

## VACILLA IL CRITERIO DELLA PREVEDIBILITA' DELLE NUOVE CONTESTAZIONI DIBATTIMENTALI

di Fabio Cassibba

SOMMARIO: 1. Un edificio complesso. – 2. La prevedibilità dell'evoluzione dell'accusa: un criterio debole. – 3. Il colpo d'ariete della Corte costituzionale. – 4. Le implicazioni. – 5. I futuribili.

### 1. Un edificio complesso.

Sino a ieri, il regime di ammissibilità dei riti alternativi per i fatti oggetto di nuove contestazioni dibattimentali delineava un edificio complesso ma dall'architettura armoniosa.

Che il contenuto dell'imputazione rappresenti il primo (per quanto non unico) criterio alla luce del quale l'imputato si determina nella scelta del rito risulta ovvio; che, poi, tale scelta si atteggi ad espressione del diritto di difesa è altrettanto pacifico<sup>1</sup>. Se così è, l'aggiornamento dell'imputazione dovrebbe, in via d'ipotesi, sempre implicare la facoltà dell'imputato d'imprimere una svolta all'ordinaria sequenza processuale, attraverso la definizione anticipata della regiudicanda. Sennonché, la praticabilità di una simile opzione riposa, quantomeno, su una necessaria condizione: il legislatore, nell'esercizio della tipica discrezionalità nel «conforma[re gli] istituti processuali»<sup>2</sup>, non dovrebbe precludere l'instaurazione del rito alternativo, neppure nel corso della fase dibattimentale. L'impianto codicistico, viceversa, è improntato all'opposta scelta sistematica: a fronte dell'emendabilità dell'imputazione tanto nell'udienza preliminare quanto nel dibattimento, il rito alternativo resta consentito, di regola, solo nel primo contesto spaziale e temporale<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., fra le molte, C. Cost., sent. 18 dicembre 2009 n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4952-4953, con nota di CAIANIELLO; C. Cost., sent. 25 maggio 2004 n. 148, *ivi*, 2004, p. 1557-1558, con osservazioni di ESPOSITO; C. Cost., sent. 15 marzo 1996 n. 70, *ivi*, 1996, p. 659 ss., con nota di AMATO; C. Cost., sent. 11 dicembre 1995, n. 497, *ivi*, p. 4236, con nota di SCALFATI; C. Cost., sent. 30 giugno 1994 n. 265, *ivi*, 1994, p. 2162, con nota di RETICO; C. Cost., sent. 5 maggio 1993 n. 214, *ivi*, 1993, p. 1603 ss., con nota di RIVELLO; C. Cost., sent. 11 marzo 1993 n. 76, *ivi*, 1993, p. 687 ss., con nota di MARGARITELLI; C. Cost., sent. 31 maggio 1990 n. 277, *ivi*, 1990, p. 1677 ss.

<sup>2</sup> Esercitabile «con il solo limite della manifesta irragionevolezza delle scelte compiute» (C. Cost., sent. 18 febbraio 2010 n. 50, in *Giur. cost.*, 2010, p. 616).

<sup>3</sup> Naturale che l'udienza preliminare costituisca la sede tipica per lo svolgimento dei riti alternativi, perché connotata da un «patrimonio conoscitivo unico», comune alle parti ed al giudice (DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 242), in antitesi alla conoscenza «selettiva» propria del dibattimento [cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989),

Nella prospettiva indicata, si collocano gli argomenti messi in campo dalla più che ventennale giurisprudenza costituzionale, impegnata – a causa del silenzio legislativo<sup>4</sup> – ad individuare i limiti di ammissibilità della definizione anticipata del processo dopo l'aggiornamento dibattimentale dell'accusa. In passato, i percorsi decisionali della Corte Costituzionale si sono sempre snodati attorno all'idea che l'instaurazione del rito alternativo sull'accusa modificata integri una deroga alla preclusione alla relativa adozione nella sede dibattimentale.

Chiave di volta è stata – almeno, sino a ieri – il criterio della prevedibilità della nuova contestazione, che giustifica la preclusione, nel dibattimento, al giudizio abbreviato e al patteggiamento sui nuovi profili dell'accusa. È noto: la recezione d'un modello processuale di stampo accusatorio, profondamente caratterizzato dalla separazione funzionale fra le fasi e dalla scomparsa dell'«accusa ... elaborata da un istruttore»<sup>5</sup>, amplifica il grado di “perfettibilità” dell'imputazione nel dibattimento<sup>6</sup>. Già all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 1988, era corrente il *leitmotive* secondo cui appartiene alla fisiologia del sistema l'esigenza di aggiornare il contenuto dell'atto imputativo alla luce delle risultanze dell'istruzione dibattimentale. Decisiva era l'attitudine euristica del contraddittorio per la prova: i risultati scaturiti dall'elaborazione dialettica rendevano «non ... infrequente» la modifica dell'accusa<sup>7</sup>. Da qui, il successivo passo era agevole: il «rischio [dell'evoluzione dell'accusa] rientra naturalmente [nella base di] calcolo» sulla quale l'imputato si deve determinare, entro l'udienza preliminare, nella scelta circa la definizione anticipata del processo<sup>8</sup>. Le originarie considerazioni, pur risalenti, restano pienamente attuali: la centralità del dibattimento – già compromessa dalla ben nota involuzione del 1992 e, poi, ripristinata a seguito della novella dell'art. 111 Cost. – non è, oggi, minata dall'accresciuta

---

Roma-Bari, 1996, spec. p. 18 ss. e 619 ss.; GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001, p. 1 ss.; NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, p. 110 ss.; UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in UBERTIS (a cura di) *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, p. 1 ss.], ove il doppio fascicolo «mira, “per sottrazione di atti”, a ridurre al minimo ritenuto indispensabile l'ambito del sapere giudiziale anteriore all'udienza» (UBERTIS, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 20).

<sup>4</sup> I rapporti fra nuove contestazioni e riti alternativi erano stati «del tutto trascurati dal legislatore» (O. MAZZA, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen.*, Agg. IV, tomo I, Torino, 2000, p. 383).

<sup>5</sup> CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 459.

<sup>6</sup> Cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 96 ss.; e, nella manualistica, ILLUMINATI, *Giudizio*, in CONSO-GREVI-BARGIS (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2012, p. 836; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2011, p. 568.

<sup>7</sup> C. Cost., ord. 11 maggio 1992 n. 213, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1745, in cui viene, per la prima volta, compiutamente sviluppato il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni, pur già presente, *in nuce*, in precedenti pronunce (cfr., ad esempio, C. Cost., sent. 28 dicembre 1990 n. 593, *ivi*, 1990, p. 3312), ma oggetto di espressa formulazione solo da parte della successiva C. Cost., sent. 8 luglio 1992 n. 316, *ivi*, 1992, p. 2625, con nota di CONTI. In dottrina, MARINI, sub art. 516, in CHIAVARIO (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, Torino, 1991, p. 451 ss.; NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 338; RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 96 ss.

<sup>8</sup> C. Cost., sent. 8 luglio 1992 n. 316, cit., p. 2625: l'imputato, dunque, «non ha che da addebitare a se medesimo le conseguenze della propria scelta». In senso analogo, Cass., sez. V, 4 marzo 2003, Dell'Angelo e altri, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1668; Cass., sez. VI, 25 ottobre 2002, Cacciapaglia, CED 222626.

incidenza dei riti alternativi<sup>9</sup>: il metodo probatorio dialettico si atteggia, ancora, come l'«inevitabile criterio di valutazione» per l'imputato nel decidere se avvalersi di uno dei percorsi alternativi al rito ordinario<sup>10</sup>.

Le implicazioni ultime del percorso argomentativo seguito in passato dalla Corte costituzionale – già celate nelle premesse concettuali su cui si fonda il criterio della prevedibilità dell'evoluzione dell'accusa<sup>11</sup> – sono presto esplicitate. Quando «la libera determinazione dell'imputato verso i riti speciali risult[i] sviata da aspetti di "anomalia" [nella] condotta processuale» del pubblico ministero, che, rivalutando gli atti d'indagine, «aggiorna» il contenuto dell'accusa appena prima dell'istruzione dibattimentale, «[n]on può parlarsi ... di una simile [consapevole] assunzione del rischio del dibattimento da parte dell'imputato»<sup>12</sup>. Imprescindibile, a tal punto, riconoscergli il diritto di chiedere il patteggiamento<sup>13</sup> e il giudizio abbreviato<sup>14</sup> dopo la «tardiva» riformulazione dell'accusa<sup>15</sup>, per i fatti che emergevano già dal fascicolo delle indagini preliminari al momento dell'esercizio dell'azione penale. Solo così «la concreta impostazione data al processo dal pubblico ministero» non condiziona, irragionevolmente, «le valutazioni dell'imputato circa la convenienza del rito speciale»<sup>16</sup>, né a monte della nuova contestazione, al momento della tempestiva scelta del rito nell'udienza preliminare, né a valle di essa, una volta aggiornata l'accusa nel dibattimento.

---

<sup>9</sup> Occorre esser chiari. Non contano – è ovvio – i risultati di un'analisi statistica: i dati empirici restano irrilevanti per individuare il rapporto che, sul terreno normativo, corre fra regola (celebrazione del dibattimento) ed eccezione (svolgimento del rito alternativo): cfr. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell'impianto dell'art. 111 Cost.: il quadro sistematico*, in DI CHIARA (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, p. 21; MAZZA, *Il patteggiamento "allargato" supera l'esame della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2327-2328. Il sensibile rafforzamento della fase preliminare, operato dalle l. n. 479 del 1999 e n. 327 del 2000, rende – è ben vero – sempre più «eventuale» il dibattimento. Ma ciò non dipende dal sovvertimento del rapporto fra giudizio dibattimentale e riti alternativi, costruito dall'art. 111 commi 4 e 5 Cost. Giocano, piuttosto, altri fattori: l'ampliamento della piattaforma probatoria in sede di udienza preliminare, che rende maggiormente consapevole la scelta del rito da parte dell'imputato (cfr., per tutti, SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, spec. p. 184 ss.) e la valorizzazione della volontà di quest'ultimo quale presupposto per la definizione in via alternativa del processo. In particolare, si allude ai novellati presupposti per l'accesso al giudizio abbreviato, la cui instaurazione non è più subordinata al consenso del pubblico ministero e alla definibilità del processo allo stato degli atti. In questa prospettiva, Cass., SSUU, 27 ottobre 2004, Wajib, in *Cass. pen.*, 2005, p. 362, con nota di SPAGNOLO, parla d'una sostanziale «"ordinarietà" del giudizio abbreviato», poiché l'imputato, quando presenti la relativa richiesta ex art. 438 comma 1 c.p.p., ha «diritto di essere giudicato mediante il rito abbreviato».

<sup>10</sup> UBERTIS, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *D. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 522. Analogamente, MAZZA, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 361; ZAPPALÀ, *I procedimenti speciali*, in *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2006, spec. p. 238.

<sup>11</sup> Cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 201 ss.

<sup>12</sup> C. Cost., sent. 30 giugno 1994 n. 265, cit., p. 2162, ripresa, sul punto, da C. Cost., sent. 18 dicembre 2009 n. 333, cit., p. 4952-4953.

<sup>13</sup> Cfr., ancora, C. Cost., sent. 30 giugno 1994 n. 265, cit., p. 2165-2166.

<sup>14</sup> Cfr. C. Cost., sent. 18 dicembre 2009 n. 333, cit., p. 4956.

<sup>15</sup> Di nuove contestazioni «tardive» parla, in tal caso, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 125.

<sup>16</sup> C. Cost., sent. 11 marzo 1993 n. 76, cit., p. 694.

## 2. La prevedibilità dell'evoluzione dell'accusa: un criterio debole.

All'interno dell'esposta ricostruzione, il diritto di difesa – nella sua dimensione squisitamente “reattiva” rispetto alle determinazioni del pubblico ministero circa la modifica dell'imputazione – resta garantito solo assicurando all'imputato il diritto di optare per la definizione anticipata del processo: si tratta di scongiurare l'eventualità che la “maliziosa” manipolazione dell'accusa operata dalla parte pubblica raggiunga lo scopo di vanificare il diritto alla scelta del rito speciale. Viceversa, qualora al pubblico ministero non possa essere mosso alcun rimprovero in ordine all'aggiornamento dell'accusa, non sorge neppure l'esigenza di riequilibrare i poteri delle parti in un contesto pienamente garantito come quello dibattimentale. Si badi, la scelta del legislatore del 1989 di escludere i riti alternativi nella fase dibattimentale dopo l'evoluzione dell'accusa marginalizzava il diritto di difesa<sup>17</sup>, ma l'idea di fondo era coerente col sistema<sup>18</sup>.

Sennonché, il regime di ammissibilità dei riti alternativi dopo l'aggiornamento dibattimentale dell'accusa, costruito sino a ieri dalla Corte costituzionale, non era edificio solidamente fondato.

L'imprevedibilità della nuova contestazione è, anzitutto, concetto vago. Pur non potendosi «in linea di principio escludere» comportamenti abusivi o maliziosi del pubblico ministero», il potere di nuova contestazione resta espressione della funzione di *dominus* nell'esercizio dell'azione penale tipica dell'organo dell'accusa: «muov[endosi] in un ambito prettamente segnato dalla discrezionalità del pubblico ministero, ... può [essere] arduo fissare il confine tra uso e abuso dei poteri d'accusa»<sup>19</sup>. È, quindi, impresa titanica discriminare le ipotesi in cui la nuova contestazione dibattimentale derivi dalla rivalutazione del contenuto degli atti d'indagine o, invece, dalle inattese risultanze dell'istruzione probatoria. Eppure, la questione è della massima importanza: perché scatti il regime preclusivo verso i riti alternativi occorre che la nuova contestazione sia stata effettuata davvero a «causa» delle prove «per la prima volta .... acquisite» nel corso dell'istruzione dibattimentale<sup>20</sup>. Insomma, il criterio funzionerebbe davvero solo in casi-limite. Si pensi all'ipotesi in cui il pubblico ministero eserciti l'azione penale solo per taluni fatti, benché dal contenuto delle sommarie informazioni testimoniali rese dalla persona offesa già emergesse una pluralità di episodi penalmente rilevanti fra loro in continuazione: qui, la nuova contestazione suppletiva effettuata dal pubblico ministero dopo che la persona offesa,

<sup>17</sup> Cfr. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 338.

<sup>18</sup> Lo svolgimento dell'udienza preliminare «non costituis[se] una garanzia indefettibile rispetto alle ragioni difensive dell'imputato e ... a ciascun fatto addebitato. Se la regiudicanda può ampliarsi 'in itinere' nel corso del dibattimento, ... sull'esigenza difensiva ... prevale un calcolo di economia processuale. In rapporto alla nuova imputazione, si considera superflua la parte del procedimento che ne ha preceduto la contestazione» (NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 339). In questo senso, la nuova contestazione ex art. 517 c.p.p. si atteggia a «giudizio speciale promosso ex auctoritate» (ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, cit., p. 742).

<sup>19</sup> RAFARACI, *L'assestamento tardivo degli addebiti contestati*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 331.

<sup>20</sup> Così, ma con riguardo all'attività probatoria integrativa nel giudizio abbreviato, LAVARINI, *Il nuovo giudizio abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 766.

nel corso dell'istruzione dibattimentale, abbia deposto, riferendo anche di quegli ulteriori episodi già narrati in fase d'indagine, sarebbe – indubbiamente – frutto d'un patologico esercizio del potere di *emendatio libelli*.

Non solo. Il criterio della prevedibilità dell'evoluzione dell'accusa rischia, persino, di entrare in collisione con la presunzione d'innocenza che assiste l'imputato *ex art. 27 comma 2 Cost.* Che l'imputato sia capace di prevedere i possibili aggiornamenti dell'addebito derivanti dalle risultanze dell'istruzione dibattimentale è assunto consono ad atmosfere di stampo inquisitorio, ove egli è trattato come il solo depositario della verità circa la ricostruzione fattuale<sup>21</sup>. Al contrario: la presunzione d'innocenza implica che l'imputato debba essere trattato come colui che è meno informato della vicenda oggetto del processo, essendone, per definizione, estraneo. Non minori i rischi a voler, poi, ritenere che il criterio della prevedibilità dell'evoluzione dell'accusa operi – per così dire – in astratto, come diretto portato dell'adozione del metodo dialettico di elaborazione della prova nel dibattimento. Se così fosse, esso abbraccerebbe ipotesi in cui l'aggiornamento dell'accusa è, in realtà, addirittura presunto. Contestata un'accusa, «può essere non irragionevole, ancorché rigoroso, annoverare tra i fattori di scelta del rito da parte dell'imputato la prospettiva che tale accusa venga diversamente descritta o aggravata»; «[i]rragionevole ... invece ... presumere altrettanto quando la nuova contestazione aggiunga all'originaria un'altra accusa, sia pure connessa»<sup>22</sup>. Il rilievo coglie ancora più nel segno se si pone mente alla contestazione, non già del concorso formale di reati (che implica, pur sempre, l'unicità della condotta), bensì della continuazione fra gli stessi: qui, il legame connettivo fra i vari fatti è suscettibile di assottigliarsi sensibilmente<sup>23</sup>.

A tal punto, si è ipotizzato il necessitato rovesciamento della tradizionale portata del criterio. La modifica dell'accusa attuata in forza dei risultati probatori dell'istruzione dibattimentale ben potrebbe riuscire maggiormente “imprevedibile” per l'imputato rispetto a quella che deriva dalla mera rivalutazione del contenuto del fascicolo del pubblico ministero prima dell'apertura del dibattimento: 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

<sup>21</sup> La letteratura sul tema è amplissima: cfr., per tutti, MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in UBERTIS-VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII.1, Milano, 2004, p. 4 ss.

<sup>22</sup> «[N]on può dirsi 'scontata', nella preventiva valutazione dell'imputato, la vicenda che sfocia nella formulazione di un'accusa *ab initio* ancora del tutto di là da venire» (RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 205-206). Cfr., altresì, ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa d'invalidità?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 339; SCAPARONE, *Nuove contestazioni e principio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1866.

<sup>23</sup> Per C. Cost., sent. 8 luglio 1992 n. 316, cit., p. 2625, viceversa, non sarebbe stato ragionevole discernere la contestazione del fatto diverso da quella del reato connesso ai fini della preclusione al rito alternativo, purché l'evoluzione dell'accusa derivi dallo svolgimento dell'istruzione dibattimentale; troppo «stretto è il rapporto intercorrente fra l'imputazione originaria ed il reato connesso», per ritenere imprevedibile la contestazione di quest'ultimo. Così, il Giudice delle leggi aveva reputato non praticabile il rito alternativo nei casi di contestazione “fisiologica” della continuazione fra reati *ex art. 517 comma 1 c.p.p.*: cfr. C. Cost., sent. 18 dicembre 2009 n. 333, cit., p. 4952; e già C. Cost., sent. 1° aprile 1993 n. 129, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1047.



atti d'indagine»<sup>24</sup>. Ma – a ben vedere – anche una tale soluzione risulta poco appagante: se il criterio della prevedibilità è intrinsecamente debole, non soddisfa riferirlo alla nuova contestazione “patologica” anziché a quella “fisiologica”<sup>25</sup>. Sin troppo agevole invocare il criterio dell'affidamento dell'imputato alla stabilità dell'accusa – *rebus sic stantibus* – per escludere che egli, conoscendo gli atti d'indagine, possa preconizzare il tardivo aggiornamento dell'addebito. Insomma, il giudizio di prevedibilità non deve valere né in rapporto all'*emendatio libelli* fisiologica né a quella patologica. A tal punto, resta preferibile accantonarlo: modificata l'accusa in dibattimento, all'imputato dovrebbe essere comunque riconosciuto il diritto di chiedere la definizione anticipata del processo<sup>26</sup>. Si è pure notato come le innovazioni apportate alla disciplina della modifica dell'imputazione nel giudizio abbreviato spingano verso una simile conclusione. L'art. 441-bis comma 4 c.p.p., laddove assicura il diritto dell'imputato di chiedere che «il procedimento prosegua nelle forme ordinarie» dopo le nuove contestazioni effettuate all'esito dei supplementi istruttori *ex art.* 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p., «introduce un elemento di novità nei rapporti fra giudizio abbreviato e giudizio ordinario», essendo «difficile ... negare il diritto dell'imputato ad essere rimesso in termini per chiedere il giudizio abbreviato, quando l'accusa cambi durante il dibattimento»<sup>27</sup>.

### 3. Il colpo d'ariete della Corte costituzionale.

Le critiche al criterio della prevedibilità e gli argomenti per il suo necessitato

---

<sup>24</sup> CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4963-4964; cfr. TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2532. Echi di una tale ricostruzione si rinvencono in C. Cost., sent. 21 novembre 2006 n. 384, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4013, con nota di DANIELE, che, pur con riguardo all'udienza preliminare, aveva rilevato come, quando il mutamento dell'imputazione si basi non su nuovi dati emersi nel corso dell'udienza, ma su quanto già desumibile dagli atti d'indagine, vengano in gioco «elementi che l'imputato ha avuto modo di conoscere e di valutare ... anche sotto il profilo della loro idoneità a propiziare 'incrementi' dell'imputazione esposta nella richiesta di rinvio a giudizio».

<sup>25</sup> Richiamando qui la terminologia costantemente impiegata dalla Corte Costituzionale: cfr., per tutte, le sent. cost. n. 265 del 1994 e n. 333 del 2009.

<sup>26</sup> Cfr. CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, cit., p. 4963-4964; ORLANDI, *Nuove norme sul giudizio abbreviato e altre modifiche al codice di procedura penale*, in MARZADURI-ORLANDI, *Appendice di aggiornamento*, in CONSO-GREVI (diretto da), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, p. 7. TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, cit., p. 2532.

<sup>27</sup> In breve: l'«eventualità della nuova contestazione dovrebbe ... ragionevolmente legittimare la trasformazione del rito tanto in un senso (dall'abbreviato all'ordinario) quanto nell'altro (dall'ordinario all'abbreviato)»: per questa e le precedenti citazioni, ORLANDI, *Nuove norme sul giudizio abbreviato e altre modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 7. A questa prospettiva aderisce CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, cit., p. 4963: «[s]i può trarre [dall'art. 441-bis c.p.p.] 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 del rito da instaurare, perda di effetto e rimanga come sospesa, dovendo questa effettuare una nuova scelta».

superamento hanno fatto breccia fra i giudici di Palazzo della Consulta<sup>28</sup>. Attorno ad esse ruota il percorso motivazionale della sent. cost. n. 237 del 2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 comma 1 c.p.p., per violazione degli art. 3 e 24 comma 2 Cost., «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale».

Lungi dall'avere una portata demolitiva limitata alla preclusione all'ammissibilità del giudizio abbreviato per il reato concorrente oggetto di nuova contestazione "fisiologica", il robusto colpo d'ariete sferrato dalla Corte Costituzionale fa vacillare l'intera costruzione sopra descritta. Si profilano scenari inediti, ispirati ad un'avanzata tutela del diritto di difesa: la proclamata, ma non sempre praticata, inviolabilità del diritto sancito dall'art. 24 comma 2 Cost. funge ora da leva per scardinare un assetto che, dopo la sent. cost. n. 333 del 2009, pareva stabilizzato.

Sino a ieri, era punto fermo nella giurisprudenza costituzionale che l'interesse dell'imputato a optare per un rito alternativo meritasse tutela solo quando la relativa scelta avesse consentito «l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale ... che ... permett[esse] di raggiungere [l']obiettivo d[ella] rapida definizione del processo». Quando, «per l'inerzia dell'imputato» – che non ha effettuato una simile scelta tempestivamente – «tale scopo non può più essere pienamente raggiunto» sarebbe «del tutto irrazionale» consentire il tardivo svolgimento di un rito alternativo, «in base alle contingenti valutazioni dell'imputato sull'andamento» dell'istruzione dibattimentale<sup>29</sup>. In altre parole, il soddisfacimento dell'art. 24 comma 2 Cost. non imponeva di riconoscere all'imputato il diritto di scegliere un rito alternativo nel dibattimento, quando l'evoluzione dell'imputazione lo avesse colto, fisiologicamente, in forza dei *nova* risultanti dall'istruzione probatoria: l'imputato si trovava già nel contesto maggiormente garantito; il "ripristino" del diritto di scegliere il rito alternativo per il fatto di nuova contestazione non era soluzione costituzionalmente imposta.

Dopo la sent. cost. n. 237 del 2012 la prospettiva muta radicalmente.

L'«imputato che subisce una contestazione suppletiva dibattimentale viene a trovarsi in una posizione diversa e peggiore – quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi e alla fruizione della correlata diminuzione di pena – rispetto a chi, della stessa imputazione, fosse chiamato a rispondere fin dall'inizio», con conseguente violazione degli art. 3 e 24 comma 2 Cost.<sup>30</sup>. Così, «se pure è indubbio, in una prospettiva puramente "economica", che più si posticipa il termine utile per la rinuncia al dibattimento ... meno il sistema ne "guadagna", ... l'esigenza della "corrispettività" fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa»<sup>31</sup>. Intuitiva la conclusione

<sup>28</sup> Cfr. sent. cost. n. 237 del 2012, *Considerato in diritto*, § 7.

<sup>29</sup> C. Cost., sent. 28 dicembre 1990 n. 593, cit., p. 3312; cfr. pure, da varie angolazioni, C. Cost., sent. 16 giugno 2005, n. 236, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2052, con nota di FIORIO; C. Cost., sent. 1° aprile 1993 n. 129, cit., p. 1046-1047; C. Cost., ord. 19 marzo 1993 n. 107, in *Giur. cost.*, 1993, p. 870-871; C. Cost., ord. 11 maggio 1992 n. 213, cit., p. 1743 ss.; C. Cost., sent. 31 maggio 1990 n. 277, cit., p. 1678-1679.

<sup>30</sup> Sent. cost., *Considerato in diritto*, § 8.

<sup>31</sup> Sent. cost., *Considerato in diritto*, § 8.

del percorso. Il diritto alla scelta del rito dev'essere riconosciuto indipendentemente dal soddisfacimento di ragioni di economia processuale: il «consenso dell'imputato ai fini della rinuncia alla formazione della prova in contraddittorio ... assurge ad indice di sistema, riguardo al fatto che, quando muta *in itinere* il tema d'accusa, l'imputato deve poter rivedere le proprie opzioni riguardo al rito da seguire»<sup>32</sup>. Prorompe qui il punto di vista innovativo della Corte costituzionale: il diritto di accesso al rito alternativo anche quando l'evoluzione dell'imputazione sia fisiologica è – per la prima volta – ricondotto all'interno della sfera del costituzionalmente doveroso. Resta superata l'idea, fatta propria dall'originario impianto codicistico, che la compressione del diritto di difesa sotto il profilo della scelta del rito alternativo dopo l'evoluzione dibattimentale dell'accusa fosse giustificata, alla luce del potere discrezionale del legislatore di conformare il diritto di difesa ai diversi contesti processuali. L'esigenza di soddisfare fini di economia processuale è posta ora sullo sfondo<sup>33</sup>.

#### 4. Le implicazioni.

In linea d'ipotesi, muovendo dal medesimo presupposto – la difficoltà di preservare un diverso regime di ammissibilità dei riti speciali nel dibattimento a seconda che l'aggiornamento dell'accusa sia fisiologico o patologico – la Corte costituzionale avrebbe potuto adottare una soluzione ben più radicale. Si sarebbe potuto riconoscere che la crisi del sistema derivava, in realtà, dall'ampia legittimazione, tributata dalla giurisprudenza di legittimità, alla prassi volta ad ammettere la nuova contestazione dibattimentale anche sulla scorta della mera riconsiderazione degli atti d'indagine<sup>34</sup>. Spostando l'oggetto della questione di

<sup>32</sup> Sent. cost. n. 237 del 2012, *Considerato in diritto*, § 7.

<sup>33</sup> Non sembra azzardato affermare che, nella sent. cost. n. 237 del 2012, riecheggi l'idea – già espressa dalla Consulta, sia pur a proposito del diverso (ma contiguo) valore della ragionevole durata del processo – secondo cui il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possano essere oggetto di bilanciamento, «indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del “giusto” processo ... Un processo non “giusto”, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» (C. Cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4762, con note di UBERTIS e BILANCIA; cfr., altresì, C. Cost., ord. 19 novembre 2002 n. 458, *ivi*, 2002, p. 3811, con osservazioni di D'ELIA).

<sup>34</sup> Come noto, la pronuncia-cardine in materia è rappresentata da Cass., SSUU, 28 ottobre 1998, Barbagallo e altri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2074 ss., ma l'assunto è condiviso dall'indirizzo maggioritario: cfr. Cass., Sez. VI, 29 ottobre 2009, Cardella, in CED 245006; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2009, Nasso, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1160-1161; Cass., Sez. II, 8 gennaio 2009, Caltabiano, in *Giust. pen.*, 2010, III, c. 29 ss.; Cass., Sez. II, 7 febbraio 2006, Di Palma, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2943-2944; Cass., Sez. II, 6 luglio 2004, Nocito, *ivi*, 2006, p. 2217; Cass., Sez. VI, 5 maggio 2004, p.c. in proc. Sodano e altri, *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 728; Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2004, Montanari, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1979-1980; Cass., Sez. II, 20 aprile 2004, Marras, *ivi*, 2005, p. 3016; Cass., Sez. VI, 7 marzo 2003, Bienati, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 381; Cass., Sez. V, 9 maggio 2001, Annunziata, in *Guida dir.*, 2001, n. 48, p. 79; Cass., Sez. V, 12 gennaio 2001, Berbenni, *ivi*, 2001, n. 25, p. 63-64. In dottrina, reputano legittima l'attività di nuova contestazione per rivalutazione degli atti d'indagine, BRICCHETTI, *Ammesse le modifiche dell'imputazione basate sugli atti delle indagini preliminari*, in *Guida dir.*, 1999, n. 12, p. 75-76; CHINNICI, *In tema di limiti cronologici per le nuove contestazioni suppletive*, in



legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, la Consulta avrebbe potuto dichiarare l'illegittimità costituzionale degli art. 516 comma 1 e 517 comma 1 c.p.p. nella parte in cui, così come interpretati dal diritto vivente, ammettevano la nuova contestazione in assenza di nuovi elementi di prova acquisiti nel contraddittorio dibattimentale. Da qui, la necessaria regressione del processo alla fase delle indagini preliminari nelle ipotesi in cui la nuova contestazione fosse tardiva, perché avente ad oggetto un fatto già risultante dagli atti d'indagine. L'avanzata tutela del diritto di difesa – prospettiva, si badi, prescelta dalla sent. cost. 237 del 2012 – ben avrebbe potuto giustificare una simile conclusione: ad un tempo, si sarebbe superata la «distinzione in verità poco convincente tra modifiche dell'imputazione già prevedibili *in nuce* al termine delle investigazioni e quelle emerse *ex abrupto* nel corso dell'istruzione dibattimentale»<sup>35</sup> e si sarebbe ripristinata la distinzione funzionale fra udienza preliminare e dibattimento quanto all'innesto dei riti alternativi.

La scelta dei giudici costituzionali si è orientata – comprensibilmente, nella logica del *self-restraint* – nell'opposta direzione: in definitiva, la distinzione fra nuove contestazioni fisiologiche e patologiche viene mantenuta intatta, benché se ne elidano le implicazioni maggiormente lesive del diritto di difesa. A tal punto, però, non è azzardato affermare che la sent. cost. n. 237 del 2012 sbarri ormai la strada a futuri interventi della Consulta in chiave ablativa del potere di effettuare la nuova contestazione in assenza di nuove emergenze, forgiate dall'elaborazione dialettica della prova. Ecco un esempio di eterogenesi dei fini: l'indirizzo della Corte Costituzionale – ragionevolmente volto, in passato, ad introdurre meccanismi compensativi, di tutela del diritto di difesa per i casi in cui il pubblico ministero avesse contestato, solo nel dibattimento, un fatto che già risultava dagli atti d'indagine – ha finito col porre le premesse per l'odierna pronuncia, che, da un lato, conserva quella discutibile distinzione ma, dall'altro, è assai dirompente per gli assetti sistematici<sup>36</sup>.

---

*Foro it.*, 2000, II, c. 710 ss.; STEFANI, *Ampliato dalle Sezioni unite il potere di contestazione suppletiva del p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 633 ss.

*Contra*, ritengono che un simile esercizio del potere di nuova contestazione violi il diritto di difesa, cfr. Cass., Sez. VI, 22 febbraio 2005, Aricò, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1507-1508; Cass., Sez. VI, 21 settembre 2004, Obertino, in CED 231271; Cass., Sez. II, 16 dicembre 2003, Filippo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1979; Cass., Sez. VI, 10 dicembre 2001, Porricelli, *ivi*, 2003, p. 3870 ss.; Cass., Sez. VI, 22 marzo 2000, Apicella, *ivi*, 2002, p. 1440; Cass., Sez. V, 15 ottobre 1998, Mulè e altro, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 298; Cass., Sez. III, 17 marzo 1998, Picchioni, in *Guida dir.*, 1998, n. 25, p. 138; in dottrina, ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa d'invalidità?*, cit., p. 330 ss.; BAZZANI, *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3079 ss.; CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 211 ss.; DI BITONTO, *La modifica dell'imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2142-2143; FIORIO, *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2056; GRIFANTINI, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, Torino, 2009, p. 113; LOZZI, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 342 ss.; NACAR, *Limiti cronologici per la modifica dell'imputazione*, in *Giur. it.*, 2000, p. 592; SCACCIAOCE, *Sui limiti temporali delle nuove contestazioni: una questione da ripensare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 113-115; VARRASO, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, Padova, 2003, p. 281 ss.; ID., *Le nuove contestazioni «tardive» nel dibattimento: le Sezioni Unite legittimano l'«arbitrio» del Pubblico Ministero*, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 700.

<sup>35</sup> Così, ma a margine della sent. cost. n. 333 del 2009, CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, cit., p. 4963.

<sup>36</sup> Sul punto v. *infra*, § 5.

Preliminarmente, conviene muovere dai numerosi interrogativi aperti dalla presa di posizione della Corte Costituzionale in ordine alla disciplina investita dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale.

Taluni sono di pronta soluzione. Sul versante dei presupposti cronologici per la richiesta del rito abbreviato, ad esempio, non è disagevole individuarne il relativo termine: stante la *ratio* dell'art. 519 c.p.p., il rito alternativo dev'essere chiesto, a pena di decadenza<sup>37</sup>, immediatamente dopo la nuova contestazione o, qualora il dibattimento sia stato sospeso, a norma dell'art. 519 comma 2 c.p.p., alla prima udienza successiva alla sospensione<sup>38</sup>. Peraltro, non mancano zone d'ombra, ove decisivo sarà il ruolo della prassi. Si pensi solo, stante l'estrema laconicità del dato positivo, all'esigenza di tutelare la situazione soggettiva della persona offesa, danneggiata dal reato, che emerga, per la prima volta, alla luce del reato concorrente contestato *ex art.* 517 comma 1 c.p.p. e che deve essere necessariamente citata in forza dell'art. 519 comma 3 c.p.p. Nei casi in cui l'imputato presente, aggiornata l'imputazione, rinunci al termine a difesa e opti immediatamente per il giudizio abbreviato, senza soluzioni di continuità nello svolgimento dell'udienza dibattimentale, occorre individuare cadenze processuali che non limitino irragionevolmente il diritto d'accesso al giudice penale assicurato alla persona offesa dall'art. 24 comma 1 Cost.<sup>39</sup>.

Occorre, poi, prendere atto che la Corte Costituzionale ammette il giudizio abbreviato per il solo reato concorrente oggetto di nuova contestazione (quale reato in concorso formale o reato continuato) e non anche sull'originario fatto già contestato nel decreto che dispone il giudizio: gioca l'inequivoco tenore del dispositivo della sent. cost. n. 237 del 2012. Da qui, chiesto il giudizio abbreviato per l'accusa suppletiva, la necessaria separazione delle regiudicande, in linea con l'impostazione a suo tempo adottata dalla Consulta per le nuove contestazioni patologiche<sup>40</sup>. Insomma, la scelta di

---

<sup>37</sup> Non osta a tale conclusione il disposto dell'art. 173 comma 1 c.p.p., in forza del quale i termini si considerano stabiliti a pena di decadenza solo nei casi previsti dalla legge. La Corte Costituzionale ha introdotto un'ipotesi di restituzione nel termine in favore dell'imputato circa l'instaurazione del rito alternativo; cfr. C. Cost., sent. 18 dicembre 2009 n. 333, cit., p. 4955; ma già C. Cost., sent. 30 giugno 1994 n. 265, cit., p. 2164, richiamando la sent. cost. n. 101 del 1993, aveva affermato come fosse possibile «applica[re] l'istituto della restituzione nel termine».

<sup>38</sup> Cfr., sia pure con riguardo al tradizionale tema delle nuove contestazioni patologiche, già RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 207, nota 188. Per un cenno cfr. anche C. Cost., sent. 30 giugno 1994 n. 265, cit., p. 2164. Qualora, poi, la nuova contestazione avvenga nei confronti dell'imputato contumace o assente gioca l'art. 520 comma 2 c.p.p.: validamente notificato il verbale d'udienza con l'accusa riformulata, questi ha l'onere di chiedere il rito alternativo alla prima udienza successiva, anche a mezzo di procuratore speciale; altrimenti, incorre nella decadenza dal relativo potere.

<sup>39</sup> Cfr. LAVARINI, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino, 2009, p. 200 ss.; GIARDA, *I termini di citazione della persona offesa dal reato e del responsabile civile*, in *Dir. pen. proc.*, 1993, p. 40; nonché, C. Cost., sent. 17 novembre 1992 n. 453, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4112 ss., con nota di PENNISI.

<sup>40</sup> L'inequivoco tenore del dispositivo della sent. cost. n. 265 del 2009 (quanto al patteggiamento) e della sent. cost. n. 333 del 2009 (quanto al giudizio abbreviato) è avvalorato dal percorso motivazionale della prima decisione. Contestato il reato concorrente, il rito alternativo può essere instaurato previa separazione delle regiudicande (C. Cost., sent. 30 giugno 1994 n. 265, cit., p. 2164). Ovvio il presupposto: che a monte dell'ordinanza di separazione sia stata formulata una richiesta parziale del rito speciale, concernente solo le imputazioni *novae*. In proposito cfr. le fondate critiche di CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, cit., p. 4958,

andare a dibattimento operata dall'imputato circa l'accusa "originaria" resta irreversibile<sup>41</sup>.

La soluzione – pur condivisibile nella prospettiva di tutelare la centralità del dibattimento circa l'accusa originaria e la scelta dell'imputato di non aver optato, a suo tempo, per un rito alternativo – è, tuttavia, foriera di notevoli difficoltà sul terreno esegetico. Si pensi, ad esempio, alla necessità di delimitare il materiale probatorio utilizzabile ai fini della definizione del giudizio abbreviato, tanto più seria se si pone mente alla circostanza che la separazione non genera una causa d'incompatibilità del giudice investito della prosecuzione del dibattimento per l'accusa originaria e del giudizio abbreviato sul reato concorrente oggetto di nuova contestazione. Ammettendo, in ipotesi, che il giudizio abbreviato possa essere definito sulla scorta del fascicolo delle indagini preliminari, ci si troverebbe di fronte ad un giudice che dovrebbe necessariamente farsi "strabico": per definire il dibattimento egli dovrà utilizzare il solo materiale legittimamente acquisito, in forza della regola di esclusione posta dall'art. 526 comma 1 c.p.p., inapplicabile, invece, in vista della definizione del separato giudizio abbreviato. E tutto ciò – si badi – a tacere delle negative ripercussioni sull'economia processuale, inevitabili nella trattazione separata dei giudizi. Insomma, richiamando qui le parole della Corte costituzionale, che «l'accesso al giudizio abbreviato per il reato concorrente contestato in dibattimento risulti comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale, sia pur "attenuato"»<sup>42</sup> suona come un ossequio al consolidato indirizzo della Consulta più che una fedele "descrizione" delle implicazioni dello svolgimento separato dei giudizi.

Ma v'è di più. Gravido di rilevati implicazioni è l'innesto della pronuncia costituzionale pure sull'esigenza che l'aggiornamento dell'imputazione avvenga con la massima tempestività<sup>43</sup>.

Nel dibattimento, una simile esigenza è intimamente avvinta alla necessità di assicurare effettività al diritto alla prova per i fatti oggetto di nuove contestazioni. Inevitabile che l'aggiornamento dell'accusa debba avvenire «non appena emergano seri elementi per effettuarl[o]»<sup>44</sup>, non potendo il pubblico ministero attendere che l'attività istruttoria introduca elementi idonei a «dare compiuta dimostrazione dei

---

secondo cui sull'imputato dovrebbe incombere l'onere di «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»; analog. BRICCHETTI, *La nuova contestazione su fatti già emersi non pregiudica l'accesso al rito speciale*, cit., p. 83; BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, p. 83; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 579; TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, cit., p. 2534-2535. *Contra*, con riguardo al patteggiamento, nel senso che le «preclusioni riguardanti la vecchia imputazione rimangono», CREMONESI, *Riflessioni sull'applicazione di pena dell'art. 444 C.p.p. dopo l'apertura del dibattimento*, in *Giust. pen.*, 1995, I, c. 11; SURACI, *La problematica relazione tra nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1494; in giurisprudenza, Cass., sez. III, 5 febbraio 2003, Caci, in *Giur. it.*, 2004, p. 1716-1717, con nota di ANSELMINI.

<sup>41</sup> In tali precisi termini, ma con riguardo all'ipotesi delle nuove contestazioni patologiche, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 207.

<sup>42</sup> Così, sent. cost. n. 237 del 2012, *Considerato in diritto*, § 7.

<sup>43</sup> Cfr. MARINI, sub art. 519, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 471-472; RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 189 e *passim*.

<sup>44</sup> C. Cost., sent. 3 giugno 1992 n. 241, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1864, con nota di SCAPARONE.

relativi fatti»<sup>45</sup>. Si scivola verso criticabili forme di cripto-imputazione se il pubblico ministero, benché gli estremi per la nuova contestazione si siano già resi palesi, non esplicitasse al più presto, attraverso la formale contestazione, i nuovi profili d'accusa e – «gioca[ndo] su due tavoli»<sup>46</sup>, slealmente – proseguisse, nel frattempo, nell'attività di acquisizione probatoria sull'accusa originaria. «[E]mersi già gli estremi di una nuova contestazione, il contraddittorio esige che venga posto al più presto il relativo tema, senza tergiversare in forme di (pur temporanea ...) contestazione "materiale" promossa attraverso la ricerca di conferme probatorie per fatti d'accusa ancora da enunciare»<sup>47</sup>. Non è, dunque, solo in gioco il diritto di difesa: l'occultamento dell'effettivo *thema probandum* avvantaggia esclusivamente il pubblico ministero, mentre si risolve in un'arbitraria limitazione dell'oggetto di prova per le parti private<sup>48</sup>.

Oggi, il riconoscimento del diritto dell'imputato di chiedere il rito abbreviato non condizionato per il reato concorrente oggetto della nuova contestazione, emerso per la prima volta in forza dell'istruzione dibattimentale, induce a rimeditare le conclusioni appena formulate.

Secondo la Corte Costituzionale, l'esercizio dell'azione penale – di cui la contestazione dibattimentale del reato concorrente è indubbia manifestazione – postula che l'organo dell'accusa abbia predisposto una piattaforma probatoria idonea a fronteggiare solidamente la richiesta non condizionata di giudizio abbreviato<sup>49</sup>. Tuttavia, la nuova contestazione troppo precocemente effettuata nel corso dell'istruzione dibattimentale rischia di non soddisfare il presupposto probatorio in parola: ovvio che, emergendo il *novum* solo in forza dell'elaborazione dialettica della prova, la nuova contestazione non sia stata preceduta da un'indagine completa, secondo i canoni individuati dalle sent. cost. n. 88 del 1991 e, soprattutto, n. 115 del 2001. Resta, dunque, irrilevante immaginare di ampliare il più possibile il panorama cognitivo in vista della definizione del giudizio abbreviato sul fatto di nuova contestazione. Né l'utilizzabilità del fascicolo del dibattimento<sup>50</sup> né di quello delle indagini preliminari risolvono l'*impasse*: se il dato su cui si fonda l'ampliamento dell'accusa emerge solo dall'elaborazione dialettica della prova, il complessivo panorama probatorio raccolto in rapporto all'imputazione originaria ben può risultare non pertinente in rapporto al fatto di nuova contestazione. E il rilievo appare tanto più fondato quando il fatto oggetto della contestazione *ex art. 517 c.p.p.* sia legato a quello originariamente contestato dal vincolo connettivo della continuazione<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> C. Cost., sent. 20 febbraio 1995 n. 50, in *Giur. cost.*, 1995, p. 453, con nota di SCAPARONE.

<sup>46</sup> CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, p. 252.

<sup>47</sup> RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 189.

<sup>48</sup> Nel senso che il diritto di difendersi provando non può subire arbitrarie limitazioni circa l'oggetto di prova, cfr., con particolare riguardo all'imputato, ma con una considerazione di respiro più generale, VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 12.

<sup>49</sup> Cfr. C. Cost., sent. 9 maggio 2001, n. 115, in *Giur. cost.*, 2001, p. 917 ss., con note di GARUTI e ANNUNZIATA.

<sup>50</sup> Per Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2011, Cortese ed altro, CED 251062, nel caso «di contestazione suppletiva di reato connesso, le prove acquisite precedentemente nel corso dell'istruzione dibattimentale sono legittimamente utilizzabili anche ai fini della decisione relativa ai fatti oggetto della nuova contestazione».

<sup>51</sup> Tocca appena precisare che analoghe difficoltà non sorgono quando la nuova contestazione derivi, non già dagli sviluppi dell'istruzione dibattimentale, bensì dalla rivalutazione del contenuto del fascicolo delle

A tal punto, la conclusione è obbligata: oggi, «presupposto implicito» della nuova contestazione del reato concorrente nel corso e in forza dell'istruzione dibattimentale è che essa «vada effettuata solo quando le risultanze istruttorie diano esiti certi»<sup>52</sup>.

Se così non fosse, sarebbe sicura la lesione del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. Ammettere che, ai fini della nuova contestazione, «non occorre avere già acquisito la prova piena dei nuovi elementi, ma è sufficiente l'emergere di serie risultanze suscettibili di conferma nel prosieguo dell'istruttoria ...», impedisce al pubblico ministero di coltivare adeguatamente l'azione»; contestato troppo precocemente il reato concorrente, la richiesta di giudizio abbreviato non condizionata porrebbe l'organo dell'accusa nelle condizioni di non poter chiedere l'ammissione di «ulteriori prove a carico oltre a quelle che hanno propiziato la modifica dell'accusa»<sup>53</sup>. L'ipotesi risulta di tutta evidenza qualora l'aggiornamento dell'accusa si fondi su un elemento di prova sottoposto ad un criterio legale di valutazione e che, pertanto, sia da solo insufficiente ai fini della condanna<sup>54</sup>. A fronte di una richiesta di giudizio abbreviato non condizionato, il pubblico ministero non sarebbe nelle condizioni di provare la colpevolezza dell'imputato alla luce del quadro probatorio disponibile, ma potrebbe solo sollecitare l'acquisizione delle prove all'uopo necessarie *ex art. 441 comma 5 c.p.p.* Il giudice, a sua volta, non potrebbe certo assolvere l'imputato dalla nuova accusa, *rebus sic stantibus*, sulla base d'un panorama probatorio incompleto ma completabile. L'assunto – formulato dalla Corte costituzionale per il contesto dibattimentale<sup>55</sup>, non essendo rimessa alla discrezionalità del giudice la scelta tra «l'acquisizione della prova e il proscioglimento (o la condanna) dell'imputato»<sup>56</sup> – vale anche per il giudizio abbreviato<sup>57</sup>: alla luce della struttura del rito alternativo, si tratta di evitare che il pubblico ministero disponga della regiudicanda, mutando strumentalmente l'imputazione onde ottenere l'assoluzione dell'imputato. A tal punto, si delinea un'alternativa dai termini comunque

---

indagini preliminari, tardivamente effettuata dall'organo dell'accusa prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. Qui, la parte pubblica è ben in grado di fronteggiare la richiesta non condizionata di giudizio abbreviato avanzata dall'imputato prima dell'apertura del dibattimento, in forza della sent. cost., n. 333 del 2009: gioca la completezza delle indagini preliminari, che, per l'appunto, ha permesso di fare emergere la globalità delle imputazioni.

<sup>52</sup> ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, in UBERTIS-VOENA (diretto da), *Trattato di procedura penale*, XXXV.2, Milano, 2004, p. 151. In senso analogo, MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, p. 315.

<sup>53</sup> NEGRI, *Garanzie dell'imputato e modifica dell'accusa*, in MARZADURI-NEGRI, *Modificazioni alla disciplina di termini di custodia cautelare nel giudizio abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 688.

<sup>54</sup> Emblematico il caso in cui la nuova contestazione si fondi sulle dichiarazioni dibattimentali a contenuto accusatorio che rientrano nella sfera operativa dell'art. 192 commi 3 e 4 c.p.p. e che siano – allo stato degli atti – prive di riscontro.

<sup>55</sup> Si allude a C. Cost., sent. 26 marzo 1993 n. 111, in *Giur. cost.*, p. 901 ss., con note di SPANGHER e VALENTINI REUTER.

<sup>56</sup> C. Cost., sent. 26 febbraio 2010 n. 73, in *Giur. cost.*, 2010, p. 840, con nota di PAULESU; cfr. pure, fra le altre, Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2005, T., in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1007 ss., con nota di GIORDANO.

<sup>57</sup> Cfr. NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in PERONI (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 484.



inaccettabili. Modificata l'imputazione sulla base di dati probatori incompleti e instaurato il giudizio abbreviato non condizionato, il giudice dovrebbe assumere un ruolo di supplenza dell'organo dell'accusa, incompatibile con l'intervento probatorio officioso, eccezionalmente integrativo<sup>58</sup>, oppure trasmettere gli atti al pubblico ministero in forza della riscontrata non correlazione fra accusa e decisione<sup>59</sup>, vanificando le esigenze di economia processuale proprie del rito alternativo.

Nella prospettiva privilegiata dalla Corte Costituzionale, l'organo dell'accusa gode – in effetti – di un potere idoneo a scongiurare il rischio di cadere nelle strettoie probatorie in cui egli potrebbe forzatamente venirsi a trovare a seguito dell'instaurazione del giudizio abbreviato dopo la nuova contestazione dibattimentale. Il pubblico ministero potrebbe, cioè, esercitare autonomamente l'azione penale per il reato concorrente<sup>60</sup>, secondo un'opzione prevista *per tabulas* (solo) dall'art. 518 comma 1 c.p.p., aggirando, così, le difficoltà probatorie derivanti dalla scelta di effettuare la nuova contestazione nel dibattimento. Tocca precisare, però, che la conclusione poggia su un presupposto tutt'altro che sicuro<sup>61</sup>: che la nuova contestazione del reato concorrente non costituisca un'attività doverosa per l'organo dell'accusa<sup>62</sup>, ma una semplice facoltà, rimessa ad opzioni strategiche, fatto salvo l'obbligo di esercitare l'azione penale nel procedimento penale autonomamente instaurato<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Cfr., circa la prova dei nuovi temi dell'imputazione, MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 316; più in generale, BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, p. 267 ss.; ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 101 ss. Ritengono, invece, legittimo l'intervento suppletivo del giudice, BRICCHETTI-PISTORELLI, *Il giudizio abbreviato*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. IV, tomo I, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di FILIPPI, Torino, 2008, p. 291.

<sup>59</sup> Invero, il vaglio circa il difetto di correlazione non postula la compiuta dimostrazione d'una diversa ipotesi ricostruttiva del fatto, ma solo che il quadro probatorio sia compatibile con essa, imponendosi l'aggiornamento dell'accusa.

<sup>60</sup> Cfr. sent. cost. n. 237 del 2012, *Considerato in diritto*, § 2.

<sup>61</sup> Benché già accolto, in passato, dalla Corte Costituzionale, pur con riguardo alla sola ipotesi del reato continuato e non anche di quello in concorso formale e nella peculiare prospettiva del giudizio abbreviato già instaurato; qui il pubblico ministero non gode del potere di effettuare la nuova contestazione del reato continuato sulla base della rivalutazione degli atti d'indagine, al di fuori delle ipotesi in cui l'esigenza di ampliamento dell'accusa derivi dalle prove acquisite nel rito alternativo in forza degli art. 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p., con la conseguenza che la tutela dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale è assicurata dal potere del pubblico ministero di procedere separatamente: cfr. C. Cost., sent. 16 aprile 2010 n. 140, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1667 ss., con nota di MARANDOLA.

<sup>62</sup> Nel senso l'art. 517 c.p.p. implica un dovere del pubblico ministero di effettuare la contestazione suppletiva del reato concorrente o del reato continuato nel dibattimento, cfr. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 743; RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 72; VARRASO, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, cit., p. 279; nonché, sia pure con tono maggiormente cauto, NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 341; *contra*, nel senso che il pubblico ministero può esercitare in via autonoma l'azione penale per il reato concorrente, cfr. RETICO, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il «patteggiamento»*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2168; TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, p. 485-486.

<sup>63</sup> Anche a voler accogliere la posizione espressa dalla Corte Costituzionale, è certo, però, che la contestazione nel dibattimento del reato concorrente sia «comunque preferibile» (ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 837): al di là del rimedio offerto dall'art. 671 c.p.p. in sede esecutiva, lo svolgimento separato delle vicende processuali rende «comprensibilmente difficoltoso, se non addirittura impossibile», la determinazione dell'entità della pena, alla luce dei criteri fissati dall'art. 81 c.p. (ORLANDI, *Procedimenti*

## 5. I futuribili.

Benché sembrasse esservi spazio per la declaratoria d'illegittimità costituzionale consequenziale<sup>64</sup> di ulteriori profili normativi, sorprende che la Consulta abbia adottato un atteggiamento cauto. Una volta ammesso il giudizio abbreviato per il reato concorrente oggetto di nuova contestazione fisiologica, l'avanzata tutela del diritto di difesa e il rispetto del principio di eguaglianza impongono che la sfera dei riti alternativi a seguito dell'evoluzione dell'accusa nel dibattimento abbia un più vasto raggio operativo.

Due i versanti in gioco.

Dal punto di vista delle forme del rito alternativo, contestato il reato concorrente in forza dei risultati dell'istruzione dibattimentale, l'art. 517 comma 1 c.p.p. viola gli art. 3 Cost. e 24 comma 2 Cost. nella parte in cui non riconosce il diritto dell'imputato di formulare, al riguardo, la richiesta di patteggiamento. Se il giudizio abbreviato non è più strutturalmente incompatibile con l'innesto nella fase dibattimentale<sup>65</sup>, non vi sono ragioni capaci di giustificare il mantenimento della preclusione allo svolgimento del patteggiamento in ordine alle nuove contestazioni, previa separazione delle regiudicande, posto che, in passato, non era stata esclusa la compatibilità del patteggiamento con lo svolgimento del giudizio dibattimentale<sup>66</sup>. Alla luce dei principi costituzionali appena rammentati, è irragionevole che giudizio abbreviato, applicazione della pena su richiesta delle parti e oblazione siano ammessi nel caso della nuova contestazione patologica, mentre solo il giudizio abbreviato e l'oblazione lo siano nel caso di quella fisiologica<sup>67</sup>.

Dal punto di vista dei casi di nuova contestazione, il quadro è maggiormente variegato. Viene, anzitutto, in gioco l'art. 516 comma c.p.p., in forza del quale, quando dall'istruzione dibattimentale emerge che «il fatto risulta diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio», il pubblico ministero procede alla necessaria

---

*speciali*, cit., p. 743). Per più ampie considerazioni sul tema cfr. VARRASO, *Il reato continuato. Tra processo ed esecuzione penale*, cit., p. 277 ss.

<sup>64</sup> In forza del potere attribuito ai giudici della Consulta dall'art. 27 della l. n. 87 del 1953, esercitato, ad esempio, nella sent. cost. n. 333 del 2009.

<sup>65</sup> Cfr. la più volte rammentata sent. cost. n. 333 del 2009.

<sup>66</sup> Cfr. la sent. cost. n. 264 del 1995.

<sup>67</sup> A proposito dell'oblazione, tocca rammentare come non rilevi che l'aggiornamento dell'accusa dipenda da un'evoluzione fisiologica, e prevedibile, del quadro cognitivo oppure da una condotta anomala, e imprevedibile, del pubblico ministero. Come pure sottolineato dalla sent. cost. n. 237 del 2012 (*Considerato in diritto*, § 10), prima dell'introduzione dell'art. 141 comma 4-bis norme att. c.p.p., una simile conclusione era già resa possibile alla luce della declaratoria d'illegittimità costituzionale degli art. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non consentivano di formulare la domanda di oblazione quando i relativi presupposti emergessero nel corso del dibattimento [C. Cost., sent. 29 dicembre 1995 n. 530, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4415 ss., con nota di PINI, ove la Corte Costituzionale ha «abbandonato il criterio dell'accettazione del rischio del dibattimento per accogliere il più lineare argomento fondato sull'impossibilità di chiedere l'oblazione prima che venga modificata l'imputazione» (MAZZA, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 384-385)]. Così, l'art. 141 comma 4-bis c.p.p. non configura una novità, potendo la relativa disciplina già desumersi dall'appena rammentata sentenza costituzionale: cfr. Cass., SSUU, 28 febbraio 2006, Autolitano, in *Cass. pen.*, 2006, n. 634, p. 1711.

modifica dell'imputazione. Qui, il fatto, pur variando nei suoi elementi descrittivi, resta il medesimo: parrebbe, dunque, ragionevole concludere che l'imputato non dovrebbe godere del diritto di formulare la richiesta di patteggiamento o di giudizio abbreviato in relazione all'imputazione, (solamente) modificata sotto il profilo descrittivo. Un simile discorso sarebbe, però, semplicistico. Anzitutto, così opinando, si finisce col riconoscere spazi residui di operatività al criterio della prevedibilità dell'evoluzione (fisiologica) dell'accusa<sup>68</sup>. Ma v'è di più. È ben vero che la linea che distingue il fatto in senso stretto «diverso», la cui contestazione viene subito dall'imputato (art. 516 comma 1 c.p.p.), dal fatto «nuovo», la cui contestazione, invece, ne implica il consenso (art. 518 comma 2 c.p.p.), è nitida sul piano dogmatico. Un «criterio di orientamento persuasivo» implica che si è «in presenza di un altro fatto, e non di diversa descrizione dello stesso fatto, ogni volta che i due enunciati possano in astratto dar corpo a due imputazioni tra loro compatibili, e pertanto cumulabili (a carico dello stesso imputato)»<sup>69</sup>. Tuttavia, anche a prescindere dalla perdurante elusione giurisprudenziale del concetto d'identità del fatto in rapporto al necessario rispetto del vincolo di correlazione fra accusa e sentenza<sup>70</sup>, neppure criteri di tipo oggettivo tesi ad «identificare un episodio»<sup>71</sup> permettono – al di fuori di un approccio di tipo casistico<sup>72</sup> – di distinguere quando, al variare di uno o più di tali elementi, si continui ad essere in presenza del medesimo fatto e quando, invece, ne emerga «un altro ..., idoneo di per sé a essere oggetto di autonoma e concorrente imputazione»<sup>73</sup>. Inoltre, nella prospettiva accolta dalla sent. cost. n. 237 del 2012, il valore sistematico dell'art. 441-bis c.p.p. porta a concludere che l'imputato goda del diritto a richiedere un

---

<sup>68</sup> «Addebitando» all'imputato variazioni dell'accusa rispetto alle quali egli ben avrebbe avuto interesse ad operare per il rito alternativo.

<sup>69</sup> RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 11.

<sup>70</sup> Da ultimo, sull'elusione del precetto di cui all'art. 516 e 521 comma 2 c.p.p. ad opera della prassi, cfr. QUATTROCOLO, *Riquilificazione giuridica del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, p. 100 ss.; e già, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 27 ss., che – a proposito dell'art. 477 comma 2 c.p.p. 1930, che imponeva la trasmissione degli atti al pubblico ministero quando, nel dibattimento, il fatto fosse risultato diverso rispetto a quello contestato nella *vocatio in iudicium* – notava come la «storia giurisprudenziale» della previsione in parola fosse «la storia della trasgressione del principio di identità dell'accusa in sede di correlazione» (*ivi*, p. 28); nella manualistica, CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 459-460; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 571 ss.

<sup>71</sup> CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 940 (facendo leva, ad esempio, sulla condotta, sull'evento, sul nesso di causalità e, ovviamente, alle necessarie coordinate spaziali e temporali).

<sup>72</sup> Cfr. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 840.

<sup>73</sup> DOMINIONI, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 403. Cfr. pure CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 455; RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 11. Né risulterebbe appagante fare leva sulla distinzione fra nuova contestazione «sostitutiva», ex art. 516 c.p.p., e nuova contestazione «suppletiva» del fatto nuovo ex art. 518 c.p.p.: il concetto di fatto nuovo abbraccia tanto l'ipotesi in cui il fatto oggetto di nuova contestazione sia «suscettibile di aggiungersi, quale reato concorrente, al fatto già imputato», quanto quella in cui il fatto nuovo «risulti in luogo del già imputato quando quest'ultimo sia andato soggetto a modifiche così radicali da portare a configurarlo, sul piano strutturale, come un altro fatto», tale da «impedire, quindi, il ricorso, per l'adeguamento dell'imputazione, all'art. 516 c.p.p.» (RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 53; nel medesimo senso, ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 840).

rito alternativo in ogni caso di nuova contestazione<sup>74</sup>. Del resto, non sembra irrilevante che, sia pure con riguardo alla nuova contestazione c.d. patologica, la sent. cost. n. 333 del 2009 abbia esteso all'ipotesi della contestazione del fatto diverso *ex art.* 516 c.p.p. la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'*art.* 517 c.p.p. Alla luce degli *art.* 3 e 24 comma 2 Cost. emerge, dunque, un dubbio di legittimità costituzionale l'*art.* 516 comma 1 c.p.p. nella parte in cui non consente all'imputato di formulare la richiesta del rito alternativo qualora la variazione descrittiva del fatto di cui all'imputazione sia imposta in forza delle risultanze dell'istruzione dibattimentale.

Quanto alla contestazione della circostanza aggravante *ex art.* 517 comma 1 c.p.p., la Corte Costituzionale – sul fronte delle nuove contestazioni patologiche – ha escluso che l'imputato abbia diritto a richiedere il rito alternativo per l'imputazione circostanziata<sup>75</sup>. Agevole preconizzare che la Corte Costituzionale serberà un analogo atteggiamento di chiusura anche in rapporto alla contestazione fisiologica della circostanza aggravante. Sennonché, la conclusione può essere rimeditata, indipendentemente dalla causa che giustifica la nuova contestazione della circostanza aggravante. Si è notato che la contestazione della circostanza aggravante, «sul piano logico», è riconducibile ad un'ipotesi di diversa descrizione del medesimo fatto<sup>76</sup>, benché il legislatore l'abbia considerata autonomamente<sup>77</sup>. Sembra, a tal punto, irragionevole riconoscere all'imputato il diritto di chiedere il rito alternativo nel caso della modifica dell'imputazione *ex art.* 516 c.p.p. e negarlo, viceversa, in quello della contestazione della circostanza aggravante *ex art.* 517 c.p.p. Da qui, il dubbio di legittimità costituzionale dell'*art.* 517 comma 1 c.p.p., in rapporto agli *art.* 3 comma 1 e 24 comma 2 Cost., nella parte in cui non prevede il diritto dell'imputato di chiedere il giudizio abbreviato o il patteggiamento qualora la contestazione della circostanza aggravante si riferisca ad un fatto già risultante al momento dell'esercizio dell'azione penale e, in forza della sent. cost. n. 237 del 2012, pure quando si riferisca ad un fatto che emerge in forza dell'istruzione dibattimentale<sup>78</sup>.

Una simile declaratoria d'illegittimità costituzionale eviterebbe gli effetti paradossali che derivano dalla preclusione verso il rito alternativo dopo la contestazione della circostanza aggravante. L'attuale, differenziato regime di ammissibilità dei riti alternativi offre all'organo dell'accusa sin troppo agevoli *chances*

<sup>74</sup> Salva l'ipotesi della contestazione del fatto nuovo *ex art.* 518 c.p.p.: cfr. immediatamente *infra*.

<sup>75</sup> Né il dispositivo della sent. cost. n. 265 del 1994 né quello della sent. cost. n. 333 del 2009 investono la contestazione della circostanza aggravante; di più, secondo i giudici di Palazzo della Consulta, il tema resta addirittura «estrane[o]» all'oggetto delle relative decisioni: così, C. Cost., sent. 30 giugno 1994 n. 265, cit., p. 2165.

<sup>76</sup> Così, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., p. 202, nota 175.

<sup>77</sup> Le «potenzialità modificative insite nelle aggravanti rendono comprensibili le ragioni per cui il legislatore ha accorpato nella norma sulle contestazioni suppletive il reato concorrente e l'aggravante (*art.* 517 c.p.p.), non essendo da escludere che la contestazione dell'aggravante possa incidere in concreto sull'imputazione» (GALANTINI, *Nuove contestazioni dibattimentali e patteggiamento tardivo: la giurisprudenza costituzionale e le sue ricadute su un recente provvedimento*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4713).

<sup>78</sup> Cfr. MARINI, sub *art.* 516-517, cit., p. 550 ss.; MAZZA, voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, cit., p. 384; REYNAUD, *I mutamenti dell'imputazione*, in NOSENGO (a cura di), *Giudizio ordinario*, in CHIAVARIO-MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 2002, p. 385-386.

di condizionare il diritto di difesa, in aperto contrasto con il costante monito della Corte Costituzionale, secondo cui la «concreta impostazione» data al processo dal pubblico ministero, quale *dominus* dell'azione penale, non può giustificare arbitrarie restrizioni del diritto alla scelta del rito<sup>79</sup>. Più precisamente, qualora il contenuto della circostanza aggravante sia sovrapponibile a quello di un'autonoma fattispecie incriminatrice, il diritto di scegliere il rito alternativo è, allo stato, garantito oppure no a seconda che il pubblico ministero contesti il reato concorrente o, invece, la sola forma aggravata dell'ipotesi-base<sup>80</sup>.

Pur dopo la sent. cost. n. 237 del 2012, l'esclusione della praticabilità delle rito alternativo resta, viceversa, ragionevole per la contestazione del fatto nuovo, che cade sotto la disciplina dell'art. 518 c.p.p. Costruire il consenso dell'imputato alla contestazione del fatto nuovo come condizione necessaria per lo svolgimento del giudizio cumulativo è coerente con l'esclusione dell'ammissibilità della richiesta del giudizio abbreviato o del patteggiamento sulla nuova accusa formulata nel dibattimento<sup>81</sup>. L'art. 518 c.p.p. assicura all'imputato un'alternativa capace di garantire pienamente il diritto di difesa e – addirittura – di condizionare le strategie del pubblico ministero circa l'esercizio dell'azione penale. La parte privata, negando il consenso alla contestazione del fatto nuovo, gode del diritto potestativo<sup>82</sup> di impedire all'attore pubblico l'istaurazione del *simultaneus processus*, forzandolo ad istaurare un autonomo procedimento per il fatto nuovo, ove resta – ovviamente – integro il diritto dell'imputato ad optare per un rito alternativo. Dunque, per la contestazione del fatto nuovo nel dibattimento è persino irrilevante evocare l'evanescente dicotomia "prevedibilità/imprevedibilità" dell'evoluzione dell'accusa<sup>83</sup>. Che il fatto nuovo emerga dai risultati dell'istruzione dibattimentale oppure dalla rivalutazione del contenuto del fascicolo del pubblico ministero, la successiva contestazione genera il cumulo oggettivo delle regiudicande sol che l'imputato vi consenta e tanto basta per

<sup>79</sup> Cfr. le già rammentate sent. cost. n. 76 del 1993, n. 265 del 1994 e n. 333 del 2009.

<sup>80</sup> Si pensi, ad esempio, alla condotta prevista dalla circostanza aggravante speciale di cui all'art. 625 n. 1 c.p. (avere impiegato violenza sulle cose nel commettere un furto), suscettibile d'integrare l'autonomo delitto di danneggiamento (art. 635 c.p.). E ciò a tacere delle difficoltà esegetiche che insorgono per discriminare la circostanza dal titolo autonomo di reato: sui criteri per distinguere la fattispecie incriminatrice autonoma da quella circostanziata, cfr., fra i molti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. agg. da CONTI, Milano, 2003, p. 438 ss.; CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, p. 3 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2011, p. 415-416; GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 560 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 491 ss.; MELCHIONDA, *Le circostanze del reato, origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 558 ss.; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *D. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 193 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 416-417.

<sup>81</sup> Il rilievo centrale assegnato al consenso dell'imputato dalla sent. cost. n. 237 del 2012 avvalorata la conclusione: cfr. *supra*, § 3.

<sup>82</sup> Il cui esercizio resta insindacabile, perché frutto di una «libera opzione difensiva» (C. Cost., sent. 17 febbraio 1994 n. 41, in *Giur. cost.*, 1994, p. 256; cfr. anche C. Cost., sent. 23 maggio 1997 n. 146, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1609).

<sup>83</sup> E, conseguentemente, quella "inammissibilità/ammissibilità" della richiesta di definizione anticipata del processo.



escludere una lesione al diritto di difesa<sup>84</sup>. In altre parole, il consenso dell'imputato al *simultaneus processus* in dibattimento vale come implicita rinuncia ai riti alternativi sul fatto nuovo: la scelta di riconoscere all'imputato il diritto di richiedere un rito alternativo dopo la contestazione dibattimentale del fatto nuovo *ex art.* 518 c.p.p. resta rimessa alla discrezionalità del legislatore, sempre libero di espandere le situazioni strumentali all'esercizio del diritto di difesa, ma non è costituzionalmente imposta.

Se la ricostruzione è esatta, le implicazioni ultime del percorso avviato dalla Corte Costituzionale conducono lontano: l'edificio fondato sul pilastro della prevedibilità della nuova contestazione sembra destinato, non solo a subire una profonda erosione, ma ad essere abbattuto, per lasciare spazio ad una più avanzata tutela del diritto di difesa.

---

<sup>84</sup> Cfr. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 823.