

MUCH ADO ABOUT NOTHING. OBBLIGHI CONVENZIONALI E RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO

di Arturo Capone

(Professore associato presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riqualificazione giuridica del fatto. – 3. La distinzione tra accertamento e riqualificazione giuridica del fatto. – 4. Le norme e la prassi. – 5. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 6. L'adeguamento interno. – 7. Profili critici. – 8. Derubricazione e accesso ai riti speciali. – 9. Diritto all'informazione nell'Unione e prospettive di riforma.

1. A qualche anno di distanza dal caso *Drassich*, l'atteso cambiamento di paradigma in tema di riqualificazione giuridica del fatto non si è verificato e le prime aperture verso un assetto più coerente con il principio del contraddittorio si sono presto riassorbite. L'unico elemento di autentica novità è davvero minuscolo: l'art. 521 co. 1 Cpp, che ammette una condanna per una fattispecie di reato diversa da quella contestata, non può applicarsi solo in Cassazione e solo nel caso in cui tale decisione sarebbe conclusiva del processo; in questi casi serve un preventivo avvertimento sull'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto; negli altri casi no; se la parte ha qualcosa da obiettare potrà farlo nel grado successivo.

La vicenda merita di essere ripercorsa per almeno due ragioni. In primo luogo per sottolineare che si tratta di un esito assai deludente, al quale non necessariamente ci si deve rassegnare; si argomenteranno ancora, perciò, profili critici e prospettive di riforma.

In secondo luogo perché mette in luce un aspetto dei difficili rapporti tra sistema della convenzione europea e ordinamento interno su cui occorre riflettere seriamente: anche quando il principio convenzionale sia consolidato ed enunciato in forma chiara, ad esso potrebbe essere data fedele attuazione nell'ordinamento mediante assetti disciplinari molto diversi tra di loro. Nel caso di specie, ad esempio, è la stessa Corte di Strasburgo a ritenere che il principio secondo cui l'imputato deve essere poter esercitare il proprio diritto di difesa anche sulla qualificazione giuridica del fatto può essere indifferentemente garantito o nel dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione. È raro insomma che ci si trovi di fronte a soluzioni a rime convenzionalmente obbligate. La giurisprudenza nazionale perciò, proprio nel momento in cui pare semplicemente adeguarsi alla fonte sovraordinata, finisce per esercitare un ruolo straordinariamente creativo.

Si conferma perciò l'impressione che il tema della ricezione dei principi convenzionali risulterebbe molto meno problematico se, quando arrivano sollecitazioni da Strasburgo, le supreme magistrature fossero meno timide nel rimeditare anzitutto la compatibilità tra le norme interne e la Costituzione, che enuncia garanzie di certo non minori di quelle europee e prevede procedure di adeguamento giurisdizionale del tutto rispettose del principio di legalità.

2. Forse la più importante tra le operazioni cognitive che contraddistinguono l'attività giurisdizionale è quella di dichiarare qual è la disciplina giuridica applicabile ai fatti che sono emersi in giudizio. In una prospettiva discendente, secondo un'espressione impropria ma tradizionale, si tratta di «applicare» il diritto al fatto; in una prospettiva ascendente, secondo un'espressione di matrice filosofica, si tratta di «sussumere» il fatto sotto una determinata norma giuridica¹.

Qualificare giuridicamente un fatto è dunque, in particolare, un'operazione semantica analoga a quella diretta a stabilire se un determinato oggetto può costituire il riferimento empirico di una certa espressione². La sua particolarità sta nella circostanza che, da una parte, questo oggetto è costituito da un evento storico descritto attraverso un enunciato assertivo; d'altra parte, nel fatto che l'espressione che ad esso si riferisce è costituita anch'essa da un enunciato con valore definitorio. La qualificazione va effettuata non sinteticamente, ma analiticamente, verificando cioè che ciascuno degli elementi con cui si descrive l'evento storico – persone, azioni, oggetti, stati mentali, etc. – abbia proprietà coincidenti con quelle riconducibili al campo semantico di ciascuna delle espressioni che, nella norma giuridica, hanno la funzione di tipizzare la fattispecie.

Nei processi a struttura accusatoria, che prendono l'avvio da un'iniziativa di parte, la qualificazione giuridica del fatto, in linea di principio, compete a chi agisce in giudizio. Un'antica regola della nostra tradizione, sulle cui origini ci soffermeremo più avanti, esclude tuttavia che la prospettazione di parte abbia carattere vincolante, attribuendo al giudice la libertà di riqualificare giuridicamente il fatto nel modo che ritiene più opportuno. Ciò costituisce una significativa differenza con la disciplina relativa all'individuazione dei fatti rilevanti, che di regola vede il giudice vincolato

¹ P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere*, I, a cura di M. Cappelletti, Napoli 1965, 31-40; G. LAZZARO, *Sussunzione*, in *Nss. dig. it.*, XVIII, Torino 1971, 975. Il concetto di sussunzione, che i giuristi prendono in prestito dai filosofi, indica una specie dell'operazione logica consistente nel collocare un individuo in una categoria che, sotto qualche aspetto, lo ricomprende. È interessante notare che le espressioni scelte da Aristotele per designare tale operazione logica furono a loro volta tratte dall'ambito giudiziario, ove “κατηγορία” era “l'imputazione”, “κατηγορεῖν” “formulare l'imputazione” e κατηγορησά “il crimine oggetto dell'imputazione” (vedi G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova 1937, 56-57; cfr. H. ESTIENNE, *Thesaurus Graecae Linguae*, V, Napoli 2008, 1342-1344). Sulla sussunzione vedi di recente, tra i processualpenalisti, S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli 2011, 56-60.

² Vedi P. FERRUA, *La prova nel processo penale. I – Struttura e procedimento*, Torino 2015, 25. In linguistica per descrivere tale operazione si ricorre sovente ai concetti di “intensione”, l'insieme delle proprietà astrattamente riconducibili a un'espressione, ed “estensione”, ciò a cui quell'espressione si riferisce. In particolare, determinare l'estensione di una parola «è un'operazione cognitiva, che consiste nel confrontare il “mondo” extralinguistico con quello linguistico, per stabilire quali parole debbano essere usate per designare le cose. Quindi [...] se ci chiediamo “il whisky è o no un liquore?”, ciò che stiamo facendo è confrontare un oggetto (il whisky) con l'intensione di una parola (liquore) per verificare se quell'oggetto rientri o no nell'estensione di liquore»; così R. SIMONE, *Fondamenti di linguistica*, Roma-Bari 2001, 467. In questo senso si può dire che applicare la legge si traduce nella «decisione intorno all'estensione» dei concetti mediante i quali il legislatore ha «configurato una classe di fattispecie»; così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano 2011, 17.

alla domanda di parte. Accanto alla qualificazione giuridica del fatto, operata da chi formula l'imputazione, si colloca perciò il potere del giudice, qualora ritenga che l'individuazione della fattispecie sia erronea, di riqualificare giuridicamente il fatto. In tal senso dispone l'art. 521 co. 1 Cpp, a norma del quale il giudice, purché non si debba spogliare della cognizione del caso per incompetenza, «può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione».

Quale esempio di una corretta applicazione dell'art. 521 co. 1 Cpp si può proporre un caso giudiziario in cui si è accertato che l'imputato, accreditandosi come intermediario nei confronti di un fantomatico estorsore, aveva dapprima indotto la persona offesa a incaricarlo di anticipare la somma richiesta, per poi indurla al versamento in proprio favore di una pari somma di denaro in restituzione di quella: nel corso del processo l'iniziale qualificazione giuridica del fatto come truffa, in quanto la persona offesa sarebbe stata indotta a un versamento volontario mediante artifici e raggiri, è stata poi mutata in estorsione tentata, in quanto il mandato della persona offesa all'imputato a pagare i presunti estorsori, con contestuale assunzione di un debito nei suoi confronti, doveva considerarsi comunque riconducibile alla soccombenza alle richieste estorsive³. Qui è evidente che, a prescindere dalla correttezza della soluzione, la ricostruzione dei fatti, incluso lo stato psicologico della persona offesa, resta invariata; cambia solo la fattispecie di riferimento.

L'esatta distinzione tra accertamento e qualificazione giuridica del fatto costituisce senza dubbio l'aspetto teoricamente più stimolante di questa disciplina: si tratta di una distinzione molto contestata sul piano teorico, secondo quanto verrà illustrato nel paragrafo successivo, e spesso tradita nella prassi, come pure si vedrà oltre, da una giurisprudenza che spesso si avvale del potere di adeguare il *nomen iuris* anche quando lo stesso fatto risulta diverso, evitando così la restituzione degli atti al pubblico ministero⁴.

Di recente una parte della dottrina, mossa dalla condivisibile intenzione di porre un argine alla tendenza giurisprudenziale appena accennata, ha proposto di circoscrivere le operazioni di inquadramento del fatto in una diversa fattispecie ai casi che, secondo le coordinate penalistiche sostanziali, ricadono nell'ambito del concorso apparente di norme⁵. La proposta tuttavia non sembra del tutto soddisfacente, né sotto il profilo teorico né sotto quello pratico. Da una parte infatti non può escludersi che l'errore nell'iniziale qualificazione giuridica del fatto proposta dal pubblico ministero sia tale da aver evocato una fattispecie non legata a quella poi riconosciuta più corretta dal giudice da quelle peculiari relazioni logiche che

³ Cass. 20.12.2012, Racic, in *CEDCass*, m. 258538. Per un diverso esempio vedi F. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano 2016, 65.

⁴ Vedi *infra* § 4.

⁵ S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione*, cit., 126. In tema di concorso di norme vedi da ultimo in giurisprudenza Cass. S.U. 28.10.2010, Giordano, in *CP* 2011, 2501 ss.; Cass. S.U. 28.10.2010, Di Lorenzo, *ivi*, 2074 ss. In dottrina vedi A. PAGLIARO, *Concorso apparente di norme incriminatrici*, in *RIDPP* 2013, 1386 ss.; A. BASSI, sub *art. 15*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano 2011, 266 ss.; M. PAPA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna e M. Papa, *Parte generale*, II, Milano 2013, 937-976; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 173-189.

contraddistinguono il fenomeno del concorso apparente di norme⁶. D'altra parte, nei casi tradizionalmente riconducibili all'art. 15 Cp, l'applicabilità della norma generale o di quella speciale dipende dalla storica ricorrenza di un elemento specializzante; se dal punto di vista sostanziale conta che quell'elemento sia stato accertato (diversamente non si potrebbe nemmeno parlare di convergenza di più norme verso il medesimo fatto), dal punto di vista processuale conta piuttosto che quell'elemento sia stato regolarmente contestato⁷; l'ipotesi che la diversa qualificazione operi in favore di una fattispecie che in apparenza concorra con la prima, insomma, non necessariamente protegge dal rischio di una violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza.

3. Il differente trattamento ricollegato alle ipotesi di divergenza tra la valutazione del pubblico ministero e quella del giudice in ordine al fatto o alla sua qualificazione giuridica presuppone logicamente che nel giudizio sia possibile distinguere fatto e diritto, di modo che, dati i risultati dell'accertamento storico, il giudice possa applicare ad essi la norma giuridica adeguata al caso⁸.

Una larga parte della dottrina ritiene invece che i due aspetti del giudizio di merito non siano né teoricamente né concretamente distinguibili: ricostruzione del fatto e inquadramento giuridico sarebbero aspetti di un percorso cognitivo unitario, meglio indagabile attraverso un approccio olistico. L'artificiosa separazione dei due profili avrebbe una matrice ideologica, in quanto funzionale alla perpetuazione di vecchi miti sul giudice *bouche de la loi*, che finiscono per ridurre l'ermeneutica del

⁶ Un esempio è dato dal caso giudiziario illustrato poc'anzi nel testo: fra truffa ed estorsione non potrebbe ravvisarsi un concorso apparente di norme, dato che la condotta costituita da artifici o raggiri e quella violenta o minacciosa non possono essere in nessun modo ricondotte l'una all'altra; cfr. G.P. DEMURO, sub art. 640, in *Codice penale commentato*, diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, III, Milano 2015, 1108. Nel medesimo senso potrebbe riguardarsi il rapporto tra truffa e appropriazione indebita; si tratta di fattispecie strutturalmente incompatibili, almeno per il conseguimento originariamente fraudolento o legittimo del bene; ciò nonostante, proprio la difficoltà di riconoscere nella condotta storica concretamente contestata all'imputato gli estremi di un artificio o di un raggirio rende talvolta necessaria un'opera di adeguamento del *nomen iuris* da parte del giudice; vedi Cass. 28.5.2003, Fagnani, in *CP* 2005, 50, con nota di P. CIPOLLA, *Brevi note in tema di riqualificazione giuridica del fatto, tra appropriazione indebita e truffa*.

⁷ Vedi in questo senso F. CASSIBBA, *op. cit.*, 73.

⁸ T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano 1996, 212.

Da un punto di vista operativo il controllo sulla corretta qualificazione giuridica del fatto è possibile solo se nell'accusa la condotta attribuita all'imputato è descritta in termini fattuali, che si riferiscono cioè a circostanze determinate nel tempo e nello spazio. Se invece nell'accusa si ricalcano le espressioni che ricorrono nella disposizione normativa per individuare classi astratte di condotte (ciò che dovrebbe comportare una nullità ai sensi dell'art. 178 lett. c Cpp) il compito del giudice è senza dubbio più gravoso (L. FERRAJOLI, *Diritto e regione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2004, 27-29). Di recente in dottrina si è sostenuto che quando il pubblico ministero descrive il fatto storico facendo ricorso a uno dei termini con cui la legge individua in astratto la fattispecie legale, la riqualificazione ad opera del giudice finisce per risolversi in un mutamento del fatto, che richiederebbe la restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521 comma 2 Cpp (vedi, con riferimento alle condotte di induzione e costrizione nel passaggio dalla vecchia alla nuova concussione, M. BONTEMPELLI, *Fatto e diritto nelle imputazioni per concussione dopo la legge n. 190 del 2012*, in *RIDPP* 2015, 218-224).

diritto a banali operazioni logiche; essa perciò non può rappresentare in modo adeguato la realtà del giudizio, se non a prezzo di inammissibili forzature. Le disposizioni codicistiche che ancora presuppongono la distinzione tra fatto e diritto, in questa prospettiva, costituirebbero perciò delle mere sopravvivenze⁹.

Non è questa la sede per soffermarsi sulla questione, meno pacifica di quanto a volte si lasci immaginare¹⁰. Vanno fatte tuttavia due osservazioni.

In primo luogo una nitida distinzione tra accertamento e qualificazione giuridica del fatto è richiesta dal codice non solo con riferimento al potere del giudice di cui all'art. 521 co. 1 Cpp ma, a un livello ancora più elementare, ai fini della scelta della più corretta formula di proscioglimento. Com'è noto, infatti, il processo penale per un verso, ferma restando la corretta sussunzione sotto la fattispecie

⁹ Vedi, con diversità di accenti, M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio di primo grado. Il giudizio penale di merito*, Milano 1963, 37 ss.; T. MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio iuris»*, in *Riv. int. fil. dir.* 1992, 294 ss.; A. NASI, *Fattispecie e fatto. III – Fatto. c) Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *ED*, XVI, Milano 1967, 977 ss.; C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto. I – Premesse generali*, Milano 1963, 75-76; G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, 74 ss.; ID., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Argomenti di procedura penale*, II, Milano 2006, 144-147; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007, 54 ss.; in senso adesivo, più di recente, vedi M.G. AIMONETTO, *Condanna “europea” e soluzioni interne al sistema processuale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *RIDPP* 2009, 1525; M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 CEDU: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *GP* 2007, 171; R. CASIRAGHI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e iura novit curia*, in *PPG* 2012, 117; F. CASSIBBA, *op. cit.*, 66-67; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *AA.VV.*, *La prova nel dibattimento penale*, Torino 2007, 62-63; S. QUATTROCOLO, *Riqualficazione*, *cit.*, 66; F. ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *DPP* 2009, 786.

¹⁰ Vedi ad es., in senso favorevole alla distinzione, M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino 2005, 233; G. CARLIZZI, *Il problematico rapporto tra prova e sussunzione. Un approccio ermeneutico-giuridico*, in www.archiviopenale.it, 2016, 1 ss.; P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano 1992, 223-225; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 1966, 620; P. FERRUA, *La prova*, *cit.*, 46; T. RAFARACI, *Le nuove*, *cit.*, 212; A. SANNA, *Il sindacato sulla qualificazione giuridica nel patteggiamento: il labile confine tra fatto e diritto*, in *GP* 2012, 421; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, 2.1, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano 1992, 68-69.

Va inoltre osservato che anche la tesi della indistinguibilità tra fatto e diritto ha presupposti ed effetti ideologici piuttosto chiari. Da un lato, quanto alla *quaestio iuris*, essa svaluta il pur secolare processo di legittimazione democratica del diritto, che trova la sua cristallizzazione nella legge parlamentare, nella direzione di un nuovo ricorso alla prudenza e alla coscienza del giudice; dall'altro, quanto alla *quaestio facti*, la cui soluzione richiederebbe il ricorso a indefiniti giudizi di valore, essa fa del processo il luogo non di accertamento della verità, ma di affermazione della volontà (cfr. ad es. M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 265-269, che, liberatosi dell'antiquata zavorra del culto della legge, immagina il giudice come mediatore tra essere e dover essere nel dialogo con una comunità ideale, astratta ma «ben radicata in un preciso momento storico, in una determinata forma di vita», di cui deve ricercare il consenso). Sotto questo profilo quella tesi tradisce l'insegnamento di alcuni autori spesso indicati, a torto, come antesignani; esemplare il caso di C. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, V, Milano 1959, 73-76, che, pur lontanissimo dal positivismo giuridico e dal logicismo giudiziale, dietro gli orientamenti scettici sulla possibilità di accertare nel processo «le cose come sono andate, il fatto per quello che è, la volontà della legge per quello che è» (*ivi*, 73) scorge l'incombente prevalere della forza sulla verità.

incriminatrice prescelta del fatto ipotizzato dall'accusa, può concludersi, all'esito dell'accertamento effettuato in dibattimento, con l'affermazione che tale fatto "non sussiste"; per converso, anche laddove i fatti ipotizzati dall'accusa risultino accertati in dibattimento, il giudice può tuttavia ritenere che "il fatto non è previsto dalla legge come reato", la formula che codifica il caso più estremo di riqualificazione giuridica del fatto. Entrambe le formule, che com'è noto hanno conseguenze importanti sulla sorte degli eventuali giudizi civili e amministrativi per le restituzioni e il risarcimento del danno, presuppongono evidentemente la possibilità di distinguere i profili storici e i profili giuridici del fatto.

In secondo luogo la rinuncia all'impegno a distinguere fatto e diritto, anche se spesso teorizzata a sostegno della condivisibile esigenza *de iure condendo* di assicurare il diritto di difesa, senza distinzioni, su tutti i temi dell'accusa¹¹, rischia in effetti di avallare sul piano teorico proprio quegli orientamenti giurisprudenziali che *de iure condito*, assorbendo i temi storici nei profili giuridici del fatto, finiscono per negare non solo il contraddittorio sulla qualificazione giuridica, ma la stessa possibilità di una preventiva informazione sulla condotta concretamente contestata¹². La confusione tra accertamento e inquadramento giuridico del fatto, insomma, non è priva di ricadute negative proprio sul diritto di difesa.

4. Il testo del codice del 1988, che tradisce le aspirazioni riformistiche di buona

¹¹ M. CAIANIELLO, *Mutamento*, cit., cc. 169-171; S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione*, cit., 67; F. ZACCHÈ, *op. cit.*, 786.

¹² Ci si riferisce in particolare a quegli orientamenti che, indipendentemente dalla non esatta coincidenza dell'accadimento storico ritenuto in sentenza con quello ipotizzato nell'accusa, misurano l'identità del fatto in base alla possibilità di ricondurlo alla stessa fattispecie astratta (vedi in questo senso G. Sabatini, *sub art. 477*, in *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, a cura di U. Conti, Milano 1937, 328) oppure, qualora esso sia in effetti riconducibile a una diversa fattispecie, o alla sussistenza di un concorso formale di reati o alla medesimezza del bene giuridico tutelato da quest'ultima (così inizialmente G. BETTIOL, *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano 1936, 77 poi ricredutosi in *Sulla correlazione tra accusa e sentenza*, in *Riv. it. dir. pen.* 1949, 74). Si veda in tal senso la ricca casistica giurisprudenziale riportata in M.L. D'ANDRIA, *sub art. 521*, in *Rassegna Lattanzi-Lupo*, VII, Milano 2012, 470-487, tutta incentrata sull'analisi dei rapporti tra fattispecie astratte (ci si domanda cioè se vi sia violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza nel "passaggio" da abuso d'ufficio a peculato, da corruzione a concussione, da falsificazione a uso di atto falso, etc. senza alcun riferimento alla storica condotta concretamente contestata). Per una precoce ed efficace critica di questi orientamenti vedi G.D. PISAPIA, *Contestazione di nuovi fatti e correlazione tra accusa e sentenza: in tema di concubinato e di violazione degli obblighi di assistenza coniugale*, in *Riv. it. dir. pen.* 1951, 127-128. Di recente tale prassi è stata incidentalmente stigmatizzata anche dalla Corte costituzionale, che, richiesta di pronunciarsi sulla legittimità del potere del giudice di riqualificazione giuridica del fatto da concussione a corruzione, correttamente assunta nell'ordinanza di rimessione come diritto vivente, ha affermato che «l'esercizio di tale potere non può [...] prescindere da una verifica volta ad accertare in concreto, cioè con riferimento alla fattispecie in esame, se il fatto sia diverso da quello descritto nell'imputazione» (C. cost., 10.3.2010, n. 103 del 2010, in *GCos* 2010, 1159, con nota di T. RAFARACI, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore* e di S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto: una parola, ma non conclusiva, della Corte costituzionale*, in *LP* 2010, 337 ss.).

parte della dottrina¹³, ripropone ancora oggi la disciplina della correlazione tra accusa e sentenza originariamente adottata nel primo codice novecentesco, secondo cui le ipotesi nelle quali il giudice ritenga accertato un fatto diverso da quello contestato e quelle in cui ritenga che il fatto contestato ricada nell'ambito di applicazione di una diversa fattispecie incriminatrice ricevono un trattamento differenziato¹⁴.

Se il fatto descritto nell'imputazione (originaria o riformulata), che costituisce l'ipotesi del pubblico ministero, e il fatto che il giudice, a seguito della valutazione delle prove, ritiene accertato non coincidono, il giudice non si pronuncia sul merito dell'accusa ma, con ordinanza inoppugnabile, trasmette gli atti al pubblico ministero. La soluzione è imposta dal principio di correlazione tra accusa e sentenza che, a tutela del diritto di difesa, impedisce che il giudice possa pronunciarsi su temi che non siano stati prospettati nell'imputazione¹⁵.

Invece, se il fatto ipotetico e il fatto accertato coincidono, ma la qualificazione giuridica del fatto prospettata dal pubblico ministero e quella ritenuta corretta dal giudice divergono, il medesimo giudice potrebbe direttamente pronunciare la sentenza conforme al suo convincimento, senza imporre una corrispondente riformulazione dell'accusa¹⁶.

In sintesi ci si trova di fronte a una vistosa asimmetria: sul fatto l'accusa vincola la sentenza, ma il giudice, in sostanza, può rigettare l'accusa; sul diritto, più semplicemente, l'accusa non vincola la sentenza¹⁷.

¹³ Vedi in particolar modo A. GIARDA, *sub art. 477 Cpp*, in *Commentario breve Conso-Grevi*, Padova 1987, 1270 e P. FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *DigDpen*, III, Torino 1989, 470.

¹⁴ Per un approfondimento storico sia consentito rinviare a A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica nel processo penale*, Padova, 2010, 31 ss.

¹⁵ Vedi V. AIUTI, *Le nuove contestazioni*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti e L. Kalb, II, Milano 2015, 1398-1402.

¹⁶ Vedi Cass. 18.3.2008, D.S., in *CEDCass*, m. 239873; Cass. 10.11.1997, Fancello, *ivi*, m. 209165. Una situazione di confine si ha nei reati colposi, quando, ferma restando la condotta omissiva regolarmente contestata, il giudice ritenga di ravvisare un diverso titolo di colpa (ad es. l'inosservanza di un diverso regolamento, un'imperizia in luogo dell'inosservanza di un regolamento, una negligenza in luogo di un'imperizia, etc.). La giurisprudenza tradizionalmente insegna che la contestazione della fattispecie colposa include tutti i possibili titoli della colpa (cfr. di recente Cass. 21.6.2013, Miniscalco, in *CEDCass*, m. 257902, secondo cui la contestazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni opera con riferimento a tutti gli obblighi di garantire la sicurezza dei lavoratori). Il tema è delicato perché, da una parte, la concezione normativa della colpa sembra in effetti sospingere quelle varianti nell'ambito della diversa qualificazione giuridica del fatto; d'altra parte ogni diverso titolo di colpa evoca una diversa condotta alternativa lecita, che concretizza la condotta omissiva, ed è quindi oggetto di prova; in questi casi la preminente esigenza difensiva dovrebbe suggerire l'applicabilità degli artt. 516 e 521 co. 2 Cpp. In tema vedi G. SABATINI, *Correlazione tra sentenza e accusa contestata nei delitti colposi*, in *Congresso di diritto penale – tenuto dall'8 all'11.4.1953*, Roma 1954, 29 ss.; G. PISAPIA, *Intervento*, *ivi*, 39 ss.; G. FOSCHINI, *Decisione e contestazione in tema di delitto colposo*, in *Giudicare ed essere giudicati. Studi*, Milano 1960, 287 ss.; G. SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *RDPPr* 1970, 297 ss.; E. MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *RIDPP* 1971, 330 ss.; D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *CP* 2002, 3836 ss. Cfr. altresì M. MANTOVANI, *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *RTDPE* 1999, 153 ss.

¹⁷ Vedi F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, 462.

Si tratta di un assetto normativo figlio di una tradizione di pensiero che ruota su due cardini teorici assai deboli: l'estraneità della qualificazione giuridica del fatto ai requisiti necessari dell'imputazione; la possibilità della difesa, dato un fatto regolarmente contestato, di argomentare in senso contrario nei confronti di tutte le qualifiche giuridiche astrattamente prospettabili¹⁸.

Larga parte della dottrina perciò non ha apprezzato la scelta del legislatore del 1988, ritenendo possibili soluzioni che conciliassero il dovere del giudice di effettuare un sindacato sulla qualificazione giuridica del fatto con il diritto dell'imputato di calibrare le proprie strategie difensive in relazione a fattispecie di reato previamente contestate¹⁹.

Ma ciò che lascia più perplessi è la virtù espansiva che il potere del giudice di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica conosce nella prassi.

Il giudice ha il dovere di restituire gli atti al pubblico ministero quando ritiene che il fatto sia accaduto con modalità diverse da quelle descritte nell'accusa; dovrebbe essere pacifico, perciò, che il potere di adeguare il *nomen iuris* presuppone che il fatto accertato coincida esattamente con quello inizialmente ipotizzato²⁰. Invece, molto spesso, la giurisprudenza rivendica la libertà di correggere il *nomen iuris* quando in realtà l'errore, prima ancora, sta nella contestazione del fatto (e richiederebbe la restituzione degli atti al pubblico ministero).

Gli orientamenti che conducono a tale risultato, e che indeboliscono significativamente il diritto di difesa, sono due.

Il primo, accogliendo una nozione impropria di fatto, che in sostanza confonde *thema probandum* e *thema decidendum*, finisce per assorbire la diversità del fatto nell'errore sulla sua qualificazione giuridica. Vanno segnalati in tale senso soprattutto quei casi in cui il fatto che si asserisce immutato non sarebbe costituito dalla condotta concreta che integra la fattispecie incriminatrice, bensì dal diverso fatto (secondario direbbero i processualciviliisti), che dovrebbe servire piuttosto come prova indiretta della condotta incriminata²¹. Un esempio può risultare utile. In un caso giudiziario recente si era accertato che gli imputati avevano seguito, a bordo di una prima automobile, una seconda automobile che trasportava sostanze

¹⁸ Vedi E. BATTAGLINI, *Osservazioni in tema di contestazione dell'accusa*, in *GP* 1953, 208; G. BRICHETTI, *La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale*, Napoli 1956, 46; M. LA ROCCA, *Studi sul problema del "fatto" nel processo penale*, Napoli 1954, 39. Nel medesimo senso, più di recente, vedi L. MARINI, *Art. 521 - Correlazione tra accusa e sentenza*, in *Commento Chiavario*, V, Torino 1991, 476.

¹⁹ In particolare M. NOBILI, *op. cit.*, 339 osservava che l'idea di fondo secondo cui l'imputato ha sempre la possibilità di argomentare contro tutte le possibili qualificazioni giuridiche del fatto, contestate o meno, rivelava una concezione collaborativa della difesa; molti mettevano in evidenza perciò la necessità di una previa informazione (vedi I. CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *RIDPP* 1996, 655; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 2008, 757; R. ORLANDI, *L'attività*, cit., 63; T. RAFARACI, *Le nuove*, cit., 298-299; P.P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino 1997, 309). Per una recente opinione di segno contrario, che riafferma la necessità di un trattamento differenziato, vedi C. IASEVOLI, *Il dopo Drassich. Fatto e fattispecie nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in *Gazz. for.* 2011 (2), 43.

²⁰ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna 1989, 334; F. CASSIBBA, *op. cit.*, 64; in giurisprudenza vedi Cass. 12.3.1996, Danzi, in *CP* 1997, 2201.

²¹ Vedi P. FERRUA, *La prova*, cit., 34; M. DANIELE, *La qualificazione giuridica del fatto nel patteggiamento*, in *IP* 2001, 817.

stupefacenti, che a sua volta era preceduta da una terza automobile con funzione di “apripista”. Inizialmente era stato contestato agli imputati, in concorso con gli altri appartenenti alla carovana, il «trasporto» di sostanze stupefacenti, ai sensi dell’art. 73 co. 1 d.P.R. n. 309/1990, ritenendosi che costoro svolgessero una funzione di “copertura”. Essi tuttavia vennero poi condannati per tentato «acquisto» di sostanze stupefacenti, ai sensi del comma 1-bis del medesimo articolo, avendo il giudice ritenuto che essi non facessero parte del gruppo, ma seguissero gli altri, diretti al luogo di consegna, impedita poi dall’intervento delle forze dell’ordine²². Il giudice evidentemente, considerando immutato il fatto, ha ritenuto di potergli attribuire la più corretta qualificazione giuridica. Va però osservato che il viaggio in automobile, ipotizzato dall’accusa e accertato in sentenza, è un fatto storicamente circostanziato che di per sé non integra alcun fatto tipico; esso semmai può costituire un ragionevole indizio di ciò che dovrebbe costituire la concreta condotta punibile: che gli imputati facevano da scorta ai trafficanti, che li stavano seguendo sul luogo deputato all’acquisto o, chissà, altro ancora. Insomma se la correlazione tra accusa e sentenza si misura solo sull’oggetto di prova e si ignora l’oggetto dell’imputazione (o, in altre parole, se vengono considerati solo i fatti secondari), ogni mutamento dei fatti principali può essere abusivamente ricondotto a una diversa qualificazione giuridica²³.

Il secondo orientamento è quello che, pur nei casi in cui si ammette che fatto contestato e fatto accertato divergono, nega la necessità di restituire gli atti al pubblico ministero e contestualmente procede anche alla riqualificazione giuridica del fatto. Ciò accade in virtù di due percorsi argomentativi non assimilabili nelle premesse ma coincidenti negli esiti²⁴. Il primo è quello che considera diverso il fatto solo quando, rispetto all’originaria imputazione, esso risulta radicalmente trasformato, restando irrilevanti variazioni che non incidono sul nucleo della condotta contestata²⁵; il secondo è quello che, in ossequio alla c.d. teoria funzionale del fatto, ritiene non necessaria una formale modifica dell’imputazione, quando gli elementi di prova che il giudice ha posto alla base del suo diverso accertamento erano noti all’imputato, così che su di essi abbia avuto la possibilità di difendersi²⁶.

²² Cass. 13.11.2013, Di Guglielmi, in *CEDCass*, m. 257278.

²³ P. FERRUA, *La prova*, cit., 34.

²⁴ Vedi Cass. S.U. 19.6.1996, Di Francesco, in *CP* 1997, 367-372.

²⁵ «Non sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza quando nella contestazione, considerata nella sua interezza, siano contenuti gli stessi elementi del fatto costitutivo del reato ritenuto in sentenza, in quanto l’immutazione si verifica solo nel caso in cui tra i due episodi ricorra un rapporto di eterogeneità o di incompatibilità sostanziale per essersi realizzata una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti essenziali dell’addebito nei confronti dell’imputato, posto, così, a sorpresa di fronte ad un fatto del tutto nuovo senza avere avuto nessuna possibilità d’effettiva difesa» (Cass. 6.2.2014, M., in *CEDCass*, m. 260156; nel medesimo senso vedi Cass. 16.12.2015, Addio, in *CEDCass*, m. 265946).

²⁶ «L’obbligo di correlazione tra accusa e sentenza è violato non da qualsiasi modificazione rispetto all’accusa originaria, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell’imputazione pregiudichi la possibilità di difesa dell’imputato: la nozione strutturale di “fatto” va coniugata con quella funzionale, fondata sull’esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, posto che il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata (oggetto di un potere del pubblico ministero) e decisione giurisdizionale (oggetto del potere del giudice) risponde all’esigenza di evitare che l’imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale

Non è questa la sede per soffermarsi sulle innumerevoli e inascoltate critiche che la dottrina da sempre muove a questa giurisprudenza²⁷. Qui interessa mettere in luce che, ai sensi dell'art. 521 Cpp, l'attribuzione di una diversa qualificazione giuridica dovrebbe presupporre l'identità del fatto; invece, in questi casi, proprio il fatto storico accertato ma non formalmente contestato è quello che, integrando l'elemento costitutivo di una diversa fattispecie limitrofa, impone al giudice di mutare anche la qualificazione giuridica. In tali casi, perciò, la sentenza opera simultaneamente un "doppio scarto dall'accusa", sia in punto di fatto che di diritto²⁸.

5. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha percorso strade antitetiche a quelle del giudice di legittimità: pur muovendo da dati normativi certamente meno nitidi, ne ha esteso in via interpretativa il contenuto di garanzia²⁹.

In sede europea il tema della correlazione tra accusa e sentenza sotto il profilo della qualificazione giuridica del fatto è emerso assai precocemente, anzitutto in relazione all'ambito di applicazione dell'art. 6 § 3 lett. a Cedu che enuncia il diritto dell'imputato a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; la Corte ha infatti presto chiarito che con l'espressione "natura" dell'accusa si fa riferimento proprio alla qualificazione giuridica del fatto³⁰.

Secondo la Corte la normativa convenzionale non indica gli specifici adempimenti formali, segnatamente il contenuto minimo e il termine, necessari

non abbia potuto difendersi» (Cass. 18.6.2013, Crescioli, in *CEDCass*, m. 257015). Sulla c.d. teoria funzionale del fatto, che ha origine addirittura negli anni Trenta, vedi di recente V. AIUTI, *op. cit.*, 1405-1408; F. CASSIBBA, *op. cit.*, 390 ss.; C. PAPAGNO, *La nozione funzionale del "fatto processuale" e l'effettività del diritto di difesa*, in *DPP* 2009, 79 ss.; L. SURACI, *Nuove contestazioni*, in *Trattato Spangher*, 4.2, Assago 2009, 453-454.

²⁷Tra gli interventi critici più risalenti vedi F. CORDERO, *Considerazioni sul principio di identità del "fatto"*, in *RIDPP* 1958, 942 e G.D. PISAPIA, *Contestazione*, *cit.*, 128-129. Vedi inoltre I. CALAMANDREI, *op. cit.*, 643-649.

²⁸ Come altrove si è cercato di argomentare, la pretesa che l'imputato, sulla sola base dell'acquisizione dibattimentale di un elemento di prova da cui potrebbe arguirsi una diversa modalità di svolgimento della vicenda storica, si difenda preventivamente tanto da un fatto che non gli è stato contestato quanto dalla diversa qualificazione giuridica che ad esso potrebbe essere attribuita inverte l'onere della prova, tradisce il principio di correlazione tra accusa e sentenza e vanifica il diritto di difesa che quel principio è chiamato a presidiare. Non è chiaro ad esempio a che titolo un imputato tanto lungimirante quanto incauto potrebbe vantare il diritto all'assunzione di una prova contraria rispetto a un fatto implicato da una diversa qualificazione giuridica che non gli viene formalmente contestata; sul punto vedi *amplius* A. CAPONE, *Iura*, *cit.*, 61-63.

²⁹ In tema vedi F. CASSIBBA, *op. cit.*, 255-259; L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in *Giurisprudenza europea e diritto penale*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Torino 2008, 220-226; S. QUATTROCOLO, *Riquilificazione*, *cit.*, 7-17.

³⁰ Vedi per tutte Comm. eur., 28.6.1995, Stoitchkov e Shindarov c. Bulgaria, § 4: «An accused person has the right to be informed not only of the grounds for the accusation, that is, not only of the acts with which he is charged and on which the indictment is based, but also of the nature of the accusation, namely the legal classification of the acts in question».

perché il diritto all'informazione possa dirsi rispettato³¹. Quando se ne denuncia la violazione, occorre perciò effettuare un'analisi concreta, caso per caso, che prenda come parametro sostanziale di riferimento la finalità del diritto all'informazione: consentire all'imputato di esercitare in modo adeguato ("concreto ed effettivo" nel linguaggio della Corte) e in tempo utile il proprio diritto di difesa³².

Questi due passaggi argomentativi, in fondo banali, segnano il punto di maggior attrito tra la giurisprudenza europea e la tradizione nazionale più conservatrice: la qualificazione giuridica del fatto appartiene all'imputazione e perciò va garantito all'imputato un corrispondente e esercizio del diritto di difesa³³.

La Corte di Strasburgo esclude la necessità di un'adeguata dimostrazione della perdita di *chances* difensive ricollegabili al difetto di informazione. Si precisa infatti che, ai fini della violazione dell'art. 6 § 3 lett. a Cedu, non occorre una valutazione di merito sulla fondatezza delle argomentazioni o delle richieste istruttorie che l'imputato avrebbe potuto proporre se avesse avuto tempestiva conoscenza del mutamento del *nomen iuris*; basta che sia plausibile sostenere che, a fronte di una qualificazione giuridica del fatto diversa da quella originariamente prospettata, avrebbe potuto essere scelta una diversa strategia difensiva³⁴.

Un sindacato più penetrante viene invece effettuato in ordine all'effettiva necessità dell'informazione e all'eventuale recupero del contraddittorio.

Da un lato, infatti, qualora si ravvisi una discrasia tra le disposizioni legali evocate dal pubblico ministero e quelle menzionate dal giudice, nelle pronunce dei giudici di Strasburgo non manca un'indagine volta a stabilire se, sulla base degli elementi dell'imputazione comunicati all'imputato, fosse "sufficientemente prevedibile" una modifica della qualificazione giuridica del fatto³⁵; in questa prospettiva si pone una particolare attenzione a verificare se la fattispecie legale ritenuta in sentenza si risolva in una mera ipotesi aggravata o comunque implicita in quella ipotizzata nell'accusa³⁶. È pacifico però che non integri il requisito della

³¹ C. eur. GC, 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, § 53; C. eur., 1.3.2001, *Dallos c. Ungheria*, § 47; C. eur., 20.4.2006, *I.H. e altri c. Austria*, § 31. È lecito supporre tuttavia che la Corte ritenga che l'informazione debba comunque essere veicolata da un atto formale; cfr. C. eur., 24.10.2012, *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, § 79, in cui si osserva che, benché la Corte Suprema avesse già manifestato in una fase precedente del processo la sua convinzione sulla più corretta qualificazione giuridica del fatto, e che perciò il ricorrente, sottoposto nuovamente a giudizio davanti alla Corte Suprema, potesse aspettarsi che questa non avesse mutato avviso, la lesione del diritto all'informazione si era comunque verificata: la pubblica accusa aveva conservato l'imputazione originaria mentre la Corte suprema si era limitata a riaffermare la diversa qualificazione giuridica in sentenza.

³² C. eur. GC, 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, § 54; C. eur., 25.7.2000, *Mattocchia c. Italia*, §§ 59-60; C. eur., 24.6.2004, *Balette c. Belgio*; C. eur., 3.5.2011, *Giosakis c. Grecia*, § 29; C. eur., 5.3.2013, *Varela Geis c. Spagna*, § 43.

³³ Vedi L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica solo se viene rispettato il diritto di difesa*, in *CP* 2006, 3838.

³⁴ C. eur. GC, 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, § 60; C. eur., 11.12.2007, *Drassich c. Italia*, § 40; C. eur., 24.10.2012, *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, § 82.

³⁵ C. eur., 11.12.2007, *Drassich c. Italia*, § 37; C. eur., 24.10.2012, *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, § 81.

³⁶ C. eur. GC, 25.3.1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, § 57-59; C. eur., 19.3.2007, *Mattei c. Francia*, §§ 37-39; C. eur., 24.10.1996, *Salvador Torres c. Spagna*, §§ 30-33.

sufficiente prevedibilità la mera “astratta possibilità” di una riqualificazione³⁷.

Dall'altro lato, la Corte di Strasburgo ha spesso affermato che, per misurarne l'equità, il processo va considerato globalmente, con riguardo a tutte le sue fasi³⁸. Può capitare che la discrasia tra imputazione e sentenza nella qualificazione giuridica del fatto si consumi in un grado di giudizio, mentre nel successivo, che prende le mosse dalla precedente decisione, la difesa abbia la possibilità di contestare il mutamento del *nomen iuris*; in queste ipotesi la Corte ritiene che i vizi dell'informazione di cui all'art. 6 § 3 lett. a Cedu siano sanati dal giudizio di impugnazione, purché in tale contesto l'accusa sia complessivamente riesaminata in fatto e in diritto³⁹.

Qualche oscillazione nella giurisprudenza di Strasburgo si registra intorno alla necessità che i vizi dell'informazione sulla natura e i motivi dell'accusa, per esser considerati effettivamente lesivi, abbiano condotto a un trattamento sanzionatorio peggiore rispetto a quello inizialmente preventivabile. In un caso si è affermato piuttosto recisamente che l'irrogazione di una pena uguale o inferiore, per effetto della diversa qualificazione giuridica del fatto, non esclude la rilevanza della violazione convenzionale, perché non è possibile speculare *ex post* sulla pena che sarebbe stata irrogata qualora il ricorrente avesse potuto utilmente difendersi dalla nuova qualificazione⁴⁰. In altre pronunce la Corte ha ritenuto invece necessario impegnarsi a dimostrare che l'adeguamento del *nomen iuris* ha avuto un'influenza determinante sulla pena concretamente irrogata⁴¹.

6. La condanna dell'Italia, per la violazione del diritto dell'imputato di essere informato nel dettaglio della natura dell'accusa e di preparare adeguatamente la propria difesa, è arrivata con il noto caso Drassich. La riqualificazione giuridica del fatto da corruzione semplice in corruzione in atti giudiziari, operata dai giudici di legittimità, intervenendo direttamente con la sentenza definitiva, aveva precluso ogni possibile argomentazione difensiva e, impedendo il maturarsi della prescrizione, aveva inciso indirettamente sul trattamento sanzionatorio⁴².

Riaperto con un *escamotage* il caso nella giurisdizione nazionale (un incidente di esecuzione venne riqualificato come ricorso straordinario ai sensi dell'art. 625-bis Cpp pur in assenza di alcunché assimilabile a un errore di fatto) la Cassazione si è trovata di fronte alla necessità di adeguare al *dictum* dei giudici di Strasburgo il

³⁷ C. eur., 20.4.2006, I,H. e altri c. Austria, § 34.

³⁸ Vedi ad es. Comm. eur., 14.3.1984, Ferrari-Bravo c. Italia, § 22 (sezione *The Law*).

³⁹ C. eur., 1.3.2001, Dallos c. Ungheria, § 52; C. eur., 21.2.2002, Sipavicius c. Lituania, §§ 32-33; C. eur., 6.6.2002, Feldman c. Francia; C. eur., 20.4.2006, I,H. e altri c. Austria, § 36; C. eur., 9.3.2013, Zhupnik c. Ucraina, § 43.

⁴⁰ C. eur., 19.3.2007, Mattei c. Francia, § 42.

⁴¹ C. eur., 11.12.2007, Drassich c. Italia, § 41; vedi anche C. eur., 12.7.2011, Constantin c. Romania, § 26, secondo cui la derubricazione del titolo del reato e il più lieve trattamento sanzionatorio comminato non escludono la violazione dei diritti convenzionali quando l'imputato, assolto per il reato più grave inizialmente ipotizzato, viene condannato per la prima volta proprio per il reato meno grave.

⁴² C. eur., 11.12.2007, Drassich c. Italia. Per un commento alla decisione vedi M. CAIANIELLO, *Mutamento*, cit., c. 165 ss.; L. PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica “viziata” del nomen iuris*, in *DPP* 2008, 1584 ss.; S. QUATTROCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio di correlazione tra accusa e sentenza: un invito al ripensamento del principio iura novit curia*, in *LP* 2009, 345 ss.

diritto interno, molto chiaro nell'attribuire al giudice, ex art. 521 co. 1 Cpp, la possibilità di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica direttamente con la sentenza⁴³.

Molte filoni convergevano verso una medesima soluzione.

Anzitutto vi era l'esperienza dell'ordinamento tedesco che, già a partire dall'Ottocento, impone al giudice intenzionato a correggere l'accusa sotto il profilo della qualificazione giuridica del fatto di informare preventivamente le parti di questa possibilità, sollecitando un contraddittorio in punto di diritto⁴⁴. In secondo luogo nel processo civile, in cui da tempo si discuteva sulla tutela del contraddittorio quando il giudice fonda la propria decisione su questioni rilevate d'ufficio⁴⁵, una riforma del 2005 aveva ritoccato l'art. 183 Cpc riconoscendo alle parti il diritto di chiedere un termine a difesa⁴⁶, mentre l'anno successivo era stato introdotto nell'art. 384 Cpc un meccanismo analogo per il giudizio di legittimità⁴⁷. Infine, anche una parte della dottrina processualpenalistica aveva indicato nella soluzione "tedesca" del preventivo avvertimento alle parti la scelta migliore per garantire il diritto di difesa nei casi in cui il giudice intendesse avvalersi del potere riconosciuto dall'art. 521 co. 1 Cpp di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica⁴⁸.

⁴³ Cass. 12.11.2008, Drassich, in *RIDPP* 2009, 153. In dottrina vedi i commenti di M.G. AIMONETTO, *op. cit.*, 1465 ss.; L. DE MATTEIS, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in *CP* 2009, 1474 ss.; D. IACOBACCI, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?*, in *GI* 2008, 2584 ss.; R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *GI* 2009, 2514; S. LONATI, *Il «caso Drassich»: continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *CP* 2011, 263 ss.; G. PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in *DPP* 2009, 1515 ss.; A. VELE, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e violazione del principio del contraddittorio*, in *GI* 2010, 683 ss.; F. ZACCHÈ, *op. cit.*, 781 ss.

⁴⁴ A norma del § 265 StPO l'imputato non può essere giudicato sulla base di una norma incriminatrice diversa da quella indicata nell'accusa senza prima essere stato informato del mutamento e senza aver avuto l'opportunità di difendersi.

⁴⁵ V. DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *RDPr* 1968, 127 ss.; C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisorii del giudice*, in *Studi urb.*, a. XLIX - L, nn. 33-34, Rimini 1984, 69-70; L.P. COMOGLIO, *Il II comma dell'art. 24. Il diritto di difesa nel processo civile*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 59; S. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *RTrimDPrC* 1987, 569 ss.

⁴⁶ Vedi il d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. in l. 14.5.2005, n. 80, come modificato dal d.l. 30.12.2005 n. 273. In tema vedi E.F. RICCI, *Le sentenze «della terza via» e il contraddittorio*, in *RDPr* 2006, 750; L.P. COMOGLIO, *«Terza via» e processo «giusto»*, *ivi*, 755.

⁴⁷ Vedi il d.l. 2.2.2006 n. 40, su cui cfr. R. POLI, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma*, in *RDPr* 2007, 17.

Successivamente, con la l. n. 69/2009, il legislatore è intervenuto in modo risolutivo direttamente sull'art. 101 Cpc, dedicato al principio del contraddittorio, generalizzando il modulo operativo previsto dall'art. 384 Cpc (D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *RDPr* 2010, 399 ss.).

⁴⁸ Vedi I. CALAMANDREI, *op. cit.*, 654; R. ORLANDI, *L'attività*, *cit.*, 64-65; L. PARLATO, *op. cit.*, 1590; T. RAFARACI, *Le nuove*, 303-304.

Riprendendo tali spunti, la Cassazione ha proposto un'interpretazione dell'art. 521 co. 1 Cpp, conforme all'art. 6 § 3 lett. a Cedu, in forza della quale il potere di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, che connota indefettibilmente la funzione giurisdizionale, richiede quale condizione imprescindibile per il suo esercizio «l'informazione di tale eventualità all'imputato e al suo difensore», in modo che la parte possa beneficiare di un congruo termine per preparare la propria difesa⁴⁹.

La decisione sembrava orientata a un accettabile coordinamento tra la giurisprudenza di Strasburgo e alcuni principi di diritto interno: una volta riconosciuta la necessità di garantire informazione e difesa sui profili giuridici dell'accusa, così come richiesto dalla Corte europea, i tempi e le relative modalità venivano calibrate sulle fisiologiche cadenze procedurali interne: occorre, prima della sentenza, una formale esteriorizzazione dell'eventualità della riqualificazione⁵⁰.

La soluzione prescelta, che pure inizialmente era parsa obbligata, ha avuto vita breve⁵¹. La giurisprudenza di legittimità successiva ha presto accantonato il precedente, scegliendo piuttosto rifarsi direttamente ad alcune massime della Corte di Strasburgo che, costrette dalle differenze tra gli ordinamenti nazionali a valutare l'equità del procedimento *as a whole*, appaiono, per i canoni del nostro sistema, meno rigorose⁵². Le linee di tendenza attualmente riscontrabili sono essenzialmente due.

Da un lato la Cassazione ha accantonato la necessità di un avvertimento formale del giudice chiamato a pronunciare la decisione, ritenendo sufficientemente rispettato il diritto all'informazione sancito dalla Cedu se la questione relativa

⁴⁹ Cass. 12.11.2008, Drassich, cit., 1508.

⁵⁰ Non mancavano in realtà alcuni profili critici. L'informazione sulla possibile riqualificazione giuridica del fatto data alle parti alle soglie della decisione, oltre a non essere del tutto in linea con il principio di separazione delle funzioni, solleva molti dubbi sull'imparzialità del giudice e sull'effettiva utilità del susseguente contraddittorio: si direbbe che per far corrispondere la sentenza all'accusa, il giudice adegua *in extremis* l'accusa alla sentenza (cfr. *amplius* A. CAPONE, *op. cit.*, 75-78). Per queste ragioni una parte della dottrina aveva addirittura ventilato l'ipotesi di un contrasto con l'art. 37 lett. b Cpp che consente la ricusazione del giudice che, nel corso del dibattimento, abbia indebitamente manifestato il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione (L. De MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela*, cit., 229-230; R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 2523; *contra* R. ORLANDI, R., *L'attività*, cit., nt. 137, 66-67).

⁵¹ In senso conforme alla sentenza Drassich si registrano Cass. 28.10.2011, Finocchiaro, *ivi*, m. 251730 e Cass. 29.4.2011, Corsi, in *CP* 2012, 608, con nota di G. BIONDI, *Piccoli passi della Corte di cassazione verso una nuova disciplina della modifica della qualificazione giuridica del fatto*.

⁵² M. CAIANIELLO, *Mutamento*, cit., 174-175. Si sostiene perciò in dottrina che un'interpretazione dell'art. 521 Cpp conforme a Costituzione avrebbe forse potuto condurre un'espansione delle garanzie maggiore di quella consentita dall'adeguamento alla Convenzione europea (F. CASSIBBA, *op. cit.*, 260-265). Va inoltre sottolineato che nel panorama internazionale i principi espressi dalla giurisprudenza di Strasburgo hanno trovato un'attuazione più avanzata di quella oggi proposta dai nostri giudici di legittimità nella *Regulation* 55 della Corte penale internazionale, che garantisce all'imputato, in caso di riqualificazione giuridica del fatto, il diritto ad essere informato, a presentare osservazioni e a ottenere la sospensione o il rinvio dell'udienza per preparare adeguatamente la propria difesa (S. LUZZATI, *La modifica del nomen iuris al vaglio della Corte penale internazionale nel caso Lubanga*, in *CP* 2011, 1569).

all'adeguamento del *nomen iuris* è già stata sollevata in una qualsiasi delle precedenti fasi del processo, incluso il subprocedimento *de libertate*⁵³, o se la riqualificazione doveva comunque considerarsi prevedibile⁵⁴.

Dall'altro si è sbarazzata dell'idea del necessario carattere preventivo dell'avvertimento; ha così affermato che l'adeguamento del *nomen iuris* effettuato direttamente con la sentenza di per sé non viola i diritti convenzionali, perché l'imputato può difendersi impugnando la decisione. Questo vale sia nell'ipotesi in cui la riqualificazione sia stata effettuata dal giudice di primo grado (e l'imputato possa argomentare in senso contrario davanti al giudice di appello)⁵⁵, sia nell'ipotesi in cui la riqualificazione sia stata effettuata dal giudice di appello (e l'imputato possa argomentare in senso contrario davanti alla Corte di cassazione)⁵⁶. In pratica il preventivo avvertimento in udienza alle parti dell'eventualità di un adeguamento del *nomen iuris* è necessario soltanto quando, come nel caso Drassich, dopo due sentenze di merito conformi siano i giudici di legittimità a orientarsi in tal senso⁵⁷. Non è del tutto chiaro se, o a quali condizioni, sia possibile esercitare il diritto alla prova⁵⁸.

⁵³ Vedi Cass. 18.2.2010, di Gati, in *CP* 2011, 630, con nota di M. SCULCO, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, su cui vedi anche, in senso critico, L. MELE, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *DPP* 2011, 75 ss.

⁵⁴ Così Cass. 24.10.2014, Borile, in *CEDCass*, m. 261052; Cass. 6.6.2014, Napolitano, *ivi*, m. 261356; Cass. 20.12.2013, Racic, *ivi*, m. 258538; Cass. 2.7.2013, Tomasso, *ivi*, m. 256150; Cass. 10.5.2013, Caterino, *ivi*, m. 257782; Cass. 24.9.2012, Jovanovic, *ivi*, m. 254649.

A proposito del concetto di "sufficiente prevedibilità", l'impressione è che dietro l'impiego della formula proposta dai giudici di Strasburgo (che per lo più guardano al rapporto astratto tra fattispecie, ad es. per verificare se si tratta di reato autonomo o ipotesi circostanziata del medesimo reato), risorga a volte una prassi regressiva; tale infatti va considerata quella secondo cui la riqualificazione deve considerarsi sufficientemente prevedibile quando il fatto storico sia riconducibile «ad una limitatissima gamma di previsioni normative alternative, per cui l'eventuale esclusione dell'una comporta, inevitabilmente, l'applicazione dell'altra» (così, in motivazione, Cass. 25.9.2013, Cavallari, *ivi*, m. 258941).

⁵⁵ Cass. 11.4.2014, Salsi, in *CEDCass*, m. 259564; Cass. 7.11.2012, Manara, in *CP* 2014, 1019; Cass. 24.9.2012, Jovanovic, in *CEDCass*, m. 254649; Cass. 14.2.2012, Vinci, *ivi*, m. 251961.

⁵⁶ Cass. 4.3.2015, Bu, in *CEDCass*, m. 262778; Cass. 11.4.2014, Salsi, *ivi*, m. 259564; Cass. 15.5.2015, Drassich, *ivi*, m. 256652; Cass. 7.5.2013, Maiuri, *ivi*, m. 255735; Cass. 13.11.2012, Tirena, *ivi*, m. 254357; Cass. 25.5.2012, Saviolo, *ivi*, m. 254055; Cass. 9.5.2012, D.D., in *CP* 2013, 1975. Si è osservato infatti che il caso Drassich avrebbe passato indenne il vaglio di legittimità convenzionale se solo i giudici di legittimità avessero avvisato in udienza dell'intenzione di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica; a maggior ragione dovrebbe perciò considerarsi favorevolmente il caso in cui tale "informazione" sia fornita già con la sentenza di appello; vedi in tal senso, in motivazione, Cass. 9.5.2012, Damjanovic, in *CEDCass*, m. 253267. In senso contrario vedi Cass. 19.2.2010, Fadda, in *CP* 2011, 1834, con osservazioni critiche di V. BRUNI, secondo cui «il diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella stessa fase in cui si verifica la modifica dell'imputazione, considerato che l'impugnazione non sempre può avere un effetto equipollente al mancato contraddittorio».

⁵⁷ Vedi Cass. 24.11.2015, Addio, in *CEDCass*, m. 266953; Cass. 15.5.2013, Drassich, *ivi*, m. 256653.

⁵⁸ Si vedano ad es. da un lato Cass. 8.2.2013, Sema, in *CEDCass*, m. 254720, che esclude la necessità di una rinnovazione istruttoria in appello e dall'altro Cass. 17.10.2014, Grasso, *ivi*, m. 260960 e Cass.

L'esito complessivo di questa evoluzione giurisprudenziale innescata dal caso Drassich può dunque essere sintetizzata nel modo seguente: mentre nel caso in cui il fatto risulti diverso l'imputato ha diritto a un nuovo processo, nel caso in cui la fattispecie incriminatrice di riferimento appaia diversa l'imputato ha diritto solo a discuterne in un successivo grado di giudizio⁵⁹.

7. In definitiva, all'esito di questo processo di adeguamento alla giurisprudenza di Strasburgo, la Cassazione, invece di tenere ferma la necessità di un'informazione sulla natura dell'accusa preventiva rispetto alla decisione da adottare in ciascun grado di giudizio, ha finito per legittimare la possibilità che l'imputato apprenda a

9.10.2014, Destri, *ivi*, m. 261047, che, per garantire il diritto alla prova, ritengono che la Corte di cassazione, in caso di riqualificazione in appello, sia tenuta all'annullamento con rinvio.

⁵⁹ Va tuttavia segnalata una recente decisione, molto autorevole, animata da un chiaro sentimento di ostilità nei confronti dell'appena descritta evoluzione giurisprudenziale, pur così prudente, fin qui esaminata. Le Sezioni unite infatti hanno finito per rivederne criticamente le stesse premesse, affermando che il diritto all'informazione sulla natura dell'accusa non è vulnerato quando «i fatti costitutivi del nuovo reato fossero già presenti nella originaria imputazione, e ciò, evidentemente, anche nella ipotesi in cui la nuova definizione non fosse stata di per sé prevedibile per l'imputato» (Cass. S.U. 26.6.2015, Lucci, in *CP* 2016, 1383). Per i giudici di legittimità, infatti, la riqualificazione giuridica del fatto incide sui diritti convenzionali solo quando ha «comportato un concreto e non meramente ipotetico regresso sul piano dei diritti difensivi, attraverso un mutamento della cornice accusatoria che abbia effettivamente comportato una novazione dei termini dell'addebito tali da rendere la difesa menomata proprio sui profili di novità che da quel mutamento sono scaturiti» (*ibidem*). Perciò la riqualificazione del fatto da concussione a corruzione, se muta soltanto la posizione del soggetto da vittima a partecipe, fermo restando il quadro fattuale, non comporterebbe una menomazione di diritti difensivi. Curiosamente tale conclusione viene presentata come coerente con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, di cui si citano, a sostegno, svariate pronunce. Sorprende rilevare che nella maggior parte di esse, invece, il diritto di difesa, anche soltanto sui nuovi profili giuridici dell'accusa, viene ribadito a chiare lettere. In due casi conduce infatti all'accoglimento del ricorso (C. eur., 12.4.2011, Constantin c. Romania e C. eur., 7.1.2010, Penev c. Bulgaria; in quest'ultimo si legge addirittura: «*The Court does not accept the Government's contention that the legal characterisation of the offence was of little importance as long as the alternative conviction was based on the same facts. It reiterates that the Convention requires that the accused be informed in detail not only of the acts he is alleged to have committed, that is, of the facts underlying the charges, but also of the legal characterisation given to them*»; nel medesimo senso vedi C. eur., 24.10.2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, § 80). In altri casi il diritto all'informazione viene considerato in concreto soddisfatto o da un'apposita comunicazione in udienza da parte del giudice (C. eur., 7.3.2006, Vasque c. Francia) o dal ricorso presentato dalla pubblica accusa (C. eur., 3.5.2011, Giosakis c. Grecia) o dalla possibilità di discuterne nel giudizio di impugnazione (C. eur., 1.3.2001, Dallos c. Ungheria). L'unico riferimento che pare appropriato è quello a C. eur., 15.4.2015, Mihelj c. Slovenia, in cui i giudici di Strasburgo, nel novero degli argomenti a sostegno del rigetto del ricorso, inseriscono l'osservazione che «*while the legal characterisation of the offence was changed at the trial, its factual description remained essentially the same*». A ben guardare, però, si tratta di un argomento usato in via del tutto incidentale e solo *ad adiuvandum*, visto che, nel caso di specie, la riqualificazione giuridica del fatto (da tentativo di truffa aggravata a truffa semplice) era avvenuta in primo grado e la decisione sulla riqualificazione era stata confermata sia in appello sia davanti alla Corte Suprema, ove il ricorrente aveva potuto proporre le sue argomentazioni contrarie.

sorpresa, direttamente con la sentenza, che l'accusa nei suoi confronti è mutata, consentendogli di recuperare in parte le proprie prerogative difensive solo nei gradi successivi del processo.

Un simile assetto, pur non incompatibile con gli orientamenti consolidati in sede europea, stride con il combinato disposto di cui agli artt. 111 comma 3 e 24 Cost., che includono l'informazione sulla natura dell'accusa tra i diritti dell'imputato necessari per l'esercizio di difesa, che deve poter essere fatto valere, non «almeno in un grado», ma «in ogni stato e grado del procedimento».

Ci si potrebbe interrogare sulle ragioni di un esito tanto deludente: la regola dell'avvertimento preventivo rispetto al ritiro in camera di consiglio non comporta dispendio di risorse processuali ed è largamente sperimentata senza particolari traumi in altri ordinamenti e in altri settori disciplinari⁶⁰.

Nasce così il timore che la giurisprudenza abbia infine insistito per conservare al giudice la possibilità di correggere il *nomen iuris* in sentenza senza preavviso per garantirgli la libertà di manipolare *in extremis*, pur in assenza di nuove contestazioni, anche il fatto, secondo la prassi deviante del “doppio scarto dall'accusa”. Talvolta infatti, come si è già illustrato, il giudice, anche dopo aver accertato un fatto diverso, non restituisce degli atti al pubblico ministero (in quanto il mutamento non risulterebbe essenziale o comunque l'imputato sarebbe stato posto in condizione di difendersi) e pronuncia una condanna con cui applica a tale fatto diverso una fattispecie incriminatrice differente da quella evocata nell'accusa⁶¹. Un avvertimento preventivo in ordine all'adeguamento del *nomen iuris*, in tali casi, mettendo in luce il diverso valore attribuito dal giudice alle prove acquisite, farebbe giustizia di questa prassi, consentendo alle parti di rimettere in discussione anche la fisionomia del fatto.

Va comunque osservato che, qualora la Corte ritornasse sui suoi passi, imponendo che l'informazione sulla possibile riqualificazione sia fornita prima della sentenza, il criterio della «sufficiente prevedibilità», fisiologico nell'ambito di un giudizio *ex post* quale quello effettuato dalla Corte di Strasburgo sull'effettività della lesione denunciata nel caso concreto, sembra inadatto a essere riutilizzato pedissequamente nel nostro ordinamento; occorre piuttosto predeterminare *ex ante* i tempi e i modi nei quali tale informazione va fornita; solo così l'eventuale mancato esercizio del correlativo diritto di difesa può ragionevolmente essere addebitato all'imputato⁶².

⁶⁰ Vedi in tal senso F. CASSIBBA, *op. cit.*, 273-274; M. CAIANIELLO, *Mutamento*, cit., c. 175; R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, nt. 69, 2524; O. MAZZA, *La procedura penale*, in *DPP* 2011, 46. *Contra* S. QUATTROCOLO, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione giuridica del fatto in sentenza*, in *CP* 2013, 2368-2371.

⁶¹ Per un esempio vedi Cass. 25.9. 2013, Cavallari, in *CP* 2015, 214, con nota critica di A. CABIALE, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella Cedu) a strumento di legittimazione della prassi (in Cassazione)*.

⁶² Vedi in tal senso G. CENTAMORE, *op. cit.*, 7-10. Quale esempio negativo si veda ad es. Cass. 26.2.2010, Salah, in *CEDCass*, m. 246922, in cui il difensore dell'imputato di insolvenza fraudolenta, nell'argomentare che la condanna aveva avuto ad oggetto un fatto diverso da quello che gli era stato contestato, incautamente aveva affermato che la condotta «così come descritta nel capo di imputazione [...] costituisce semmai diversa fattispecie delittuosa». Su questa base la Cassazione, nel

In questa prospettiva una diversa soluzione riformatrice, ad opera del legislatore, continua ad essere auspicabile.

Nell'attesa, perché la soluzione giurisprudenziale non comprima eccessivamente i diritti difensivi, occorre senza dubbio che nel giudizio di appello, se l'adeguamento del *nomen iuris* è stato effettuato nella sentenza di primo grado, o nel giudizio di cassazione, se l'adeguamento del *nomen iuris* è stato effettuato nella sentenza di secondo grado, oltre a tenersi conto delle argomentazioni *in iure* della difesa, si valutino con una certa larghezza le eventuali richieste istruttorie⁶³. Anche se preesistenti, trattandosi di prove la cui rilevanza emerge solo dopo la conclusione del giudizio di primo grado, in appello il criterio di ammissione, secondo una lettura costituzionalmente orientata, dovrebbe essere quello ordinario di cui all'art. 190 Cpp, richiamato dall'art. 603 co. 2 Cpp⁶⁴; in cassazione, un positivo vaglio di questo genere dovrebbe comportare l'annullamento con rinvio⁶⁵. È fisiologico che tocchi all'imputato illustrare la rilevanza dei nuovi mezzi di prova richiesti in relazione ai fatti implicati dalla diversa fattispecie giuridica⁶⁶.

8. Abbiamo illustrato come la giurisprudenza, costretta ad adeguarsi alle indicazioni di Strasburgo, abbia infine scelto, tra più soluzioni parimenti compatibili,

riqualificare il fatto in truffa, confermando la condanna, ha ritenuto che non fosse stato violato il diritto all'informazione dell'imputato perché egli aveva avuto modo di interloquire su una diversa qualificazione giuridica. Senza dubbio la difesa aveva mostrato un discreto intuito giuridico nel ritenere che tra fatto imputato e qualificazione giuridica vi fosse una certa discrasia; tale capacità predittiva però non può comportare l'onere di argomentare in senso contrario rispetto a un'ipotesi criminosa che fino a quel momento nessuno ha contestato (con esiti, peraltro, che potrebbero rivelarsi controproducenti rispetto all'ipotesi ancora in discussione; cfr. A. CAPONE, *op. cit.*, 64-65).

⁶³ La dottrina è pressoché unanime nel ritenere che l'adeguamento del *nomen iuris* nella maggior parte dei casi comporta la sopravvenuta o diversa rilevanza di fatti, in ipotesi già contestati, rispetto ai quali è necessario garantire il diritto alla prova contraria; vedi in tal senso M. CAIANIELLO, *La riapertura*, cit., 1471; A. CAPONE, *Iura*, cit., 63-65; R. CASIRAGHI, *op. cit.*, 118; F. CASSIBBA, *op. cit.*, 66; R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 2523; O. MAZZA, *op. cit.*, 46; T. RAFARACI, *Le nuove*, cit., 299-300; M. SCULCO, *op. cit.*, 637; F. ZACCHÈ, *op. cit.*, 785; G.P. VOENA, *Appunti su riqualificazione del fatto e contraddittorio in Cassazione*, in *Studi in ricordo di M.G. Aimonetto*, a cura di M. Bargis, 2013, 249-250; in senso contrario vedi A. VELE, *op. cit.*, 686-687.

⁶⁴ G. CENTAMORE, *L'applicazione dei principi dell'art. 6 CEDU in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti "tradizionali" e nuove prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.10.2013, 14; L. PARLATO, *op. cit.*, 1589; S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione*, cit., 146-148; cfr. sul punto F. CASSIBBA, *op. cit.*, 272-273, che tuttavia non ritiene che l'art. 603 Cpp possa essere "forzato" a tal punto da condurre a tale esito.

⁶⁵ S. LONATI, *op. cit.*, 275; S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione*, cit., 272 ss.; in senso contrario vedi G.P. VOENA, *op. cit.*, 257-259 che, coerentemente con la preferenza per un'equiparazione del trattamento delle ipotesi di errore nella ricostruzione e nella qualificazione giuridica del fatto, opta per l'annullamento senza rinvio.

⁶⁶ Per un'analoga riflessione in ambito processuale civile cfr. D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 412-414; A. GIORDANO, *La sentenza della "terza via" e la "via" d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una "terza soluzione" del giudice civile*, in *GI* 2009, 911 ss.; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in *RDP* 2010, 842 ss.; E.F. RICCI, *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, *ivi*, 2006, 752-753.

quella meno garantista; va ora osservato che, in alcuni ambiti, la giurisprudenza manifesta un atteggiamento ancora più conservatore, che finisce per rifiutare quelle indicazioni *in toto*.

Ci riferiamo in particolare alle ipotesi di c.d. «derubricazione», ossia di riqualificazione giuridica del fatto sotto una fattispecie incriminatrice meno grave di quella originariamente ipotizzata⁶⁷.

La giurisprudenza, generalizzando un frammento argomentativo ricavabile da alcune pronunce di Strasburgo, secondo cui la lesione dei diritti convenzionali rileva quando ne consegue un peggioramento del trattamento sanzionatorio, esclude l'obbligo di una preventiva informazione quando il diverso *nomen iuris* ritenuto dal giudice è punito in misura minore rispetto a quello contestato nell'accusa⁶⁸. Si ignora però, in tal modo, un'osservazione assai ragionevole della stessa Corte europea, secondo cui, esclusa dal giudice la fattispecie più grave, bisogna pur sempre riconoscere all'imputato il diritto di argomentare per l'insussistenza anche della fattispecie minore⁶⁹. Nel processo penale – non dovrebbe essere necessario ribadirlo – conta l'aderenza alla realtà storica e giuridica, non il vantaggio rispetto ai rischi.

Peraltro, vi sono alcune situazioni nelle quali l'equivalenza tra derubricazione e miglior trattamento sanzionatorio è tutta da discutere⁷⁰. Spesso, infatti, alcune prerogative processuali possono essere esercitate soltanto in procedimenti per reati bagatellari oppure risultano precluse in relazione a fattispecie di rilevante gravità. In questi casi la negazione del diritto all'informazione finisce per contrastare colla stessa, pur discutibile, *ratio* della deroga.

Ad esempio, risolvendo una controversia giurisprudenziale, le sezioni unite hanno di recente affermato che l'imputato non può lamentarsi per non aver potuto chiedere l'oblazione se solo dopo la sentenza che procede alla derubricazione dell'accusa, peraltro inappellabile, apprende che la nuova qualificazione del fatto glielo avrebbe consentito⁷¹.

Un problema analogo si pone anche con riferimento alla possibilità di chiedere l'applicazione di una pena concordata, preclusa se l'originaria qualificazione giuridica del fatto evoca una fattispecie con una cornice edittale troppo elevata oppure appartenente al novero di quelle che, ai sensi dell'art. 444 co. 1-bis Cpp, non

⁶⁷ In tema vedi V. AIUTI, *op. cit.*, 1421-1422.

⁶⁸ Cass. 15.5.2012, Cusumano, in *CEDCass*, m. 253109.

⁶⁹ Vedi ancora C. eur., 19.3.2007, Mattei c. Francia, § 42, in cui si osserva limpidamente che «*on ne peut spéculer sur la peine qui aurait été effectivement prononcée si la requérante avait pu se défendre utilement sur la nouvelle qualification*».

⁷⁰ Vedi R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 2523; S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione*, cit., 133-136.

⁷¹ Cass. S.U. 26.6.2014, Tamborrino, in *CP* 2015, 88, con nota adesiva di L. CUOMO, *L'esercizio del diritto di oblazione tra derubricazione dell'imputazione ed esigenze difensive*. In senso conforme vedi Cass. 2.7.2015, Terrezza, in *CP* 2016, 240. I giudici di legittimità hanno in tal modo ribadito quanto affermato in Cass. S.U. 28.2.2006, Autolitano, *ivi*, 2006, 1710 ss., che d'altra parte corrisponde a un'antica tesi di P. NUVOLONE, *Dell'efficacia della domanda di oblazione respinta «in limite» e riconosciuta implicitamente valida nel dibattimento*, in *Riv. it. dir. pen.* 1939, 610 ss., su cui vedi altresì P. DI RONZA, *Osservazioni sul diritto di oblazione. Art. 162*, in *GM* 1983, II, 185. Per un articolato commento critico vedi G. ROMEO, *Derubricazione del reato e oblazione: l'imputato come novello Nostradamus?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.9.2014.

consentono la praticabilità del rito speciale⁷².

Senza dubbio in questi casi, ancorché si proceda a una derubricazione, l'adeguamento del *nomen iuris* incide negativamente sul concreto trattamento sanzionatorio⁷³. I giudici di legittimità tuttavia, poiché l'imputato ha la possibilità di contestare in dibattimento la qualificazione giuridica del fatto (o di proporre al pubblico ministero una derubricazione), ritengono che l'inerzia sul punto debba considerarsi alla stregua di un *nolo contendere*, che non consente censure successive⁷⁴.

L'argomento sembra provare un po' troppo: l'imputato, in relazione al fatto descritto nell'imputazione, ha sempre la possibilità di contestare la qualificazione giuridica che ad esso viene o potrebbe essergli attribuita. Le disposizioni convenzionali e costituzionali, tuttavia, non legittimano l'interpretazione secondo cui l'astratta possibilità di difendersi esclude il diritto all'informazione, perché, al contrario, è il diritto all'informazione che garantisce la possibilità di difendersi. In breve, prima viene l'informazione e poi la difesa.

9. La dottrina, come abbiamo visto, in larga parte ritiene insoddisfacente che il diritto all'argomentazione e alla prova contraria rispetto al mutamento della qualificazione giuridica del fatto possano essere fatti valere soltanto con l'impugnazione, scontando la perdita di un grado di giudizio. Si tratta di un'insoddisfazione che in teoria potrebbe, prima o poi, trovare uno sbocco normativo, se si considera che la soluzione del rinvio del contraddittorio all'impugnazione, pur compatibile con i diritti riconosciuti dalla Cedu, urta invece contro le disposizioni della dir. 2012/2013/UE⁷⁵.

L'art. 6 della direttiva, infatti, dopo aver enunciato nel comma 3 il diritto dell'imputato di ricevere «informazioni dettagliate sull'accusa, inclusa la natura e la qualificazione giuridica del reato», nel comma 4 obbliga gli Stati membri a garantire che le persone imputate «siano tempestivamente informate di ogni eventuale modifica alle informazioni fornite [...] ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equità del procedimento». È lecito supporre che la tempestività debba essere intesa nel senso che l'informazione sulla modifica della qualificazione giuridica del fatto vada fornita prima della decisione e che, ove ciò non accadesse, sarebbe pregiudicata, insieme all'effettività della difesa, l'equità del procedimento⁷⁶.

Le alternative che vengono prospettate *de iure condendo* sono di due tipi.

Una parte della dottrina ritiene che la soluzione più lineare e più garantista sarebbe quella di una piena assimilazione tra fatto e diritto, così che ogni potenziale violazione della correlazione tra accusa e sentenza, riguardi essa i profili storici o i profili giuridici, comporti la restituzione degli atti al pubblico ministero, secondo

⁷² Cfr. Cass. 3.12.1997, in *CEDCass*, m. 209567.

⁷³ Cfr. R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 2523.

⁷⁴ Vedi Cass. S.U. 26.6.2014, Tamborrino, *cit.*, 97.

⁷⁵ Per un commento vedi S. CIAMPI, *La direttiva del parlamento europeo e del consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Dir. pen. cont.*, 27.6.2012.

⁷⁶ Vedi in questo senso G. BIONDI, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici che provengono dal diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 29.4.2013, 19-20.

quanto già previsto dall'art. 521 co. 2 Cpp⁷⁷ In tal modo, senza dubbio, si rispetterebbe al meglio la separazione di funzioni tra giudice e pubblico ministero e si consentirebbe all'imputato di preparare la sua strategia difensiva fin dall'inizio, inclusa l'udienza preliminare, in relazione alla fattispecie incriminatrice che si ritiene adeguata all'ipotesi storica dell'accusa.

Altra parte della dottrina, alla ricerca di soluzioni meno costose in termini di economia processuale che possano garantire in pari misura il rispetto delle prerogative difensive, suggerisce un rimedio interno al dibattimento di primo grado, affidando direttamente al giudice il compito di introdurre il nuovo tema giuridico. Fermo restando questo nucleo, ne esistono molte varianti.

La prima riguarda l'unicità o la molteplicità delle alternative accusatorie, vale a dire la possibilità che la qualificazione giuridica del fatto ritenuta più corretta dal giudice si affianchi, quale mera ipotesi teorica da discutere, a quella fino a quel momento patrocinata dal pubblico ministero⁷⁸, o si sostituisca senz'altro ad essa⁷⁹. Oltre a suonare meno ipocrita la seconda soluzione appare più garantista: il concorso di più imputazioni alternative rischia sempre di condurre l'imputato in una sorta di vicolo cieco, in cui l'argomentazione critica nei confronti dell'una finisce per collaborare al rafforzamento dell'altra, e viceversa⁸⁰. Il minimo del *fair play* processuale esige che l'imputato sia libero di argomentare in senso contrario ad un'unica ipotesi di reato, lasciando agli organi dello Stato addetti alla repressione di trarne formalmente le opportune conseguenze in termini di modifica dell'imputazione con riferimento alle alternative ipotizzabili.

La seconda riguarda il momento in cui sarebbe consentito al giudice correggere la qualificazione giuridica del fatto proposta dal pubblico ministero. Ci si divide in genere tra chi ritiene preferibile un tempestivo intervento nel corso dell'istruzione dibattimentale⁸¹ e chi invece, temendo un'anticipazione del giudizio, ritiene che la fase adeguata per una rimediazione complessiva di quei profili sia costituita dalla deliberazione in camera di consiglio, con eventuale fissazione di una nuova udienza dibattimentale per la discussione ed eventuali richieste istruttorie⁸².

In senso contrario a quest'ultima ipotesi si può supporre che più tardivo è l'intervento del giudice, maggiori sono i rischi per la sua imparzialità: a istruzione conclusa e decisione pressoché deliberata, il convincimento del giudice sulla qualificazione giuridica del fatto sarà difficilmente scalfito da un ultimo scampolo di contraddittorio, che finirebbe per risolversi in una pura formalità⁸³.

⁷⁷ G. BIONDI, *La riqualificazione*, cit., 9; R. CASIRAGHI, *op. cit.*, 119; F. CASSIBBA, *op. cit.*, 281-289; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova 2014, 877; G.P. VOENA, *op. cit.*, 258; F. ZACCHÈ, *op. cit.*, 786-787.

⁷⁸ L. PARLATO, *op. cit.*, 1589; T. RAFARACI, *Le nuove*, cit., 303 ss.

⁷⁹ Vedi in questo senso M. CAIANIELLO, *Mutamento*, cit., 175.

⁸⁰ Vedi M. PANZAVOLTA, *L'imputazione difettosa nel decreto che dispone il giudizio*, in *RIDPP* 2006, 365-366.

⁸¹ G. CENTAMORE, *op. cit.*, 14; S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione*, cit., 295; T. RAFARACI, *Poteri*, cit., 1168; M. SCULCO, *op. cit.*, 640-641.

⁸² L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa*, cit., 231-232; R.E. KOSTORIS, *op. cit.*, 2523-2524; cfr. altresì M. CAIANIELLO, *Mutamento*, cit., c. 176.

⁸³ Vedi in questo senso T. RAFARACI, *Poteri*, cit., 1168.

Inoltre, un poco fuorviati dal necessario adeguamento alle indicazioni di Strasburgo, si rischia di perdere di vista qual è nel nostro ordinamento, in tema di correlazione tra accusa e sentenza, la lesione delle garanzie difensive più grave, per profondità storica ed estensione applicativa: non tanto la negazione della difesa sul *nomen iuris* da attribuire ad un fatto ormai chiaramente individuato, bensì la prassi del doppio scarto dall'accusa, in forza della quale la riqualificazione giuridica ex art. 521 co. 1 Cpp consegue all'emersione in dibattimento, all'esito dell'istruzione, di profili di diversità del fatto che, in ossequio alla c.d. teoria "funzionale", non vengono contestati⁸⁴. Consentire una riqualificazione giuridica del fatto *in extremis*, proprio per tenere conto dei risultati dell'istruzione, finirebbe per legittimare quella prassi.

In questa prospettiva sarebbe forse più opportuno anticipare ulteriormente l'eventuale intervento del giudice. Si può infatti prevedere un controllo sulla qualificazione giuridica che prenda in esame, *ut vera sint exposita*, solo il fatto inizialmente descritto nel decreto che dispone il giudizio, non quello poi accertato nel dibattimento dal giudice⁸⁵. Esso perciò – come altrove già sostenuto – potrebbe essere effettuato fin dal momento della discussione delle questioni preliminari di cui all'art. 491 Cpp, nelle quali, d'altra parte, il tema dell'inquadramento giuridico del fatto va affrontato, nella medesima chiave ipotetica, ai fini della risoluzione delle questioni sulla competenza per materia ex art. 23 co. 2 Cpp⁸⁶. Un adeguamento del

⁸⁴ Una *summa* di tutti gli errori che possono commettersi in questa materia, e che rischiano di perpetuarsi in assenza di drastici rimedi, si ritrova in un caso affrontato da Cass. 12.12.2012, Mereu, in *DPP* 2014, 98, con nota di E. FARINELLI, *Sugli incerti confini della riqualificazione giuridica del fatto nell'ambito del giudizio abbreviato "allo stato degli atti"*, su cui vedi anche G. CENTAMORE, *op. cit.*. L'imputato di furto si era visto condannare (a una pena quintuplicata rispetto alle richieste) per ricettazione, senza alcuna modifica dell'accusa, essendosi egli difeso dicendo di aver acquistato il bene da persona di cui non ricordava più l'identità, contattata grazie ad un annuncio su un periodico. La sentenza di merito, quella di legittimità, che pure l'ha cassata, e persino i commentatori danno per scontato che il "passaggio" da furto a ricettazione, o viceversa, non comporti mai una diversità del fatto (Cass. 16.9. 2008, Depau, in *CEDCass*, m. 241446); l'annullamento perciò è stato disposto perché l'adeguamento del *nomen iuris* non era sufficientemente prevedibile (e non, più sensatamente, perché il fatto storico corrispondente alla sottrazione, descritto nell'accusa, non poteva non risultare diverso da quello accertato in sentenza, corrispondente ad acquisto, ricezione od occultamento). Del resto, in altro caso giudiziario non troppo dissimile, la Corte ha nuovamente impiegato il criterio della sufficiente prevedibilità della riqualificazione, non per annullare, ma per rigettare il ricorso avverso una condanna che pure aveva condannato per un fatto diverso (Cass. 25.9. 2013, C.I., in *CP* 2015, 216-217). Slittando dalla riqualificazione giuridica alla manipolazione storica del fatto, i criteri indicati dalla Drassich si trasformano da limite garantistico in strumento di abuso (A. CABIALE, *op. cit.*, 223).

⁸⁵ Cfr. A. SANNA, *op. cit.*, 423-424.

⁸⁶ Vedi in questo senso, nel campo del processo civile, L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *RDP* 2000, 932, secondo cui, a tutela del contraddittorio, «occorre impedire al giudice di porre la questione della norma estranea al precedente dibattito tra le parti o di recepire sollecitazioni di parte in tal senso al di là dell'udienza prevista nell'art. 184 Cpc, cioè della fase processuale dopo la quale sono inibite alle parti richieste di nuovi mezzi di prova». In senso contrario vedi F. CASSIBBA, *op. cit.*, 279, il quale osserva che in tal modo «restano escluse tutte le ipotesi in cui la necessità di procedere all'*emendatio iuris* derivi dagli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruzione dibattimentale». L'osservazione coglie nel segno

nomen iuris tanto anticipato offrirebbe all'imputato garanzie analoghe a quelle legate alla regressione del procedimento, potendo costui modificare adeguatamente la sua strategia difensiva fin dalle richieste istruttorie.

In questa prospettiva un ripensamento del giudice collocato in una fase successiva, ad esempio perché infine convinto dalle argomentazioni del pubblico ministero in favore dell'imputazione originaria, dovrebbe comportare una parziale rinnovazione del dibattimento⁸⁷.

Va inoltre considerata seriamente l'ipotesi che anche la riqualificazione giuridica del fatto operata in dibattimento, da parte del giudice o del pubblico ministero, debba comportare il recupero della scelta dei riti speciali, così come imposto dalla Corte costituzionale con riferimento alle modifiche del fatto⁸⁸. Ciò è senza dubbio necessario nelle ipotesi in cui l'accesso ai riti speciali sia precluso con riferimento a determinate fattispecie criminose; in linea generale però è difficile negare l'opportunità di garantire un ripensamento all'imputato, tenendo conto che una diversa fattispecie incriminatrice veicola inevitabilmente un diverso trattamento sanzionatorio e che un pronostico su quello eventualmente irrogabile inevitabilmente incide sulla scelta del rito.

Naturalmente l'esistenza di una direttiva europea non implica che una riconsiderazione del tema sia imminente: nel d.lgs. 1.7.2014 n. 101, diretto ad attuarla, non vi è traccia di questi temi⁸⁹, il legislatore pare oggi impegnato su altri fronti e, data la molteplicità di alternative, è impraticabile un intervento manipolativo della Corte costituzionale⁹⁰; una questione di legittimità costituzionale, sollevata ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost. rischia perciò di esaurirsi in uno dei molti, inascoltati, moniti al legislatore⁹¹.

perché è proprio questo l'obiettivo della proposta, cioè di escludere che, oltre ai casi nei quali, dato un fatto storico ipotetico, appaia erroneo il suo inquadramento giuridico, si usi il potere di cui all'art. 521 co. 1 Cpp per adeguare il *nomen iuris* al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale e non tempestivamente contestato. Il medesimo autore ritiene inoltre che un precoce modifica del *nomen iuris* ad opera del giudice lede la sua imparzialità tanto più se «svincolata dai risultati dell'istruzione di là da venire» (*ivi*, 280). A me pare invece che l'imparzialità del giudice, rispetto all'argomentazione *in iure* delle parti, sia messa più in pericolo se la riqualificazione del fatto sia effettuata in prossimità della decisione all'esito di un accertamento in cui le parti hanno discusso di altro e non se costituisca la premessa dell'attività istruttoria e argomentativa di parte.

⁸⁷ Tale rinnovazione, in particolare, sarebbe destinata all'acquisizione di prove nuove o anche già acquisite sui fatti rilevanti per la nuova fattispecie, non comuni a quella fino a quel momento discussa.

⁸⁸ Vedi in questo senso R. CASIRAGHI, *op. cit.*, 120 e F.R. DINACCI, *La diversa qualificazione giuridica del fatto tra Costituzione e obblighi europei*, in *Studi in onore di M. Pisani, II*, a cura di P. Corso ed E. Zanetti, Piacenza 2010, 200.

⁸⁹ Vedi S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1 luglio 2014 n. 101*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.9.2014.

⁹⁰ Cfr. C. cost., 10.3.2010, n. 103, cit.

⁹¹ In senso contrario F. CASSIBBA, *op. cit.*, 283, ritiene possibile arrivare a un'equiparazione tra la disciplina della diversità del fatto e della qualificazione giuridica grazie a una dichiarazione di illegittimità costituzionale.