

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
“TOR VERGATA”**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

Conferenza del 20 gennaio 2016

su

***“Nuove contestazioni dibattimentali,
diritto di difesa e riti alternativi”***

Prof.ssa Marzia Ferraioli
Ordinario di Diritto processuale penale
Università di Roma “Tor Vergata”

Dott. Paolo Troisi
Ricercatore di Diritto processuale penale
Università di Roma “Tor Vergata”

**Testo della relazione
del Dott. Paolo Troisi**

1. Alterne sono le vicende che hanno caratterizzato, fin dall'entrata in vigore del codice del 1988, la disciplina delle “nuove contestazioni” (artt. 516 e ss. c.p.p.), disciplina diretta a garantire la correlazione tra l'imputazione formulata dall'organo promotore dell'azione penale (ed eventualmente modificata o integrata nel corso dell'*iter* processuale) e la sentenza resa dal giudice.

Principio fondamentale del processo penale, la correlazione tra imputazione e sentenza ha avuto una storia “travagliata” nel vigente sistema processuale e la sua funzione di garanzia, comunemente identificata nella tutela del diritto di difesa dell'imputato, è stata variamente intesa dalla prassi giurisprudenziale.

Due sono, in particolare, gli aspetti problematici che, in questa sede, saranno oggetto di disamina: la relazione intercorrente tra principio di correlazione e tutela del diritto di difesa; la portata delle prerogative difensive da assicurare all'imputato a seguito della modifica o dell'integrazione dell'imputazione nel dibattimento penale, con specifico riferimento alla facoltà di accesso ai riti alternativi a contenuto premiale.

2. Che il principio di correlazione costituisca regola finalizzata alla salvaguardia del diritto di difesa dell'imputato è constatazione ovvia ma, nello stesso tempo, frutto di una prospettiva limitante.

Non è, certamente, revocabile in dubbio che la tutela del diritto di difesa rientri nella ragion d'essere del principio. Ma altrettanto indiscutibile è che non ne esaurisca affatto la dimensione funzionale.

In un processo di parti improntato ai caratteri del modello accusatorio, la correlazione tra imputazione e sentenza è vero e proprio principio di sistema, che regola i ruoli e i rapporti tra i protagonisti della scena processuale e si pone a garanzia del contraddittorio sulla *regiudicanda* (nella versione "forte" di contraddittorio nella formazione della prova) e della terzietà dell'organo giudicante (sotto il particolare profilo della sua estraneità alla fissazione del tema del giudizio).

Se è ben vero che con il principio di correlazione s'intende tutelare il diritto di difesa dell'imputato, si tratta, tuttavia, di una tutela qualificata e sistematica, che passa necessariamente attraverso la garanzia del contraddittorio e della terzietà del giudice.

Qualsiasi incursione dell'organo giurisdizionale nella *regiudicanda*, qualsiasi modifica *ex officio iudicis* del tema del decidere sganciata da una attività di formale e preventiva contestazione da parte del soggetto a ciò deputato, vale a dire il magistrato del pubblico ministero, altera, inevitabilmente, il contraddittorio, sottrae alle parti – e in particolare all'imputato – il diritto alla prova e influisce negativamente sulla terzietà del giudice, che finisce per assumere un ruolo attivo nella costruzione dell'accusa.

Una prospettiva che identifichi *tout court* nella tutela del diritto di difesa la dimensione funzionale del principio è, perciò, da un lato riduttiva, in quanto omette di considerare la più ampia funzione cui mira la regola di correlazione, e dall'altro anche pericolosa, nella misura in cui si accontenti di una tutela purché sia del diritto di difesa e non della tutela qualificata e sistematica che implica la previa fissazione dell'accusa da parte di un organo diverso dal giudice e la formale contestazione all'imputato.

In un sistema fondato sul contraddittorio nella formazione della prova, la più autentica tutela del diritto di difesa è data dalla garanzia dell'accusa, o meglio della *previa accusa*. Una condanna su fatti diversi da quelli oggetto di imputazione, prima ancora che pregiudicare il diritto di difesa dell'imputato, lede la garanzia della *previa accusa* e, con questa, il diritto alla prova ed al contraddittorio, e ciò perché oggetto di prova e di contraddittorio sono i soli fatti descritti nell'atto introduttivo del processo.

3. La correlazione tra imputazione e sentenza postula che il processo debba muovere da un'accusa, che va contestata in forma chiara e precisa ed in modo da assicurare all'imputato il tempo e le condizioni necessarie per preparare la difesa, in vista dell'esercizio del diritto alla prova e di un contraddittorio paritario dinanzi ad un giudice terzo.

L'accusa, come trasposta nell'imputazione, segna i confini della *regiudicanda*. È assolutamente vietato all'organo giurisdizionale introdurre temi di decisione non compresi nell'atto introduttivo del giudizio o modificare i fatti ivi indicati. Quando si profili una descrizione fattuale non coerente con quella enunciata in imputazione, al giudice è preclusa la decisione *merito causae*, dovendo disporre la trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero, affinché proceda per le vie ordinarie.

Previa fissazione dell'accusa, contestazione formale e divieto per il giudice di ingerirsi nella determinazione della *regiudicanda* (con correlativo obbligo di astenersi dalla decisione e di restituire gli atti all'organo promotore dell'azione in caso di mancata correlazione tra fatto enunciato in imputazione e fatto accertato in dibattimento) integrano il nucleo fondamentale di un principio che si specifica e si articola in ragione della tipologia del sistema processuale in cui va ad inserirsi.

Con il codice vigente, la trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero è stata costruita come rimedio residuale, in quanto il legislatore della riforma ha posto in capo all'organo dell'accusa il dovere di modificare o integrare l'imputazione e di contestare tale modifica o integrazione allorché, in dibattimento, il fatto risulti diverso da come descritto in imputazione o emerga un reato concorrente o una circostanza aggravante.

Il magistrato del pubblico ministero deve modificare l'imputazione e procedere alla relativa contestazione se, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, il fatto risulti diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio e non appartenga alla competenza di un giudice superiore (art. 516 c.p.p.). Il fatto è diverso ogniqualvolta risultino diversi, per effetto dell'assunzione dei mezzi di prova, gli elementi storici che integrano in concreto il reato descritto in imputazione (modalità della condotta, nesso di causalità, evento, elemento soggettivo, presupposti del reato, condizioni oggettive di punibilità, tempo e luogo del fatto).

È, altresì, tenuto ad integrare l'imputazione ed a contestare all'imputato tale integrazione, qualora emerga un reato commesso con la stessa azione o omissione (concorso formale) o esecutivo di un medesimo disegno criminoso (reato continuato) oppure una circostanza aggravante e non ve ne sia menzione nel decreto che dispone il giudizio, sempreché la cognizione non appartenga alla competenza di un giudice superiore (art. 517 c.p.p.).

È prevista, invece, una mera facoltà, subordinata peraltro all'autorizzazione del presidente del collegio (se vi è consenso dell'imputato presente e non ne derivi pregiudizio per la speditezza del procedimento), di contestare il fatto nuovo emerso in dibattimento (art. 518 c.p.p.). Per fatto nuovo s'intende sia il fatto suscettibile di aggiungersi, in concorso materiale, al fatto già imputato, sia il fatto che sostituisce quello già imputato, quando quest'ultimo abbia subito modifiche tanto radicali (il che accade quando muti il nucleo fondamentale della condotta) da portare a configurarlo,

sul piano strutturale, non già come mera diversa descrizione dello stesso fatto, bensì come un altro fatto.

Nel contesto di siffatta regolamentazione, il potere-dovere del giudice di disporre la trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero (art. 521, comma 2, c.p.p.) si pone come rimedio residuale all'inerzia del magistrato del pubblico ministero o meglio alla violazione, da parte di quest'ultimo, dell'obbligo di procedere alla nuova contestazione.

4. Sennonché, la disciplina così congegnata non si è rivelata in grado di salvaguardare il principio di correlazione nella sua essenza più profonda, vale a dire garanzia del contraddittorio e della terzietà del giudice, e ciò a causa della interpretazione praticata dalla costante giurisprudenza di legittimità.

In realtà, mutata la struttura del processo, obiettivo del legislatore della riforma era porre fine alla prassi giurisprudenziale che, nel vigore del codice abrogato, aveva estromesso dal sistema la garanzia di correlazione tra imputazione e sentenza.

Tale garanzia, nel vecchio codice, era stata intesa in maniera rigida ed implicava l'immodificabilità dell'imputazione: se, nel corso del dibattimento, il fatto risultava diverso da come enunciato in imputazione, non vi era alternativa alla trasmissione degli atti all'ufficio del pubblico ministero da parte del giudice del dibattimento.

Era prevista, con una scelta intrinsecamente contraddittoria, la sola possibilità di integrare l'imputazione in caso di emersione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante, ma non già modificarla per la diversità del fatto.

La logica di questa regolamentazione, variamente individuata in dottrina, riposava, essenzialmente, nella garanzia dell'accertamento istruttorio, non essendo tollerabile, in ottica inquisitoria, che nel dibattimento si decidesse su un'imputazione che non fosse stata il frutto di un'istruzione segreta.

La rigidità del previgente sistema era, tuttavia, apparsa, nel tempo, davvero eccessiva, nella misura in cui comportava la regressione del procedimento ogni qualvolta il fatto si fosse presentato diverso da come descritto in imputazione. Ed al fine di scongiurare i gravi effetti sul terreno dell'efficienza processuale, che l'ossequioso rispetto della lettera della legge inevitabilmente determinava, aveva in giurisprudenza preso corpo una prassi esegetica sostanzialmente elusiva del dettato normativo, attraverso l'elaborazione della c.d. nozione funzionale di "fatto", il cui obiettivo era circoscrivere quanto più possibile il fenomeno della regressione del procedimento.

In questa prospettiva, secondo la giurisprudenza dell'epoca, non ogni modifica dell'accusa in sentenza giustificava la restituzione degli atti all'ufficio del pubblico ministero, ma soltanto quelle che avessero determinato un tale stravolgimento del fatto, da compromettere sostanzialmente il diritto di difesa dell'imputato. E si riteneva, in ogni caso, che il diritto di difesa non subisse alcun pregiudizio, allorché l'imputato

avesse comunque avuto la possibilità di difendersi rispetto ai nuovi elementi emersi in dibattimento, secondo il principio della c.d. “contestazione sostanziale”.

Obiettivo della riforma del 1988 era, in tale contesto, eliminare la rigidità della precedente disciplina e congegnare un meccanismo che consentisse, entro certi limiti, di modificare l'imputazione in dibattimento, in modo da evitare, quanto più possibile, la conseguenza estrema della regressione del procedimento e, nello stesso tempo, sostituire il principio della contestazione sostanziale, elaborato dalla precedente giurisprudenza, con l'obbligo del magistrato del pubblico ministero di contestare formalmente la diversa descrizione del fatto, e ciò perché solo la contestazione formale garantisce quella conoscenza qualificata dell'accusa presupposto indispensabile per un contraddittorio paritario ed un consapevole esercizio del diritto di difesa.

Del resto, in un sistema di stampo accusatorio, non vi era più la necessità di preservare il doppio accertamento istruttorio e dibattimentale. Anzi, la tendenziale concentrazione dell'intera dinamica probatoria nella fase del dibattimento implicava la necessità di prevedervi un adeguato spazio di rettifica dell'imputazione.

Nel momento in cui, cioè, il dibattimento diviene la sede naturale di accertamento del fatto, occorre necessariamente garantire un certo grado di flessibilità dell'imputazione e prevedere strumenti che consentano di adeguare la contestazione ai risultati dell'attività probatorio-ricostruttiva.

5. Il cambio di rotta voluto dal codice del 1988 non ha, però, prodotto gli effetti sperati.

L'obbligo di contestare la diversa descrizione del fatto emersa in dibattimento è stato, parzialmente, eluso dalla prassi applicativa, che ha riproposto, in maniera inalterata, la “teoria funzionale del fatto” elaborata dalla giurisprudenza in un contesto procedimentale e normativo affatto diverso.

Nonostante la previsione di meccanismi che consentono di modificare l'imputazione, ancora oggi la prevalente giurisprudenza continua a sostenere che la violazione del principio di correlazione si ha solo in presenza di una vera e propria trasformazione radicale dei contenuti essenziali dell'addebito nei confronti dell'imputato, posto, così, a sorpresa di fronte ad un fatto del tutto nuovo senza aver avuto nessuna possibilità d'effettiva difesa.

Ma, in tal modo, si confondono i concetti di “fatto nuovo” e “fatto diverso”. Si attribuiscono al giudice poteri che il contesto normativo non gli riconosce e che risultano incompatibili con la sua logica di fondo: il potere – che va ben oltre quello di mera riqualificazione giuridica del fatto – di modificare l'accusa in sentenza, purché tale modifica non abbia impedito l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato e il potere di giudicare le possibilità di difesa e di valutare se e in che misura una linea difensiva sia o meno stata impedita. Si sostituisce, inoltre, ai principi di previa accusa e di contestazione formale – che costituiscono il nucleo fondante del principio di

correlazione – un sistema di contestazione sostanziale che dovrebbe essere del tutto estraneo ad un processo di stampo accusatorio, in quanto inidoneo a garantire il contraddittorio nella formazione della prova e la terzietà del giudice.

E ciò sulla base dell'erronea identificazione nella tutela del diritto di difesa della funzione essenziale del principio di correlazione, al punto da affermare che, se in concreto non vi è stato pregiudizio per le possibilità di difesa dell'imputato, è da escludere che vi sia difetto di correlazione, pur in presenza di una modifica dell'accusa in sentenza.

Ma, come più sopra detto, ben più ampia è la portata del principio, che non mira ad una tutela quale che sia del diritto di difesa, ma ne pretende una protezione qualificata e sistematica, attraverso la garanzia del contraddittorio e della terzietà del giudice. Valori, questi, che postulano l'assoluto divieto per l'organo giurisdizionale di ingerirsi, in qualsiasi modo, nella determinazione della *regiudicanda*.

Sicché, ancora oggi è possibile affermare – come, in passato, efficacemente sostenuto in dottrina – che la storia giurisprudenziale della disciplina delle “nuove contestazioni” è la storia della trasgressione del principio di identità in sede di correlazione.

6. La disciplina voluta dal legislatore del 1988 ha posto problematiche interpretative anche sotto il diverso profilo dell'instaurabilità, a seguito di nuove contestazioni, dei riti alternativi al dibattimento dell'oblazione, del patteggiamento e del giudizio abbreviato.

Introdotta il meccanismo – le “nuove contestazioni” – che consente di adeguare l'imputazione alla realtà dibattimentale, vi era, però, la necessità di contemperare la fluidità dell'addebito con le esigenze di salvaguardia del diritto di difesa. L'emergere, a dibattimento in corso, di un fatto diverso, di una circostanza aggravante, di un reato concorrente rende, infatti, indispensabile porre l'imputato nelle condizioni di difendersi rispetto alla contestazione modificata o alla contestazione suppletiva.

In vista di tale obiettivo, il codice di rito ha specificamente previsto che, di fronte alla nuova contestazione, l'imputato ha diritto ad un termine a difesa (non inferiore al termine a comparire) e all'ammissione di nuovi mezzi prova (art. 519 c.p.p.).

Termine a difesa e diritto alla prova sono presupposti essenziali per un consapevole ed efficace esercizio del diritto di difesa e per un paritario esplicarsi del contraddittorio sull'accusa rettificata o aggiunta.

Per quanto riguarda il termine a difesa, si tratta di uno strumento che ben si adatta alla fase del giudizio, in quanto introduce un elemento di elasticità che consente di contemperare ragionevolmente l'esigenza di preparare la difesa con quella di garantire la continuità del dibattimento.

Per quanto attiene, invece, al diritto alla prova, l'aspetto problematico della originaria disciplina codicistica era dato dal rinvio che l'art. 519 c.p.p. faceva all'art.

507 c.p.p., il quale fissa un criterio restrittivo e residuale di ammissione dei mezzi di prova che si attaglia all'iniziativa probatoria del giudice (che, in un sistema tendenzialmente accusatorio, non può non rivestire i caratteri dell'eccezionalità), ma non anche ai poteri probatori delle parti.

Tant'è vero che, all'indomani dell'entrata in vigore del codice, l'art. 519 c.p.p. è stato dichiarato incostituzionale *in parte de qua* perché irragionevole e lesivo del diritto di difesa, nella misura in cui, ponendo limiti diversi e più penetranti di quelli vigenti in via generale, non consentiva un recupero integrale dell'ordinario "diritto alla prova" (Corte cost. 3 giugno 1992, n. 241, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1857 e Corte cost. 20 febbraio 1995, n. 50, *ivi*, 1995, p. 451).

A seguito di questa pronuncia, dunque, sui nuovi temi di accusa le parti processuali godono di pieni poteri probatori secondo i criteri generali (art. 190 c.p.p.).

7. Nella prospettiva del nuovo codice, l'imputato, a seguito di "nuove contestazioni", non aveva, però, diritto di chiedere la definizione del processo attraverso il ricorso ai riti alternativi a contenuto premiale. L'opportunità gli era preclusa, essendo oramai spirati i termini per le relative richieste. Sicché gli si consentiva soltanto di fronteggiare, in dibattimento, l'accusa «diversa» o «integrata» di ulteriori elementi.

Una carenza, questa, reputata, nei primi anni di vigore del codice, non difforme dal dettato costituzionale.

Due erano gli argomenti messi a fuoco dai giudici della Consulta nell'escludere qualsiasi violazione degli artt. 3 e 24, comma 2, Cost.

Per un verso, si evidenziava come giudizio abbreviato, applicazione di pena e oblazione fossero procedure finalizzate ad una definizione anticipata del processo in funzione deflattiva del dibattimento, sicché appariva del tutto ovvio che le relative richieste dovessero essere avanzate prima che si aprisse la fase da evitare. Si riteneva, in sostanza, contraddittorio e non compatibile con le finalità deflattive ed il carattere premiale di tali riti consentirne l'accesso a dibattimento oramai avviato.

Sotto altro profilo, essendo la modifica dell'imputazione e le contestazioni suppletive evenienze fisiologiche di un sistema basato sulla formazione della prova in dibattimento e, dunque, prevedibili, si argomentava che l'imputato, che avesse scelto di essere giudicato in dibattimento, se ne assumeva il rischio. È come se l'alea della nuova contestazione rientrasse nel calcolo in base al quale l'imputato fosse chiamato a decidere, a tempo debito, per i riti alternativi; conseguentemente, una volta optato per il dibattimento, non poteva dolersi di una eventuale (e prevedibile) modifica dell'imputazione (c.d. criterio di prevedibilità delle nuove contestazioni).

Tali osservazioni denotavano, chiaramente, la mancanza di un'adeguata riflessione sulla natura dei riti alternativi – non ancora valorizzati, in giurisprudenza, come espressione del diritto di difesa – e sulle implicazioni, in tema di rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova, che la scelta per quei riti comporta. Scelta,

in verità, affatto delicata, che presuppone l'esatta conoscenza della natura e dei motivi dell'accusa, per effettuare la quale non può, certo, ritenersi sufficiente la generica previsione di possibili (ma eventuali e non preventivabili nella loro precisa dimensione) evoluzioni dell'addebito.

E tuttavia, per quanto non condivisibili, le dette argomentazioni erano coerenti con la disciplina elaborata dal legislatore della riforma. A tenore degli artt. 516 e 517 c.p.p., la diversità del fatto, il reato concorrente e le circostanze aggravanti debbono emergere "nel corso dell'istruzione dibattimentale". Il dato letterale evoca, quindi, i soli mutamenti imposti dall'evoluzione istruttoria, quei mutamenti, cioè, fisiologici e prevedibili in un sistema a carattere accusatorio.

La prassi giurisprudenziale, a partire dall'entrata in vigore del codice, ha, però, proposto, come è noto, una interpretazione *praeter legem* della nuova normativa, non solo in relazione ai suoi presupposti di operatività, ma anche con riferimento alla sua stessa ragion d'essere, vale a dire la naturale permeabilità dell'imputazione al *novum* emerso in dibattimento.

Si è, infatti, riconosciuto che alle nuove contestazioni possa ricorrersi anche *in limine litis*, prima dell'avvio dell'istruttoria dibattimentale e sulla scorta dei soli elementi già acquisiti nelle indagini preliminari.

In tal modo, l'istituto si è sostanzialmente trasformato: non più soltanto strumento di risposta ad una evenienza pur "fisiologica" al processo accusatorio (l'acquisizione di nuovi elementi nel corso dell'istruzione dibattimentale), ma, altresì, possibile correttivo rispetto ad una situazione "patologica" (l'incompletezza o l'erronea formulazione del capo di imputazione).

Si è incominciato, così, a distinguere dalle nuove contestazioni "fisiologiche" le modifiche "tardive" dell'addebito, dirette non già ad adeguare l'accusa alle risultanze dibattimentali, ma a correggere errori od omissioni del magistrato del pubblico ministero.

Il radicarsi di tale prassi ha avuto l'effetto di riproporre prepotentemente il dubbio di legittimità costituzionale della preclusione ai riti alternativi. In caso di contestazione «tardiva» o «patologica» non può parlarsi, in effetti, di libera assunzione del rischio del dibattimento da parte dell'imputato, in quanto la mancata opzione per il rito premiale risulta condizionata dalla erronea impostazione data al processo dal magistrato del pubblico ministero. Sarebbe, dunque, contrastante con il diritto di difesa e con il principio di uguaglianza precludere all'imputato l'accesso ai riti alternativi a causa di un agire negligente dell'organo di accusa.

È stato, pertanto, il fenomeno delle nuove contestazioni "patologiche", di chiara origine giurisprudenziale, ad aver spianato la strada agli interventi demolitori della Corte costituzionale sugli artt. 516 e 517 c.p.p.

Tali interventi hanno comportato una sostanziale riscrittura *in parte de qua* degli articoli in esame, riscrittura, tuttavia, priva di coerenza interna e a tutt'oggi lacunosa, in

quanto condizionata dalla originaria elaborazione del criterio di prevedibilità delle nuove contestazioni e della distinzione tra nuove contestazioni “fisiologiche” e “patologiche”.

8. I primi rilievi di incostituzionalità del disposto codicistico si leggono nelle argomentazioni della sentenza n. 265 del 1994, che ha considerato contrastante con la Carta costituzionale la preclusione alla richiesta di applicazione di pena, relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, quante volte la nuova contestazione investa un fatto già risultante, al momento dell’esercizio dell’azione penale, dagli atti di indagine o quando l’imputato abbia tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni (Corte cost. 30 giugno 1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2153).

Nel primo caso – contestazione “tardiva” del fatto diverso o del reato concorrente – la scelta di non optare, a tempo debito, per il patteggiamento risulta sviata, secondo la Corte, da aspetti di “anomalia” caratterizzanti la condotta processuale del pubblico ministero, il quale, benché già risultino dagli atti di indagine, non si avveda del fatto diverso o del reato concorrente e, dunque, formuli un’imputazione erronea (il fatto è diverso) o incompleta (manca l’accusa relativa a reato connesso).

In detta evenienza, precludere l’accesso al rito alternativo sarebbe in contrasto sia con il diritto di difesa (la celebrazione del dibattimento non è dipesa da una scelta libera e consapevole dell’imputato), sia con il principio di uguaglianza (l’imputato verrebbe irragionevolmente discriminato, ai fini dell’attivazione dei riti alternativi, in dipendenza della maggiore o minore esattezza o completezza della discrezionale valutazione delle risultanze delle indagini preliminari operata dal magistrato del pubblico ministero nell’esercitare l’azione penale).

Identica violazione è ravvisabile, a parere del giudice delle leggi, in caso di contestazione “fisiologica” del fatto diverso o del reato concorrente, qualora l’imputato abbia tempestivamente presentato richiesta di applicazione di pena con riferimento alle originarie imputazioni e la stessa non sia stata accolta. Anche in questo caso, infatti, la preclusione al rito non sarebbe collegabile alla volontà dell’imputato, il quale “anzi ha posto in essere tutto quello che la legge prevede per favorire la definizione del procedimento in sede predibattimentale”.

Del resto, chiarisce la Corte, non esiste alcuna difficoltà procedimentale ad ammettere che l’applicazione di pena trovi collocazione nel corso del dibattimento, trattandosi di un mero accordo sulla pena, con effetti di immediata definizione del processo.

Analoga declaratoria di incostituzionalità non fu, invece, adottata con riferimento alla preclusione all’accesso al giudizio abbreviato, ritenendo la Corte che tale rito realizzasse una procedura inconciliabile con quella del dibattimento e che, pertanto,

l'adozione di un meccanismo di trasformazione del rito non potesse essere considerata "scelta costituzionalmente obbligata".

9. Una prima e significativa rottura sistematica, rispetto all'impostazione data alla materia, si deve già alla successiva sentenza, con cui la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione (ai sensi degli artt. 162 e 162-bis c.p.) relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento (Corte cost. 29 dicembre 1995, n. 530, in *Gazz. giur.*, 1996, p. 39).

Radicalmente sovvertito è risultato l'impianto logico-concettuale su cui era stata costruita la precedente decisione. La Corte, a distanza di poco più di un anno, ha, infatti, completamente abbandonato il parametro della prevedibilità della modifica fisiologica dell'imputazione in dibattimento e, con una scelta netta, ha rimarcato che, tanto in caso di contestazione di reato concorrente, quanto di modifica per diversità del fatto, l'avvenuto superamento del limite temporale (apertura del dibattimento) non è "riconciliabile a libera scelta dell'imputato, e cioè ad inerzia al medesimo addebitabile, sol che si consideri che la facoltà in discussione non può che sorgere nel momento stesso in cui il reato è oggetto di contestazione".

Chiaro, dunque, in questi argomenti, il superamento della distinzione, ai fini dell'accesso al rito, tra variazioni fisiologiche e tardive dell'addebito.

10. A distanza di quasi quattordici anni, un nuovo intervento ha investito il sistema dei riti alternativi instaurabili a seguito di "nuove contestazioni".

Con la sentenza n. 333 del 2009, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso o al reato concorrente oggetto di contestazione dibattimentale, che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale (Corte cost. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4944).

Una sentenza significativa, che ha segnato certamente un passo indietro rispetto alla n. 530 del 1995, in quanto ha riproposto la distinzione tra contestazioni "patologiche" e "fisiologiche", ma che ha, allo stesso tempo, superato gli assunti posti dalla n. 265 del 1994, riconoscendo finalmente all'imputato il diritto, in caso di contestazione "patologica", di accedere non solo al patteggiamento, ma anche al giudizio abbreviato.

11. L'ennesima rottura sistematica si deve a due successive pronunce adottate a distanza di più o meno due anni l'una dall'altra, con le quali la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina codicistica nella parte in cui non prevede che l'imputato possa formulare richiesta di giudizio abbreviato anche in caso di nuova

contestazione “fisiologica” del fatto diverso e del reato concorrente (Corte cost. 26 ottobre 2012, n. 237, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3548; Corte cost. 5 dicembre 2014, n. 273, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4654), sul modello, quindi, inaugurato, in tema di oblazione nel lontano 1995.

La svolta così realizzata rappresenta una tappa fondamentale nel cammino verso l’adeguamento della disciplina delle “nuove contestazioni” alle esigenze costituzionali di tutela del diritto di difesa, attenuando le tensioni che il legislatore della riforma non aveva percepito e che il precedente corso della giurisprudenza, utilizzando la lente deformante della “prevedibilità” della modifica fisiologica dell’imputazione, non era riuscito completamente a discernere.

12. Ulteriori interventi hanno interessato, poi, l’ipotesi, fino ad allora rimasta estranea alle declaratorie di illegittimità, della contestazione suppletiva di circostanza aggravante.

Ciò si deve a due sentenze (Corte cost. 25 giugno 2014, n. 184, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3216; Corte cost. 9 luglio 2015, n. 139, in *www.penalecontemporaneo.it*), con le quali la Corte, da un lato, ha esteso la possibilità di accedere a patteggiamento e giudizio abbreviato in caso di nuova contestazione di circostanza aggravante, dall’altro, però, senza tener conto dell’evoluzione giurisprudenziale fin qui esaminata, ha limitato tale possibilità alla sola ipotesi in cui la circostanza aggravante già risultante dagli atti di indagine al momento dell’esercizio dell’azione penale, reintroducendo, in tal modo, la distinzione tra contestazioni “fisiologiche” e “patologiche”.

13. Volendo sintetizzare, il quadro normativo, risultante dalle declaratorie di illegittimità costituzionale, consente all’imputato di richiedere:

- il giudizio abbreviato, nei casi di nuova contestazione, fisiologica o patologica, di fatto diverso o di reato concorrente e di contestazione suppletiva tardiva di circostanza aggravante;

- l’applicazione di pena, a seguito della contestazione tardiva del fatto diverso, di reato connesso e di circostanza aggravante, nonché qualora, modificato il fatto o contestato il reato concorrente in dibattimento, abbia già presentato tempestivamente e ritualmente la richiesta di patteggiamento in ordine alle originarie imputazioni;

- domanda di oblazione, relativamente al fatto diverso ed al reato concorrente contestato in dibattimento e, comunque, in ogni caso di modifica dell’imputazione in altra per la quale sia ammissibile l’oblazione (art. 141, comma 4-*bis*, disp. att. c.p.p.).

In tutti questi casi, secondo la giurisprudenza costituzionale, l’opzione per il rito alternativo è possibile solo con riferimento al reato cui si riferisce la nuova contestazione. Sicché, in caso di processo oggettivamente cumulativo, si dovrà procedere alla separazione delle imputazioni: per quelle non interessate dalla modifica si continuerà a procedere al dibattimento; per le altre, invece, si celebrerà il rito

alternativo. E ciò pone evidenti problemi sia di incompatibilità del giudice del dibattimento, sia, soprattutto, in punto di applicazione della disciplina del reato continuato, a cui potrà provvedersi solo in fase esecutiva.

Resta, tuttora, esclusa la possibilità di accedere al giudizio abbreviato in presenza della contestazione fisiologica di una circostanza aggravante; al patteggiamento, nei casi di nuova contestazione del fatto diverso, del reato concorrente e di circostanze aggravanti non risultanti dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale; all'oblazione, qualora sia contestata una circostanza aggravante.

Trattasi di lacune che gli argomenti elaborati e perfezionati, nel corso degli anni, dalla giurisprudenza costituzionale inducono a ritenere contrastanti con le esigenze di garanzia del diritto di difesa e di parità di trattamento, e che solo il metodo casistico adottato dalla Corte ha impedito di colmare.

È, oggi, oramai pacifico che l'opzione per uno dei riti premiali regolati dal codice di rito costituisca modalità tra le più qualificanti di esercizio del diritto di difesa, soprattutto per i benefici in termini di riduzione di pena e di estinzione del reato che ne derivano.

È, altresì, evidente che la scelta di valersi di tali riti presuppone che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti, affinché tale scelta possa essere consapevole e ponderata. Non può, certamente, pretendersi che l'imputato rinunci alla garanzia del dibattimento in previsione di possibili modifiche o incrementi che l'accusa ascritta con l'atto di esercizio dell'azione penale possa subire nel corso del giudizio pubblico.

Il fisiologico sopravvenire, nella fase dedicata alla formazione della prova, di elementi indicativi di una diversa descrizione del fatto, di reati concorrenti o di circostanze aggravanti, così come la correzione di errori o lacune dell'imputazione formulata dall'organo di accusa sono evenienze indipendenti dalla volontà dell'imputato e difficilmente prevedibili nella loro effettiva portata, che, dunque, non possono risolversi in pregiudizi per la sua posizione e precludere scelte difensive che avrebbe potuto operare se avesse conosciuto, in forma chiara e precisa, sin dall'inizio, la natura e i motivi dell'accusa, sulla quale sarebbe stato giudicato.

L'unica disciplina compatibile con la Costituzione è, dunque, quella che consente all'imputato di optare per uno dei riti premiali in ogni caso di nuova contestazione dibattimentale.

14. Ulteriori lacune si prospettano, oggi, in relazione al rito di nuovo conio della sospensione del procedimento con messa alla prova, anch'esso configurabile come modalità di esercizio del diritto di difesa, per gli indiscutibili riflessi premiali, e per di più rispondente a finalità, non estranee al dettato costituzionale, di rieducazione e recupero sociale.

Né può essere sottaciuta, anche alla luce della rilevanza ad essa attribuita dalla giurisprudenza di Strasburgo, la tematica del mutamento *ex officio iudicis* della qualificazione giuridica del fatto, ben idoneo ad incidere, a volte profondamente, sulla portata dell'accusa originariamente contestata. Eppure, il vigente sistema non solo non contempla, in tal caso, l'accesso ai riti alternativi, ma neanche prevede un obbligo di preventiva contestazione – o, comunque, comunicazione – funzionale all'esercizio del diritto di difesa.

Numerosi sono, dunque, i vuoti di tutela che rimangono aperti. Sicché la stagione delle declaratorie di incostituzionalità, *in parte de qua*, della disciplina delle nuove contestazioni può considerarsi tutt'altro che conclusa.

BIBLIOGRAFIA: S. ALLEGREZZA, *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 331; R. ANGELETTI, *Nuove contestazioni nel processo penale*, Torino, 2014; M. BAZZANI, *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3079; T. BENE, voce *Contestazione suppletiva*, in *Enc. giur.*, 2007, vol. IX; 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; M. CAIANIELLO, *Modifiche all'imputazione e giudizio abbreviato. Verso un superamento della distinzione fra contestazioni fisiologiche e patologiche*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3563; ID., *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4959; I. CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 635; A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010; F. CARNELUTTI, *Rapporto della decisione penale con l'imputazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 161; G. CONTI, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2626; F. CASSIBBA, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in www.penalecontemporaneo.it; ID., *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in www.archiviopenale.it; L. CREMONESI, *Presa una occasione per fare chiarezza sui rapporti tra le contestazioni dibattimentali e il giudizio abbreviato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 633; ID., *Compatibilità tra le suppletive dopo l'apertura del dibattimento e l'adozione dei riti speciali*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, p. 226; M. D'AGNOLO, *Nuove contestazioni e giudizio abbreviato: un deciso passo avanti della Corte costituzionale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2012, n. 3, p. 69; M. D'AIUTO, *Fatto diverso e giudizio abbreviato: verso una nuova forma di rito premiale?*, in *Proc. pen. e giust.*, 2015, n. 3, p. 119 ss.; P. DE GERONIMO, *L'efficacia normativa delle sentenze costituzionali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell'istruttoria dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4203; M.L. DI BITONTO, *La modifica dell'imputazione in dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2136; C. FIORIO, *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2053; G. FOSCHINI, *Giurisprudenza degli interessi e relazione della sentenza con l'accusa*, in *Riv. dir. pen.*, 1951, p. 220; E. GAZZANIGA, *Un nuovo passo avanti in tema di ampliamento della facoltà di accesso ai riti alternativi in corso di dibattimento*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 990; A. GIARDA, *Sul principio di correlazione dell'«accusa» con la «sentenza» fra presente e futuro del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 572; E. LEMMO, *L'accusa suppletiva nel dibattimento penale*, Milano, 1972, p. 42; 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; ID., *Ancora una sentenza additiva sull'art. 516 c.p.p.: per il fatto diverso oggetto di contestazione dibattimentale "fisiologica" l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato*, in

www.penalecontemporaneo.it; G. LOZZI, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 342; V. MAFFEO, *Le contestazioni tardive e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 359; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, Torino, 1932, p. 307; A. MONTELEONE, *Principio del contraddittorio e nuove contestazioni: tra interpretazione funzionale e tutela del diritto di difesa*, in *Arch. pen.*, 2013, p. 289; B. NACAR, *Limiti cronologici per la modifica dell'imputazione*, in *Giur. it.*, 2000, p. 589; C. PAPAGNO, *La nozione funzionale del "fatto processuale" e l'effettività del diritto di difesa*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, pp. 80 ss.; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996; S. QUATTROCOLO, *Contestazione suppletiva "fisiologica" e giudizio: cade con C. Cost. 237/2012 l'ultimo baluardo del rapporto "premieria/deflazione"*, in *Leg. pen.*, 2013, p. 337; ID., *Riqualficazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011; G. REYNAUD, *I mutamenti dell'imputazione*, in AA.VV., in *Giudizio ordinario. Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, a cura di M. Chiavario ed E. Marzaduri, Torino, 2002; V. RETICO, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il "patteggiamento"*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2166; L. SANSÒ, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1971, p. 433; G. SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 297; A. STEFANI, *Ampliato dalle sezioni unite il potere di contestazione suppletiva del p.m.*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 633; L. SURACI, *Nuove contestazioni*, in AA. VV., *Trattato di procedura penale*, vol. IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. II, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, pp. 449 ss.; A. TASSI, *La Corte riconosce il diritto al giudizio abbreviato nel caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso in dibattimento*, in *Giur. cost.*, 2014, 4662; G. TODARO, *Una ulteriore declaratoria d'incostituzionalità sui rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: la stella polare del diritto di difesa e qualche nuovo dubbio*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3876; ID., *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2532 ss.; G.L. VARRASO, *Le nuove contestazioni «tardive» nel dibattimento: le sezioni unite legittimano l'«arbitrio» del p.m.*, in *Giust. pen.*, 1999, c. 706.