscenza della qualificazione giuridica, oltre a garantire un diritto dell'imputato, giova a realizzare il contraddittorio anche rispetto alle altre parti; e, per altro verso, che essa non vale solo allorché la nuova qualificazione giuridica possa comportare conseguenze nuove e/o più gravi per l'imputato.

Una eventuale sentenza di condanna «a sorpresa» sul *nomen iuris* produce comunque effetti sulla cui causa l'interessato non ha potuto interloquire.

I soli casi rispetto ai quali si potrebbe dire con sufficiente sicurezza che l'esigenza non si pone sono quelli in cui la diversa impostazione *in iure* dell'accusa sia stata fatta esplicitamente oggetto di propria allegazione difensiva in sede di giudizio. In ogni altro caso la diagnosi che l'imputato abbia comunque avuto conoscenza e modo di interloquire sul diverso *nomen iuris* nei termini esaurienti di una possibilità non solo argomentativa ma anche di aggiornamento probatorio dovrebbe essere formulata con la massima cautela. Appare al riguardo riduttiva e desta quindi non poche perplessità la recente massima secondo cui il rispetto della garanzia può anche esser fatto risalire alla circostanza che la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del procedimento *de libertate*.⁶⁶

⁶⁴ Ritenere la corruzione anziché la concussione costituirà fatto diverso se, in luogo dei fatti costituenti gli elementi della violenza o dell'induzione, siano stati provati altri fatti attestanti, invece, l'accordo corruttivo; costituirà, invece, semplice riqualificazione giuridica se i fatti integranti, secondo l'accusa, violenza o induzione, verranno invece considerati modalità dell'accordo corruttivo.

⁶⁵ Orlandi, L'attività argomentativa delle parti nel processo penale, in Ferrua- Grifantini- Illuminati- Orlandi, La prova nel dibattimento penale, III ed., Torino, 2007.

⁶⁶ Cfr. Cass., sez. I, 8 marzo 2010 n. 9091, inedita.

Nonostante sia elemento costitutivo dell'imputazione⁶⁷, e rivesta, come si è detto, notevole importanza in vista della stessa ricostruzione del fatto, la qualifica giuridica resta materia di controllo giudiziale pienamente sostitutivo. In effetti, sarebbe strano - come si sottolinea spesso per spiegare il fondamento di questo regime - che in un sistema, quale il vigente, improntato al principio di legalità, fosse consentito vincolare la decisione alle prospettazioni *in iure* dell'attore .

Non sembrerebbe invece esclusa *a priori*, pur in tale contesto di sistema, la possibilità di far ricorso al modulo del controllo (non sostitutivo ma) «negativo» e indiretto, tipico del controllo della correlazione *in facto*, previsto dall'art. 521 comma 2 c.p.p., magari calibrandone gli effetti ultimi.

Senonchè è proprio sul crinale di questa possibile alternativa che pesa la tradizione del canone *iura novit curia*: la conoscenza istituzionale del diritto legittima, se non impone, la pienezza propria di un regolare controllo sostitutivo.

Questa posizione dominante non manca di realizzare un equilibrio tra le prerogative del titolare del potere-dovere di formulare (anche *in iure*) l'imputazione e quelle dell'organo giurisdizionale. Al primo spetta individuare la qualifica giuridica *ab initio* e, se del caso, aggiornarla nel corso del giudizio (un intervento in tal senso, in analogia con l'art. 516 c.p.p., non sembrerebbe, già oggi, per nulla precluso)⁶⁸; al secondo, invece, controllarne la correttezza e, se del caso, sostituirla, in sede decisoria.

È tale, invero, l'equilibrio del sistema vigente. Poiché però in esso, com'è chiaro, si esprime semplicemente l'atteggiarsi del rapporto pubblico ministero-giudice in ordine alla determinazione del profilo giuridico dell'imputazione, vi risulta conseguentemente estranea ogni considerazione dell'esigenza di garantire il contraddittorio e il diritto di difesa sulla qualificazione giuridica diversa da quella condivisa dal pubblico ministero.

Per soddisfare la suddetta esigenza non sembra potersi sfuggire alla seguente alternativa: o si riduce la forza effettuale del principio *iura novit curia*, prevedendo un controllo indiretto, analogo a quello dell'art. 521 comma 2 c.p.p.; oppure si stabilisce che il giudice, ritenuto corretto un diverso *nomen iuris*, lo contesti senz'altro all'imputato, così ponendo la premessa per la susseguente tutela del contraddittorio e del diritto di difesa, tanto sul piano argomentativo quanto su quello probatorio, al riguardo.

⁶⁷ Più precisamente, non dovrebbe aversi difficoltà, almeno in linea di principio, a qualificare come vizio dell'azione il difetto di inquadramento del fatto in alcuna cornice giuridica. Si dovrebbe naturalmente trattare di qualcosa di più grave della dimenticanza, nell'imputazione, dell'indicazione degli articoli di legge penale violati, al cui riguardo la giurisprudenza esclude che abbia effetti invalidanti.

⁶⁸ È stato osservato (R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto*, cit., 2523) che simile intervento rientrerebbe comunque nel quadro di un'interpretazione dell'art. 516 c.p.p. doverosamente conforme alla Convenzione europea sui diritti umani; a esso dovrebbero quindi accompagnarsi anche garanzie analoghe a quelle previste negli artt. 519 e 520 c.p.p.

Sebbene la prima opzione rispecchi meglio l'intimità della relazione tra fatto e sia comunque più consona al processo accusatorio (soprattutto nel caso di riqualificazione mediante fattispecie legale più grave di quella individuata dal pubblico ministero), ragioni pratiche⁶⁹ e la forza della tradizione fondata sulla figura del giudice professionale spingono più fortemente verso la seconda. Tanto, del resto, è in accordo con le indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo, per la quale quel che conta è che l'imputato abbia avuto conoscenza effettiva e possibilità di difendersi rispetto alla qualificazione giuridica ritenuta più corretta.

Ma se tale è l'opzione più accessibile, occorrerà in ogni caso scontare la conseguenza che il giudice si esprima sul *nomen iuris* ritenuto più corretto in un momento anteriore e distinto da quello della deliberazione che segnerà senz'altro la conclusione del giudizio. La forza del principio *iura novit curia*, espressa nella sua pienezza dal potere del giudice di riqualificare anche d'ufficio il fatto, se combinata con la garanzia del contraddittorio e della difesa al riguardo, altera inesorabilmente il precedente equilibrio, poiché determina comunque l'esigenza di un intervento giudiziale sull'imputazione, piuttosto che la semplice riqualificazione del fatto ritenuto nella sentenza (ancora di là da venire).

Peraltro, le conseguenze si presentano in parte diverse, anche in termini di economia processuale, a seconda del concreto meccanismo del procedimento che in futuro potrebbe essere stabilito per la contestazione giudiziale della riqualificazione del fatto, sempreché sia questa, esclusi interventi più incisivi, la strada prescelta (30)

Si tratterebbe soprattutto di stabilire se l'intervento d'ufficio del giudice, con i relativi aggiornamenti contestativi, probatori e argomentativi imposti dal contraddittorio e dal diritto di difesa, possa (debba) avvenire, ricorrendone già i presupposti, a dibattimento ancora o se, invece, possa trovar posto soltanto nella sede decisoria, previa sospensione della deliberazione e conseguente regressione alla fase del dibattimento onde provvedere ai predetti incumbenti.

Secondo un'opinione sarebbe quest'ultima la soluzione più esaustiva, atteso che essa coprirebbe infatti anche i casi in cui l'esigenza di riqualificazione effettivamente affiori soltanto in sede deliberativa, e preferibile, se non l'unica legittima, «poiché solo in tale momento legittimamente il giudice potrebbe esprimere un proprio, sia pur parziale, provvisorio o speculativo convincimento in merito alle risultanze fattuali del processo». L'altra soluzione, infatti, rischia di mettere in crisi l'imparzialità del giudice, creando «seri dubbi di compatibilità con il divieto di manifestazione

⁶⁹ Si dovrebbe con ogni probabilità scontare l'incompatibilità del giudice, come conseguenza di una precedente valutazione che solo astrattamente si risolve in una mera riqualificazione giuridica che non coinvolge gli elementi fattuali dell'imputazione. V. Corte cost., sent. 30 dicembre 1994, n. 455, in questa Giur. Cost., 1994, 3940.

indebita del convincimento del giudice prima del giudizio, che legittimerebbe la ricsuzione *ex art. 37 comma 1 lett. b) c.p.p.*»⁷⁰

Simili rilievi non sembrano, però, risolutivi in favore della seconda soluzione.

Proprio perché l'intervento d'ufficio del giudice avrebbe luogo nella sede deliberativa, il rischio di un «pregiudizio» nella ulteriore deliberazione cui sarà chiamato dopo aver assicurato il contraddittorio sarà più forte ancora di quello generato da un intervento più tempestivo e meno tributario dell'operazione decisoria. Vero è che collocare in sede solo deliberativa l'intervento di riqualificazione evita che il giudice già nel corso del dibattimento finisca per sovrapporre la propria *opinio iuris* a quella del pubblico ministero. E tuttavia, a circoscrivere questo inconveniente, sarà utile collocare l'iniziativa del giudice in un momento maturo in cui l'istruzione dibattimentale sia ormai in stato avanzato o addirittura terminata. È questo, d'altra parte, il momento in cui il giudice può disporre anche di ufficio, a norma dell'art. 507 c.p.p., nuovi mezzi di prova che reuti assolutamente necessari.

Ed è questo il momento virtuale in cui, mentre l'originaria qualificazione potrà dirsi ormai esaurientemente filtrata dal contraddittorio - sicché il giudice potrebbe alla fine pure riaccreditarla in decisione, come resta in suo potere, senza incorrere in alcuna violazione processuale, bastando all'ulteriore critica delle parti la sede dell'impugnazione -, quella *noviter* contestata non mancherebbe di essere sottoposta alla dialettica processuale senza coinvolgere la deliberazione e senza, quindi, la conseguente regressione alla fase dibattimentale.

Restano i casi in cui l'esigenza di riqualificazione si presenti effettivamente solo nel corso della deliberazione. In tale evenienza non sembra esservi spazio per soluzioni diverse da quella che prefigura la sospensione della deliberazione e la regressione alla fase dibattimentale. Può certo ancora obiettarsi che, per le anomalie che reca con sé, ma soprattutto per le difficoltà pratiche e il dispendio di tempo che essa comporta, resti in tal caso preferibile rinviare il recupero del contraddittorio alla sede dell'appello⁷¹ (34)

Non è tuttavia da nascondersi che questo epilogo indebolirebbe praticamente il vincolo del giudice a modificare e a contestare la qualificazione giuridica prima della deliberazione, potendo essere tentato dalla poco sindacabile trasgressione di provvedere, senza previa contestazione, in sentenza, scaricando il problema sulle parti e sul giudice di appello. Al contrario, la prospettiva di non poter comunque decidere senza previa contestazione della riqualificazione giuridica, suggerirà di non rimandare al momento deliberativo i relativi incumbenti.

⁷⁰ Cfr., L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in Balsamo- Kostoris (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Tonino, 2008.

⁷¹ R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, cit., 65-66

Nel tessuto argomentativo della decisione della Corte costituzionale non sembra giocare alcun ruolo la circostanza che il dubbio di legittimità costituzionale investisse il contesto dell'udienza preliminare.

Questa specificità non ha ragione od occasione di emergere, nemmeno per escluderne il rilievo. La *quaestio* del contraddittorio sulla qualificazione giuridica si presenta nei suoi termini cruciali di problema attinente innanzitutto al giudizio, dimensione alla quale - nella prospettiva di garanzia che qui si considera - si rivolgono più frequentemente gli approfondimenti e le osservazioni della dottrina nonché gli arresti più significativi della Corte europea dei diritti umani. In questa dimensione, tuttavia, il contesto dell'udienza preliminare resta implicitamente compreso, dato che, nel silenzio della legge, la giurisprudenza ha sostanzialmente esteso a questa fase le soluzioni dettate nell'art. 521 c.p.p.

Sicché può dirsi che i rilievi che conducono la Corte alla pronuncia di inammissibilità, pur se sono espressione di difficoltà a emettere una sentenza additiva che si porrebbero allo stesso modo e innanzitutto se analoga questione fosse sollevata con riguardo al giudizio, risultano ugualmente ben spesi per il contesto dell'udienza preliminare.

Affiora nondimeno la domanda se, nell'ottica dell'introduzione, per via legislativa, di un procedimento volto a rispondere all'esigenza della contestazione e del contraddittorio sulla diversa qualificazione giuridica, i connotati funzionali propri dell'udienza preliminare potrebbero suggerire una soluzione modulata diversamente da quella pensata per il giudizio.

Non indicherebbe naturalmente una diversa modulazione, ma piuttosto una inappagante linea di chiusura, prevedere un meccanismo *ad hoc* per il giudizio, mantenendo invece lo *status quo ante* per l'udienza preliminare. L'ipotesi è da scartare. Benché non si tratti della fase del giudizio di merito sull'imputazione - e benché dalla Corte di Strasburgo ci si possa aspettare il ricorso, in concreto, a criteri di apprezzamento meno rigorosi quanto alle fasi preliminari del processo - l'importanza del contraddittorio anche *in iure* nell'udienza preliminare non dovrebbe aver bisogno di essere argomentata - tanto più in caso di riqualificazione mediante fattispecie più grave - a fronte del diritto a conoscere quanto prima possibile e dettagliatamente la natura e i motivi dell'accusa a proprio carico (art. 111 comma 3 Cost., art. 6 comma 3, lett. *a*) e *b*) CEDU).

All'estremo opposto, per così dire, starebbe il meccanismo dell'art. 521 comma 2 c.p.p., arricchito (come già oggi, secondo la giurisprudenza, per il caso di fatto diverso) dal previo invito al pubblico ministero a rivedere il *nomen iuris*

Questa soluzione potrebbe presentarsi come la più coerente per due vie. O, in primo luogo, se essa seguisse a un'opzione analoga già per il giudizio. Oppure muovendo dall'idea - a nostro avviso nient'affatto peregrina - che anche la rimodulazione *in iure* dell'imputazione, almeno quando incida

in senso più gravoso sui termini del giudizio di accusa, sia - al pari della rimodulazione del fatto - elemento del tutto inerente alla sfera dell'esercizio dell'azione penale.

La soluzione avrebbe anche il vantaggio di far sì che alla riqualificazione *in iure* si accompagni una più acconcia risistemazione degli elementi fattuali dell'accusa, senza incorrere nel fenomeno, registrato nella fattispecie in esame, per il quale, in caso di emissione del decreto che dispone il giudizio, quest'ultima fase si apra sulla scorta di un'accusa riformulata *in iure* ma in tutto o in parte incoerente rispetto alla nuova qualifica giuridica.

In casi del genere, non essendo pensabile che sia il giudice dell'udienza preliminare a incaricarsi dell'intera riformulazione dell'imputazione, l'udienza preliminare mancherebbe alla funzione di «stabilizzazione» dell'imputazione che pure le si riconosce (38)

Vi è, infine, il percorso «intermedio» della contestazione d'ufficio del diverso *nomen iuris* (previa sollecitazione al pubblico ministero, e ove questa non sia recepita). Ed è la soluzione che torna a esprimere un più diretto dominio del giudice sulla qualificazione giuridica, in un contesto, peraltro, in cui tale dominio si presenta ancor più pregnante - e, insieme, discutibile - perché, invece di correlarsi agli esiti della cognizione dibattimentale, s'insinua nel costrutto dell'azione penale alla stregua dei risultati delle indagini preliminari.

In questo contesto, a meno che l'esigenza di riformulazione non sopravvenga in sede decisoria, la contestazione potrebbe trovar posto dopo la discussione, con relativo aggiornamento delle facoltà previste dall'art. 519 comma 3 c.p.p. e naturalmente della discussione medesima (40)

Minori preoccupazioni, rispetto a quelle che sorgono in dibattimento, dovrebbero porsi quanto al rischio di un possibile «pregiudizio» del giudice, sebbene, com'è noto, si tratti di materia decisamente sensibile anche nell'udienza preliminare.

Infatti, la base cognitiva di questa fase è essenzialmente cartolare. Il giudice conosce già gli atti delle indagini depositati nella sua cancelleria con la richiesta di rinvio a giudizio e nulla esclude che li abbia già ponderati nella cornice dell'imputazione, essendo il contraddittorio dell'udienza preliminare, compreso quello da restaurare a seguito di riqualificazione del fatto, un contraddittorio essenzialmente *ex actis*, lontano dagli orizzonti dell'oralità-immediatezza.

PIERO SILVESTRI
GIUDICE DEL TRIBUNALE DI BARI