

MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE IN DIBATTIMENTO E ACCESSO AI RITI CONSENSUALI: LA CORTE COSTITUZIONALE ABBATTE UN'ALTRA PRECLUSIONE

di Marco Rossi

(Dottore di ricerca in Diritto processuale penale, Università di Urbino Carlo Bo)

Sommario: 1. Le ragioni della pronuncia d'incostituzionalità. – 2. Aspetti positivi e limiti della decisione. – 3. Prospettive.

1. Con la sentenza n. 206 del 2017¹ la Corte costituzionale prosegue l'opera, avviata nel 1994², di progressivo abbattimento della preclusione³ all'accesso ai riti alternativi a fronte della modifica dell'imputazione in dibattimento. Come era prevedibile, dati i precedenti arresti del Giudice delle leggi, è stata estesa la possibilità di richiedere il patteggiamento a seguito di modifica dell'imputazione per fatto diverso emerso a seguito dell'istruzione dibattimentale.

L'impostazione originaria del codice non prevedeva la possibilità di chiedere i riti alternativi a contenuto premiale in tale fase processuale⁴; tuttavia, in seguito alle nuove contestazioni effettuate dal pubblico ministero nel corso del dibattimento, l'imputato poteva trovarsi a fronteggiare un'accusa rispetto alla quale sarebbe stato suo interesse accedere ai riti alternativi, ma tale facoltà gli era preclusa perché decorsi i termini per le relative richieste.

Questo assetto veniva confermato da alcuni provvedimenti della Corte costituzionale dei primi anni novanta⁵. Infatti, rispetto alle nuove contestazioni determinate dalle acquisizioni dibattimentali (c.d. fisiologiche), la Corte aveva escluso che la preclusione ai riti premiali violasse gli artt. 3 e 24 Cost. facendo leva sul principio di indissolubilità del binomio premialità – deflazione, nel senso che, per quanto attiene al patteggiamento, l'interesse dell'imputato alla riduzione della pena poteva rilevare solo in quanto avesse rinunciato al dibattimento. Inoltre, secondo l'iniziale orientamento, la preclusione non era affatto irragionevole giacché in un sistema

¹ C. cost., 17.7.2017 n. 206, in CP 2017, 3900, con nota di G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e diritto di difesa: un ulteriore tassello nella parabola dei riti speciali*.

² Per una visione generale dell'evoluzione compiuta in questa materia si veda R. Angeletti, *Nuove contestazioni nel processo penale*, Torino 2014, 105 ss.

³ Preclusione che ha la funzione di incentivare domande tempestive in modo da correlare lo sconto di pena al risparmio di energie processuali, così G. Leo, *Contestazioni suppletive in dibattimento e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell'art. 517 c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.7.2015.

⁴ Secondo M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 343, si tratta di profili che non erano «stati ricordati nel dettare la nuova disciplina»; nello stesso senso, O. Mazza, *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in DigDPen., Agg. IV, t. 1, 2000, 383. Al contrario secondo A. Spinelli, *La consulta torna sul rapporto tra modifica dell'imputazione e facoltà di accesso ai riti alternativi*, in www.penalecontemporaneo.it, 10.10.2017, 39, si tratta di una «precisa scelta del legislatore».

⁵ C. cost., 28.12.1990 n. 593, in GCos 1990, 3309; C. cost., 8.7.1992 n. 316, in GCos 1992, 2625; C. cost., 11.5.1992 n. 213, in GCos 1992, 1745; C. cost., 1.4.1993 n. 129, in GCos 1993, 1043.

accusatorio in cui la prova si forma in dibattimento non è infrequente né imprevedibile il mutamento della imputazione; di conseguenza il relativo “rischio” veniva fatto rientrare nel calcolo che l'imputato avrebbe dovuto fare al momento in cui la scelta del rito premiale era ancora possibile. In definitiva gli si addebitavano le conseguenze delle proprie determinazioni.

Ma la Consulta perveniva a conclusione opposta, per la prima volta, con la sentenza n. 265 del 1994⁶ e proprio in materia di patteggiamento. Soluzione che non aveva sorpreso poiché, in realtà, si trattava di un'ipotesi di nuova contestazione c.d. patologica o tardiva⁷, effettuata cioè sulla base degli atti di indagine già noti al pubblico ministero e non sulle base delle prove assunte in dibattimento: caso in cui non si può parlare di libera assunzione da parte dell'imputato del “rischio” di una nuova contestazione, poiché le sue scelte in materia di forme processuali erano state condizionate da una condotta “anomala” del pubblico ministero. Secondo la Corte, inoltre, anche il principio di uguaglianza risultava violato: l'imputato era stato irragionevolmente discriminato rispetto alla possibilità di accesso ai riti alternativi «in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della valutazione delle risultanze delle indagini preliminari da parte del pubblico ministero e delle relative contestazioni»⁸.

Pertanto, nel 1994 veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 Cpp nella parte in cui non consentivano all'imputato di richiedere il patteggiamento, relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova imputazione riguardava un fatto che già risultava dagli atti d'indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale. In quell'occasione si era affermato che ad analoga conclusione non si poteva pervenire in materia di rito abbreviato poiché ritenuto incompatibile con le forme dibattimentali.

Dopo la riscrittura del giudizio abbreviato operata da l. n. 479/1999⁹ la Corte ritornava sui propri passi con la sentenza n. 333/2009¹⁰ e, ritenuti superati gli ostacoli individuati nella pronuncia del 1994¹¹, dichiarava la illegittimità costituzionale degli

⁶ C. cost., 22.6.1994 n. 265, in *GCos* 1994, 2153.

⁷ Mentre con contestazioni “fisiologiche” «si allude alle variazioni dell'addebito che la legge consente per conformare l'imputazione alle emergenze scaturite dall'istruttoria dibattimentale: a contestazioni, dunque, che non sarebbero state possibili nel momento in cui l'azione penale è stata promossa», con contestazioni “patologiche” o tardive si intendono «le variazioni effettuate dal pubblico ministero, avvalendosi delle norme concernenti le contestazioni suppletive, sulla base di cognizioni già disponibili nella fase predibattimentale, al solo scopo di migliorare il livello di corrispondenza tra i fatti accertati e l'addebito complessivamente mosso all'imputato»: G. Leo, *op. cit.*, 2.

⁸ C. cost., 25.6.2014 n. 184, in www.cortecostituzionale.it.

⁹ Nonché dall'intervento correttivo operato mediante d.l. 7.4.2000 n. 82, conv. in l. dalla l. 5.6.2000 n. 144.

¹⁰ C. cost., 18.12.2009 n. 333, in *GCos* 2009, 4944, con nota di M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*; si veda anche G. Todaro, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *CP* 2010, 2527; V. Maffeo, *Le contestazioni tardive e il giudizio abbreviato*, in *GCos* 2010, 3597.

¹¹ Ostacoli superati non solo per via della riscrittura del rito operata dalla “Legge Carotti” ma anche grazie a C. cost., 19.5.2003 n. 169, in *DPP* 2003, 829, che rendendo possibile il sindacato del giudice del

artt. 516 e 517 Cpp anche nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso o il reato concorrente contestato in udienza, nell'ipotesi di nuova contestazione per un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

A questa decisione la Corte perveniva anche per rimuovere la differenza di regime che si era venuta a creare fra l'accesso al patteggiamento e al giudizio abbreviato di fronte a una contestazione suppletiva tardiva, non più giustificabile alla luce del nuovo assetto normativo operato dalla l. 479/1999.

Successivamente, veniva portato all'attenzione del Giudice delle leggi il caso di trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata, risolto con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 517 Cpp nella parte in cui non consentiva il patteggiamento (sent. n. 184/2014¹²) e l'anno seguente, ove non consentiva il giudizio abbreviato (sent. n. 139/2015¹³) qualora il pubblico ministero avesse proceduto alla contestazione suppletiva "patologica" di una circostanza aggravante.

Le accennate declaratorie avevano investito la materia delle nuove contestazioni "patologiche", mentre con riferimento a quelle "fisiologiche" la Corte era già intervenuta per la prima volta¹⁴ con sent. n. 237/2012¹⁵ dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 Cpp nella parte in cui non consentiva all'imputato di chiedere il giudizio abbreviato per il reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale oggetto della nuova contestazione e con la sent. n. 273/2014¹⁶ ritenendo costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di uguaglianza e del diritto di difesa, l'art. 516 Cpp ove non prevedeva la facoltà di richiedere il giudizio abbreviato per il fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, oggetto della nuova contestazione.

È a tale ultima sentenza che occorre far riferimento anche per l'analisi di quella qui in esame, poiché gran parte delle argomentazioni di allora sono identiche a quelle impiegate nel 2017.

Innanzitutto, la Corte riprende la definizione di fatto diverso, sostenendo che «non qualsiasi variazione o puntualizzazione, anche meramente marginale, dell'accusa originaria», bensì «solo quella che, implicando una trasformazione dei tratti essenziali dell'addebito, incida sul diritto di difesa dell'imputato: in altre parole, la nozione strutturale di "fatto" (...) va coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni delle facoltà difensive».

Orbene, proprio in relazione al diritto di difesa, si rileva che anche in caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso, l'imputato si trova in una situazione di

dibattimento sulla decisione di rigetto della domanda di accesso condizionato al rito, aveva creato le basi per la celebrazione dell'abbreviato in dibattimento.

¹² C. cost., 25.6.2014 n. 184, in www.cortecostituzionale.it.

¹³ C. cost., 9.7.2015 n. 139, in www.penalecontemporaneo.it, 13.7.2015.

¹⁴ Ad eccezione dell'oblazione che C. cost., 29.12.1995 n. 530, in CP 1996, 1084, aveva esteso ad ogni ipotesi di modifica dell'imputazione per fatto diverso o reato concorrente.

¹⁵ C. cost., 26.10.2012 n. 237, in GCos 2012, 3548; si veda Mastromattei, *Note in tema di giudizio penale. Richiesta di rito abbreviato*, in GI 2013, 1516.

¹⁶ C. cost., 5.12.2014 n. 273, in GCos 2014, 4654, si veda R. Bricchetti, *La facoltà di accedere ai riti alternativi garantisce la difesa*, in GD 2015 (2), 75.

svantaggio relativamente all'accesso ai riti alternativi rispetto a chi della stessa imputazione è chiamato fin dall'inizio a rispondere. Per la Corte «condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti, e ciò vale non solo per il giudizio abbreviato, ma anche per il patteggiamento», e soprattutto per quest'ultimo rito che consente di determinare il contenuto della decisione «che non può avvenire se non in riferimento a una ben individuata fattispecie penale» e dove il mutamento del fatto può incidere sulla quantificazione dell'effetto premiale.

Inoltre, sempre mutuando le argomentazioni del 2014, la Consulta non ritiene più decisivi gli argomenti contrari, impiegati in passato, relativi alla necessaria correlazione premialità – deflazione e alla assunzione del “rischio”.

Sotto il primo aspetto si osserva che l'accesso al patteggiamento dopo l'inizio del dibattimento è comunque idoneo a produrre un'economia processuale seppure “attenuata”, tenuto conto dell'elisione dell'ulteriore attività istruttoria e dell'appello, in ogni caso le ragioni di deflazione sono recessive rispetto ai principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost.

Sotto il profilo dell'assunzione del “rischio”, si afferma che «non si può pretendere che l'imputato valuti la convenienza di un rito speciale tenendo conto anche dell'eventualità che, a seguito dei futuri sviluppi dell'istruzione dibattimentale, l'accusa a lui mossa subisca una trasformazione, la cui portata resta ancora del tutto imprecisata al momento della scadenza del termine utile per la formulazione della richiesta».

Relativamente al parametro costituzionale di cui all'art. 3 Cost., la Corte rileva che anche in caso di contestazione dibattimentale “fisiologica” del fatto diverso è riscontrabile, potenzialmente, una ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quelle che la Consulta chiama «circostanze puramente occasionali» che consentono il recupero da parte dell'imputato della facoltà di accesso al rito, ossia il caso in cui il reato dopo la nuova contestazione rientri tra quelli che richiedono la celebrazione dell'udienza preliminare e questa non sia stata tenuta. La circostanza, se eccepita nei termini di decadenza, impone al giudice di disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero con l'effetto di rimettere in termini l'imputato per la richiesta di applicazione della pena.

Infine, viene sottolineato un ulteriore profilo di disparità di trattamento derivante proprio dall'ampliamento delle facoltà riconosciute con la sentenza del 2014, la quale a seguito della modifica “fisiologica” dell'imputazione attribuisce all'imputato la possibilità di chiedere il giudizio abbreviato, ma non invece il patteggiamento¹⁷.

Rimedia, quindi, alla evidente anomalia, la decisione in commento, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 516 Cpp, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 Cpp, qualora il fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale formi oggetto della nuova contestazione.

¹⁷ Dà particolare rilievo a tale elemento, C. Minnella, *Cade un altro muro sul divieto di accesso ai riti speciali*, in *GD* 2017 (39), 73.

2. La sentenza della Corte va senza dubbio nella giusta direzione demolendo un altro pezzo del muro che impedisce l'accesso ai riti alternativi a fronte di nuove contestazioni dibattimentali¹⁸. La regolamentazione della materia che ne risulta si presenta, però, del tutto inadeguata dopo il "peccato originale" compiuto dalla giurisprudenza, prima di merito e poi di legittimità, nel momento in cui ha riconosciuto la possibilità di modificare l'accusa sulla base degli atti d'indagine¹⁹.

Tale operazione, non prevista dalla lettera del codice²⁰, ha reso necessario l'intervento della Consulta, la quale, tuttavia, con i suoi interventi diretti a restituire all'imputato la possibilità di scelta dei riti alternativi a fronte di una modifica dell'imputazione "patologica", ha finito con avallare implicitamente l'errata interpretazione. Infatti, la Corte nel 1994, all'epoca della prima pronuncia di incostituzionalità²¹, anziché rigettare la questione di legittimità rifiutando la lettura ammissiva della mutazione "patologica" dell'imputazione, l'ha accolta "rattoppando" il sistema mediante l'estensione delle facoltà difensive dell'imputato. La restituzione nella scelta dei riti premiali è stata, a quel punto, doverosa, poiché in tale ipotesi, il principio dell'*electa una via (recursus ad alteram non datur)* non può applicarsi in quanto acquista significato solo se posto in specifica correlazione all'oggetto della scelta processuale. Qualora l'imputazione, sulla base di atti già noti al pubblico ministero, muti radicalmente o venga introdotta *ex novo*, l'opzione precedentemente effettuata perde di ogni rilevanza²² e in caso di aggiornamento "patologico" dell'imputazione, la frustrazione del diritto difensivo alla scelta del rito è macroscopica.

Lo stesso non può dirsi tuttavia, in caso di modificazione "fisiologica", poiché la previsione di adeguare l'imputazione alle risultanze dell'istruzione dibattimentale è

¹⁸ Secondo S. Allegrezza, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *CP* 2000, 330, l'istituto delle nuove contestazioni trova la propria ragione giustificatrice «nella voluta centralità del dibattimento e nella fisiologica fluidità dell'accusa (...) Il carattere dinamico del procedimento probatorio impone l'elasticità piuttosto che l'immutabilità dell'accusa: la sua ipoteticità, non la sua fissità»; così anche T. Rafaraci, *Assestamento tardivo degli addebiti contestati*, in *DPP* 1997, 330; in giurisprudenza, Cass. 3.3.1999 Russo, in *CEDCass*, m. 212772; Cass. 2.7.1997 Mambrini, in *CEDCass*, m. 208224.

¹⁹ Orientamento fatto proprio da Cass. S.U. 28.10.1998 Barbagallo, in *DPP* 1999, 633. Su questa decisione si vedano, M. Bazzani, *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, in *CP* 1999, 3079; S. Allegrezza, *op. cit.*, 330; M. L. Di Bitonto, *La modifica dell'imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*; in *GI* 1999, 2136; G. Varraso, *Le nuove contestazioni «tardive» del dibattimento: le sezioni unite legittimano l'«arbitrio» del p.m.*, in *GP* 1999, II, 700; G. Lozzi, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *RIDPP* 2000, 338. Dello stesso orientamento, Cass. 29.10.2009 Cardella, in *CEDCass*, m. 245006; Cass. 22.9.2009 Nasso, in *CP* 2011, 1160; Cass. 8.1.2009 Caltabiano, in *GP* 2010, III, 29. In dottrina, condividono l'assunto della Cassazione, D. Chinnici, *In tema di limiti cronologici per le nuove contestazioni suppletive*, in *FI* 2000 II, 710; A. Stefani, *Ampliato dalle Sezioni unite il potere di contestazione suppletiva del p.m.*, in *DPP* 1999, 633 s. In senso contrario, Cass. 22.2.2005 Aricò, in *CP* 2006, 1507; Cass. 21.9.2004 Obertino, in *CEDCass*, m. 231271; Cass. 16.12.2003 Filippo, in *CEDCass*, m. 228554.

²⁰ Anche per G. LOZZI, *op. cit.*, 340, l'interpretazione svislisce il dato normativo.

²¹ C. cost., 22.6.1994 n. 265, in *GCos* 1994, 2153.

²² Cfr., M. Bazzani, *op. cit.*, 3079.

connaturale al rito accusatorio che vede nel dibattimento il luogo deputato alla formazione della prova: «un'istruzione probatoria dal carattere tendenzialmente aperto, in cui accusa e difesa si confrontano dialetticamente sul *thema decidendum*, implica “naturalmente” l'emersione di nuove risultanze. Il doveroso adeguamento del rapporto processuale all'oggetto dell'accertamento, motivato dalla necessità di ovviare agli inconvenienti cui darebbe luogo una regressione del procedimento, giustifica allora l'imposizione di un sacrificio al diritto dell'imputato»²³. Ne consegue che la rettifica del fatto originariamente contestato rappresenta un'evenienza del tutto ordinaria e l'imputato ne deve tenere conto nel momento in cui sceglie il rito maggiormente garantito.

Quindi, se il diritto vivente non avesse accordato la possibilità di apportare modificazioni “patologiche” all'accusa, la lettera del codice non sarebbe apparsa, da sé, irragionevole. Il sistema avrebbe funzionato in maniera razionale consentendo la modifica “nel corso dell'istruzione dibattimentale”, ossia esclusivamente sulla base delle prove assunte in tale fase e poiché si tratta di un'evenienza ordinaria e connaturale ad un rito accusatorio, non avrebbe consentito all'imputato di ritornare sulla scelta del rito, in quanto preclusa in dibattimento. Con ciò non si vuole esaltare il criterio della prevedibilità, di evidente derivazione inquisitoria²⁴, bensì valorizzare il criterio della accettazione del rischio²⁵.

Tuttavia, la creazione giurisprudenziale di un doppio sistema a seconda che l'aggiornamento avvenga sulla base degli atti d'indagine o sulla base delle prove assunte in dibattimento²⁶, a cui erano – e ancora oggi sono – correlati differenti facoltà

²³ M. Bazzani, *op. cit.*, 3079.

²⁴ Il criterio della prevedibilità è in contrasto con l'art. 27 co. 2 Cost. che riconosce la presunzione di non colpevolezza: l'affermazione che l'imputato possa prevedere l'evoluzione dell'accusa ha come presupposto logico che egli sia il depositario della verità, «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»: F. S. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 27.11.2012, 5.

²⁵ Valorizza tale principio al punto da criticare la soluzione del giudice costituzionale in tema di abbreviato, A. Cabiale, *L'imputato può chiedere il giudizio abbreviato anche dopo la modifica “fisiologica” dell'imputazione: la fine del “binomio indissolubile” fra premialità e deflazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.12.2014, § 7. Al contrario secondo G. Todaro, *op. cit.*, 2527, tale criterio sconta una «aporia di ordine logico».

²⁶ Per giustificare la differenziazione di disciplina si afferma che quando la libera determinazione dell'imputato verso i riti speciali è ostacolata da anomalie nella condotta processuale del pubblico ministero, che rivalutando gli atti di indagine modifica l'accusa prima dell'istruzione dibattimentale, non può parlarsi di accettazione consapevole del rischio da parte dell'imputato, pertanto gli andrebbe riconosciuto il diritto a cambiare forma procedimentale quando la riformulazione dell'accusa avviene per fatti che emergevano già dal fascicolo delle indagini preliminari al momento dell'esercizio dell'azione penale. Se, invece, al pubblico ministero non può imputarsi alcuna anomalia nella formulazione dell'accusa, non vi è nemmeno la necessità di riequilibrare le posizioni delle parti. Il concetto è chiarito da M. Caianiello, *op. cit.*, 4957: «siccome risulta diritto vivente consolidato che il pubblico ministero possa rimediare ad errori, lacune o dimenticanze relative alla fissazione della regiudicanda prima che la fase istruttoria si apra, ne deve derivare un contrappeso di garanzia per l'imputato, quale, per l'appunto la restituzione in termini per chiedere l'abbreviato: non può essere la difesa – questa la logica di politica processuale che si intravede – a pagare per l'incuria o l'inerzia

difensive, è apparso col tempo inadeguato poiché difficilmente giustificabile²⁷. Addossare all'imputato il rischio della modifica dell'imputazione, con conseguente preclusione di accedere ai riti consensuali, «significa introdurre nel processo penale un elemento di aleatorietà, o fatalismo, che inesorabilmente si scontra con la basilare tutela difensiva»²⁸. Infatti le due situazioni – modifica “fisiologica” o “patologica” dell'accusa – spesso si confondono, per cui è «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»²⁹ e ciò è tanto più grave se alle due situazioni conseguono differenti facoltà difensive.

Dunque ampliare o restringere le garanzie a seconda che la modifica dell'imputazione sia “patologica” o “fisiologica” appare pretestuoso; al contrario si ritiene doveroso equiparare le due situazioni³⁰.

Aspetto ingiustificabile alla luce del principio costituzionale di uguaglianza, che la sentenza in oggetto tenta di superare, è infatti distinguere fra i riti ammissibili e fra le diverse ipotesi di modifica dell'imputazione, le quali, necessariamente, debbono garantire all'imputato, tutte allo stesso modo, il diritto di riconsiderare la precedente scelta³¹. Bene ha fatto la Corte ad ammettere l'applicabilità del patteggiamento all'ipotesi di contestazione “fisiologica” di fatto diverso³², poiché la lesione al principio di uguaglianza era non più sopportabile dopo la possibilità, concessa nel 2014, di accedere al rito abbreviato, nella stessa ipotesi di aggiornamento dell'accusa.

dell'attore istituzionale (men che meno per la sua malizia)».

²⁷ Predica un definitivo superamento della distinzione anche F. S. Cassibba, *op. cit.*, 5; G. Todaro, *op. cit.*, 2527, secondo cui l'accesso ai riti alternativi costituisce garanzia non surrogabile; nonché M. Caianiello, *op. cit.*, 4957, secondo cui «l'imputato si trova ancor più in difficoltà se la nuova contestazione sorga *ex novo* in dibattimento (...), che non quando essa apparisse già estrapolabile dagli atti di indagine. È vero che in quest'ultimo caso il pubblico ministero può essere tacciato di incuria o negligenza, ma anche sul suo contendente si potrebbe eccepire che avrebbe dovuto saper cogliere il potenziale sviluppo del tema d'accusa. Insomma, la maggiore difficoltà per l'imputato si riscontra certamente ove la lettera degli artt. 516 e 517 Cpp. venga scrupolosamente rispettata».

²⁸ A. Spinelli, *op. cit.*, 44.

²⁹ F. S. Cassibba, *op. cit.*, 4.

³⁰ Secondo, F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano 2016, 306, «corre su un terreno scivoloso chi discrimina 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».

³¹ A tal proposito è decisiva l'affermazione di F. S. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità*, cit., 16, secondo cui «neppure criteri di tipo oggettivo tesi ad identificare un episodio permettono – al di fuori di un approccio di tipo casistico – 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». Al contrario, secondo A. Cabiale, *op. cit.*, § 7, sussistono sufficienti elementi per giustificare un trattamento differenziato.

³² Sulla nozione di fatto diverso si vedano, S. Quattrocchio, *Riquilificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli 2011, 79 ss.; G. Reynaud, *I mutamenti dell'imputazione*, in *Giudizio ordinario*, a cura di Nosengo, Torino 2002, 336 ss.; G. Riccio, *Fatti “nuovi” e fatti “diversi” nel regime delle contestazioni suppletive. Tre differenti riti a seconda del tipo di reato configurato*, in *D&G* 2004 (13), p. 63.

Tuttavia la Corte avrebbe dovuto – e dovrà farlo in futuro – estendere il patteggiamento anche al caso di contestazione suppletiva “fisiologica” di reato concorrente³³.

Infatti, l'esigenza di tornare sulla scelta del rito appare ancor più giustificabile quando la mutazione dell'addebito comporta una incidenza quantitativa sull'effetto premiale³⁴ – che si verifica sicuramente in caso di contestazione di reato concorrente o circostanza aggravante – ma non è meno incombente nel caso di contestazione di fatto diverso, anche se da tale ipotesi non necessariamente consegue un diverso trattamento sanzionatorio. Ciò in quanto l'accesso ai riti alternativi è esplicazione del diritto di difesa³⁵ e queste forme processuali non possono «essere espunte dal quadro processuale riservato all'imputato, allorché di siffatto quadro sia addirittura la cornice a mutare»³⁶. In altre parole, poiché il diritto di difesa prevale sull'esigenza di economia processuale e sulle logiche negoziali, non si può mettere in dubbio che esso risulta violato anche quando muta il fatto contestato all'imputato: la modifica ha come presupposto la chiarezza dell'imputazione, quindi deve trovare come contrappeso l'integrazione dei diritti difensivi. Più precisamente all'imputato va ripristinata la «pienezza dei propri poteri ogniqualvolta vengano modificati aspetti di fatto o di diritto dell'accusa formulata nei suoi confronti»³⁷. Quanto si afferma trova un riscontro nelle disposizioni in materia di procedimento abbreviato, dove l'art. 441-bis Cpp consente all'imputato di ritornare al rito ordinario in ogni ipotesi di mutazione dell'imputazione³⁸. Non si comprende perché il diritto di ripensamento non debba valere *a contrario* anche in dibattimento. Inoltre, in ogni caso di esercizio dell'azione penale secondo forme diverse rispetto a quella ordinaria, ovvero nel caso di richiesta di giudizio immediato o citazione diretta a giudizio, all'imputato è riconosciuto il diritto di scegliere un rito premiale, mentre lo stesso non vale nel caso di esercizio dell'azione nelle forme di cui agli artt. 516 e 517 Cpp³⁹. Si può quindi concludere

³³ Infatti, in tema di accesso al rito abbreviato la Corte costituzionale lo ha prima ammesso con riferimento alla modifica fisiologica dell'imputazione per reato concorrente e in un secondo momento per fatto diverso; l'accesso è stato negato dapprima in quanto solo nell'ipotesi di cui all'art. 517 Cpp l'azione penale non era stata mai esercitata, con ciò affermando che le modifiche allo stesso fatto non comporta gli stessi squilibri dell'ipotesi in cui viene aggiunto un addebito.

³⁴ Secondo, T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano 1996, 205 s., 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», mentre è irragionevole «presumere altrettanto quando la nuova contestazione aggiunga all'originaria un'altra accusa, sia pure connessa».

³⁵ Ritiene che la scelta del rito sia espressione del diritto di difesa, F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 297; nella giurisprudenza costituzionale si vedano, C. cost., 25.5.2004 n. 148, in *GCos* 2004, 1557; C. cost., 15.3.1996 n. 70, in *GCos* 1996, 659; C. cost., 11.12.1995 n. 497, in *GCos* 1996, 4236.

³⁶ A. Spinelli, *op. cit.*, 44.

³⁷ M. Caianiello, *op. cit.*, 4957.

³⁸ Nello stesso senso, F. S. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità*, cit., 5; M. Caianiello, *op. cit.*, 4963. Critica tale argomento A. Cabiale, *op. cit.*, § 6, poiché è «di gran lunga più frequente un mutamento dibattimentale dell'accusa, in quanto, nel giudizio abbreviato, l'assunzione di prove pare un'eventualità decisamente più rara», inoltre non potrebbe trarsi da questa disposizione un indice di sistema.

³⁹ Sono un fenomeno di esercizio dell'azione penale anche per M. Caianiello, *Modifiche all'imputazione*

affermando che «le disposizioni in materia di patteggiamento e di giudizio abbreviato costituiscono un precipitato tecnico di garanzie, ad un tempo ascrivibili al novero del diritto penale sostanziale e del diritto penale processuale, che sembrano attingere quel nucleo di fondo del diritto di difesa che deve sempre essere assicurato»⁴⁰.

L'aspetto che desta maggiori perplessità è il criterio "funzionale"⁴¹ adottato dalla Corte per regolare la necessità di procedere a modificazione dell'imputazione ex art. 516 Cpp. Tale criterio elaborato dalla giurisprudenza di legittimità è nato per una finalità diversa, ossia per sindacare *ex post* le violazioni del principio di correlazione fra accusa e sentenza, valutando le possibilità concesse alla difesa rispetto ai contenuti emersi in dibattimento che avrebbero giustificato la modifica dell'imputazione⁴². Orbene, la decisione di modificare l'imputazione «non può non rapportarsi ad una valutazione a priori circa la necessità di intervenire sull'oggetto del processo per mettere la difesa nelle condizioni di utilizzare gli strumenti che ha a disposizione per contrastare l'accusa ed è incompatibile con un'impostazione che invece tende a verificare, a posteriori, se le iniziative della difesa si sono utilmente esplicate anche nei confronti di quegli elementi fattuali che, pur estranei alla dimensione testuale della contestazione, erano comunque presenti nel processo e, come tali, "visibili" ai fini dell'attività difensiva»⁴³. Quindi applicare tale criterio in questo ambito ha poco senso poiché la lesione al diritto di difesa si realizza proprio non addivenendo alla modifica dell'imputazione⁴⁴, in quanto impedisce il sorgere del diritto a scegliere il rito alternativo, essendo la fonte di tale diritto proprio l'intervenuta modifica dell'imputazione. Inoltre, l'accesso a tale criterio lascerebbe ampia discrezionalità alla parte pubblica, col rischio di trattamenti disarmonici fra imputati: «la tolleranza di un'area di violazioni non dannose metterebbe il p.m. nella condizione di scegliere liberamente se aggiornare o meno l'accusa in base alle emergenze dibattimentali visto che la diversità, pur conclamata, potrebbe non determinare alcuna conseguenza

e giudizio abbreviato. Verso un superamento della distinzione fra contestazioni fisiologiche e patologiche, in *GCos* 2012, 3565; secondo V. Pini, *Modifica dell'imputazione e diritto ai riti speciali*, in *GCos* 1995, 4420, secondo cui si tratta di una ipotesi «*sui generis*» di azione penale. Viceversa secondo l'orientamento tradizionale siamo al di fuori dell'esercizio dell'azione penale rientrando piuttosto nel suo proseguimento, così F. Cordero, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, in *RIDPP* 1958, 938: «il *ne procedat iudex ex officio* non può essere chiamato in causa ed il precetto opera come esclusivo strumento di tutela degli interessi difensivi dell'imputato».

⁴⁰ G. Todaro, *op. cit.*, 2527.

⁴¹ Sul concetto di "criterio funzionale" si vedano, A. Monteleone, *Principio del contraddittorio e nuove contestazioni: tra interpretazione funzionale e tutela del diritto di difesa*, in www.archiviopenale.it, 2013 (1), 6 ss.; C. Papagno, *La nozione funzionale del "fatto processuale" e l'effettività del diritto di difesa*, in *DPP* 2009, 79; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., 211 ss.

⁴² Secondo Cass. S.U. 19.6.1996 Di Francesco, in *CP* 1997, 360, non è ravvisabile violazione del principio di correlazione fra accusa e sentenza «quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione».

⁴³ A. Tassi, *La Corte riconosce il diritto al giudizio abbreviato nel caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso in dibattimento*, in *GCos* 2014, 4622.

⁴⁴ Il fatto «non è diverso in quanto violi il contraddittorio o la difesa, ma viola il contraddittorio e la difesa perché è diverso», così T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni*, cit., 30.

processuale»⁴⁵. Pertanto al criterio funzionale è da preferire, senza dubbio, un criterio puramente strutturale del fatto per individuare quando il pubblico ministero deve procedere alla modifica dell'imputazione, con correlativa nascita del diritto dell'imputato alla scelta del rito.

3. Dopo questa declaratoria di incostituzionalità, il quadro delle facoltà difensive risulta così configurato⁴⁶: in caso di modifica dell'imputazione, sia "patologica" che "fisiologica", per fatto diverso *ex art. 516 Cpp* è sempre possibile chiedere il patteggiamento, il rito abbreviato e l'oblazione; quando viene contestato un reato concorrente *ex art. 517 Cpp* è possibile chiedere il rito abbreviato o l'oblazione in ogni caso, mentre il patteggiamento solo se la modifica dell'imputazione è "patologica", poiché a fronte di modifica "fisiologica" tale rito è esperibile soltanto se l'imputato abbia già presentato ritualmente la richiesta in ordine alle originarie imputazioni; se si tratta di contestazione suppletiva di circostanza aggravante *ex art. 517 Cpp*, è possibile chiedere il patteggiamento o il giudizio abbreviato, ma soltanto nelle ipotesi di modifica "patologica" dell'imputazione.

È del tutto evidente, pena la lesione del diritto di difesa e di uguaglianza, che una disciplina così variegata e frammentaria non può durare a lungo. Pertanto, se non interverrà il legislatore a porvi rimedio⁴⁷ occorreranno nuovi interventi della Giudice delle leggi al fine di armonizzarla ed ammettere la possibilità di scegliere il patteggiamento, il rito abbreviato o l'oblazione in ogni caso di modifica dell'imputazione *ex art. 516 o 517 Cpp*⁴⁸. Tale esigenza è ancor più pressante relativamente alla possibilità di accedere al patteggiamento, ancora oggi irragionevolmente negata quando è contestato in via suppletiva un reato concorrente⁴⁹. La sentenza della Corte non convince proprio sotto questo aspetto in quanto, anziché intervenire "a spot" in rigoroso ossequio al principio della correlazione fra chiesto e pronunciato, avrebbe dovuto una volta per tutte impiegare il potere riconosciute dall'art. 27 l. 11.3.1953 n. 87 e dichiarare la incostituzionalità consequenziale di tutte le ipotesi *ex art. 517 Cpp* in cui, ancora, non è possibile ritornare sulla scelta del rito.

Inoltre, l'introduzione del giudizio speciale della sospensione del procedimento con messa alla prova, avvenuta senza tenere in minima considerazione l'accessibilità a

⁴⁵ A. Tassi, *op. cit.*, 4622.

⁴⁶ Per il quadro della disciplina risultante a seguito dei molteplici interventi della Consulta, prima della sentenza qui commentata, si veda, F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 314.

⁴⁷ La speranza è tuttavia mal riposta poiché non ha trovato alcun riscontro nemmeno con la recente riforma del processo penale operata con l. 23.6.2017 n. 103.

⁴⁸ Addirittura secondo C. Minnella, *op. cit.*, 78, si dovrebbe prevedere una generalizzata riapertura dei termini in ogni ipotesi di modifica della contestazione, da estendersi anche ai reati non toccati dalla contestazione suppletiva, recuperando il rito alternativo altresì per le imputazioni originarie.

⁴⁹ Nello stesso senso, F. S. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità*, cit., 15: «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».

tale forma nella fase processuale di cui si sta trattando, comporterà necessariamente un nuovo intervento della Corte costituzionale per consentirne la fruibilità quando l'aggiornamento dell'imputazione faccia rientrare la fattispecie nell'alveo di applicabilità dell'istituto *de quo*, pena, anche in questo caso, la lesione dei parametri costituzionali già citati⁵⁰.

Infine, appare senza dubbio necessario mettere mani alla disciplina della contestazione per fatto nuovo ex art. 518 Cpp⁵¹. La previsione, in questo caso, della necessità del consenso dell'imputato non può valere a giustificare l'elisione della possibilità di scegliere riti alternativi. Infatti, l'imputato ben potrebbe acconsentire alla contestazione del fatto nuovo e volere essere ammesso, per questo fatto, ad un rito speciale. Il consenso è funzionale esclusivamente a sanare l'elisione dei diritti difensivi che l'imputato perde a causa dell'esercizio dell'azione in questa forma, come ad esempio l'udienza preliminare o le facoltà nascenti dall'avviso di cui all'art. 415-bis Cpp, ma non deve precludergli anche la possibilità di accedere ai riti alternativi⁵², essendo questa una garanzia «non surrogabile»⁵³. Peraltro ne guadagnerebbe anche il sistema nel suo complesso, con evidente risparmio di energie processuali. Tuttavia, qui la questione non può essere risolta dalla Corte costituzionale: non essendo la disciplina irragionevole⁵⁴, si tratterebbe di un intervento connotato da ragioni di opportunità legislativa⁵⁵.

⁵⁰ Nello stesso senso, A. Tassi, *op. cit.*, 4662, secondo cui la sospensione del procedimento con messa alla prova rientra «sia per gli aspetti processuali sia per i vantaggi in termini sostanziali conseguibili grazie all'accesso alla forma processuale alternativa, fra le modalità di esercizio del diritto di difesa intesa come diritto alla scelta del rito. Conseguentemente detta situazione attiva dovrebbe essere riconosciuta, come avviene per le analoghe forme alternative, in caso di modifica dell'imputazione in dibattimento»; nonché A. Spinelli, *op. cit.*, 45.

⁵¹ Sulla distinzione fra fatto nuovo e fatto diverso si veda F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 46.

⁵² Secondo F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 343, il consenso costituisce implicita rinuncia ai riti alternativi.

⁵³ G. Todaro, *op. cit.*, 2527.

⁵⁴ Come infatti riconosciuto da C. cost., 23.5.1997 n. 146, in *GCos* 1997, 1604.

⁵⁵ Ugualmente, secondo F. S. Cassibba, *Vacilla il criterio della prevedibilità*, cit., p. 18, «l'esclusione della praticabilità del rito alternativo resta, viceversa, ragionevole per la contestazione del fatto nuovo, che cade sotto la disciplina dell'art. 518 c.p.p.». Mentre G. Todaro, *op. cit.*, 2527, ritiene irragionevole la disciplina anche in ordine a tale forma di modificazione dell'imputazione.