

Giorgio Spangher

TRATTATO DI PROCEDURA PENALE

4 - PROCEDIMENTI SPECIALI - GIUDIZIO - PROCEDIMENTO DAVANTI AL TRIBUNALE IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA

II - GIUDIZIO, PROCEDIMENTO DAVANTI AL TRIBUNALE IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA a cura di Giorgio Spangher

UTET
GIURIDICA

TRATTATO DI PROCEDURA PENALE

diretto da
GIORGIO SPANGHER

PIANO DELL'OPERA

- Vol. 1 – Soggetti e atti
 Parte I - *I soggetti*
 Parte II - *Gli atti*
- Vol. 2 – Prove e misure cautelari
 Parte I - *Le prove*
 Parte II - *Le misure cautelari*
- Vol. 3 – Indagini preliminari e udienza preliminare
- Vol. 4 – Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica
 Parte I - *Procedimenti speciali*
 Parte II - *Giudizio*
 Parte III - *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*
- Vol. 5 – Impugnazioni
- Vol. 6 – Esecuzione e rapporti con autorità giurisdizionali straniere
 Parte I - *L'esecuzione penale*
 Parte II - *I rapporti giurisdizionali con autorità straniere*

UTET
GIURIDICA

TRATTATO DI PROCEDURA PENALE

diretto da
GIORGIO SPANGHER

VOLUME QUARTO

PROCEDIMENTI SPECIALI.
GIUDIZIO. PROCEDIMENTO
DAVANTI AL TRIBUNALE
IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA

TOMO II

GIUDIZIO. PROCEDIMENTO DAVANTI
AL TRIBUNALE IN COMPOSIZIONE MONOCRATICA

a cura di
GIORGIO SPANGHER

UTET
GIURIDICA

3. I lineamenti sistematici della disciplina	p.	408
4. La lettura degli atti acclusi al fascicolo per il dibattimento	»	411
5. La tipologia degli atti leggibili e il regime della corrispondente lettura	»	414
6. L'indicazione di atti	»	431
7. Le facoltà dei cosiddetti "enti esponenziali"	»	433
8. Le letture vietate	»	436
9. L'allegazione degli atti <i>ex art.</i> 515 c.p.p.	»	439

CAPITOLO VIII
NUOVE CONTESTAZIONI
(*Leonardo Suraci*)

1. Le nuove contestazioni. Principi generali	»	441
2. La modifica dell'imputazione	»	449
3. Il reato concorrente e le circostanze aggravanti risultanti dal dibattimento	»	457
4. La contestazione del fatto nuovo	»	462
5. Gli effetti delle nuove contestazioni sulla competenza per territorio e per connessione	»	467
6. I diritti delle parti	»	470
7. Le nuove contestazioni e la definizione anticipata del giudizio	»	478
8. Le nuove contestazioni all'imputato contumace o assente	»	486
9. La diversa qualificazione giuridica del fatto	»	491
10. La correlazione tra accusa e sentenza	»	496
11. La nullità della sentenza per difetto di contestazione	»	503

CAPITOLO IX
DISCUSSIONE FINALE E CHIUSURA DEL DIBATTIMENTO
(*Leonardo Suraci*)

1. Generalità	»	509
2. Lo svolgimento della discussione e la chiusura del dibattimento	»	511

CAPITOLO X
LA SENTENZA
(*Fabrizio Rigo*)

1. Premessa	»	515
2. I principi di immediatezza e di concentrazione	»	516
3. Il principio di segretezza	»	521
4. Principio di immutabilità del giudice	»	534
4.1. La rinnovazione del dibattimento	»	541
4.2. L'utilizzabilità delle prove acquisite davanti al primo giudice	»	543
4.3. Il principio di immutabilità del giudice e l'oralità del processo	»	552
4.4. I successivi interventi della Consulta	»	555

GIORGIO SPANGHER	Professore ordinario di Diritto Processuale Penale nell'Università "La Sapienza" di Roma
ROSSANO ADORNO	Professore associato di Diritto Processuale Penale nell'Università del Salento
MARIA FRANCESCA CORTESI	Ricercatore di Diritto Processuale Penale nell'Università di Cagliari
KATIA LA REGINA	Dottore di ricerca in Diritto Processuale Penale nell'Università "La Sapienza" di Roma
GIORGIO PIZIALI	Magistrato, Giudice del dibattimento presso il Tribunale di Verona
FABRIZIO RIGO	Magistrato, Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Trieste
GIUSEPPE SANTALUCIA	Magistrato addetto all'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione
LEONARDO SURACI	Avvocato. Dottorando di ricerca in Diritto Processuale Penale presso l'Università "La Sapienza" di Roma
NICOLETTA VENTURA	Docente di criminologia nell'Università LUM "Jean Monnet" – Casamassima (Bari)

SOMMARIO:

1. Le nuove contestazioni. Principi generali – 2. La modifica dell'imputazione – 3. Il reato concorrente e le circostanze aggravanti risultanti dal dibattimento – 4. La contestazione del fatto nuovo – 5. Gli effetti delle nuove contestazioni sulla competenza per territorio e per connessione – 6. I diritti delle parti – 7. Le nuove contestazioni e la definizione anticipata del giudizio – 8. Le nuove contestazioni all'imputato contumace o assente – 9. La diversa qualificazione giuridica del fatto – 10. La correlazione tra accusa e sentenza – 11. La nullità della sentenza per difetto di contestazione

1. LE NUOVE CONTESTAZIONI. PRINCIPI GENERALI

La fluidità dell'imputazione, come è noto, costituisce un dato caratterizzante del vigente modello processuale penale.

Infatti, rispetto al codice abrogato, è mutata radicalmente la relazione intercorrente tra la fase dibattimentale e le fasi precedenti, ed in particolare quella delle indagini preliminari, il cui spettro finalistico è delineato dall'art. 326 c.p.p. in riferimento alle determinazioni del P.M. inerenti all'esercizio dell'azione penale¹.

La fase dibattimentale, nell'attuale sistemica processuale, costituisce il fulcro dell'ordinario defluire della dinamica cognitiva, la sede tipica di formazione della prova e, di conseguenza, anche il contesto di progressiva costruzione degli esatti contorni del *thema decidendum*.

¹ V., in particolare, MARINI, *Nuove contestazioni*, in *Comm. Chiavario*, Torino, 1991, 450, il quale evidenzia come, nel nuovo sistema, il principio di "necessità" della fase istruttoria non costituisce più un punto di riferimento nella costruzione della disciplina delle nuove contestazioni. Sulla fase delle indagini preliminari nel nuovo sistema processuale v., di recente, CASSIBBA, *Investigazioni ed indagini preliminari*, in *Digesto pen.*, Agg., II, Torino, 2004, 509.

È connaturata alla struttura del nuovo processo, dunque, la “perfettibilità”² della contestazione dell'accusa: «il c.d. principio di cristallizzazione dell'accusa» – è stato notato – «sarebbe evidentemente inadeguato in un processo che fa delle indagini preliminari una fase di raccolta di elementi, che possono risultare sufficienti per il rinvio a giudizio, ma che solo in giudizio acquisteranno consistenza probatoria»³.

Ovviamente, permane sempre la necessità che l'atto con cui viene esercitata l'azione penale⁴ contenga una precisa definizione dell'imputazione poiché, come è stato attentamente rilevato, «il diritto di difesa non può attuarsi [...] se l'imputato non viene messo in condizioni di conoscere l'accusa, in primo luogo, e quindi di difendersi tempestivamente dalla stessa»⁵, ma l'emersione di elementi modificativi dell'accusa originaria costituisce, nel nuovo sistema, un'evenienza tutt'altro che eccezionale⁶, per cui si pongono correlati problemi di «aggiustamento della contestazione»⁷ che non possono rimanere privi di una compiuta regolamentazione la quale, sul piano degli effetti, salvaguardi le esigenze connesse all'inviolabilità del diritto di difesa e, nel contempo, assicuri la convivenza di esse con irrinunciabili ragioni di economia processuale⁸.

² ILLUMINATI, *Giudizio*, in CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, 672.

³ GIULIANI, *Modificazione dell'imputazione in dibattimento e diritto alla prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 1131.

⁴ Atto che CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, 436, ricostruisce come una fattispecie “ad effetti multipli” poiché accanto al dovere di decidere sul tema dell'imputazione, costituisce quello, a contenuto omissivo, di astenersi dal pronunciare sulle situazioni che ne esorbitano.

⁵ LA MARCA, SANLORENZO, *Contestazioni*, in *Digesto pen.*, VI, Torino, 1992, 520. Con limpidezza, TESSITORE, *Contestazioni suppletive dibattimentali e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, 626, ribadisce che la contestazione dell'accusa, pur non esaurendo l'essenza del contraddittorio, ne costituisce la base ed il presupposto indefettibile, «essendo chiaro che nessuna effettiva possibilità di difesa, personale o tecnica, potrà essere assicurata all'imputato, ove questi non venga posto in grado, anzitutto, di conoscere il contenuto degli addebiti che gli si muovono».

⁶ UBERTIS, *Giudizio di primo grado nel diritto processuale penale*, in *Digesto pen.*, V, Torino, 1991, 538, il quale osserva come costituisca «una inevitabile conseguenza della scelta di procedere alla formazione dibattimentale della prova quella di trovarsi più spesso che nel sistema codicistico del 1930 di fronte alla necessità per il pubblico ministero di rimodellare la propria ipotesi accusatoria a seconda delle risultanze probatorie dibattimentali». V., inoltre, LOZZI, *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 342, secondo cui, nel sistema processuale vigente, la modifica dell'imputazione è «una eventualità fisiologica».

⁷ MARINI, cit., 452.

⁸ «La nuova funzione del dibattimento impone» – osservano LA MARCA, SANLORENZO, cit., 524 – «l'abbandono del vecchio principio di immutabilità dell'accusa cristallizzata all'inizio del dibattimento medesimo, priva di significato allorché è proprio in tale fase che si ricostruisce il fatto attraverso la formazione degli elementi di prova». D'altra parte, osserva D'AGNOLO, *Nuove contestazioni*, in *Comm. Giarda-Spangher*, Milano, 2001, 1464, modellare il fatto in conformità a quanto viene emergendo dall'escussione delle prove è coerente con il nuovo valore

A tal proposito, già durante la predisposizione del progetto preliminare del 1978 era emersa la necessità di elaborare una disciplina che, nel complesso, tenesse conto di un triplice ordine di considerazioni⁹.

Innanzitutto, si era posto l'accento sull'esigenza di accentuare il divieto di retrocessione del processo a fasi o stati antecedenti.

In secondo luogo, era stata sottolineata l'opportunità di evitare un eccessivo appesantimento dell'istruzione dibattimentale per effetto dell'introduzione di nuovi temi di decisione accanto a quelli pervenuti attraverso le vie ordinarie, salvo che l'estensione del tema processuale fosse risultata indispensabile per la inscindibilità delle questioni o vantaggiosa per l'economia processuale.

Si era tenuto conto, infine, della necessità di assicurare adeguati spazi all'intervento della difesa.

Le linee direttive che reggevano l'impalcatura del progetto del 1978 hanno costituito un fondamentale punto di riferimento per il legislatore dell'attuale codificazione, poiché attraverso la disciplina delle "nuove contestazioni" sono stati predisposti congegni normativi finalizzati ad assicurare il costante adeguamento dell'imputazione al quadro probatorio venutosi plasmando nel corso dell'istruzione dibattimentale, imponendo al P.M. precisi e variamente modulati oneri contestativi che, garantendo, da un lato, adeguati spazi per l'esplicazione delle facoltà difensive rispetto all'innovato assetto dell'accusa, evitano, dall'altro, il ricorso alla «estremamente penalizzante, in termini di funzionalità dell'apparato giudiziario»¹⁰, soluzione dell'automatica regressione del processo ad una fase anteriore¹¹.

Dunque, esiste una correlazione stretta ed inscindibile tra l'accusa formulata dal P.M. nell'atto di esercizio dell'azione penale – che, per il principio fondamentale della "definizione della materia del processo"¹², deve essere enunciata in forma chiara, precisa ed integrale – e negli atti contestativi successivi ed il processo, dal momento che la prima costituisce al contempo l'oggetto del secondo ed il punto di riferimento della strategia difensiva; correlazione

attribuito al dibattimento, non più strumento di controllo di una verità storica accertata altrove, ma sede principale dell'accertamento giudiziale.

⁹ Cfr., in particolare, CONSO, GREVI, NEPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, 1, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1990, 1145.

¹⁰ RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, Torino, 1997, 288.

¹¹ Notava, in relazione alla disciplina contenuta negli artt. 445 e 446 c.p.p. abr., CAVALLARI, *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 643, come gli articoli sopra citati fossero «preordinati a dirimere il contrasto che si delinea [...] tra due interessi: quello dello Stato che, agli effetti della pronta repressione penale e dell'economia processuale, esigerebbe la immediata estensione del giudizio anche alle nuove imputazioni e quello dell'imputato che tenderebbe a un ritorno del processo alla fase istruttoria per il miglior apprestamento della sua difesa».

¹² Non abbandonato dal nuovo codice, come nota MARINI, cit., 452.

che si proietta necessariamente sull'oggetto della pronuncia giurisdizionale che del processo costituisce l'esito e che impone al giudice di pronunciare ordinanza di restituzione degli atti al P.M. qualora accerti che il fatto sia diverso da come originariamente descritto o successivamente contestato (principio di correlazione tra imputazione contestata e sentenza).

La necessità di predisporre una disciplina che assicuri il costante adeguamento dell'accusa alle emergenze connesse all'evolversi dell'istruzione dibattimentale costituisce l'esplicazione attuativa del criterio direttivo delineato dal legislatore delegante nella direttiva n. 78 della l. 16-2-1987, n. 81 («Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale»).

La norma disponeva, in particolare, che il nuovo codice dovesse prevedere il potere del P.M. di procedere alla modifica dell'imputazione e di formulare nuove contestazioni inerenti ai fatti oggetto del giudizio, fatta in ogni caso salva la previsione di «adeguate garanzie per la difesa».

Il legislatore delegato ha dato attuazione alla direttiva distinguendo tre diverse ipotesi: quella relativa al fatto diverso da quello descritto nel decreto dispositivo del giudizio; quella concernente l'emersione di un reato concorrente ovvero di circostanze aggravanti e, infine, quella attinente al fatto nuovo.

Sotto il profilo delle ipotesi legittimanti la modifica dell'oggetto processuale, il distacco dal codice del 1930 appare evidente se solo si considera che l'art. 477 c.p.p. abr. disponeva che, salvo quanto previsto dall'art. 445, il giudice ordinasse la trasmissione degli atti al P.M. qualora, all'esito del dibattimento, il fatto fosse risultato diverso da quello originariamente contestato.

Il sistema precedente, in altri termini, era «informato al principio di definizione della materia del processo quale contenuta negli atti introduttivi della fase conclusiva»¹³, sicché «l'atto che disponeva il giudizio (ordinanza di rinvio a giudizio, richiesta e decreto di citazione) cristallizzava sia l'accusa che il fatto, per cui non potevano essere considerati a carico dell'imputato altri fatti né lo stesso fatto valutato come integratore di un'altra fattispecie penale (concorso formale eterogeneo di reati)»¹⁴.

L'unica eccezione al principio di immodificabilità dell'accusa era prevista, nel codice abrogato, dall'art. 445, il quale ancorava la legittimità della nuova contestazione all'emergenza di un reato concorrente, di una circostanza aggravante ovvero, infine, di un reato in continuazione con quello descritto nell'atto introduttivo¹⁵.

¹³ LA MARCA, SANLORENZO, cit., 524.

¹⁴ LA MARCA, SANLORENZO, cit., 524.

¹⁵ V., in relazione ai vari casi di contestazione consentiti dalla previgente disciplina, CAVALLARI, cit., 642.

L'attribuzione di un potere di contestazione diretta al P.M., in linea con il nuovo ruolo che questi assume nel sistema processuale attuale e con la conseguente modificata funzione del giudice dibattimentale, costituisce un ulteriore elemento di differenziazione rispetto all'impostazione seguita dal vecchio codice, il quale, in relazione ai limitati casi in cui consentiva che l'oggetto del processo subisse correzioni, stabiliva che alla contestazione procedesse il presidente, ancorché su richiesta del P.M.¹⁶.

Nel nuovo sistema, dunque, è stato eliminato qualsiasi potere di verifica preventiva del giudice sulla legittimità della contestazione, fermo restando che sull'operato del P.M.¹⁷ viene mantenuto un controllo *a posteriori* finalizzato a verificare, tra l'altro, la permanenza della propria competenza a conoscere del fatto oggetto di contestazione¹⁸.

Il passaggio dal vecchio al nuovo codice ha tramandato la disputa circa la configurazione della situazione giuridica che fa capo al P.M. nel momento in cui si perfeziona la fattispecie contestativa: ci si chiede, in altri termini, se, ricorrendone i presupposti, il P.M. sia obbligato a correggere l'imputazione o se, al contrario, sorga in capo all'organo pubblico una mera facoltà di adeguamento.

Durante la vigenza del codice del 1930, in dottrina si sosteneva che, al di fuori dell'ipotesi in cui fosse emersa una circostanza aggravante – la quale, se non contestata nel corso del processo, non poteva essere dedotta in un nuovo processo trattandosi di elemento accidentale insuscettibile di trattamento processuale autonomo – il P.M. fosse libero di esercitare il potere contestativo, dal momento che tanto il reato concorrente quanto i fatti in continuazione potevano fondare un autonomo atto di esercizio dell'azione penale¹⁹.

Le stesse conclusioni possono ribadirsi in relazione al nuovo modello processuale, il quale, globalmente ispirato al principio del *favor separationis*, rimette al P.M. la valutazione di opportunità circa la trattazione separata o unitaria delle imputazioni.

¹⁶ CAVALLARI, cit., 644, sottolinea il carattere "obbligatorio" e "vincolante" della richiesta del P.M., non potendo il presidente procedere a contestazione senza di essa (*ne procedat iudex ex officio*), né potendosi astenere a seguito dell'iniziativa dell'accusatore se non in mancanza delle condizioni richieste dalla legge. Il pretore, invece, essendo titolare di un potere d'azione relativamente ai reati di sua competenza, poteva procedere alla nuova contestazione anche d'ufficio. Volendo soffermarsi sulla vecchia disciplina del procedimento relativo alle nuove contestazioni, v. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, 381 ss.; nonché MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino, 1972, 392.

¹⁷ Dotato, come nota D'AGNOLLO, cit., 1472, di una «legittimazione esclusiva» alla funzione accusatoria modificativa o suppletiva.

¹⁸ Il mutamento di prospettiva è sottolineato dalla relazione al progetto preliminare. V., a tal proposito, CONSO, GREVI, NEPI MODONA, cit., IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 1154.

¹⁹ CAVALLARI, cit., 644. Negli stessi termini LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 380.

È chiaro che, nel nuovo sistema, appare doverosa, oltre che la contestazione della circostanza aggravante²⁰, anche la modifica dell'imputazione ai sensi dell'art. 516 c.p.p., non potendo il giudice che ravvisi la diversità del fatto rispetto a come descritto nell'atto introduttivo fare altro che disporre, con ordinanza, la trasmissione degli atti al P.M. (art. 521, 2° comma, c.p.p.).

Negli altri casi, invece, il P.M. conserva inalterata la facoltà di esercitare in via autonoma l'azione penale per il reato concorrente o per il fatto nuovo emerso durante il dibattimento²¹.

È stato correttamente osservato che «il potere-dovere del pubblico ministero di modificare o ampliare l'accusa in corso di dibattimento intanto può essere concepito come una fisiologica esigenza del sistema, in quanto esso sia ricondotto non alla riserva dello stesso pubblico ministero di sempre possibili autonome riconsiderazioni sul contenuto della propria iniziativa, ma, piuttosto, alle naturali implicazioni di un'istruzione probatoria dal carattere aperto»²².

Si è voluto sottolineare, cioè, che il principio di separazione delle fasi impone, per evidenti ragioni di linearità logico-sistematica e di coerenza con la *ratio* dell'istituto, di ancorare il potere correttivo del P.M. alle risultanze probatorie degli atti d'istruzione dibattimentale e, sotto questo profilo, la *littera legis* non si presta ad equivoci, esigendo, la norma, che l'elemento modificativo dell'oggetto processuale emerga "nel corso dell'istruzione dibattimentale"²³.

In linea con lo spirito della riforma, con la lettera della legge e con le indicazioni emergenti dai lavori preparatori – dalla relazione al progetto preliminare emerge, infatti, che il riferimento alla "istruzione dibattimentale" intendeva sottolineare che la contestazione al dibattimento resta fluida, essendo l'indagine preliminare volutamente incompleta, mentre «dopo l'escussione delle prove il pubblico ministero è in grado di confermare definitivamente l'accusa o modificarla»²⁴ – un filone giurisprudenziale ha sostenuto che rispetta il rito accusatorio solo un'imputazione suppletiva che nasca dall'approfondimento dibattimen-

²⁰ LA MARCA, SANLORENZO, cit., 527.

²¹ Di diverso avviso, invece, SIRACUSANO, *Il giudizio*, in SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, II, Padova, 2001, 282, secondo il quale la nuova contestazione costituisce un atto dovuto per il P.M. in quanto «inerisce all'esercizio dell'azione penale ed è un segno dell'obbligatorietà della stessa». Dello stesso ordine di idee, inoltre, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 70; nonché D'AGNOLO, cit., 1464, il quale connette il dovere modificativo del P.M. al principio di correlazione tra accusa e sentenza.

²² RAFARACI, cit., 112.

²³ Cfr., in particolare, le disposizioni di cui agli artt. 516 e 517 c.p.p. Soltanto l'art. 518 c.p.p. fa riferimento al "dibattimento" anziché alla "istruzione dibattimentale", ma la differenziazione terminologica non incide per nulla sul profilo temporale delle contestazioni. Che la sopravvenienza degli elementi correttivi costituisca la premessa logica e sistematica delle nuove contestazioni è opinione diffusa in dottrina. Cfr., tra gli altri, GIULIANI, cit., 1131.

²⁴ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, 1154.

tale del materiale investigativo raccolto nella fase preliminare e ordinariamente passato al vaglio della udienza preliminare.

In altri termini, appartiene allo spirito del sistema processuale vigente che i fatti suscettibili di contestazione da parte del P.M. debbano emergere nel corso dell'istruzione dibattimentale.

Se, invece, provengono "aliunde" alla conoscenza della pubblica accusa, in un modo che esclude il controllo della difesa, la relativa contestazione configura una violazione della "par condicio" delle parti e della stessa funzione di "discovery" assegnata al meccanismo contestativo²⁵.

La prevalente giurisprudenza di legittimità, avallata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte²⁶, ha, invece, compromesso la coerenza del sistema ammettendo, sulla base del tenore letterale della direttiva n. 78 della legge di delega – la quale, nel prevedere la contestazione suppletiva al dibattimento, non pone limiti temporali all'esercizio di tale potere e non consente di fare distinzioni quanto alla fonte degli elementi dai quali la contestazione suppletiva trae causa – e dell'asserita assenza di un qualunque pregiudizio dei diritti di difesa²⁷, la possibilità di effettuare nuove contestazioni anche in ipotesi in cui l'esigenza correttiva emerga da elementi acquisiti nelle fasi antecedenti, e dunque prima ed a prescindere dall'avvio della fase istruttoria in ambito dibattimentale²⁸.

Posto, dunque, che il P.M. può effettuare la nuova contestazione anche prima dell'inizio dell'istruzione e sulla base delle risultanze degli atti delle inda-

²⁵ Cass. pen., 22-3-1996, Iaccarino, in *Dir. pen. e processo*, 1996, 12, 1485. Negli stessi termini cfr., fra le altre, Cass. pen., 17-3-1998, Piccioni, in *Giust. pen.*, 1999, III, 232.

²⁶ Cass. pen., S.U., 28-10-1998, Barbagallo, in *Giur. it.*, 2000, 589.

²⁷ Asserzione scaturita dalla constatazione che alla difesa è garantita, in ipotesi di modifica dell'imputazione, la tempestiva conoscenza degli elementi su cui si basa la nuova contestazione, il diritto di un termine a difesa non inferiore a venti giorni durante i quali il dibattimento è sospeso, ed infine il diritto di chiedere l'ammissione di nuove prove senza alcuna limitazione (art. 519 c.p.p.).

²⁸ Cfr., in particolare, oltre alla già cit. Cass. pen., S.U., 28-10-1998, Barbagallo, più di recente, Cass. pen., 20-5-2004, Marras, in *Riv. pen.*, 2005, 898; Cass. pen., 19-2-2004, Montanari, *ibidem*, 351; Cass. pen., 2-6-1999, Ravelli, in *Cass. pen.*, 2000, 2008. *Contra*, nonostante la presa di posizione delle Sezioni Unite, Cass. pen., 16-12-2003, Filippo, in *Riv. pen.*, 2005, 625; Cass. pen., 10-12-2001, Porricelli, in *Riv. pen.*, 2004, 109. Dubita dell'aderenza dell'interpretazione maggioritaria con il dettato dell'art. 24, 2^a comma, Cost., fra gli altri, Florio, *Vicende dell'imputazione e giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2005, 2056, poiché, rispetto al fatto tardivamente contestato, «non vengono celebrate quelle attività prodromiche all'esercizio dell'azione penale e funzionali all'esercizio del diritto di difesa, vanificandosi altresì la funzione – qualificante l'udienza preliminare – di controllo sulle imputazioni azzardate». Queste considerazioni richiamano quelle di Lozzi, cit., 344, il quale osserva, inoltre, come l'inedito potere attribuito al P.M. dalle Sezioni unite condiziona in maniera anomala l'accertamento giudiziale, realizzandosi una violazione delle disposizioni concernenti le modalità di esercizio dell'azione penale censurabile ai sensi dell'art. 178, lett. b), c.p.p. Durante la vigenza del codice abrogato, perplessità di ordine costituzionale erano state manifestate da Tessitore, cit., 631.

gini preliminari, resta da vedere se, in relazione a questa evenienza, possano essere utilizzati atti acquisiti nell'ambito di un procedimento penale concluso con provvedimento di archiviazione.

Sul punto, la Suprema Corte aveva precisato che, poiché il decreto di archiviazione ha per oggetto la notizia di reato e non il fatto, ed impedisce l'avvio di un procedimento ma non il giudizio su un'imputazione, l'intervenuta archiviazione non può precludere l'integrazione nel dibattimento, a norma degli artt. 516, 517, 518 c.p.p., dell'oggetto di un'azione penale già esercitata e di un processo già instaurato, quando e nei limiti in cui una tale integrazione sia in quel processo consentita²⁹.

Qualche anno dopo, tuttavia, questo orientamento era stato ribaltato alla luce della considerazione che in presenza di un provvedimento di archiviazione si realizza una preclusione all'esercizio dell'azione penale, di talché non si rende possibile l'integrazione della contestazione nel dibattimento in relazione a fatti per i quali, in presenza del decreto di archiviazione, non risulti richiesto ed emanato il prescritto decreto di riapertura delle indagini³⁰.

Di recente, la Suprema Corte ha ribadito la soluzione da ultimo data al problema, precisando, però, che l'efficacia preclusiva dell'emissione di un decreto di archiviazione non opera in presenza di un fatto qualificato come oggettivamente diverso da quello cui si riferiva il provvedimento di archiviazione, conseguente ad acquisizioni effettuate in altra fase processuale e da altra autorità giudiziaria³¹.

Sempre in relazione al profilo temporale, ci si chiede se sia possibile modificare l'oggetto del giudizio dopo l'esaurimento della fase acquisitiva e prima della dichiarazione di chiusura del dibattimento (art. 524 c.p.p.).

Durante la vigenza del codice precedente, il problema era risolto coordinando la previsione di cui all'art. 472, 1° comma, c.p.p. («Il dibattimento è chiuso appena terminata la discussione») con il riferimento al dibattimento come sede di emersione del profilo di novità dell'oggetto processuale contenuto nell'art. 445, 1° comma, c.p.p., per desumerne la conclusione che, collocandosi

²⁹ Cass. pen., 21-1-1998, Cusani, in *Giust. pen.*, 1999, III, 145. In applicazione di tale principio la Corte aveva rigettato il motivo con il quale il ricorrente denunciava la nullità della sentenza *ex art.* 178, lett. b), c.p.p. per improcedibilità dell'azione penale in ordine ad un reato contestatogli nel dibattimento ai sensi dell'art. 517 c.p.p., deducendo che per il medesimo fatto era intervenuto decreto di archiviazione e che mancava l'autorizzazione del giudice delle indagini preliminari.

³⁰ Cass. pen., 24-11-2000, Puppo, in *Cass. pen.*, 2002, 1069.

³¹ Cass. pen., 17-2-2006, Vecchione e altri, in *Riv. pen.*, 2007, 2, 220. Nell'occasione, la Corte ha ritenuto non operante la preclusione della necessaria e preventiva riapertura delle indagini per la diversa configurazione del fatto avvenuta nel giudizio di appello, per il quale era stata richiesta l'archiviazione nella fase delle indagini preliminari.

la discussione nel corso del dibattimento, anche durante il suo svolgimento fosse possibile procedere alla nuova contestazione³².

Il criterio letterale appare poco pertinente nel sistema attuale posto che, sotto questo profilo, dovrebbe ritenersi ammissibile, ovviamente entro i limiti stabiliti, la contestazione del fatto nuovo (art. 518 c.p.p.), dovendosi invece escludere la nuova contestazione nelle ipotesi previste dagli artt. 516 e 517 c.p.p., dal momento che, in entrambi i casi, la disposizione fa riferimento al "corso dell'istruzione dibattimentale", ossia ad una fase sistematicamente collocata all'interno del dibattimento, ma come frangente tipico di esso (artt. 496 ss. c.p.p.).

Tuttavia, una più attenta verifica condotta alla luce del criterio logico-sistematico impone di pervenire a conclusioni diverse, dal momento che nessun pregiudizio dei diritti della difesa potrebbe ravvisarsi in caso di modifiche della *res iudicanda* che dovessero intervenire durante la discussione finale.

Anzi, può accadere che il perfezionamento dei presupposti legittimanti una nuova contestazione sia percepibile soltanto alla luce di quella lettura sistematica degli atti processuali che, di regola, precede la discussione.

Impedire, in queste evenienze, l'adeguamento della *res iudicanda* significherebbe introdurre una preclusione non soltanto priva di specifico fondamento normativo, ma anche contrastante con le finalità di economia processuale sottostanti al regime delle nuove contestazioni³³.

Parimenti, non si può dubitare della possibilità di procedere ai sensi degli artt. 516 ss. c.p.p. qualora l'esigenza correttiva sorga in conseguenza dell'attività di acquisizione probatoria prevista dall'art. 523, 6° comma, c.p.p.

2. LA MODIFICA DELL'IMPUTAZIONE

L'art. 516 c.p.p. disciplina l'ipotesi in cui, nel corso dell'istruzione dibattimentale, l'oggetto del processo risulti diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio.

Come si è già avuto modo di osservare, la norma esprime una soluzione innovativa rispetto alla disciplina del codice abrogato, l'art. 477 del quale disponeva che, salvo quanto previsto dall'art. 445, il giudice dovesse ordinare la trasmissione degli atti al P.M. qualora, all'esito del dibattimento, il fatto fosse risultato diverso da quello originariamente contestato.

L'opzione volta a consentire al P.M. di procedere mediante lo strumento della contestazione anche nel caso di diversità del fatto – ritenuta dal legislatore in qualche modo imposta dalla legge di delega in ragione dell'inserimento,

³² CAVALLARI, cit., 643.

³³ Così, anche, MARINI, cit., 456. In questo senso è orientata, d'altra parte, la giurisprudenza. Cfr., infatti, Cass. pen., 28-5-1993, Festini, in *Cass. pen.*, 1995, 308; Cass. pen., 17-6-1999, Secci, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 611.

nel testo della direttiva n. 78, dell'inciso specificamente concernente la modifica dell'imputazione³⁴ – era stata presa in considerazione, non senza contrasti, nel corso dei lavori preparatori del codice del 1978 ed espressamente prevista dall'art. 489 del relativo progetto.

Infatti, una parte della commissione ministeriale per la riforma del codice processuale si era espressa per il mantenimento dell'impostazione preclusiva allora vigente, ponendo in rilievo «il particolare valore che assume nella struttura del nuovo processo, tutto imperniato sul dibattimento, la preventiva precisazione dell'imputazione e la sua stabilità»³⁵.

L'altra critica che si muoveva all'art. 489 del progetto del 1978 riguardava l'esatta delimitazione del concetto di "fatto diverso".

La nuova disciplina, si sottolineava nella relazione al progetto preliminare, non si riferiva alle ipotesi di assoluta diversità del fatto, nelle quali non si sarebbe stati in presenza di un fatto diverso in alcuni dei suoi elementi, ma di un altro fatto e, proprio per sottolineare la portata del concetto ed eliminare ogni incertezza al riguardo, era stata utilizzata la locuzione "fatto diverso da come descritto", intendendosi così porre l'accento sulla necessità, per l'applicazione della norma, che il fatto originariamente contestato all'imputato rimanesse, durante il dibattimento, inalterato nel suo nucleo essenziale³⁶.

La Commissione consultiva, nel suo parere, manifestava perplessità di non poco momento, sottolineando come, nella realtà, «anche variazioni marginali e apparentemente secondarie – come, ad esempio, quelle inerenti al tempo e al luogo – possono trasformare il fatto in un altro del tutto diverso da quello originariamente contestato»³⁷.

Sullo sfondo si poneva, ovviamente, il pericolo di coniare una disciplina poco riguardosa delle garanzie del contraddittorio e della difesa, per porre rimedio alla quale non sarebbe stata sufficiente, si riteneva, la predisposizione di ulteriori strumenti difensivi quali, appunto, il prolungamento dei termini a difesa, la previsione di adeguati poteri di integrazione probatoria o dell'obbligo di citare la persona offesa che fosse risultata tale a seguito della contestazione: «anche con queste maggiori garanzie» – si osservava infatti – «il principio del contraddittorio sarebbe egualmente compromesso appunto perché – data la difficoltà di distinguere le ipotesi in cui il fatto sia soltanto diverso da quello in cui sia addirittura un altro – si correrebbe il rischio di applicare una disciplina differenziata a situazioni sostanzialmente uguali»³⁸.

³⁴ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1154.

³⁵ Cfr. la relazione al progetto preliminare al codice del 1978, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1146.

³⁶ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1147.

³⁷ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1147.

³⁸ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1148.

Inoltre, la Commissione evidenziava come in determinati casi, soprattutto in quelli più delicati e complessi, sarebbe riuscito difficile, senza un ritorno del processo nelle fasi anteriori, precisare la nuova imputazione in termini tali di stabilità da allontanare il rischio di ulteriori modificazioni³⁹.

Infine, il progetto si esponeva a critiche nella parte in cui non predisponeva un meccanismo che consentisse di ovviare all'inerzia del P.M.

A tal proposito si rilevava come, non potendo il giudice, in mancanza di una richiesta dell'accusa, procedere d'ufficio alla contestazione suppletiva, si sarebbero potute realizzare preclusioni all'ulteriore cognizione del fatto diverso e, quindi, un'archiviazione di fatto senza l'osservanza delle relative regole⁴⁰.

Per fare fronte a questa situazione, la Commissione suggeriva, in ciò sostenuta dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione, di autorizzare il giudice a disporre la trasmissione degli atti al P.M.⁴¹.

È prevalsa, alla fine, la considerazione secondo cui un ritorno del processo alle fasi pregresse non avrebbe apportato alcun vantaggio né ai fini dell'accelteramento né ai fini della garanzia difensiva, «attese le possibilità limitatissime di acquisire materiale probatorio prima del dibattimento e la possibilità di assicurare in questa fase un concreto intervento della difesa»⁴².

Il codice attuale, come già detto, conferisce al P.M. un potere di contestazione autonomo sicché, stante l'autosufficienza dell'iniziativa accusatoria, al giudice non rimane che esercitare un controllo successivo rispetto all'atto, controllo che si estende anche alla verifica della conservazione della propria competenza per materia.

L'art. 516, 1° comma, c.p.p. prevede, infatti, che il giudice non possa prendere cognizione del fatto oggetto dell'intervento modificativo qualora esso rientri nella sfera di competenza di un giudice superiore⁴³, dovendo, in questa evenienza, procedere ai sensi dell'art. 23 c.p.p., come modificato dalla Corte Costituzionale⁴⁴ e, quindi, disporre la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice competente dopo avere dichiarato con sentenza la propria incompetenza.

Continuano a persistere, nonostante lo sforzo di precisazione profuso dai codificatori, le perplessità in ordine all'esatta delimitazione del concetto

³⁹ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1148.

⁴⁰ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1148.

⁴¹ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1148.

⁴² CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1147.

⁴³ Deve notarsi che la verifica della stabilità della propria competenza rispetto al fatto diverso fosse postulata dalla relazione al progetto preliminare nonostante l'art. 509 non la prevedesse espressamente. Cfr., sul punto, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1154.

⁴⁴ C. Cost., 11-3-1993, n. 76, in *Giur. cost.*, 1993, 687.

di "diversità", il quale, anche alla luce delle riflessioni emerse dall'analisi dei lavori preparatori, deve essere esaminato a seconda che conduca ad un fatto diverso o del tutto nuovo rispetto a quello iniziale, non essendo, quella relativa al tema, una «questione puramente terminologica»⁴⁵.

Muovendo dalla nozione processualistica di "fatto", deve intendersi con questa espressione «il complesso dei requisiti minimi (senza i quali, cioè, l'identificazione sarebbe impossibile o monca), che concorrono a profilare sul piano storiografico un certo avvenimento, nel quale si assume che ricorrano gli estremi previsti da un'ipotesi normativa»⁴⁶.

Il fatto processuale, pertanto, è un'entità di matrice naturalistica caratterizzata, oltre che dagli elementi descrittivi previsti nella fattispecie astratta⁴⁷ – quali la condotta (azione o omissione), il nesso di causalità, l'evento, le condizioni di punibilità, il dolo e la colpa – anche dagli altri dati fattuali che, soddisfacendo l'insopprimibile esigenza di concretezza propria del processo⁴⁸, consentono di cogliere l'accadimento nella sua unicità storica, quali il tempo ed il luogo, lo strumento e l'oggetto materiale⁴⁹.

La giurisprudenza, seguendo un'impostazione che, per quanto già visto, si discosta chiaramente dalle indicazioni fornite dai lavori preparatori, ha puntualizzato che si ha mutamento del fatto, e dunque fatto diverso, quando rispetto all'imputazione originariamente contestata emerge una trasformazione, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta così come accertata e nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, di talché il fatto stesso ha connotati materiali difformi da quelli descritti nel decreto che dispone il giudizio⁵⁰,

⁴⁵ CALÒ, *Il "capitolo" delle vicende dell'imputazione: una difficile convivenza con l'abnormalità*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 218.

⁴⁶ CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, cit., 941. Secondo CAVALLARI, cit., 638, il fatto oggetto del processo è costituito da «quel determinato episodio che l'autore ha realizzato e che viene introdotto nel processo».

⁴⁷ «Tra i due possibili significati sarebbe assurdo» – rileva CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, cit., 939 – «negare che esista una tendenziale convergenza, giacché il tema preconstituito del processo penale non è un "fatto" purchessia [...] ma un episodio individuato per la sua corrispondenza ad un'ipotesi di reato». Ritiene sovrapponibili le nozioni sostanziale e processuale di "fatto", invece, PAGLIARO, *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 963; nonché LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 392.

⁴⁸ CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, cit., 940.

⁴⁹ CAVALLARI, cit., 638. V., inoltre, SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. processuale*, 1970, 310; nonché, anche al fine di reperire un quadro di sintesi dei casi maggiormente ricorrenti, D'AGNOLO, cit., 516.

⁵⁰ Cass. pen., 14-3-1994, Mangiapia, in *Giust. pen.*, 1994, III, 327. In senso conforme, cfr. Cass. pen., 22-2-1996, Santese, in *Giust. pen.*, 1997, III, 348. In dottrina, si rifà alla nozione di fatto diverso emergente dai lavori preparatori CALAMANDREI, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 645. Secondo PAGLIARO, cit., 963, il mutamento del fatto ricorre quando il fatto di reato oggetto della sentenza è per qualche elemento (oggettivo o soggettivo, essenziale o accidentale) diverso da quello enunciato nell'imputazione e nelle successive modifiche consentite dalla legge.

anche se non al punto tale da dotarsi di intrinseca autonomia strutturale rispetto al fatto per il quale si è instaurato il processo e costituire, potenzialmente, il presupposto idoneo all'instaurazione di un procedimento distinto da quello già in atto e ad esso parallelo⁵¹.

È chiaro che l'espressione fatto diverso deve essere interpretata alla luce della possibilità offerta al P.M. di modificare l'imputazione⁵².

Ne deriva, quindi, che vada escluso dal campo applicativo della disposizione il caso in cui emerga che l'autore del reato è persona diversa dall'imputato, dovendosi in questo caso pervenire ad una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 530 c.p.p.

Allo stesso modo, se dall'istruttoria dibattimentale emerge che l'evento contestato non si è verificato, occorre accertare se sussistono gli estremi di un illecito diverso e, quindi, procedere alla modifica dell'imputazione ovvero se, invece, sia venuto meno ogni profilo di illiceità penale della condotta contestata, con conseguente necessità di pronunciare sentenza assolutoria.

Entro questi limiti, la nozione "naturalistica" del fatto è stata corredata, nel corso degli anni, da profili "funzionalistici" che hanno reso molto complessa l'indagine tesa a verificare la sussistenza, di volta in volta, di un "fatto diverso" rilevante ai sensi dell'art. 516 c.p.p.

Nell'ambito della disciplina delle nuove contestazioni, infatti, le indagini compiute dalla dottrina e l'elaborazione giurisprudenziale concernenti la relazione che deve intercorrere tra accusa e sentenza hanno sempre sottolineato l'esigenza di evitare un approccio di tipo formalistico, teso ad individuare un difetto di correlazione in tutti i casi di minima modificazione del fatto originario.

Si è così precisato, assecondando una linea di tendenza da più parti criticata⁵³, che il principio di correlazione tra imputazione e sentenza risulta violato e, per converso, si manifesta una ipotesi di diversità del fatto, soltanto quando al difetto di coincidenza sotto il profilo naturalistico – il quale ricorre, si è più volte ribadito, quando tra i fatti descritti e ritenuti non sia possibile individuare un nucleo comune, con la conseguenza che essi si pongono, tra loro, in rapporto di assoluta eterogeneità, nel senso che viene a realizzarsi una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti essenziali dell'addebito

Così, anche, SIRACUSANO, cit., 280; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 382. Secondo CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 454, il fatto è diverso quando rimangono fermi i nuclei che lo individuano, ossia la condotta e, nei reati materiali, l'oggetto fisico.

⁵¹ In questi termini Cass. pen., 16-7-2002, Rodia, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 30.

⁵² MARINI, cit., 454. Negli stessi termini LA MARCA, SANLORENZO, cit., 525.

⁵³ V., tra gli altri, CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, cit., 942; nonché CALAMANDREI, cit., 643.

nei confronti dell'imputato⁵⁴ – consegue una concreta lesione delle prerogative difensive dell'imputato, posto di fronte ad un fatto del tutto nuovo e rispetto al quale non ha alcuna effettiva possibilità di difesa⁵⁵.

Le Sezioni Unite hanno infatti chiarito, sempre con riferimento al principio di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, che per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa⁵⁶.

L'indagine volta ad accertare la violazione del principio di correlazione, pertanto, non deve esaurirsi nel pedissequo e mero confronto letterale tra contestazione e sentenza perché, riguardando la disciplina delle nuove contestazioni la materia delle garanzie difensive, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, pur in presenza di una ricostruzione fattuale in dibattimento diversa da quella oggetto del decreto che dispone il giudizio, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione⁵⁷.

Dalla nozione di fatto diverso in senso naturalistico deve distinguersi la semplice modifica, la quale ricorre quando dalle risultanze dibattimentali emerge la necessità di una mera puntualizzazione della ricostruzione del fatto nei suoi elementi essenziali o nei suoi riferimenti spazio-temporali⁵⁸.

Il profilo funzionalistico del fatto, invece, è idoneo ad escluderne la diversità qualora l'imputato abbia avuto modo di esercitare il proprio diritto di difesa in relazione alla nuova conformazione che il fatto storico ha assunto nel progredire dell'istruttoria dibattimentale.

⁵⁴ Cfr., fra le altre, Cass. pen., 3-9-2004, Rinaldi, in *Guida dir.*, 2004, n. 39, 89.

⁵⁵ La puntualizzazione che la questione della diversità del fatto deve essere risolta di caso in caso dal giudice, alla luce del principio informatore della contestazione dell'accusa, che è quello di assicurare all'imputato la possibilità di difendersi nella pienezza delle sue facoltà in relazione ad ogni elemento rilevante dell'imputazione, era già enunciata da MANZINI, cit., 399.

⁵⁶ Cass. pen., S.U., 19-6-1996, Di Francesco, in *Giust. pen.*, 1995, III, 167.

⁵⁷ Cass. pen., S.U., 19-6-1996, Di Francesco, cit.

⁵⁸ Cfr., tra le tante, Cass. pen., 27-10-1997, Carelli, in *Giust. pen.*, 1998, III, 583; Cass. pen., 9-10-1997, Schonauer, in *Cass. pen.*, 1998, 3065. V., inoltre, Cass. pen., 3-4-2003, Basile, in *Guida dir.*, 2003, n. 43, 68, la quale ha precisato: «Si ha "mutamento" del fatto contestato ex art. 516 c.p.p. solo in presenza di una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'astratta ipotesi criminosa prevista dalla legge, di un rapporto di "eterogeneità" e/o di "incompatibilità" rispetto a quella contestata, di una modifica del fatto nella sua sostanzialità, della realizzazione di un'azione completamente diversa, in maniera tale da pervenire a una vera e propria trasformazione dei contenuti essenziali dell'addebito, che causi un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione, con conseguente pregiudizio dei diritti di difesa. Al riguardo, è invece indifferente la semplice diversità formale della contestazione ovvero una mera modificazione di questa oppure di alcuni degli elementi relativi alle modalità esecutive di realizzazione della condotta addebitata».

Sulla maggiore garanzia attribuita al giudizio collegiale⁵⁹ si fonda il limite previsto dall'art. 516, comma 1 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 186, d.lg. 19-2-1998, n. 51 per disciplinare il caso in cui un problema di attribuzione del procedimento ad un giudice in diversa composizione emerga a seguito di nuova contestazione.

Coerentemente con il sistema dei rapporti tra giudice monocratico e collegiale⁶⁰, la disposizione in esame prevede che, qualora a seguito di contestazione effettuata nell'ambito di un processo pendente dinanzi al tribunale in composizione monocratica il reato risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, si realizza una violazione delle disposizioni sulla composizione del giudice che deve essere rilevata o eccepita, a pena di decadenza, immediatamente oppure, nei casi indicati dagli artt. 519, 2° comma e 520, 2° comma, c.p.p., prima del compimento di ogni altro atto nella nuova udienza.

Può notarsi, innanzitutto, come la norma attribuisca rilievo soltanto all'errore di attribuzione "per difetto", rimanendo priva di rilievo la modifica dell'imputazione che comporterebbe l'attribuzione del procedimento al giudice monocratico.

In secondo luogo, appare evidente che l'interesse alla corretta attribuzione del procedimento, assolutamente rilevante sul piano soggettivo, non è altrettanto garantito sotto il profilo temporale, rimanendo la relativa tutela correlata all'osservanza di termini stabiliti a pena di decadenza; da ciò l'ovvia considerazione secondo cui «è difficile nascondere l'esistenza di un abbassamento sostanziale delle garanzie difensive rispetto a quanto di regola avviene nell'ambito dell'originaria disciplina in tema di nuove contestazioni»⁶¹.

Il legislatore, in altri termini, ha ribadito anche in relazione alla disciplina delle nuove contestazioni la volontà di mantenere competenza e attribuzione su piani differenti, sostituendo all'assolutezza del regime preclusivo connesso al difetto di competenza per materia un meccanismo di rilevazione del vizio di attribuzione caratterizzato da specifici limiti temporali.

La l. 16-12-1999, n. 479 ha preso in considerazione, in linea con la soluzione normativa improntata alla differenziazione del rito nell'ambito del procedimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica⁶², anche l'ipotesi in cui,

⁵⁹ CRISCIUOLO, GIAMBRUNO, MARINO, *Il giudice unico*, Napoli, 2000, 306. Sottolinea questo aspetto, inoltre, GARUTI, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, 239.

⁶⁰ Coerenza che è stata sottolineata dal CSM nel parere sullo schema di decreto legislativo sull'istituzione del giudice unico di primo grado reso il 27-11-1997. V., sul punto, CRISCIUOLO, GIAMBRUNO, MARINO, cit., 442.

⁶¹ GARUTI, cit., 240.

⁶² V., in particolare, UBERTIS, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in *Cass. pen.*, 2000, 2141, il quale distingue i procedimenti dinanzi al tribunale in composizione monocratica in «ordinario» (contemplante la possibilità dell'udienza prelimi-

a seguito della modifica dell'imputazione, il reato continui a rientrare tra quelli riservati alla cognizione di siffatto giudice, ma il relativo procedimento si caratterizzi per il fatto di prevedere quale fase necessaria l'udienza preliminare e questa non si è tenuta.

In questo caso, prescrive l'art. 516, comma 1 *ter*, c.p.p. (introdotto dall'art. 47, 4° comma, l. 16-12-1999, n. 479), l'inosservanza delle disposizioni sul procedimento deve essere eccepita nei termini indicati dal comma precedente.

La *ratio* della disposizione risiede nell'esigenza di evitare che il meccanismo descritto dall'art. 516 c.p.p. finisca per legittimare una valutazione, in punto di responsabilità dell'imputato, secondo un iter processuale meno garantito rispetto a quello che si sarebbe dovuto seguire qualora il fatto oggetto del processo fosse stato correttamente delineato al termine delle indagini preliminari⁶³.

In linea con la previsione contenuta nell'art. 550, 3° comma, c.p.p., la quale ribadisce il principio generale di rinunciabilità della fase dell'udienza preliminare stabilito dall'art. 419, 5° comma, c.p.p., la modalità di denuncia prescelta dal legislatore si incentra sull'eccezione di parte, non essendo prevista, invece, la rilevabilità d'ufficio.

Se, dunque, l'inerzia della parte stabilizza la cognizione del giudice procedente ovvero, in caso di inosservanza delle norme sul procedimento, sana l'omessa instaurazione dell'udienza preliminare, il tempestivo rilievo della violazione pone in capo al giudice un dovere abdicativo che si articola diversamente a seconda che si versi nella prima ovvero nella seconda delle ipotesi considerate.

Qualora la violazione riguardi semplicemente il rito, infatti, l'art. 521 *bis*, 1° comma, c.p.p., introdotto dall'art. 189, d.lg. 19-2-1998, n. 51 originariamente al fine di disciplinare «le conseguenze derivanti, sul piano che interessa, dalla diversa qualificazione giuridica del fatto e dalle nuove contestazioni»⁶⁴ e successivamente modificato dalla l. 16-12-1999, n. 479, stabilisce che il giudice disponga, con ordinanza, la trasmissione degli atti al P.M., soggiungendo, al 2° comma, che l'inosservanza della disposizione medesima deve essere eccepita, a pena di decadenza, nei motivi di impugnazione.

In caso di devoluzione al collegio del reato risultante dalla modifica dell'imputazione, invece, occorre distinguere a seconda che il giudizio dinanzi al tribunale procedente sia stato introdotto mediante citazione diretta oppure decreto di rinvio a giudizio a seguito di udienza preliminare.

nare) e «speciale» (ossia mancante di un segmento nella successione dei momenti che compongono la struttura tipica del modello processuale dinanzi al tribunale).

⁶³ GARUTI, cit., 242. Così, anche, CALÒ, cit., 221.

⁶⁴ Così, puntualmente, si esprime la relazione governativa sul d.lg. 19-2-1998, n. 51. Per un estratto di essa v. CRISCUOLO, GIAMBRUNO, MARINO, cit., 462.

Nel primo caso, ai sensi dell'art. 521 *bis* c.p.p. – norma generale posta a presidio delle garanzie connesse alla funzione di filtro dell'udienza preliminare⁶⁵ – il giudice deve disporre la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice competente a decidere sul reato ritenuto a seguito della contestazione⁶⁶.

La disposizione «inopinatamente»⁶⁷ non prende in considerazione la seconda ipotesi, ricorrente nel caso in cui la modifica dell'imputazione provoca lo spostamento della cognizione al giudice collegiale in relazione ad un procedimento in cui è stata celebrata l'udienza preliminare, anche se la lacuna normativa può essere colmata ricorrendo al criterio interpretativo logico-sistematico, in virtù del quale può concludersi che il giudice precedente deve, in questa evenienza, disporre la trasmissione degli atti in via orizzontale al giudice competente (art. 33 *septies*, 1° comma, c.p.p.)⁶⁸.

3. IL REATO CONCORRENTE E LE CIRCOSTANZE AGGRAVANTI RISULTANTI DAL DIBATTIMENTO

L'art. 517 c.p.p. consente di ampliare l'oggetto del processo⁶⁹, estendendolo ai reati connessi a norma dell'art. 12, 1° comma, lett. *b*), c.p.p. ed alle circostanze aggravanti che siano emersi nel corso dell'istruzione dibattimentale.

La contestazione suppletiva, come è noto, costituiva l'unica ipotesi correttiva della *res iudicanda* prevista dal codice abrogato, il quale, all'art. 445, ne individuava l'oggetto nel reato concorrente, nella continuazione ovvero in una circostanza aggravante.

Se rispetto alla continuazione dei reati si poneva soltanto un problema di carattere formale, dovendosi soltanto puntualizzare che oggetto della contestazione non era la «continuazione di reato», ma il fatto o i fatti legati da nesso di continuazione a quello o a quelli per cui si procede⁷⁰, l'ampiezza della formula normativa utilizzata per delimitare l'altra ipotesi aveva indotto la dottrina a chiedersi se potessero essere contestati in udienza tutti i reati che fossero concorrenti con quello oggetto dell'originaria contestazione per il semplice fatto della loro commissione da parte dello stesso imputato, ovvero soltanto quelli

⁶⁵ GARUTI, cit., 246. V., altresì, RIGO, *Le nuove disposizioni in tema di competenze penali del tribunale nel quadro della riforma del giudice unico*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 152.

⁶⁶ In questo senso, anche, RIGO, cit., 152; UBERTIS, *Il procedimento davanti al tribunale*, cit., 2147.

⁶⁷ UBERTIS, *Il procedimento davanti al tribunale*, cit., 2147.

⁶⁸ Così, anche, RIGO, cit., 152. Secondo RICCO, *Fatti "nuovi" e fatti "diversi" nel regime delle contestazioni suppletive*, in *Dir. e giustizia*, 2004, n. 13, 68, il giudice monocratico deve trasmettere gli atti al giudice dell'udienza preliminare.

⁶⁹ D'AGNOLO, cit., 1472.

⁷⁰ CAVALLARI, cit., 646.

che presentassero con il primo un legame, sotto il profilo oggettivo, tipizzato dal legislatore.

Da un lato, si sosteneva che la contestazione del reato concorrente avrebbe potuto riguardare soltanto i reati in concorso formale con quello oggetto dell'imputazione, poiché, a ragionare diversamente, sarebbe risultato impossibile delineare il concetto di fatto nuovo non contestabile in udienza cui faceva riferimento l'art. 444 del vecchio codice⁷¹.

Secondo altri, invece, la formulazione dell'art. 445, 1° comma, c.p.p. abr. non consentiva di effettuare alcuna distinzione nell'ambito dei reati concorrenti, dovendosi pertanto comprendere sia i casi di concorso formale che i casi di concorso materiale⁷².

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul tema della delimitazione dell'ambito applicativo della disciplina della contestazione suppletiva influenzò in maniera determinante il processo di elaborazione del progetto del 1978, l'art. 490 del quale intese dare una soluzione «in senso restrittivo» al contrasto di opinioni determinato dall'eccessiva genericità dell'art. 445 c.p.p. abr., prevedendo espressamente che la contestazione in dibattimento del reato concorrente potesse avvenire soltanto nei casi di concorso formale, ai sensi dell'art. 81, 1° comma, c.p.⁷³.

L'art. 490 del progetto del 1978 non consentiva la contestazione del reato in continuazione, assimilando la relativa ipotesi – si legge sempre nella relazione – al concorso materiale di reati, in considerazione della diversa fisionomia assunta dall'istituto per effetto delle modifiche apportate dalla l. 7-6-1974, n. 220⁷⁴.

L'opzione favorevole al restringimento delle ipotesi di contestazione suppletiva è stata privilegiata anche dal codice vigente, nell'elaborare il quale, tuttavia, si è ritenuto «più opportuno un riferimento interno al codice di procedura penale [art. 12, 1° comma, lett. b)], anziché un rinvio al codice penale»⁷⁵.

La soluzione, corretta da un punto di vista sistematico, ha però esposto la relativa disciplina ai pericoli derivanti da possibili modifiche della norma concernente i casi di connessione, nonostante la volontà del legislatore fosse esplicitamente orientata a limitare la possibilità di procedere alla contestazione stessa al solo reato in concorso formale con quello per cui si procede⁷⁶.

Ed infatti, l'ambito di applicazione dell'art. 517 c.p.p. era in origine molto diverso dall'attuale, poiché è stato interessato da una dinamica espansiva con-

⁷¹ V., per questa tesi, LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 381; nonché LEMMO, *Accusa suppletiva e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1971, 78.

⁷² V., per tutti, MANZINI, cit., 390, nt. 4.

⁷³ V., su questo aspetto, la relazione al progetto preliminare al codice del 1978, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1149.

⁷⁴ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1147.

⁷⁵ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1155.

⁷⁶ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1155.

nessa alla speculare, progressiva espansione dei casi di connessione previsti dalla disposizione richiamata.

L'art. 12, 1° comma, lett. b), c.p.p., nell'originaria dizione, individuava il relativo caso di connessione nell'ipotesi in cui una persona fosse imputata «di più reati commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni in unità di tempo e di luogo».

La previsione normativa era apparsa in linea, innanzitutto, con la legge di delega, la quale, esigendo che le nuove contestazioni fossero «inerenti ai fatti oggetto del giudizio», non lasciava intravedere la possibilità di contestare un fatto nuovo al di fuori dei casi in cui fosse ravvisabile un inscindibile legame con il fatto oggetto dell'imputazione iniziale⁷⁷.

In secondo luogo, la disciplina restrittiva della contestazione suppletiva era sembrata coerente con la struttura del dibattimento e con le sue esigenze di snellezza e concentrazione, poiché un'eccessiva estensione dell'istituto «avrebbe comportato la possibilità di attività istruttorie su fatti per i quali non vi è stata alcuna indagine del pubblico ministero e delle parti, con il rischio di una gestione processuale difficilmente governabile»⁷⁸.

Si rilevava, inoltre, come la scelta legislativa non contrastasse con l'interesse dell'imputato di essere sottoposto ad un unico processo per tutti i fatti emersi nel corso del dibattimento e legati a quello contestato dal vincolo della continuazione, poiché, non ricorrendo i presupposti legittimanti la contestazione ai sensi dell'art. 517 c.p.p., sarebbe comunque stato possibile procedere, con il suo consenso, alla contestazione del fatto nuovo ai sensi dell'art. 518 c.p.p.⁷⁹.

A seguito della riformulazione dell'art. 12 c.p.p. ad opera del d.l. 20-11-1991, n. 367, conv. in l. 20-1-1992, n. 8, la connessione ricorre «se una persona è imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso».

La modifica normativa ha esteso, di riflesso, la possibilità di procedere a contestazione ai sensi dell'art. 517 c.p.p., includendo la continuazione tra le ipotesi oggettive legittimanti l'espansione in via suppletiva della *res iudicanda*⁸⁰.

⁷⁷ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1155.

⁷⁸ MARINI, cit., 460.

⁷⁹ MARINI, cit., 461.

⁸⁰ Volendo estendere l'indagine alle prospettive di riforma del codice processuale, deve osservarsi che il «progetto di legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale» elaborato dalla *Commissione ministeriale presieduta dal Prof. G. Riccio* ha operato un restringimento dei casi di contestazione suppletiva. Infatti, la direttiva n. 76.1 ripropone la soluzione volta a consentirla soltanto rispetto alle circostanze aggravanti ed ai reati in concorso formale. La contestazione del reato continuato, analogamente alla contestazione del fatto nuovo, resta invece subordinata al consenso dell'imputato ed all'autorizzazione del giudice. Il testo del progetto è reperibile in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 485.

Ne è scaturita, ha osservato la dottrina, una certa disarmonia nell'ambito dell'art. 517 c.p.p., giacché il vincolo della continuazione non sembra in sé più intenso di altri (per esempio, del vincolo teleologico o di quello consequenziale), tutti irrilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina della contestazione suppletiva⁸¹.

Anche alla luce della nuova formulazione dell'art. 517 c.p.p. rispetto alla dizione dell'art. 445, 1° comma, c.p.p. abr. deve ritenersi, in linea con la dottrina formatasi sotto il vigore del vecchio codice, che la contestazione potrà essere effettuata sia nel caso in cui l'oggetto del processo sia un unico reato ed in dibattimento emerga un altro o più reati legati al primo dal vincolo della continuazione, sia nel caso in cui il processo riguardi già un reato continuato ed emergano nel corso del dibattimento uno o più fatti ulteriori in continuazione⁸².

Qualora, invece, i vari fatti siano già contestati nel decreto che dispone il giudizio, il giudice potrebbe ritenere la sussistenza del vincolo della continuazione senza che sia necessario procedere a specifica contestazione, dovendosi collocare questa ipotesi nell'ambito della diversa definizione giuridica del fatto, sempre consentita ai sensi dell'art. 521, 1° comma, c.p.p.⁸³.

L'art. 517 c.p.p. consente al P.M. di contestare una circostanza aggravante di cui non vi sia menzione nel decreto che dispone il giudizio.

Non v'è dubbio, infatti, che oltre al fatto integrante l'ipotesi di reato considerata debbano essere contestate, nel momento in cui emergono, le circostanze aggravanti, trattandosi di elementi che accentuano l'afflizione connessa all'irrogazione della pena e che, pertanto, non possono non essere portate a conoscenza dell'imputato al fine di garantire l'effettività del diritto di difesa.

Ci si chiedeva, soprattutto sotto il vigore del codice abrogato, se la disposizione dell'art. 445 c.p.p. fosse applicabile nel caso in cui nel capo d'imputazione fossero descritti gli elementi costitutivi di una circostanza attenuante rivelatisi successivamente insussistenti nel corso del dibattimento.

In questa evenienza, infatti, si verifica una sopravvenienza probatoria che, modificando il profilo circostanziale del fatto, ne accresce la gravità e profila un acuirsi del trattamento sanzionatorio: da qui la ritenuta necessità che gli elementi integranti la nuova dimensione del fatto debbano essere contestati, trattandosi di una modifica assimilabile, sul piano degli effetti, a quella che consegue alla contestazione di una nuova circostanza aggravante⁸⁴.

L'impostazione, indubbiamente suggestiva, non sembra compatibile con la lettera dell'art. 517 c.p.p., il quale è chiaro nel prescrivere la contestazione delle sole circostanze aggravanti.

⁸¹ RIVELLO, cit., 294.

⁸² CAVALLARI, cit., 646.

⁸³ Così, in relazione all'art. 445 c.p.p. abr., CAVALLARI, cit., 646.

⁸⁴ CAVALLARI, cit., 646.

Essa, inoltre, contraddice la struttura e la funzione della contestazione, la quale, costituendo un veicolo cognitivo finalizzato ad informare il destinatario di un'accusa penale degli specifici contenuti di essa, non può che riguardare, nella dinamica evolutiva che può investire l'imputazione originaria, soltanto gli elementi di fatto a valenza accrescitiva.

L'ipotesi considerata deve collocarsi, quindi, nell'ambito del potere di riqualificazione giuridica del fatto conferito al giudice ai sensi dell'art. 521, 1° comma, c.p.p.

Anche l'art. 517, 1° comma, c.p.p. prevede come limite generale la conservazione della competenza per materia del giudice che procede.

Pertanto, nei casi in cui, per effetto della contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante nel corso del dibattimento, si determini una situazione di incompetenza per difetto, il giudice deve procedere ai sensi dell'art. 23 c.p.p.⁸⁵ e, quindi, dopo avere dichiarato con sentenza la propria incompetenza rispetto al reato concorrente ovvero diversamente circostanziato, deve disporre la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice competente.

L'esigenza di salvaguardare, ad un tempo, il sistema dei rapporti tra giudice monocratico e collegiale e le garanzie connesse al modello processuale con udienza preliminare anche in relazione alle contestazioni suppletive si pone alla base dell'art. 187, d.lg. 19-2-1998, n. 51, il quale ha aggiunto all'art. 517 c.p.p. un comma 1 *bis* che, nella versione integrata dall'art. 47, 5° comma, l. 16-12-1999, n. 479, richiama le disposizioni contenute nell'art. 516, comma 1 *bis* e comma 1 *ter*, c.p.p.

Pertanto, qualora a seguito di contestazione *ex* art. 517 c.p.p., effettuata nell'ambito di un processo pendente dinanzi al tribunale in composizione monocratica, il reato concorrente o diversamente circostanziato risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, si realizza una violazione delle disposizioni sulla composizione del giudice che deve essere rilevata o eccepita, a pena di decadenza, immediatamente oppure, nei casi indicati dagli artt. 519, 2° comma e 520, 2° comma, c.p.p., prima del compimento di ogni altro atto nella nuova udienza.

L'eccezione di parte, da proporre negli stessi termini, è necessaria nell'ipotesi in cui la contestazione suppletiva non incida sulla distribuzione degli affari penali tra le due articolazioni del tribunale ma soltanto sul modello processuale, introducendo un dato fattuale incidente sull'imputazione in modo tale da fare sì che, rispetto ad essa, sia prevista l'udienza preliminare e questa non si è tenuta.

Il tempestivo rilievo della violazione pone il giudice in una situazione esattamente corrispondente a quella, già esaminata, che si genera nell'ipotesi

⁸⁵ Come modificato, ovviamente, da C. Cost., 11-3-1993, n. 76, cit.

di incidenza sull'attribuzione degli affari o sul rito di una modifica dell'imputazione ai sensi dell'art. 516 c.p.p.

Pertanto, qualora la violazione attenga semplicemente al rito, ai sensi dell'art. 521 *bis*, 1° comma, c.p.p., il giudice deve disporre, con ordinanza, la trasmissione degli atti al P.M. e l'eventuale inosservanza della disposizione deve essere eccepita, a pena di decadenza, nei motivi di impugnazione.

In caso di devoluzione al collegio della fattispecie risultante dalla contestazione suppletiva, invece, occorre distinguere a seconda che il giudizio dinanzi al tribunale precedente sia stato introdotto mediante citazione diretta oppure tramite decreto di rinvio a giudizio a seguito di udienza preliminare.

Nel primo caso, il giudice deve disporre, ai sensi dell'art. 521 *bis* c.p.p., la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice competente.

Nel caso in cui la contestazione suppletiva provochi lo spostamento della cognizione al giudice collegiale in relazione ad un procedimento in cui è stata celebrata l'udienza preliminare, nel silenzio della disposizione normativa occorre fare ricorso al criterio interpretativo logico-sistematico, potendosi pertanto concludere che il giudice precedente deve disporre la trasmissione degli atti in via orizzontale al giudice competente (art. 33 *septies*, 1° comma, c.p.p.).

4. LA CONTESTAZIONE DEL FATTO NUOVO

L'art. 518 c.p.p. ripete la regola generale contenuta nell'art. 444 c.p.p. abr., disponendo che se, nel corso del dibattimento, emerge un fatto nuovo rispetto a quello enunciato nell'atto introduttivo, il P.M. deve procedere rispetto ad esso mediante le forme ordinarie di esercizio dell'azione penale.

Pertanto, quando in udienza emerga un reato in relazione al quale non vi è stata richiesta di rinvio a giudizio, il P.M. deve chiedere la trasmissione al proprio ufficio degli atti da cui emergono gli elementi che impongono di procedere in via autonoma nei confronti dell'imputato e, eventualmente, di persone diverse.

Il giudice, ovviamente, dovrà procedere alla trasmissione degli atti soltanto in relazione al fatto nuovo, trattenendo presso di sé quelli concernenti il fatto oggetto dell'originaria contestazione per la prosecuzione del giudizio⁸⁶.

Il 2° comma dell'art. 518 c.p.p. introduce, invece, uno dei profili di maggiore novità della disciplina delle nuove contestazioni⁸⁷, consentendo di estendere al fatto nuovo che sia procedibile d'ufficio l'oggetto del processo in corso, purché ricorrano i due presupposti costituiti dal consenso dell'imputato e dall'autorizzazione del presidente.

⁸⁶ V., per questa precisazione, SILVESTRI, *Le modificazioni dell'accusa e la discussione*, in APRILE, SILVESTRI, *Il giudizio dibattimentale*, Milano, 2006, 390.

⁸⁷ Ripetendo l'art. 518, 1° comma, c.p.p. «cose note», è il 2° comma la «autentica norma». Così CORDERO, *Procedura penale*, cit., 460.

Il testo della disposizione, come può notarsi, ripete la formula ("fatto nuovo") contenuta nella rubrica, secondo una scelta che è stata sottoposta a critiche già in relazione all'analoga ipotesi compendiata dall'art. 491 del progetto del 1978.

Infatti, la Commissione consultiva e la Procura generale presso la Corte di Cassazione avevano manifestato perplessità rispetto all'impiego di una formula ritenuta del tutto inidonea a consentire una precisa demarcazione con i casi di diversità assoluta del fatto, nei quali si sarebbe stati in presenza di un altro fatto e non di un fatto diverso, auspicando un ritorno alla dizione utilizzata nell'art. 444 c.p.p. abr. («alcun altro fatto previsto dalla legge come reato»)⁸⁸.

In ogni caso, dalla relazione al progetto medesimo emerge chiaramente come la disposizione si riferisse ai casi di emersione di reati ulteriori e diversi rispetto a quello costituente l'oggetto originario del processo, essendo finalizzata a consentire la contestazione dibattimentale «anche in caso di concorso materiale di reati» purché, ai sensi del 2° comma, ricorressero i presupposti del consenso dell'imputato e dell'assenza di pregiudizio rispetto alla speditezza del procedimento⁸⁹.

Lo stesso schema, come si è visto, è stato mantenuto dal codice vigente sulla base della considerazione – desumibile dalla relazione al progetto preliminare – che la legge di delega, nel puntualizzare che le nuove contestazioni devono essere "inerenti ai fatti oggetto del processo", non prevede la possibilità di contestare il fatto nuovo al di fuori dei casi di contestazione suppletiva, mentre nel concetto di "modifica dell'imputazione" non può ricondursi l'ipotesi costituita dall'aggiunta di ulteriori accuse⁹⁰.

L'art. 518, 1° comma, c.p.p., allo stesso modo di quanto previsto dall'art. 444 c.p.p. abr., contiene una riserva in relazione ai casi in cui si può procedere a contestazione suppletiva ai sensi dell'art. 517 c.p.p. e ciò, oltre a costituire una scelta obbligata al fine di evitare possibili difetti di coordinamento, concorre con le risultanze dei lavori preparatori al fine di ricostruire il concetto di "fatto nuovo".

In dottrina, invero, si è sostenuto che il meccanismo delineato dall'art. 518 c.p.p. «non necessariamente postula l'"aggiunta" di un fatto ad un altro precedentemente contestato, trovando applicazione anche qualora quello originario "sfumi" in uno diverso, giacché una serie di successive modifiche può,

⁸⁸ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1150.

⁸⁹ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1150.

⁹⁰ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1155. V., nel senso che il legislatore delegato abbia ampliato le previsioni della legge di delega, dove non era prevista la possibilità di contestazione del fatto nuovo, GIULIANI, cit., 1130; nonché LA MARCA, SANLORENZO, cit., 529.

a ben vedere, condurre ad una radicale trasformazione del fatto inizialmente ascritto»⁹¹.

L'impostazione, corretta da un punto di vista storico-naturalistico, sembra contrastare, per quanto appena detto, con l'intenzione del legislatore, emergendo chiaramente dalla relazione al progetto preliminare che la disposizione è stata introdotta proprio al fine di consentire l'aggiunta di accuse ulteriori rispetto a quelle originariamente contestate; ipotesi, come già visto, non riconducibile al concetto di "modifica dell'imputazione"⁹².

In secondo luogo, la clausola di riserva contenuta nell'art. 518, 1° comma, c.p.p. mantiene un significato sistematicamente funzionale soltanto in quanto presupponga un'estensione della contestazione in relazione a casi di emersione di fatti di reato non legati dal vincolo preso in esame dall'art. 517 c.p.p., senza lasciare spazio ad ipotesi sostitutive⁹³.

Dunque, l'espressione "fatto nuovo" deve riferirsi, nel sistema delle nuove contestazioni, a tutte le situazioni in cui emerge, durante il dibattimento, un'ipotesi di reato ulteriore rispetto a quella già oggetto dell'originaria contestazione ma non legata ad essa dalle relazioni prospettate dall'art. 517 c.p.p.⁹⁴.

Deve trattarsi, in altri termini, di un fatto i cui elementi essenziali non sono in alcun modo suscettibili di essere ricompresi nella contestazione originaria e rispetto al quale non sono ravvisabili relazioni idonee a perfezionare le ipotesi di concorso formale o di reato continuato già prese in considerazione dalla norma precedente.

Nel caso di sostituzione di un fatto nuovo a quello originariamente contestato, ossia di contestazione, ai sensi dell'art. 516 c.p.p., di un fatto assolutamente slegato da quello descritto nell'atto introduttivo del processo, il giudice non può fare altro che adottare un provvedimento di restituzione degli atti al P.M. ai sensi dell'art. 521, 3° comma, c.p.p., nel contempo astenendosi dal pronunciare sentenza di merito sia sul fatto vecchio che su quello nuovo⁹⁵.

L'assenza di qualsiasi relazione oggettiva tra i fatti oggetto della originaria e della nuova contestazione costituisce il punto di riferimento dell'elaborazione giurisprudenziale concernente il concetto di "fatto nuovo", avendo la Suprema

⁹¹ RIVELLO, cit., 299. V., negli stessi termini, TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2005, 556; SIRACUSANO, cit., 281; RICCIO, cit., 64; RAFARACI, cit., 30; D'AGNOLO, cit., 1477.

⁹² In questi termini, anche, RAFARACI, cit., 53.

⁹³ Questo aspetto è evidenziato da LA MARCA, SANLORENZO, cit., 529.

⁹⁴ ILLUMINATI, cit., 676. Fa riferimento ad una integrazione della contestazione e, conseguentemente, allo svolgimento di un *simultaneus processus*, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, 443.

⁹⁵ L'impostazione è esplicitamente enunciata nella relazione al progetto preliminare, la quale, tuttavia, rimetteva agli interpreti la soluzione del problema concernente la configurabilità, in capo al giudice, di un facoltà di prosciogliere l'imputato rispetto al fatto originariamente contestato. Cfr., sul punto, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1159.

Corte chiarito che con questa espressione, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 518 c.p.p., deve intendersi il fatto che, in quanto dotato di intrinseca autonomia strutturale rispetto al fatto per il quale si è già proceduto, possa costituire presupposto idoneo all'instaurazione di un procedimento distinto da quello già in atto e ad esso parallelo⁹⁶.

Come si è avuto modo di osservare, la contestazione del fatto nuovo non può avere luogo se non in presenza del duplice presupposto costituito dal consenso dell'imputato e dall'autorizzazione del giudice.

La dizione della norma lascia intendere che la manifestazione di un valido consenso – il quale, ha puntualizzato la Suprema Corte, non può essere presunto, ma va sollecitato e manifestato⁹⁷ – esige che l'imputato sia materialmente presente in udienza, non essendo possibile sostenere che la partecipazione fisica del destinatario dell'accusa aggiuntiva possa essere surrogata da forme di rappresentanza legale del tipo di quelle previste dagli artt. 475, 2° comma e 420 *quinquies*, 2° comma, c.p.p. (richiamato dall'art. 484, comma 2 *bis*, c.p.p.) o di rappresentanza volontaria, trattandosi di un atto personalissimo⁹⁸.

L'autorizzazione del presidente – il quale, si badi, non procede alla contestazione ma abilita il P.M. al compimento di un atto proprio – è funzionale alla valutazione circa l'insussistenza di pregiudizi alla speditezza del procedimento in conseguenza dell'ampliamento dell'oggetto processuale.

Il testo della norma, evocando una valutazione di speditezza riferita "ai procedimenti", lascia intendere che il giudizio preventivo del giudice – il quale deve tenere conto, sebbene non ne consegua alcun vincolo, della posizione di tutte le parti processuali⁹⁹ – deve estendersi anche ai profili di speditezza ed economia processuale come configurabili in relazione al procedimento cui darebbe luogo l'autonomo esercizio dell'azione penale¹⁰⁰.

⁹⁶ Così, fra le altre, Cass. pen., 16-7-2002, Rodia, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 499. Secondo Cass. pen., 25-9-1998, Capano, in *Cass. pen.*, 1999, 3159, la locuzione "fatto nuovo", di cui all'art. 518 c.p.p., denota un accadimento assolutamente difforme da quello contestato e l'emergere in dibattimento di accuse in nessun modo rintracciabili nel decreto di rinvio o di citazione a giudizio.

⁹⁷ Cass. pen., 28-1-1995, Docimo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 137. Sul punto, la direttiva n. 76.2 del « progetto di legge delega per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale » elaborato dalla *Commissione ministeriale presieduta dal Prof. G. Riccio* ha modo di precisare, chiarendo ogni dubbio, che il consenso dell'imputato deve essere "espresso".

⁹⁸ RIVELLO, cit., 300. V., altresì, ILLUMINATI, cit., 676; TONINI, cit., 556; RAFARACI, cit., 139. Secondo CORDEIRO, *Procedura penale*, cit., 460, invece, « sarebbe vacuo formalismo reputarlo [il consenso] inefficace quando sia trasmesso dall'assente (ad esempio, una missiva al difensore) ».

⁹⁹ SILVESTRI, cit., 390. Secondo D'AGNIOLO, cit., 1478, il presidente deve comunque farsi carico degli interessi delle parti qualora la contestazione si risolvesse in un apprezzabile maggior carico dell'istruzione dibattimentale ed il correlativo ritardo arrecasse ad esse un apprezzabile nocumento.

¹⁰⁰ MARINI, cit., 461. Così, anche, D'AGNIOLO, cit., 1478.

Pure in mancanza di espliciti riferimenti, si deve ritenere che il meccanismo previsto dall'art. 518, 2° comma, c.p.p. non possa operare qualora il reato oggetto della nuova contestazione risulti di competenza di un altro giudice.

Infatti, il presidente non potrebbe effettuare la valutazione comparativa del dispendio connesso alla trattazione separata o unitaria delle imputazioni e ritenere in ipotesi conveniente autorizzare egualmente la contestazione, dal momento che ad essa non potrebbe che seguire, in virtù dei criteri di rilevazione del difetto di competenza, un provvedimento declinatorio ai sensi dell'art. 23 c.p.p. che, necessariamente limitato al fatto nuovo, precluderebbe comunque lo svolgimento del *simultaneus processus*¹⁰¹.

La possibilità di procedere alla contestazione del fatto nuovo pone il problema, non espressamente disciplinato ma certamente rilevante alla luce del richiamo alle contestazioni previste dall'art. 518 c.p.p. contenuto nell'art. 521 *bis* c.p.p., della ricostruzione della situazione giuridica facente capo al giudice nel caso in cui la contestazione di un fatto nuovo implichi il passaggio alla procedura di accertamento con udienza preliminare ovvero, addirittura, un trasferimento di attribuzioni al giudice in composizione collegiale.

Nel primo caso, ovviamente, il consenso dell'imputato alla contestazione in udienza del fatto nuovo determina, verificandosi il presupposto ulteriore dell'autorizzazione giudiziale, il perfezionamento della fattispecie, costituendo atto chiaramente manifestativo, altresì, della volontà di rinunciare all'udienza preliminare ai sensi dell'art. 419, 5° comma, c.p.p.¹⁰².

La contestazione del fatto nuovo deve ritenersi possibile anche nel caso in cui influenzi la composizione del giudice, dal momento che i principi generali in tema di distribuzione degli affari tra giudici in diversa composizione delineano un meccanismo di denuncia dell'inosservanza fondato essenzialmente sull'eccezione di parte.

Quindi, se, da un lato, l'autorizzazione del giudice denota l'intenzione di non rilevare la violazione, il consenso dell'imputato si pone, dall'altro, in rapporto di incompatibilità con la volontà di fare valere il difetto di attribuzioni del giudice procedente¹⁰³.

Tra l'altro, deve escludersi che, sul punto, possa attribuirsi rilievo determinante al richiamo della disposizione contenuto nell'art. 521 *bis* c.p.p., dal momento che, a rigore, la norma si presterebbe ad operare in tutti i casi in cui emerge una imperfezione procedurale connessa alla mancata celebrazione del-

¹⁰¹ Esclude che il presidente possa autorizzare, in questa ipotesi, la contestazione, RIVELLO, cit., 300.

¹⁰² V., nello stesso senso, GARUTI, cit., 242.

¹⁰³ *Contra*, invece, GARUTI, cit., 242, il quale ritiene che, in questo caso, la contestazione del fatto sia impossibile.

l'udienza preliminare, a prescindere da qualsiasi conseguenza della contestazione sulle attribuzioni del giudice.

Pertanto, non potendo operare nel caso in cui il difetto di attribuzioni sia slegato dall'abolizione della fase processuale di filtro, la risoluzione del problema incentrata sulla norma in esame condurrebbe al risultato paradossale di munire di maggiori garanzie la correttezza dell'iter processuale – in relazione, peraltro, ad una fase suscettibile di rinuncia – rispetto al profilo concernente l'esatta distribuzione degli affari penali tra le diverse articolazioni del tribunale.

5. GLI EFFETTI DELLE NUOVE CONTESTAZIONI SULLA COMPETENZA PER TERRITORIO E PER CONNESSIONE

Come si è avuto modo di osservare, la disciplina delle nuove contestazioni si articola sul doppio presupposto dell'emergenza, nel corso del dibattimento, di elementi modificativi o estensivi dell'oggetto del processo e dell'insussistenza, per contro, di una incompetenza per materia "per difetto" del giudice dibattimentale.

Il sistema delineato dal legislatore non prende in considerazione, almeno esplicitamente, l'ipotesi in cui la nuova contestazione determini l'individuazione di un giudice diversamente competente per ragioni di connessione o per territorio.

Come è noto, infatti, l'art. 491 c.p.p. pone un limite preclusivo alla proposizione dell'eccezione di questo tipo di incompetenza, stabilendo che essa debba essere sollevata «subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti».

Inoltre, il 2° comma della disposizione appena richiamata esclude l'eccezione di incompetenza dal novero di quelle rispetto alle quali viene fatta salva la possibilità di una proposizione successiva, nel caso in cui essa sorga "soltanto nel corso del dibattimento".

Il meccanismo complessivo di denuncia del vizio sembra, quindi, precludere la proposizione dell'eccezione in relazione al difetto di competenza che si manifesti soltanto in conseguenza di una nuova contestazione, anche se, è stato osservato, appare difficile «accettare una soluzione volta a ravvisare una preclusione in un'ipotesi nella quale la parte interessata appare esautorata *a priori* dalla possibilità di sollevare l'eccezione»¹⁰⁴.

A ben vedere, tuttavia, la volontà del legislatore, pur non essendosi esplicitata in una specifica disposizione, era diversa poiché nel corso dei lavori preparatori del codice attuale il problema si era posto ed effettivamente era stato risolto, in un primo momento, in senso restrittivo, di talché, in ossequio alle

¹⁰⁴ RIVELLO, cit., 295.

esigenze di massima semplificazione del procedimento, il progetto preliminare consentiva al giudice di primo grado di dichiarare la propria incompetenza soltanto nel caso in cui essa emergesse «sulla base dell'imputazione» originaria¹⁰⁵.

L'impostazione, però, era stata sottoposta a severe critiche dalla Commissione parlamentare, la quale, nel suo parere al progetto preliminare, aveva sollecitato l'inserimento di una previsione che consentisse al giudice di dichiarare la propria incompetenza anche sulla base delle contestazioni effettuate nel corso del dibattimento¹⁰⁶.

Le osservazioni della Commissione furono accolte dal legislatore delegato, il quale, nel passaggio dal progetto preliminare alla versione definitiva, ed attuale, dell'art. 23 c.p.p. ha eliminato ogni riferimento all'imputazione come originariamente contestata, e ciò proprio al fine di «ricomprendere con certezza nell'ambito di applicazione della norma tutte le ipotesi di modifica del fatto contestato (artt. 509-511), nonché l'ipotesi in cui sia il giudice a qualificare diversamente il fatto dando così luogo alla dichiarazione di incompetenza»¹⁰⁷.

A sostegno di questa costruzione, ed in particolare al fine di fare fronte alla situazione normativa scaturente da una diversa lettura del dato positivo, è stato anche proposto di ritenere la regola generale contenuta nell'art. 439, 2° comma, c.p.p. abr. – la quale, come è noto, consentiva di porre le questioni sulla competenza per territorio anche nel corso del dibattimento, qualora nell'ambito di esso fosse sorta la possibilità di proporle – sottintesa nell'attuale sistema, poiché «le norme sulla competenza generano diritti non confiscabili; né possiamo dire preclusa la questione non ancora sorta»¹⁰⁸.

La mancata predisposizione di una compiuta disciplina di questo particolare profilo ha, però, favorito l'emergere, sia in dottrina¹⁰⁹ che in giurisprudenza, di soluzioni contrastanti con la volontà legislativa, in tal senso sollecitate da talune prese di posizione della Corte Costituzionale.

Infatti, in un primo tempo, proprio in relazione ad una questione di costituzionalità concernente l'art. 491, 1° comma, c.p.p., la Corte Costituzionale ha ricondotto all'alveo dei poteri discrezionali del legislatore anche quello concernente la previsione di limitazioni alla possibilità di rilevare vizi derivanti dall'eventuale incompetenza per territorio¹¹⁰.

¹⁰⁵ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 234.

¹⁰⁶ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 235.

¹⁰⁷ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*, Padova, 1990, 92.

¹⁰⁸ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 166.

¹⁰⁹ V., per tutti, RAFARACI, cit., 83, secondo il quale le clausole degli artt. 516 e 517 c.p.p., nel far salva la competenza del giudice superiore, implicano una deroga alla competenza per territorio e per connessione *ratione loci*.

¹¹⁰ C. Cost., ord. 30-12-1991, n. 521, in *Giur. cost.*, 1991, 4104.

Poco più tardi, la Corte stessa ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 549 e 21, 3° comma, c.p.p., sollevata nella parte in cui non prevedevano che, nel processo dinanzi al pretore, potesse essere proposta eccezione di incompetenza per territorio determinata da connessione qualora il P.M. avesse contestato all'imputato, ai sensi dell'art. 517 c.p.p., un reato connesso in relazione al quale si fosse determinato uno spostamento di competenza ai sensi dell'art. 16 c.p.p., ritenendo che la preclusione rispetto alla possibilità di eccepire l'incompetenza per territorio fosse la conseguenza di esigenze processuali di economia e speditezza, in ragione delle quali era stata introdotta una vera e propria regola attributiva della competenza, di segno in parte opposto rispetto a quella stabilita dall'art. 16 c.p.p. in via generale¹¹¹.

Collocandosi lungo il solco tracciato dalle pronunce della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione ha stabilito che, qualora il fatto contestato risulti integrare un reato diverso commesso in altra circoscrizione, il giudice, ai sensi dell'art. 521 c.p.p., può e deve pronunciare sentenza, qualificando diversamente il fatto, senza declinare la propria competenza, anche se la questione relativa sia stata proposta nei termini di cui all'art. 491 c.p.p.¹¹².

Di recente la Suprema Corte ha precisato, con specifico riferimento al caso di nuove contestazioni, che l'incompetenza territoriale deve essere dedotta ai sensi dell'art. 491 c.p.p., subito dopo l'accertamento, per la prima volta, della regolare costituzione delle parti, indipendentemente dal momento in cui essa diviene effettivamente deducibile.

Tale limitazione, pertanto, rimane ferma anche nel caso in cui, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, emerga la diversità del fatto, con conseguente applicazione dell'art. 516 c.p.p.: esso – ha ritenuto la Corte – non comportando regressione del procedimento, non elimina la preclusione sopra indicata¹¹³.

Una recentissima e nota pronuncia della Corte di Cassazione, tuttavia, sembra contenere le premesse per un ripensamento rispetto alle prese di posizione appena richiamate ed ormai consolidate.

Infatti, nel contesto di una motivazione protesa a ribadire la correttezza dei principi stabiliti in Cass. pen., S.U., 28-10-1998, Barbagallo, la Suprema Corte ha puntualizzato che «se l'ammissibilità della contestazione suppletiva basata su elementi già noti prima dell'istruttoria dibattimentale implica che in nessun modo siano pregiudicati i diritti della difesa, è giocoforza riconoscere che, a seguito di essa, anche la questione della competenza possa essere rimessa in gioco, potendosi altrimenti determinare, a causa (non di una nuova emergenza istruttoria, ma) di un mero errore dell'accusa, una inammissibile violazione delle

¹¹¹ C. Cost., 6-7-1994, n. 280, in *Giur. cost.*, 1994, 2475.

¹¹² Cass. pen., 20-10-1993, Bergarani, in *Giust. pen.*, 1994, III, 246.

¹¹³ Cass. pen., 5-11-1999, Braga, in *Cass. pen.*, 2000, 3066. Negli stessi termini, cfr. Cass. pen., 15-5-2003, Visocchi, in *Riv. pen.*, 2004, 892.

regole sulla competenza (poste principalmente, si ricordi, a presidio del principio del giudice naturale)»¹¹⁴.

Ancorché assuma la forma di *obiter dictum*, il fondamentale principio di diritto declinato dalla Corte richiama premesse argomentative già note e, sulla base di esse, sembra segnare l'avvio di una nuova fase della giurisprudenza in tema del rapporto tra nuove contestazioni e competenza.

Infatti, il passaggio motivazionale appena riportato autorizza a ritenere che, quantomeno in relazione ai casi di nuove contestazioni determinate da elementi già noti al P.M. prima dell'istruzione dibattimentale, l'inutile decorso del termine preclusivo stabilito dall'art. 491 c.p.p. non pregiudica la denuncia del difetto di competenza per territorio o per connessione.

6. I DIRITTI DELLE PARTI

La direttiva n. 78 della l. 16-2-1987, n. 81, nel delineare la previsione di un potere del P.M. di procedere alla modifica dell'imputazione e di formulare nuove contestazioni inerenti ai fatti oggetto del giudizio, poneva in capo al legislatore delegato l'onere di assicurare "adeguate garanzie per la difesa", ossia il dovere di predisporre una compiuta disciplina che consentisse all'imputato e alle altre parti del processo di adeguare la strategia difensiva alla mutata dimensione dell'oggetto dell'accertamento.

L'art. 519 c.p.p. ha dato attuazione alla direttiva attribuendo alla formula normativa il valore di regola generale applicabile in tutti i casi di contestazione dibattimentale.

Infatti, l'art. 519, 1° comma, c.p.p. dispone che, verificandosi questa evenienza processuale, il presidente deve avvisare l'imputato della facoltà di chiedere un termine a difesa, all'esercizio della quale consegue la sospensione necessaria del dibattimento per un tempo non inferiore al termine a comparire previsto dall'art. 429 c.p.p. e, comunque, non superiore a quaranta giorni.

La struttura della norma risente delle vicende che hanno caratterizzato la disciplina del medesimo profilo normativo contenuta nel vecchio codice processuale.

L'art. 446 c.p.p. abr. prevedeva, invero, che il presidente del collegio o il pretore, in caso di contestazione ai sensi dell'art. 445, informasse l'imputato della facoltà di chiedere un termine che, improrogabilmente, non poteva essere maggiore di cinque giorni.

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza 29-1-1971, n. 11¹¹⁵, dichiarò l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui escludeva

¹¹⁴ Cass. pen., 6-12-2006, Pacifico e altri, in *Guida dir.*, 2006, n. 49, 62.

¹¹⁵ In *Giur. cost.*, 1991, 71.

che l'imputato potesse chiedere ed il giudice disporre un termine più ampio al fine di consentire la preparazione di un'adeguata difesa.

L'indicazione desunta dalla sentenza costituzionale – la quale aveva posto l'accento sul fine di assicurare l'effettività del diritto di difesa in relazione alle modificazioni della *res iudicanda* concernenti imputazioni particolarmente gravi, rispetto alle quali «si rendano necessarie più complesse e lunghe indagini per la ricerca delle prove o per lo studio e prospettazione delle questioni»¹¹⁶ – venne accolta durante l'elaborazione del progetto del 1978, il quale, nell'eliminare la previsione di un termine massimo, ebbe cura di prescrivere, all'art. 492, che il periodo di sospensione non potesse essere inferiore a cinque giorni¹¹⁷.

Non venne accolto, nell'occasione, il suggerimento della Commissione consultiva e della Procura generale presso la Corte di Cassazione di prevedere, in relazione al caso di contestazione di fatto diverso, che il termine non potesse essere inferiore a quello stabilito per la comparizione¹¹⁸.

L'adeguamento del termine a difesa a quello previsto in relazione all'atto introduttivo del processo venne effettuato, invece, nell'art. 512 prog. prel. c.p.p. 1988, in ragione della ritenuta opportunità di rafforzare, tra l'altro mediante l'eliminazione della possibilità di concedere rinvii *ad horas* del dibattimento¹¹⁹, le garanzie difensive, come prescritto esplicitamente dal legislatore delegante¹²⁰.

Alla fissazione di un termine minimo di sospensione ancorato al termine a comparire – scelta che, è stato rilevato, contraddice il disposto dell'art. 477, 2° comma, c.p.p., secondo cui il termine massimo di sospensione del dibattimento non dovrebbe oltrepassare i dieci giorni¹²¹ – si ritenne, tuttavia, di affiancare la previsione di un termine massimo – peraltro ordinatorio¹²² – al fine di contemperare le garanzie difensive con l'esigenza, nell'occasione giustamente ritenuta subvalente¹²³, di concentrazione del dibattimento.

La concessione del termine, con la consequenziale sospensione del dibattimento, non costituisce un obbligo incondizionato per il presidente, il quale,

¹¹⁶ C. Cost., 29-1-1971, n. 11, cit. V., in dottrina, LEMMO, *Accusa suppletiva e diritto di difesa*, cit., 80, il quale evidenzia come la sentenza consegua, altresì, il risultato di assicurare l'interesse pubblico costituito dall'esattezza del giudizio, su cui inevitabilmente un'adeguata preparazione della difesa esplica i suoi riflessi.

¹¹⁷ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1150.

¹¹⁸ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, cit., I, cit., 1151.

¹¹⁹ Cosa, invece, ritenuta possibile sotto il vigore del codice abrogato. L'orientamento, accolto anche dalla Corte Costituzionale nella citata sent. 29-1-1971, n. 11, era sottoposto a severe critiche da LEMMO, *Accusa suppletiva e diritto di difesa*, cit., 82.

¹²⁰ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, cit., IV, cit., 1156.

¹²¹ RIVELLO, cit., 301.

¹²² RAFARACI, cit., 180.

¹²³ RIVELLO, cit., 301.

una volta avvertito l'imputato¹²⁴, che potrebbe preferire di non avvalersi della correlata facoltà, può limitarsi a prendere atto della mancanza di una richiesta in tal senso per assicurare la continuità delle attività processuali.

Qualora, invece, l'imputato o il difensore¹²⁵ avanzino richiesta di concessione del termine a difesa, il provvedimento di sospensione costituisce un atto dovuto, determinando l'inosservanza della disposizione una nullità a regime intermedio suscettibile di estendersi a tutti gli atti successivi del processo.

Analoga sanzione opera in relazione al caso in cui la sospensione sia disposta per un periodo inferiore a quello previsto dall'art. 429 c.p.p.

La regola generale stabilita dall'art. 519, 1° comma, c.p.p. non si applica nel caso in cui la contestazione in udienza, comunque necessaria affinché il giudice possa farne conseguire gli effetti in sentenza¹²⁶, riguardi la circostanza aggravante della recidiva.

La *ratio* della soluzione legislativa, la quale si pone in rapporto di continuità con quanto previsto dall'art. 446 c.p.p. abr. e non è mai stata posta in discussione nel corso dei lavori preparatori, è unanimemente ravvisata nel fatto che, poiché la recidiva è contestata sulla base dei precedenti penali dell'imputato come risultano dai certificati del casellario giudiziale, la relativa contestazione implica una qualificazione giuridica soggettiva che «non può dare origine ad un'attività difensiva diversa dagli argomenti esponibili in sede di discussione finale»¹²⁷.

La previsione del diritto di usufruire di un termine a difesa è funzionale alla predisposizione di una strategia difensiva adeguata alle modificazioni apportate all'oggetto processuale dal P.M., strategia che può esplicarsi, in concreto, nella formulazione di richieste istruttorie correlate ad assunti probatori protesi all'affermazione o falsificazione dell'ipotesi oggetto dell'attività contestativa¹²⁸.

L'art. 519, 2° comma, c.p.p., nella versione originaria, prevedeva che l'imputato potesse "in ogni caso" chiedere l'ammissione di nuove prove «a norma dell'art. 507».

La norma, non prevista dal progetto del 1978, venne inserita nel corso dei lavori preparatori del nuovo codice non perché vi fossero dubbi sulla sussistenza

¹²⁴ Cfr., sul punto, Cass. pen., 23-5-2000, Fasciani, in *Cass. pen.*, 2002, 1751, la quale ha precisato che, in tema di integrazione dell'imputazione ai sensi dell'art. 516 c.p.p., l'omesso avviso all'imputato della facoltà di chiedere un termine a difesa integra una nullità a regime intermedio che - in quanto tale - deve essere dedotta con i motivi di appello e, in mancanza di ciò, non può costituire oggetto di ricorso per cassazione.

¹²⁵ Sulla legittimazione del difensore alla richiesta del termine a difesa cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., 8-11-1995, Polo, in *Cass. pen.*, 1997, 1050.

¹²⁶ V., in dottrina, RAFARACI, cit., 46; nonché D'AGNOLO, cit., 1474.

¹²⁷ MARINI, cit., 468. Negli stessi termini v. RIVELLO, cit., 300, nt. 44.

¹²⁸ Secondo RAFARACI, cit., 193, in caso di sospensione del dibattimento si ripristina in capo alle parti l'onere di depositare tempestivamente le liste testimoniali.

di un siffatto potere in capo all'imputato, ma per ragioni di utilità connesse sia all'esigenza di escludere possibili interpretazioni restrittive, sia alla necessità di sottolineare che la facoltà di richiedere l'ammissione di nuove prove spettasse anche in caso di rinuncia al termine a difesa, con conseguente dovere del giudice di sospendere il dibattimento (eventualmente per un periodo di tempo inferiore) ai sensi dell'art. 509 c.p.p. (art. 502 prog. prel.)¹²⁹.

Essa, tuttavia, riguardata sotto il profilo dell'effettiva tutela della posizione delle parti processuali e relazionata alle caratteristiche del nuovo modello processuale, realizzava un risultato normativo regressivo perfino rispetto al codice abrogato, il quale, in caso di contestazioni dibattimentali, assicurava a tutte le parti del processo la facoltà di presentare nuove prove (art. 446, 2° comma, c.p.p. abr.).

L'imputato, in virtù della previsione normativa, finiva con il godere di una posizione privilegiata rispetto alle altre parti, con conseguente limitazione del diritto alla prova di queste e, in generale, con grave pregiudizio del principio di parità delle parti.

In dottrina non è mancato chi, nell'ambito di una visione assolutamente critica della disposizione, ha ritenuto di individuare una possibile spiegazione della scelta di sottrarre al P.M. i poteri di cui all'art. 519 c.p.p. ipotizzando che, secondo il legislatore, «il solo fatto che il p.m. sia giunto a modificare o estendere la contestazione significa che gli elementi emersi in dibattimento erano tali da giustificare la nuova accusa o, meglio, giustificare il convincimento dello stesso p.m. che vi siano in atti prove sufficienti per fondare una ipotesi di accusa ed ottenerne l'accoglimento in sentenza»¹³⁰.

L'impostazione, la quale, in altri termini, «sembra escludere la necessità di procedere ad accertamenti ulteriori e presupporre, quale condizione della nuova contestazione, l'evidenza e l'univocità degli esiti dell'istruzione dibattimentale»¹³¹, si esponeva all'insuperabile obiezione fondata sulla considerazione che il P.M. era sostanzialmente costretto ad evitare di avvalersi delle contestazioni suppletive, potendovi fare ricorso soltanto se già in possesso di tutti gli elementi probatori idonei a giustificare una pronuncia di condanna ed evitando di attivare il meccanismo in relazione alle ipotesi in cui, pur in presenza di seri elementi concernenti i profili di novità o diversità dell'impostazione accusatoria, la nuova prospettazione necessitasse di ulteriori approfondimenti istruttori.

Per ovviare ad un'incongruenza che destava fondati sospetti sul piano della conformità della norma ai principi costituzionali, la dottrina più attenta aveva proposto una lettura «non rigida» dell'art. 519, 2° comma, c.p.p., ritenendo,

¹²⁹ CONSO, GREVI, NEPI MODONA, cit., IV, cit., 1156.

¹³⁰ MARINI, cit., 471. In senso critico, inoltre, GIULIANI, cit., 1130.

¹³¹ Così, sottolineando l'infondatezza dell'assunto, TORNATORE, *Modifica dibattimentale dell'imputazione e diritto alla prova*, in *Cass. pen.*, 1993, 1061.

soprattutto alla luce degli spunti offerti dai lavori preparatori, che il riferimento al solo imputato della facoltà di chiedere l'ammissione di nuove prove dovesse essere visto «non come attribuzione di un potere in assoluta esclusiva, ma soltanto in relazione alla espressione "in ogni caso"»¹³²; in sostanza «il legislatore avrebbe in tal modo chiarito che l'imputato può esercitare quella facoltà anche quando non si avvale del termine a difesa»¹³³.

Al di là di qualsiasi intervento di ortopedia interpretativa, comunque, si sottolineava l'opportunità di fare ricorso al potere correttivo previsto dall'art. 7 della legge di delega al fine di modificare la disposizione, esplicitando in modo chiaro che le facoltà probatorie ivi contemplate fossero di pertinenza di tutte le parti.

Sotto altro profilo, l'art. 519 c.p.p. appariva incongruo e lesivo del diritto alla prova nella parte in cui, dimostrando «un eccesso di attenzione per la snellezza processuale»¹³⁴, prevedeva che l'attività di acquisizione probatoria consequenziale all'effettuazione di nuove contestazioni potesse essere esercitata solo nei limiti previsti dall'art. 507 c.p.p.

Infatti, il rinvio ad una disposizione implicante l'operatività di un rigido criterio di ammissione quale quello dell'assoluta necessità, peraltro attributivo di un ampio potere discrezionale in capo al giudice¹³⁵, era produttivo di una irrazionale limitazione del diritto di difesa in relazione ad un'iniziativa processuale alla quale, invece, sembrava opportuno correlare una piena espansione dei poteri probatori, secondo i parametri previsti dall'art. 190 c.p.p.

Inoltre, il coordinamento fra i diritti riconosciuti alle parti in caso di nuove contestazioni e la disciplina dell'assunzione *ex officio* delle prove risultava difficoltoso dal momento che, come è stato osservato, l'ammissione di nuove prove *ex art. 507 c.p.p.* avviene soltanto dopo l'assunzione delle prove originariamente richieste dalle parti, e, quindi, al termine dell'istruzione dibattimentale, mentre la modifica dell'imputazione, che costituisce il presupposto dell'istanza *ex art. 519, 2° comma, c.p.p.*, può avvenire anche nel corso dell'istruzione dibattimentale¹³⁶.

I dubbi di legittimità costituzionale inerenti ad entrambi i profili su accennati si sono tradotti nella proposizione di altrettante eccezioni che hanno trovato accoglimento da parte della Corte Costituzionale.

¹³² MARINI, cit., 472.

¹³³ MARINI, cit., 472.

¹³⁴ GIULIANI, cit., 1130. Sottolinea la connessione della soluzione legislativa con l'esigenza di preservare «almeno tendenzialmente» la celerità del dibattimento, TORNATORE, cit., 1062.

¹³⁵ TORNATORE, cit., 1062.

¹³⁶ TORNATORE, cit., 1062. V., inoltre, GIULIANI, cit., 1130, il quale sottolinea la contraddittorietà di una soluzione che, a fronte dell'ampia possibilità di modificare l'imputazione, sacrifica i diritti dell'imputato in nome della speditezza processuale.

Il Giudice delle leggi, infatti, con la sent. 3-6-1992, n. 241¹³⁷, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 519 c.p.p. nella parte in cui, nei casi previsti dall'art. 516 c.p.p., non consente al P.M. ed alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove.

In particolare, la Corte ha fatto notare che la logica del pieno contraddittorio cui è improntata la fase dibattimentale esige che la contestazione avvenga non appena emergano seri elementi per effettuarla, sicché, se al P.M. è inibito di integrarli per pervenire ad una compiuta dimostrazione del proprio assunto, il suo diritto alla prova in condizioni di parità con l'imputato ne risulta compromesso.

Ed analoga violazione del principio di parità delle parti, nonché del diritto di difesa, è stata rilevata per l'esclusione del diritto alla prova delle parti private diverse dall'imputato, alle quali pure sono riferite tanto la disposizione generale di cui all'art. 190 c.p.p. che quelle specifiche applicabili all'imputato.

Successivamente, richiamando le argomentazioni enunciate nella precedente sentenza, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 519 c.p.p. nella parte in cui, in caso di contestazione effettuata a norma dell'art. 517 c.p.p., non consente al P.M. ed alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove¹³⁸.

Con la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 241 del 1992, l'art. 519 c.p.p. è stato dichiarato incostituzionale, altresì, nella parte in cui compendia l'inciso "ai sensi dell'art. 507".

In un sistema processuale imperniato su un ampio riconoscimento del diritto alla prova e nel quale l'acquisizione del materiale probatorio è rimessa in primo luogo all'iniziativa delle parti – è stata la direttrice argomentativa seguita dalla Corte Costituzionale – è indubbiamente incongruo che la regolamentazione dell'attività probatoria che si rende necessaria in caso di nuove contestazioni sia effettuata mediante il richiamo all'art. 507 c.p.p., che prevede un potere-dovere di integrazione *ex officio* connotato dal criterio dell'assoluta necessità.

Pertanto, non vi è ragione per negare a ciascuna delle parti l'esercizio pieno del diritto alla prova rispetto agli elementi nuovi emersi nel processo.

Per effetto degli interventi del Giudice delle leggi, grazie ai quali «un'irragionevole diversità di disciplina tra il giudizio ordinario e quello sui fatti formanti oggetto di una nuova contestazione dibattimentale risulta eliminata»¹³⁹, in caso di modifica dell'imputazione ovvero di contestazione ai sensi dell'art. 517 c.p.p.

¹³⁷ In *Giur. cost.*, 1992, 1857.

¹³⁸ C. Cost., 20-2-1995, n. 50, in *Giur. cost.*, 1995, 451.

¹³⁹ SCAPARONE, *Nuove contestazioni e principio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1992, 1866.

– ma la portata delle pronunce costituzionali può estendersi, non fosse altro che in virtù del richiamo contenuto nell'art. 519, 1° comma, c.p.p., anche al caso di contestazione del fatto nuovo, ai sensi dell'art. 518, 2° comma, c.p.p. – il giudice deve provvedere sulle richieste istruttorie delle parti sulla base dei criteri di ammissione delineati dall'art. 190 c.p.p.

L'ultimo comma dell'art. 519 c.p.p. impone al giudice di disporre, in tutti i casi di nuova contestazione, la citazione della persona offesa, osservando un termine non inferiore a cinque giorni.

Può trattarsi, ovviamente, della persona offesa già individuata nell'atto introduttivo ma investita da profili di offensività direttamente correlati alla nuova contestazione e, pertanto, precedentemente ignorati¹⁴⁰; oppure di un soggetto diverso che, rimasto estraneo al rapporto processuale, assuma tale qualifica soltanto a seguito della contestazione¹⁴¹.

La disposizione – la quale deve essere interpretata nel senso che, una volta disposta la citazione della persona offesa, il dibattimento deve rimanere sospeso¹⁴² per un periodo non inferiore a cinque giorni¹⁴³ – è innanzitutto finalizzata a garantire l'esercizio dei diritti e delle facoltà riconosciuti a questo soggetto del procedimento dall'art. 90 c.p.p. e dalle altre disposizioni del codice processuale.

In secondo luogo, la citazione della persona offesa consente a quest'ultima di relazionarsi concretamente con il processo che la riguarda al fine di valutare l'opportunità di costituirsi parte civile.

Sotto questo profilo, tuttavia, va precisato che la sospensione del processo non è necessariamente correlata all'esigenza di citare la persona offesa, in quanto la Corte di Cassazione ha chiarito che, in caso di nuove contestazioni, effettuate dal P.M. ai sensi degli artt. 516, 517 e 518 c.p.p., la persona offesa, ancorché presente, ha diritto anch'essa, come l'imputato, alla sospensione del dibattimento, onde potersi eventualmente costituire parte civile per la nuova udienza¹⁴⁴.

Andando oltre, la Suprema Corte ha aggiunto che analogo diritto spetta anche alla parte civile già costituita, in vista della possibile modifica, sotto il profilo

¹⁴⁰ RAFARACI, cit., 160. Negli stessi termini v. D'AGNOLO, cit., 1484.

¹⁴¹ Si riferisce esclusivamente a questa ipotesi, invece, MARINI, cit., 472. Nello stesso senso, altresì, NAPPI, cit., 434.

¹⁴² Il giudice, a differenza di quanto previsto rispetto all'imputato, deve disporre la sospensione a prescindere da qualsiasi richiesta proveniente dalle parti. Sembra ovvio che, qualora l'imputato abbia chiesto il termine a difesa, la persona offesa, comunque citata, usufruirà del maggiore termine previsto dall'art. 519, 2° comma, c.p.p.

¹⁴³ Nel corso dei lavori preparatori, una esplicita correzione in tal senso era stata suggerita, per motivi di chiarezza, dalla Corte di Cassazione. Cfr., in relazione a questo aspetto, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, cit., IV, cit., 1156.

¹⁴⁴ Cass. pen., 27-9-1995, Roncati, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 1011. Negli stessi termini, più di recente, Cass. pen., 7-11-2000, Zara e altri, in *Cass. pen.*, 2002, 1750.

tanto della *causa petendi* quanto del *petitum*, del già costituito rapporto processuale¹⁴⁵.

L'interpretazione della Corte di Cassazione è stata avallata dalla Corte Costituzionale¹⁴⁶, la quale ha offerto una lettura del combinato disposto degli artt. 79 e 519 c.p.p. che consente di superare l'effetto preclusivo conseguente alla decorrenza del termine stabilito dalla prima delle citate disposizioni¹⁴⁷, essendo stato rilevato che il diritto alla costituzione di parte civile non può dipendere, in modo irragionevole, da un dato meramente casuale consistente nella circostanza che il reato in conseguenza del quale si giustificerebbe la richiesta di costituzione venga contestato in via originaria ovvero suppletiva¹⁴⁸.

Infatti, il termine stabilito dall'art. 79 c.p.p. può essere inteso come vincolante solo in relazione alle imputazioni contestate, per cui, se nel procedimento penale si introduce la contestazione di un nuovo fatto-reato, in relazione ad esso la persona offesa deve essere posta in grado di valutare se esercitare l'azione civile nella sede penale, prima che sullo stesso fatto si apra l'istruzione dibattimentale.

Ovviamente, occorre evitare che il principio stabilito dalla Corte Costituzionale si traduca in uno strumento di generalizzata restituzione nei termini per l'esercizio di un diritto rispetto al quale, altrimenti, si sarebbe decaduti¹⁴⁹: pertanto, è necessario verificare di volta in volta la stretta pertinenza dell'invocata pretesa risarcitoria o restitutoria alla dimensione assunta dai fatti oggetto del processo per effetto della nuova contestazione.

La soluzione adottata in via interpretativa dalla Corte Costituzionale, la quale dovrebbe essere estesa all'intervento degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato¹⁵⁰, impone di ritenere che il diritto alla costituzione di parte civile deve essere riconosciuto, altresì, a colui che, pur non essendo persona offesa dal reato oggetto di nuova contestazione, assuma rispetto a questo la qualità di danneggiato.

Posto, infatti, che il diritto alla costituzione di parte civile è attribuito in via generale al «soggetto al quale il reato ha recato danno» (art. 74 c.p.p.),

¹⁴⁵ Cfr., in questo senso, Cass. pen., 27-9-1995, Roncati, cit.; nonché Cass. pen., 7-11-2000, Zara e altri, cit.

¹⁴⁶ C. Cost., 3-4-1996, n. 98, in *Giur. cost.*, 1996, 904.

¹⁴⁷ Come è noto, la norma prevede che la costituzione di parte civile possa avvenire «per l'udienza preliminare e, successivamente, fino a che non siano compiuti gli adempimenti previsti dall'art. 484».

¹⁴⁸ Le conclusioni della Corte Costituzionale richiamano un'opinione già diffusa, in dottrina, sotto il vigore del codice abrogato. V., ad esempio, PECORI, *Contestazione suppletiva e costituzione di parte civile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 1608; nonché, in un'ottica più generale, GHIARA, *Termini perentori e poteri processuali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967, 129. Per una sintesi del dibattito dottrinale sul tema v. QUAGLIERINI, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 101.

¹⁴⁹ Sottolinea questa necessità RIVELLO, cit., 305.

¹⁵⁰ RIVELLO, cit., 305.

la Suprema Corte identifica il danneggiato, a cui spetta il risarcimento, in chiunque abbia riportato un danno eziologicamente riferibile all'azione o all'omissione del soggetto attivo del reato¹⁵¹, di talché appare irragionevole precludere a questi l'esercizio dell'azione civile per la ragione che la conseguenza dannosa sia connessa al reato emerso nel corso del dibattimento ed oggetto di nuova contestazione, anziché a quello fin dall'origine attribuito all'imputato.

Il diritto di azione, infatti, non va confuso con l'obbligo di citazione previsto dall'art. 519, 3° comma, c.p.p., potendo dunque verificarsi che il danneggiato dal reato costituente l'oggetto della nuova contestazione, pur estraneo al processo, abbia accidentale conoscenza dei contenuti di esso e, in particolare, dell'accusa mossa in via suppletiva all'imputato.

Pertanto, una volta valutati gli effetti dannosi di essa e ritenuta l'inopportunità di un'autonoma azione civile, il danneggiato può costituirsi parte civile nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 519, 2° comma, c.p.p. a seguito di richiesta di termine a difesa dell'imputato, ovvero ai sensi dell'art. 519, 3° comma, c.p.p. per la citazione di una eventuale persona offesa.

7. LE NUOVE CONTESTAZIONI E LA DEFINIZIONE ANTICIPATA DEL GIUDIZIO

Come era intuibile, il realizzarsi in concreto di fattispecie modificative dell'originario atto imputativo si sarebbe scontrato con la meccanica introduttiva dei riti alternativi a contenuto premiale – patteggiamento e giudizio abbreviato – essendo l'instaurazione di essi pregiudicata dalla previsione di perentorietà del termine entro il quale esercitare la fondamentale facoltà difensiva implicita nella scelta di tali riti.

Entrato in vigore il nuovo codice, dunque, si pose fin da subito il problema dei rapporti tra il potere del P.M. di apportare modificazioni al fatto oggetto di contestazione ed il diritto dell'imputato di esercitare, rispetto alla rinnovata impostazione accusatoria, l'opzione in favore di un procedimento alternativo.

L'esclusione di meccanismi di recupero dei riti speciali dal novero dei diritti attribuiti alle parti dall'art. 519 c.p.p. ha introdotto un tema di discussione dimostratosi ben presto idoneo a supportare ulteriori richieste di interventi correttivi da parte della Corte Costituzionale, finalizzati a rimediare ad una evidente distonia del sistema con i principi costituzionali di eguaglianza e inviolabilità del diritto di difesa.

Tuttavia, l'approccio iniziale della Consulta rispetto al problema è stato caratterizzato « da una strenua difesa dello *spatium temporis* all'interno del quale

¹⁵¹ Cfr., fra le tante, Cass. pen., 4-7-2002, Molin, in *CED* n. 222508; Cass. pen., 11-4-2000, Toscano, in *Cass. pen.*, 2001, 1297; Cass. pen., 21-3-1996, Della Fornace, in *Cass. pen.*, 1997, 2048. Questo meccanismo di individuazione esclude qualsiasi efficacia al fatto che il danneggiato sia o meno il soggetto passivo del reato.

le parti hanno l'onere di esercitare le loro prerogative in ordine alla scelta del rito»¹⁵².

A prevalere, infatti, era il principio di indissolubilità del binomio premialità-deflazione che fa da sfondo e sorregge logicamente il sistema dei riti alternativi, di talché – è la perentoria conclusione cui perviene la Corte Costituzionale¹⁵³, in relazione, in particolare, al recupero del potere di chiedere l'instaurazione del giudizio abbreviato – l'interesse dell'imputato a beneficiare dei vantaggi che discendono dall'instaurazione del rito speciale trova tutela «solo in quanto la sua condotta consente l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale, che, evitando il dibattimento e contraendo le possibilità di appello, permette di raggiungere quell'obiettivo di rapida definizione del processo che il legislatore ha inteso perseguire con l'introduzione del giudizio abbreviato e più in generale dei riti speciali»¹⁵⁴.

Poco più tardi¹⁵⁵, la preclusione rispetto alla possibilità di definire mediante il giudizio abbreviato la *res iudicanda* introdotta mediante la nuova contestazione è stata ribadita soggiungendo – in relazione ad una richiesta di giudizio abbreviato proposta a seguito di contestazione *ex* art. 517 c.p.p. ma con argomentazioni estese, nel corpo motivazionale, alla fattispecie prevista dall'art. 516 c.p.p. – che essa è giustificata, altresì, alla luce di un duplice ordine di considerazioni.

La contestazione, rileva infatti la Corte, costituisce un'evenienza non infrequente in un sistema processuale ispirato al principio della formazione della prova in dibattimento e, per questo, ben prevedibile dall'imputato.

In secondo luogo, la modifica dell'imputazione è preclusa nel giudizio abbreviato, sicché «il relativo rischio rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiedere o meno tale rito, onde egli non ha che da addebitare a se medesimo le conseguenze della propria scelta»¹⁵⁶.

La soluzione costituzionale ha posto in capo all'imputato un onere di valutazione evidentemente aleatorio¹⁵⁷, arricchendo il tema di un profilo di trattazione inedito in relazione a quello che può essere considerato un aspetto degenerativo della disciplina delle nuove contestazioni.

La prevalente giurisprudenza di legittimità, come si è già avuto modo di osservare, ha ammesso la possibilità di effettuare nuove contestazioni anche

¹⁵² Florio, cit., 2056.

¹⁵³ C. Cost., 28-12-1990, n. 593, in *Giur. cost.*, 1990, 3309.

¹⁵⁴ C. Cost., 28-12-1990, n. 593, cit.

¹⁵⁵ C. Cost., 8-7-1992, n. 316, in *Giur. cost.*, 1992, 2623.

¹⁵⁶ C. Cost., 8-7-1992, n. 316, cit. Condivide il ragionamento della Corte, bollando come «meramente formale» la questione sollevata dal rimettente, *Corri*, *Nuove contestazioni dibattimentali e preclusione al rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 1992, 2027.

¹⁵⁷ Critica la posizione della Corte Costituzionale, soprattutto a seguito della nuova disciplina della commissione introdotta dal d.l. 20-11-1991, conv. in l. 20-1-1992, n. 8, *Scaparoni*, cit., 1866.

in ipotesi in cui l'esigenza correttiva emerge da elementi acquisiti nelle fasi antecedenti, dunque prima ed a prescindere dall'avvio della fase istruttoria dibattimentale¹⁵⁸.

L'impostazione fino ad allora seguita dalla Corte Costituzionale si dimostrava, quindi, estremamente penalizzante in relazione ai menzionati casi di uso improprio dei poteri contestativi, poiché finivano con il riversarsi sull'imputato le conseguenze di erronee o pretestuose valutazioni del materiale investigativo per intero attribuibili, invece, al P.M.¹⁵⁹.

Inoltre, essa si poneva in radicale contrasto con il principio generale secondo il quale «la decorrenza e la scadenza del termine utile per l'esercizio del potere presuppongono necessariamente per definizione, l'avverarsi delle circostanze costitutive del dovere e, più precisamente, delle condizioni giuridiche necessarie perché il potere sia fatto valere, con la conseguenza che la mancata realizzazione di tali condizioni impedisce il verificarsi della decadenza»¹⁶⁰.

Essendo i termini stabiliti dal codice rispetto all'esercizio del potere di richiedere i riti alternativi "termini subordinati", cioè fissati in corrispondenza di un certo evento processuale in base alla considerazione che, normalmente, in tale momento i presupposti costitutivi del potere o si sono verificati, oppure non si verificheranno più¹⁶¹, è sembrato chiaro che, qualora la sopravvenienza delle circostanze costitutive consegua ad una nuova contestazione, occorre consentire, immediatamente dopo, l'esercizio di tutti i poteri ad essa ricollegati poiché «nessun pregiudizio può farsi derivare, alle persone legittimate a tale esercizio, dal modo anomalo con cui è stato instaurato il procedimento in rapporto al reato emerso nel dibattimento»¹⁶².

I segni dell'avvio di un'operazione di ortopedia costituzionale che avrebbe ridisegnato la disciplina dei rapporti tra i giudizi speciali a carattere premiale e le nuove contestazioni potevano cogliersi in una sentenza¹⁶³ nella quale il Giudice delle leggi – investito della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., degli artt. 487, 5° comma e 446, 1° comma, c.p.p. nella parte in cui non consentivano all'imputato dichiarato contumace, che avesse successivamente, prima della decisione, fornito la prova del suo legittimo impedimento, di chiedere il patteggiamento – ha enunciato il fondamentale principio secondo il quale, qualora non possa rinvenirsi «alcun profilo di inerzia dell'imputato e quindi di addebitabilità al medesimo delle conseguenze della

¹⁵⁸ Cfr., per tutte, Cass. pen., S.U., 28-10-1998, Barbagallo, cit.

¹⁵⁹ RIVELLO, cit., 291.

¹⁶⁰ GHIARA, cit., 127.

¹⁶¹ V., per questa precisazione, GHIARA, cit., 128.

¹⁶² GHIARA, cit., 145. Negli stessi termini v., anche, RETICO, *Contestazione suppletiva e limiti cronologici per il «patteggiamento»*, in *Giur. cost.*, 1994, 2169.

¹⁶³ C. Cost., 19-3-1993, n. 101, in *Giur. cost.*, 1993, 821.

mancata instaurazione del rito differenziato [...] sarebbe molto difficile negare che la impossibilità di ottenere i relativi benefici concreti una ingiustificata compressione del diritto di difesa».

Il che si verifica, precisava poco più tardi la Corte¹⁶⁴, anche nelle situazioni di «tardività» della contestazione, situazioni in cui la libera determinazione dell'imputato rispetto all'utilizzo dei riti speciali risulta sviata da aspetti di «anomalia» caratterizzanti la condotta processuale del P.M., anomalia derivante o dalla erroneità della imputazione (il fatto è diverso) o dalla sua incompletezza (manca l'imputazione relativa a un reato connesso) nonostante la diversità o il fatto connesso risultino dagli atti delle indagini preliminari.

Riconoscendo l'effetto pregiudicante di situazioni di anomala gestione delle indagini preliminari da parte del P.M., la Corte sfondava il muro eretto a difesa del principio di intangibilità della perentorietà dei termini per l'accesso ai riti semplificati, ma, per dotare di effettività l'enunciato costituzionale, si riteneva necessario predisporre uno strumento operativo che consentisse di rimediare a questa forma di patologia processuale.

Esso è stato individuato dalla Corte Costituzionale nell'istituto della "restituzione nel termine" (art. 175 c.p.p.)¹⁶⁵, il cui ambito di operatività, rispetto ai casi di contestazione ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p., è stato, però, circoscritto al "patteggiamento", il quale «considerata anche la sua fondamentale natura di patteggiamento sulla pena [...] più che di patteggiamento sul rito, non appare di per sé assolutamente incompatibile con la fase dibattimentale in cui eccezionalmente verrebbe ad inserirsi, conservando anche, in tal caso, sia pur parzialmente, la propria efficacia deflativa»¹⁶⁶.

Il meccanismo di recupero del patteggiamento, sempre in relazione ai casi di contestazione ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p., è stato esteso, inoltre, all'ipotesi in cui il rito speciale era stato già richiesto rispetto alle originarie imputazioni¹⁶⁷, ipotesi rispetto alla quale la Corte di Cassazione ha precisato, per converso, che l'imputato che non abbia proposto tempestivamente e ritualmente richiesta di patteggiamento in ordine alle imputazioni medesime non può

¹⁶⁴ C. Cost., 30-6-1994, n. 265, in *Giur. cost.*, 1994, 2153.

¹⁶⁵ Sul piano dogmatico, il ricorso alla "restituzione nei termini" contrasta con la premessa generale di operatività dell'istituto, ossia l'integrazione della fattispecie costitutiva del potere e la successiva estinzione di esso per effetto dell'inutile decorso del termine. Nel caso che ci interessa, infatti, il potere non è ancora sorto dal momento che le relative circostanze costitutive si verificano soltanto dopo la scadenza del termine. Evidenzia questi profili, sul piano generale, GHIARA, cit., 130.

¹⁶⁶ C. Cost., 30-6-1994, n. 265, cit., con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui non prevedono il potere dell'imputato di chiedere, dopo la modifica dell'accusa, il patteggiamento, qualora gli addebiti contestati durante la fase del giudizio già risultavano dagli atti al momento dell'esercizio dell'azione penale.

¹⁶⁷ C. Cost., 30-6-1994, n. 265, cit.

poi avanzare tale istanza in relazione alle stesse solo perché nel corso del dibattimento gli è stato contestato un fatto diverso o un reato concorrente¹⁶⁸.

Rispetto alla fattispecie prevista dall'art. 518, 2° comma, c.p.p., invece, la Corte Costituzionale ha individuato una soluzione diametralmente opposta, ritenendo che la norma non sia irragionevole, e non è quindi ravvisabile il contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di presentare la richiesta di applicazione patteggiata della pena relativamente al fatto nuovo di cui il giudice abbia autorizzato la contestazione in dibattimento.

Infatti, a differenza di quanto avviene in forza degli artt. 516 e 517 c.p.p., la condizione affinché possa avvenire la nuova contestazione è che il fatto nuovo sia emerso dal dibattimento e che il P.M. lo abbia contestato previa acquisizione del consenso dell'imputato, il quale può optare, relativamente a quel fatto, per un nuovo processo, nella cui sede chiedere fin dalle indagini preliminari il patteggiamento¹⁶⁹.

Lungo il solco tracciato dalla sentenza n. 265 del 1994 si colloca la successiva sentenza n. 530 del 1995¹⁷⁰, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedevano la possibilità di proporre domanda di oblazione a seguito di modifica dell'imputazione originaria.

Al fine di adeguare il testo dell'art. 142 disp. att. c.p.p. alla presa di posizione della Corte Costituzionale, l'art. 53, l. 16-12-1999, n. 479 ha aggiunto alla disposizione di attuazione un comma 4 *bis*, il quale dispone che, in caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione, l'imputato è rimesso in termini per avanzare la relativa richiesta.

Il giudice, se accoglie la domanda, deve fissare un termine non superiore a dieci giorni per il pagamento della somma dovuta, dichiarando con sentenza l'estinzione del reato se il pagamento avviene nel termine stabilito¹⁷¹.

Dopo la modifica, tuttavia, rimaneva aperto il problema relativo alla possibilità di accedere all'oblazione nel caso in cui l'ammissibilità della stessa fosse conseguita, anziché ad una nuova contestazione, alla riqualificazione del fatto operata dal giudice in sentenza, ai sensi dell'art. 521, 1° comma, c.p.p.

La Suprema Corte, infatti, già prima della riforma attuata con la l. 16-12-1999, n. 479, aveva stabilito che l'imputato non può dolersi dell'impossibilità di addivenire ad oblazione nel caso di derubricazione in reato oblabile di una con-

¹⁶⁸ Cass. pen., 5-2-2003, Caci, in *Giur. it.*, 2004, 1716.

¹⁶⁹ C. Cost., 23-5-1997, n. 146, in *Giur. cost.*, 1997, 1604. Negli stessi termini, in dottrina, ILLUMINATI, cit., 676.

¹⁷⁰ C. Cost., 29-12-1995, n. 530, in *Giur. cost.*, 1995, 4415.

¹⁷¹ Una disposizione analoga era stata inserita nell'ambito dell'art. 162 *bis* c.p. ad opera dell'art. 9, l. 16-12-1999, n. 479. Successivamente, però, essa è stata abrogata dall'art. 2 *quattordices*, d.l. 7-4-2000, n. 82, nel testo integrato dalla relativa l. di conversione 5-6-2000, n. 144.

testazione in origine preclusiva di detta causa estintiva, qualora non abbia tempestivamente invocato la più favorevole qualificazione giuridica del fatto e, conseguentemente, la possibilità di essere ammesso all'oblazione stessa¹⁷².

Successivamente alla modifica dell'art. 142 disp. att. c.p.p., la Corte di Cassazione ha adottato un'interpretazione estensiva della previsione contenuta nel nuovo comma 4 *bis*, disponendo che, quando, a seguito della derubricazione del fatto contestato *ex* art. 521 c.p.p., il giudice pronuncia sentenza di condanna per un reato che, a differenza di quello contestato originariamente, consente l'oblazione ai sensi dell'artt. 162 e 162 *bis* c.p., deve determinare la pena e fissare la somma da versare nel termine di dieci giorni, sempre che – nel caso di oblazione c.d. condizionale – non la ritenga preclusa ai sensi dell'art. 162 *bis* c.p.

L'efficacia della condanna deve, pertanto, essere subordinata alla condizione negativa che l'imputato non perfezioni l'oblazione nel termine fissato¹⁷³.

Chiamate a dirimere il contrasto venutosi a creare sul punto, le Sezioni Unite hanno aderito al primo indirizzo esegetico, precisando che, in tema di accesso all'istituto ed ai connessi benefici, nel caso in cui il giudice, nella sentenza, dia al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, non sono applicabili le regole procedurali previste per l'ipotesi di ammissibilità dell'oblazione nel corso del dibattimento, in caso di nuove contestazioni dibattimentali per fatto diverso (art. 516 c.p.p.) o per reato concorrente (art. 517 c.p.p.).

Le suddette regole procedurali possono trovare applicazione soltanto nel caso in cui l'errore di diritto sia stato rilevato dalla difesa contestualmente alla formulazione dell'istanza di oblazione, sulla quale il P.M. abbia potuto esprimersi¹⁷⁴.

Nel caso in cui, soggiungono le Sezioni Unite, il giudice ometta di pronunciarsi sull'istanza o si pronunci applicando erroneamente la legge penale, tale omissione o errore potranno essere fatti rilevare in appello, attraverso il meccanismo di cui all'art. 604, 7° comma, c.p.p., ovvero, in caso di sentenza inappellabile, con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. c), c.p.p.¹⁷⁵.

All'esito del percorso giurisprudenziale appena descritto, permane una situazione in cui, nelle ipotesi non travolte dalla declaratoria di illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., ed in particolare nel caso in cui il *thema decidendum* venga definitivamente fissato alla luce delle prove acquisite

¹⁷² Cass. pen., 5-5-1999, Orfeo, in *Cass. pen.*, 2000, 2644. Negli stessi termini cfr., poco prima, Cass. pen., 10-11-1998, Mangione, in *Cass. pen.*, 1999, 2534.

¹⁷³ Cass. pen., 6-4-2004, Bertalli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 759. Nonché, in termini analoghi, Cass. pen., 5-5-2004, Barletta, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 38.

¹⁷⁴ Cass. pen., S.U., 28-2-2006, S.A. e altri, in *Dir. e giustizia*, 2006, n. 13, 48.

¹⁷⁵ Cass. pen., S.U., 28-2-2006, S.A. e altri, cit.

durante il dibattimento, l'imputato non può usufruire dei benefici legati alla scelta del patteggiamento.

Tale situazione, si è obiettato in dottrina, va decisamente rimeditata dal momento che, se è vero che le contestazioni effettuate ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p. sono atti equipollenti agli atti tipici di esercizio dell'azione penale indicati dall'art. 405, 1° comma, c.p.p., entrambe le categorie di atti devono dare luogo, di conseguenza, a situazioni caratterizzate da un evidente rapporto di omogeneità, soprattutto in relazione ad un potere dell'imputato la cui limitazione incide sul diritto di difesa¹⁷⁶.

Continua ad essere escluso dal campo applicativo di qualsiasi meccanismo di recupero, nonostante l'indiscutibile similitudine della situazione normativa correlata al patteggiamento, il giudizio abbreviato, per la ragione fondamentale che «esso si realizza attraverso una vera e propria procedura, inconciliabile con quella dibattimentale», di talché un meccanismo di recupero fondato sull'art. 175 c.p.p. «non potrebbe ritenersi scelta costituzionalmente obbligata, allo stato dell'ordinamento processuale, ponendosi in termini alternativi ad altre possibili opzioni, attinenti alla sfera della discrezionalità legislativa, come ad esempio quella di attribuire al giudice, all'esito del dibattimento, il compito di verificare l'esistenza dei presupposti [...] al solo fine di applicare, nel caso di condanna, la riduzione della pena di un terzo; o quella di una preclusione, in tali casi, della nuova contestazione, con conseguente trasmissione degli atti al pubblico ministero relativamente ad essa»¹⁷⁷.

Le considerazioni svolte dal Giudice delle leggi compendiano, più che la valutazione di infondatezza delle ragioni prospettate dai giudici rimettenti, una pressante esigenza di coerenza rispetto alla tradizionale giurisprudenza sui limiti di ammissibilità di una pronuncia costituzionale di tipo additivo¹⁷⁸, di talché si pone il problema di verificare se residuano spazi per una rivisitazione fondata sugli elementi di novità introdotti dalla riforma attuata con la l. 16-12-1999, n. 479 e, soprattutto, dall'intervento correttivo effettuato mediante il d.l. 7-4-2000, n. 82, conv. in l. 5-6-2000, n. 144.

¹⁷⁶ RETICO, cit., 2169. Ritiene ragionevole, invece, l'opzione legislativa ILLUMINATI, cit., 674.

¹⁷⁷ C. Cost., 30-6-1994, n. 265, cit. La decisione richiama le argomentazioni enunciate nella precedente C. Cost., 1-4-1993, n. 129, in *Giur. cost.*, 1993, 1043, con la quale era stata dichiarata inammissibile analoga questione di legittimità costituzionale.

¹⁷⁸ Come è noto, secondo la Corte Costituzionale, la c.d. sentenza additiva è consentita «soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad un'estensione logicamente necessitata ed implicita nella possibilità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando, invece, si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (cfr. C. Cost., 23-4-1986, n. 109, in *Giur. cost.*, 1986, 612; C. Cost., 7-2-1986, n. 37, *ibidem*, 228; C. Cost., 5-2-1986, n. 33, *ibidem*, 1986, 194; C. Cost., 17-12-1985, n. 350, in *Giur. cost.*, 1985, 2429).

Dopo la riforma, infatti, il giudizio abbreviato ha cambiato radicalmente volto e, soprattutto dopo la sentenza della Corte Costituzionale, 19-5-2003, n. 169¹⁷⁹, ha ripreso a dialogare con il giudizio dibattimentale – al punto da potersi in questo innestare – e di esso ha assimilato significativi istituti, potendo la forma processuale alternativa ospitare il compimento di atti d'istruzione¹⁸⁰ suscettibili, a loro volta, di determinare, eventualmente, l'esigenza di procedere a nuove contestazioni¹⁸¹.

Dinanzi al descritto mutamento del quadro normativo – la contestazione costituisce un'evenienza sì prevedibile in un sistema processuale ispirato al principio della formazione della prova in dibattimento, ma non più preclusa nel giudizio abbreviato, venendo così meno quella sorta di "immunizzazione"¹⁸² dal rischio di nuove contestazioni che il giudizio speciale assicurava e su cui la Corte aveva edificato la propria impostazione – l'apparato motivazionale che sorreggeva la sentenza n. 316 del 1992 è destinato a sgretolarsi, così come riconosce, d'altronde, la dottrina¹⁸³ e come sembra ammettere, sia pure tra le righe di una motivazione molto articolata, la Corte Costituzionale.

Nell'ordinanza dell'8-6-2005, n. 236¹⁸⁴, infatti, la Consulta ha lanciato un messaggio chiaro, basato sulla messa in discussione dell'attualità delle conclusioni raggiunte in passato sul tema dei rapporti tra giudizio abbreviato e nuove contestazioni proprio «alla luce delle profonde modifiche normative e di alcune recenti decisioni di questa Corte in tema di giudizio abbreviato»¹⁸⁵.

La Corte ha ribadito la tesi che ritiene la soluzione regressiva prospettata dal giudice *a quo* «incongrua rispetto ad un sistema ora complessivamente improntato, per esigenze di speditezza e di economia, all'opposto principio di non regressione del procedimento»¹⁸⁶, nel contempo precisando, tuttavia, che delle precedenti pronunce, in cui aveva ritenuto funzionale ad un'adeguata tutela

¹⁷⁹ In *Dir. pen. e processo*, 2003, 810. Con questa sentenza, come è noto, la Corte Costituzionale ha introdotto un meccanismo di verifica della legittimità del provvedimento del giudice dell'udienza preliminare che abbia rigettato una richiesta condizionata, collocandolo nella fase antecedente l'apertura del dibattimento.

¹⁸⁰ V., a tal proposito, gli artt. 438, 5° comma e 441, 5° comma, c.p.p.

¹⁸¹ In tal senso, cfr. COSTANTINI, *Il giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Riti camerali e speciali*, Torino, 2006, 188, la quale richiama la disciplina contenuta nell'art. 441 *bis* c.p.p. e l'intervento additivo della Corte Costituzionale per precisare come non abbiano più «ragion d'essere gli ostacoli posti alla possibilità che l'imputato faccia richiesta di rito abbreviato nel dibattimento, qualora nel corso dello stesso muti l'imputazione originaria, per causa riconducibile alla condotta del pubblico ministero».

¹⁸² FIORIO, cit., 2056.

¹⁸³ BRICCHETTI, *La nuova contestazione su fatti già emersi non pregiudica l'accesso al rito speciale*, in *Guida dir.*, 2005, n. 29, 80. Nello stesso senso, anche, COSTANTINI, cit., 188.

¹⁸⁴ In *Giur. cost.*, 2005, 2045.

¹⁸⁵ La Corte si riferisce, in particolare, a C. Cost., 19-5-2003, n. 169, cit.

¹⁸⁶ C. Cost., ord. 8-6-2005, n. 236, cit.

del diritto di difesa dell'imputato l'ampliamento della sfera operativa dell'istituto della restituzione nel termine, vanno conservate « la portata e la *ratio* »¹⁸⁷.

A questo punto il quadro sistematico finisce col ricomporsi in via interpretativa e la conclusione traspare nella chiarezza di una serie di argomentazioni che, magari, una pronuncia additiva della Corte Costituzionale potrebbe sottrarre all'inevitabile incertezza connessa alla mutabilità degli orientamenti della giurisdizione di merito, evitando, altresì, che « nella prassi vengano intrapresi percorsi ermeneutici "alternativi", che se idonei a tutelare il diritto di difesa dell'imputato, comportano indebite tensioni rispetto alle esigenze di economia processuale »¹⁸⁸.

Conservare la « portata e la *ratio* » dei precedenti costituzionali, in altre parole, significa che la contestazione tardiva dovrebbe legittimare l'imputato a richiedere il giudizio abbreviato al giudice del dibattimento e questi, ricevuta l'istanza, dovrebbe necessariamente darvi corso, senza adottare provvedimenti produttivi di indebite regressioni procedimentali¹⁸⁹.

8. LE NUOVE CONTESTAZIONI ALL'IMPUTATO CONTUMACE O ASSENTE

L'art. 520 c.p.p. introduce una disciplina delle contestazioni all'imputato contumace o assente radicalmente diversa rispetto al regime delineato dall'art. 445, 2° comma, c.p.p. abr.

Quest'ultima disposizione, infatti, prevedeva che il presidente potesse effettuare la contestazione soltanto qualora l'imputato fosse personalmente presente ovvero se, trattandosi di reato per il quale fosse consentita la rappresentanza mediante mandato speciale (art. 125, 2° comma, c.p.p. abr.), l'imputato medesimo avesse conferito procura al difensore.

Per aggirare l'ostacolo costituito dall'assenza dell'imputato vennero instaurate, allora, due distinte prassi.

La prima, attinente in via esclusiva alla contestazione di reati concorrenti o di fatti in continuazione, consisteva nel rinvio a tempo indeterminato del dibattimento, al fine di consentire al P.M. di promuovere una separata azione penale, onde poi provvedere alla riunione dei giudizi allorché anche il nuovo procedimento fosse pervenuto alla fase dibattimentale.

La seconda, riguardante in misura prevalente la contestazione di circostanze aggravanti, constava egualmente di un momento costituito dal rinvio del dibat-

¹⁸⁷ C. Cost., ord. 8-6-2005, n. 236, cit.

¹⁸⁸ COSTANTINI, cit., 191.

¹⁸⁹ BRICCHETTI, cit., 92. Dello stesso avviso COSTANTINI, cit., 190. *Contra*, invece, CREMONESI, *Persa una occasione per fare chiarezza sui rapporti tra le contestazioni dibattimentali e il giudizio abbreviato*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 636.

timento a tempo indeterminato, seguito poi dall'emissione di un nuovo decreto di citazione contenente la nuova imputazione integrata¹⁹⁰.

L'impostazione preclusiva era stata superata già nel progetto del 1978 il quale, in linea con la scelta di scindere il potere di richiesta (spettante al P.M.) dal dovere di procedere alla contestazione (gravante sul giudice), aveva previsto che, in caso di contestazione all'imputato contumace o assente ed al fine di assicurare l'effettività del diritto di difesa rispetto al fatto contestato, il presidente disponesse la notifica dell'estratto del verbale del dibattimento da cui risultasse la richiesta dell'accusa ed il provvedimento giudiziale che, accogliendola, la traduceva in una formale contestazione, equiparabile ad un «decreto di citazione» e quindi idonea ad instaurare il contraddittorio¹⁹¹.

Il quadro delle garanzie dell'imputato si completava con la previsione, contenuta nell'art. 493, 2° comma del progetto, del dovere del presidente di disporre, come «logica conseguenza»¹⁹², la sospensione del dibattimento e la fissazione di una nuova udienza nel rispetto dei termini stabiliti dall'articolo precedente.

Il nuovo codice, come si è avuto modo di osservare, conferisce al P.M. il potere di effettuare direttamente una nuova contestazione, di talché, dopo avervi proceduto, egli si limita a richiedere al presidente l'inserimento nel verbale del dibattimento della contestazione già effettuata e la notifica dell'estratto di esso all'imputato (art. 520, 1° comma, c.p.p.)¹⁹³.

Si realizza, mediante questa sequenza di adempimenti formali, l'estensione del compendio informativo tipico del decreto che dispone il giudizio e, coerentemente con il principio generale del nostro ordinamento processuale secondo cui «la formulazione dell'accusa deve avere per destinatario lo stesso soggetto cui si fa carico dei fatti posti a base dell'imputazione»¹⁹⁴, si pone l'imputato che non partecipa al processo nelle condizioni di conoscere le modifiche sopra-

¹⁹⁰ V., anche per i cospicui riferimenti giurisprudenziali, AMODIO, *Sul c.d. principio di cristallizzazione dell'accusa nel procedimento contumaciale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 612. In senso critico, ritenendo invece possibile la contestazione al difensore dell'imputato non comparso, MACCARIO, *Contestazione suppletiva nel corso del dibattimento e imputato non comparso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 631; PECORELLA, *Appunti sulla modificabilità dell'accusa nel dibattimento di primo grado in confronto all'imputato contumace o assente*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 434. In senso contrario, invece, v. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 383.

¹⁹¹ Cfr. in questo senso, la relazione al progetto preliminare del 1978, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1151. La soluzione, prospettata in dottrina negli anni '40, era stata censurata da PECORELLA, cit., 446.

¹⁹² CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1152.

¹⁹³ Il collegamento della nuova disciplina con lo spostamento del potere di procedere alla contestazione è sottolineato dalla relazione al progetto preliminare. V., anche sul punto, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1157.

¹⁹⁴ In relazione al vecchio sistema, il principio era stato enucleato da AMODIO, cit., 614. V., inoltre, ILLUMINATI, cit., 673.

giunte della *res iudicanda* e, conseguentemente, di esercitare in maniera piena le facoltà difensive accordategli dall'art. 519 c.p.p.

In linea con la *ratio* della disposizione contenuta nel 1° comma, l'art. 520, 2° comma, c.p.p. prevede che il dibattimento venga sospeso e, nel rispetto dei termini stabiliti dall'art. 519, 2° e 3° comma, venga fissata una nuova udienza.

Come può immediatamente notarsi, nel caso preso in esame dall'art. 520 c.p.p. la sospensione del processo costituisce un atto dovuto che prescinde dalla richiesta del difensore dell'imputato, al quale è, dunque, sottratta la disponibilità del termine dilatorio, non potendo rinunciare né acconsentire o chiedere un'abbreviazione¹⁹⁵.

Il rinvio all'art. 519, 2° comma, c.p.p. tende ad assicurare l'instaurazione di una situazione processuale analoga a quella che, sotto il profilo temporale, segue alla notificazione del decreto che dispone il giudizio, di modo che l'imputato possa, in relazione all'informazione conseguita sulla nuova conformazione dell'imputazione, elaborare e attuare in concreto un'adeguata strategia difensiva.

Meno decifrabile appare, invece, la *ratio* del riferimento al termine previsto dall'art. 519, 3° comma, c.p.p., dal momento che la doverosa osservanza del termine a comparire di cui all'art. 429 c.p.p. finisce inevitabilmente con l'assorbire il termine, molto più breve, stabilito a garanzia della posizione della persona offesa, l'obbligo di citare la quale anche in caso di contumacia o assenza dell'imputato scaturisce dalla regola generale contenuta nell'art. 519, 1° e 3° comma, c.p.p.

L'unica opzione interpretativa che consentirebbe di dare un senso alla disposizione appare quella implicante un dovere del giudice di procedere alla citazione della persona offesa all'udienza stabilita nel provvedimento di sospensione adottato ai sensi dell'art. 520, 2° comma, c.p.p., nell'ambito della quale disporre, poi, un ulteriore differimento per un periodo non inferiore a cinque giorni.

Si tratta, però, di una soluzione macchinosa ed inutilmente dispendiosa, dal momento che implica il differimento di un adempimento – la citazione della persona offesa – che può essere utilmente compiuto subito dopo l'effettuazione della contestazione.

Spostando l'attenzione sul dato letterale, poi, non può trascurarsi il fatto che l'art. 520 c.p.p. chiarisce come la nuova udienza deve essere fissata "per la prosecuzione", ossia per il prosieguo delle attività dibattimentali già programmate e per l'assunzione delle prove ammesse in relazione alla nuova contestazione, senza che residui alcuno spazio per gli adempimenti formali connessi alla nuova contestazione¹⁹⁶.

¹⁹⁵ RIVELLO, cit., 308. Così, anche, RAFARACI, cit., 152; nonché D'AGNOLO, cit., 1486.

¹⁹⁶ La soluzione interpretativa è condivisa da MARINI, cit., 474, il quale non ravvisa alcun motivo per cui il presidente debba ritardare la notifica alla persona offesa.

L'art. 520 c.p.p. delimita il campo applicativo della disciplina di garanzia ivi delineata sia dal punto di vista oggettivo, sia sotto il profilo soggettivo.

In relazione al primo aspetto, infatti, la norma dispone che il ricorso alla procedura garantita sia circoscritto ai casi di contestazione previsti dagli artt. 516 e 517 c.p.p., con esclusione, quindi, dell'ipotesi di contestazione del fatto nuovo risultante dal dibattimento (art. 518, 2° comma, c.p.p.).

La ragione dell'esclusione appare ovvia: poiché la contestazione del fatto nuovo non può avvenire senza che l'imputato presente presti il consenso, in caso di contumacia o assenza il P.M. non può fare altro che procedere nelle forme ordinarie, ai sensi dell'art. 518, 1° comma, c.p.p.

Il richiamo, senza previsioni derogatorie, dell'art. 517 c.p.p. consente di escludere che il meccanismo di contestazione in esame possa essere eluso nel caso in cui essa abbia per oggetto la circostanza aggravante della recidiva.

La norma derogatoria contenuta nell'art. 519, 1° comma, c.p.p. non ha, infatti, la forza di provocare una generale sottrazione della relativa contestazione al regime previsto per il caso di assenza o contumacia dell'imputato, operando le due disposizioni su livelli diversi.

La prima, invero, incidendo sullo spettro delle facoltà difensive attivabili dall'imputato, presuppone il perfezionamento del fenomeno conoscitivo alla realizzazione del quale è finalizzata la contestazione, perfezionamento che, nei casi di contumacia o assenza, avviene proprio mediante l'espletamento delle formalità previste dall'art. 520, 1° comma, c.p.p., alle quali non può che conseguire, non fosse altro che per ragioni pratiche connesse all'effettuazione della notificazione, la sospensione del dibattimento¹⁹⁷.

Sul piano soggettivo, invece, viene in rilievo la posizione processuale dell'imputato, richiedendosi che questi sia, nel momento in cui maturano le condizioni per procedere alla contestazione, contumace o assente.

Mentre nessun problema si pone in relazione alla contumacia, rispetto all'ipotesi di assenza ci si è chiesti se rilevi qualsiasi situazione di non presenza dell'imputato al dibattimento ovvero se, al contrario, il legislatore abbia inteso fare riferimento all'accezione tecnica di assenza, come delineata dall'art. 420 *quinquies* c.p.p. (richiamato dall'art. 484, comma 2 *bis*, c.p.p.): assente, infatti, è l'imputato che, anche se impedito, chiede o consente che il dibattimento si svolga in sua assenza o, se detenuto, rifiuta di assistervi (art. 420 *quinquies*, 1° comma, c.p.p.).

¹⁹⁷ V., per questa impostazione, RIVELLO, cit., 307, il quale ritiene, tuttavia, che il combinato disposto degli artt. 520 e 519, 2° comma, c.p.p. ponga difficoltà sul piano operativo a cagione dell'esclusione della recidiva dall'ambito applicativo della disciplina prevista dall'ultima delle disposizioni citate. Ma, al contrario, è proprio la caratteristica del richiamo operato dall'art. 520 c.p.p., limitato alle cadenze temporali indicate dall'art. 519, 2° comma, c.p.p., ad escludere qualsiasi disarmonia sistematica e qualsiasi perplessità operativa.

Nei casi previsti dagli artt. 420 *quinquies*, 2° comma¹⁹⁸ e 475 c.p.p.¹⁹⁹, invece, pur versandosi in una situazione di materiale mancata presenza dell'imputato, non può tecnicamente parlarsi di assenza.

Gli argomenti a sostegno della tesi favorevole all'estensione a questi casi della disciplina di garanzia prevista dall'art. 520 c.p.p. sono numerosi e tutti abbastanza corposi.

Innanzitutto, è stato osservato come non vi sia alcuna ragione per distinguere, in relazione al regime delle contestazioni suppletive, le diverse ipotesi compendiate dalle disposizioni sopra richiamate, trattandosi in tutti i casi di situazioni in cui la mancata partecipazione dell'imputato al dibattimento impedirebbe di acquisire l'effettiva conoscenza delle correzioni apportate alla *res iudicanda* e, conseguentemente, di predisporre un'adeguata difesa²⁰⁰.

Né può attribuirsi rilievo alla previsione – contenuta negli artt. 420 *quinquies*, 2° comma e 475, 2° comma, c.p.p. – dell'attribuzione al difensore del potere di rappresentanza dell'imputato, dal momento che un analogo potere è attribuito, senza che ciò abbia alcuna incidenza sul regime delineato dall'art. 520 c.p.p., al difensore del contumace²⁰¹ e dell'assente²⁰².

Potrebbe obiettarsi, a dire il vero, che le norme appena citate prevedano espressamente che l'imputato, sia nel caso di allontanamento volontario che nell'ipotesi di allontanamento coattivo, "è considerato presente".

Tuttavia, pur volendo prescindere dalla considerazione che mancherebbe materialmente il destinatario dell'avvertimento previsto dall'art. 519, 1° comma, c.p.p., appare insuperabile il rilievo che, ai sensi dell'art. 518, 2° comma, c.p.p., la contestazione dibattimentale del fatto nuovo esige la presenza fisica dell'imputato, costituendo la prestazione del consenso, come già visto, un atto "personalissimo" non delegabile nemmeno mediante procura speciale al difensore.

Il fatto che l'art. 520, 1° comma, c.p.p. escluda sul piano generale l'operatività della disciplina speciale in esso descritta in relazione all'ipotesi di contestazione del fatto nuovo, senza cioè distinguere tra i diversi casi che possono concretizzare una situazione di mancata presenza dell'imputato, implica senza dubbio che il sistema delineato dal legislatore prescinde dalla qualificazione giuridica della relativa situazione processuale²⁰³.

¹⁹⁸ Relativo all'allontanamento "volontario" dell'imputato.

¹⁹⁹ Disciplinante l'ipotesi di allontanamento "coattivo" dell'imputato.

²⁰⁰ RIVELLO, cit., 307.

²⁰¹ Infatti, l'art. 420 *quater*, 2° comma, c.p.p. prevede che l'imputato, quando si procede in sua contumacia, è «rappresentato» dal suo difensore.

²⁰² L'art. 420 *quinquies*, 2° comma, c.p.p. precisa che l'imputato il quale, dopo essere comparso, si allontana dall'aula di udienza è considerato presente ed è «rappresentato» dal difensore.

²⁰³ Sotto il vigore del codice abrogato, PEGORELLA, cit., 436, sosteneva che «quando si afferma che, pur dovendosi considerare presente a tutti gli effetti l'imputato assente, la conte-

9. LA DIVERSA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO

Dopo l'espletamento dell'attività istruttoria e l'esaurimento della discussione, il giudice deve formalmente dichiarare la chiusura del dibattimento (art. 524 c.p.p.) e provvedere "subito dopo" alla deliberazione della sentenza (art. 525, 1° comma, c.p.p.), pronunciandosi sul merito dell'imputazione così come contestata nell'atto introduttivo del processo ovvero progressivamente modificata nel corso del dibattimento.

In linea con quanto disposto dall'art. 477, 1° comma, c.p.p. abr., l'art. 521, 1° comma, c.p.p. consente al giudice di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa rispetto a quella enunciata nel capo d'imputazione.

In altri termini, il giudice non incorre nella violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza tutte le volte in cui, ferma restando l'identità del fatto storico contestato²⁰⁴, ritenga di doverlo collocare nell'ambito di una diversa fattispecie criminosa.

L'indefettibilità del potere di riqualificazione giuridica del giudice è stata sottolineata dalla Suprema Corte, la quale ha chiarito che, salvo il divieto di *reformatio in peius*, il principio generale di cui all'art. 521 c.p.p. costituisce un presidio del principio di obbligatorietà della legge penale e, pertanto, opera anche nel giudizio di legittimità.

La facoltà di riqualificazione riguarda, in quest'ultimo caso, oltre al fatto descritto nell'imputazione, anche il fatto per come accertato nella sentenza impugnata, in ipotesi diverso, con la conseguenza che la correlazione tra l'imputazione e la decisione può ridursi alla sola identità dell'episodio storico dedotto nel processo, quando il giudice dell'impugnazione constati che in base agli accertamenti contenuti nella sentenza di primo grado il medesimo episodio storico

stazione in dibattimento non sarà egualmente possibile perché la presenza legale non offre la *concreta* possibilità della contestazione, si riduce l'esperienza del processo ad una dimensione puramente empirica e, per di più, inesatta, dato che la finzione di presenza esprime appunto la *possibilità legale* di compiere oralmente un atto del dibattimento, che deve essere recepito dall'imputato, come se venisse da lui recepito».

²⁰⁴ Il potere di qualificazione giuridica del fatto, invero, non deve "mascherare" una diversa ricostruzione del fatto di reato poiché, in questo caso, si aggirerebbero le garanzie connesse alla disciplina delle nuove contestazioni. Compie questo rilievo, generalmente condiviso in dottrina, MARINI, cit., 477. L'esigenza di evitare forzature del potere di qualificazione del fatto è avvertita anche in giurisprudenza. Cfr., di recente, Cass. pen., 2-2-2005, Vignola, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 588, la quale ha precisato che il potere del giudice del dibattimento di attribuire al fatto una diversa qualificazione giuridica, rispetto a quella formulata nell'imputazione, sempre che non risulti in concreto pregiudicato il diritto di difesa, deve essere interpretato nel rigoroso rispetto delle esigenze del pieno contraddittorio, in applicazione del principio costituzionale del giusto processo. Pertanto, tale potere va escluso nei casi in cui tra il fatto-reato contestato e quello di cui l'imputato è stato ritenuto responsabile vi sia un rapporto di piena ed irriducibile alterità, senza una matrice di condotta unitaria.

doveva essere considerato più grave per il titolo, per il grado o per le circostanze ed i relativi elementi non appaiano menzionati nell'imputazione contestata.

Invero, ha proseguito la Corte, il potere del giudice di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella contenuta nell'imputazione – riferendosi ai fatti accertati e superando così la contestazione – deriva sia dall'art. 521 c.p.p., che riguarda la definizione giuridica diversa da quella imputata, sia dall'art. 597 c.p.p., che nell'enunciare tale potere non fa più menzione dell'imputazione.

Ne consegue che i limiti della riqualificazione dell'imputazione²⁰⁵ sono segnati dalla competenza del giudice di primo grado determinata dall'imputazione e dall'accertamento compiuto²⁰⁶.

A differenza dell'art. 477, 1° comma, c.p.p. abr., l'art. 521 c.p.p. non prevede espressamente che il giudice possa infliggere le pene corrispondenti alla fattispecie di reato che ritiene perfezionata nel caso concreto, quantunque più gravi, ma non v'è dubbio che si tratta di un potere-dovere inevitabilmente correlato alla generale prerogativa riconosciutagli in tema di qualificazione giuridica del fatto²⁰⁷.

L'impostazione accolta dal codice vigente è stata sottoposta a rilievi critici in quanto si è ravvisata una palese violazione del principio del contraddittorio laddove si preclude alle parti di interloquire su un tema suscettibile di determinare effetti lesivi di beni di rango costituzionale²⁰⁸.

In relazione alla posizione dell'imputato, in particolare, si è osservato come «sembra scorretto postulare un onere dell'imputato di difendersi, avendo riguardo a tutte le ipotetiche qualifiche del fatto contestato, indipendentemente dalla loro enunciazione (originaria o successiva) nell'atto di accusa»²⁰⁹.

Nel corso dei lavori preparatori del nuovo codice²¹⁰ ci si era, a dire il vero, resi conto del fatto che la scelta di non prevedere una correlazione obbligatoria fra la decisione sul tema giuridico dell'accusa e le conclusioni del P.M. avrebbe in

²⁰⁵ La quale può essere sollecitata dal P.M. nell'atto d'impugnazione. Così, da ultimo, Cass. pen., 19-6-2008, Camattini e altri, in *Guida dir.*, 2008, n. 42, 97.

²⁰⁶ Cass. pen., 18-9-1997, Donna, in *Cass. pen.*, 1998, 3306. In senso conforme, Cass. pen., 27-9-2004, Tondo e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 760. Analogo principio è stato affermato in relazione al giudizio d'appello. Cfr., in particolare, Cass. pen., 4-6-1997, Finocchi, in *CED*, 1998. Per una recentissima presa di posizione della Suprema Corte su entrambi i profili della tematica v., inoltre, Cass. pen., 25-3-2008, Giorni, in *Guida dir.*, 2008, n. 15, 90.

²⁰⁷ In questo senso, fra gli altri, MARINI, cit., 476; RAFARACI, cit., 291, nt. 188; D'AGNOLO, cit., 1490. D'altra parte, emerge con chiarezza dalla relazione al progetto preliminare l'intenzione di correlare al potere di qualificazione giuridica del fatto quello di applicare una sanzione più grave. Cfr., in particolare, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, IV, cit., 1158.

²⁰⁸ RIVELLO, cit., 309. Egualmente critica CALAMANDREI, cit., 656.

²⁰⁹ FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Digesto pen.*, III, Torino, 1989, 470.

²¹⁰ Il progetto del 1978, invece, non aveva riprodotto alcuna disposizione corrispondente a quella oggetto di esame, anche se il potere giudiziale di qualificazione del fatto era, come si riconosce nella relazione al progetto preliminare del nuovo codice, «rimasto sottinteso». Cfr., anche sul punto, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1158.

qualche misura sacrificato le esigenze della difesa, soprattutto in relazione al caso in cui la diversa qualificazione avesse implicato una pena più grave, ma si preferì confermare la regola tradizionale, «considerato che le richieste del pubblico ministero, anche nel nuovo sistema, non sono vincolanti per il giudice, che può pronunciare *extra petita*»²¹¹.

D'altra parte, le soluzioni alternative che vennero prefigurate – ossia la costruzione di una disciplina analoga a quella concernente la contestazione del fatto diverso²¹² ovvero la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica al fine di provocare il contraddittorio sul punto – non furono sviluppate ulteriormente perché «avrebbero [...] comportato un dispendio di attività probabilmente eccessivo, e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato»²¹³.

La disciplina che, alla fine, è stata predisposta non pone alcuna limitazione al potere giudiziale di qualificazione del fatto e, d'altra parte, come già detto, la Suprema Corte ha chiarito che in un ordinamento fondato sul principio di legalità, il potere del giudice di definire correttamente il fatto sul quale è chiamato a pronunciarsi è connaturale allo stesso esercizio della giurisdizione, che non tollera limitazioni in ordine all'inquadramento giuridico dei fatti sottopostigli, derivanti dalla richiesta delle parti²¹⁴.

È stato espressamente mantenuto²¹⁵, anche in relazione al potere di qualificazione giuridica del fatto, soltanto il limite riguardante l'incompetenza, peraltro secondo la configurazione con cui era espresso nel codice abrogato, ossia esclusivamente in relazione all'incompetenza per materia per difetto.

In altri termini, il giudice ha il potere di qualificare giuridicamente il fatto oggetto della sua cognizione, ma se il reato appartiene alla competenza di un giudice superiore deve dichiarare la propria incompetenza e disporre la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice competente.

L'eventuale inosservanza della disposizione in esame potrà essere rilevata, anche di ufficio, in ogni stato e grado del processo (art. 21, 1° comma, c.p.p.)²¹⁶.

²¹¹ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1158.

²¹² Soluzione privilegiata, in dottrina, da ILLUMINATI, cit., 678.

²¹³ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1158.

²¹⁴ Cass. pen., 29-1-1996, Verde, in *Cass. pen.*, 1996, 2345.

²¹⁵ La precisazione è ritenuta «non indispensabile», derivando il relativo limite dalle norme che disciplinano la competenza per materia, da CALAMANDREI, cit., 655.

²¹⁶ Cfr., in particolare, Cass. pen., 23-2-1999, Giunci, in *Cass. pen.*, 2001, 1304, secondo la quale deve essere annullata la sentenza di primo grado che dia al fatto una definizione giuridica più grave se essa superi la competenza per materia del primo giudice. In tal caso, ove il giudice di appello non abbia provveduto in tal senso, la pronuncia relativa può essere emessa dalla Corte di Cassazione.

Con l'introduzione del giudice unico di primo grado, l'art. 188, d.lg. 19-2-1998, n. 51 ha sostituito l'originaria versione dell'art. 521, 1° comma, c.p.p. introducendo un ulteriore limite connesso al caso in cui, nell'ambito di un procedimento pendente dinanzi al tribunale in composizione monocratica, il giudice ritenga che il fatto debba essere ricondotto nell'ambito di una fattispecie rientrante nella sfera di cognizione del giudice collegiale.

Nel confermare, in linea con l'impostazione seguita in caso di modifica dell'imputazione, la previsione di uno sbarramento soltanto verso l'alto, la norma svincola l'operatività del meccanismo sia da limiti temporali²¹⁷, sia dalla circostanza che la composizione del tribunale abbia formato oggetto di eccezione nei termini di cui all'art. 33 *quinquies* c.p.p. e ciò per l'ovvia ragione, evidenziata dalla relazione al decreto legislativo istitutivo del giudice unico di primo grado²¹⁸, che non si può pretendere che l'imputato deduca, *contra se*, che il fatto integra un reato diverso e più grave di quello a lui contestato.

La disciplina delle conseguenze del perfezionarsi dell'ipotesi limitativa, lineare nella versione dell'art. 521 *bis* introdotta dall'art. 189, d.lg. 19-2-1998, n. 51, ha perso gli originari tratti di coerenza interna a seguito della differenziazione del rito dinanzi al giudice in composizione monocratica, dal momento che il codice prevede una disciplina degli effetti diversificata a seconda che il giudizio dibattimentale in corso sia stato introdotto da citazione diretta ovvero da decreto di rinvio a giudizio a seguito di udienza preliminare.

Nel primo caso, infatti, l'art. 521 *bis*, 1° comma, c.p.p., come modificato dall'art. 47, l. 16-12-1999, n. 479, impone al giudice di disporre, con ordinanza, la trasmissione degli atti al P.M., soggiungendo, al 2° comma, che l'inosservanza della disposizione medesima deve essere eccepita, a pena di decadenza, nei motivi di impugnazione.

Nella seconda ipotesi, invece, l'art. 521 *bis* c.p.p. perde qualsiasi spazio operativo, presupponendo la relativa disciplina, come è noto, che il reato risulti tra quelli attribuiti alla cognizione del tribunale per cui è prevista l'udienza preliminare e questa non si sia tenuta.

Trova applicazione, dunque, la regola generale di trasmissione degli atti "in via orizzontale" contenuta nell'art. 33 *septies* c.p.p., di talché il giudice dovrà, con ordinanza, disporre la trasmissione degli atti al giudice competente a decidere sul reato riqualificato.

L'infelice formulazione dell'art. 521 *bis* c.p.p. risente, come già detto, delle imperfezioni sistematiche lasciate sul campo dalla sequenza di interventi normativi che hanno scandito l'introduzione del sistema del giudice unico di primo grado.

²¹⁷ Come sottolinea GARUTI, cit., 243.

²¹⁸ In CRISCUOLO, GIAMBRUNO, MARINO, cit., 535.

Pertanto, più complessa si dimostra la ricerca di un rimedio all'inosservanza della disposizione sopra citata, dal momento che se, da un lato, la disciplina delineata dall'art. 33 *quinquies* c.p.p. si dimostra inadeguata a fronteggiare l'ipotesi in esame, dall'altro non può farsi riferimento, a cagione della totale estraneità rispetto alla fattispecie da esso compendiata, all'art. 521 *bis*, 2° comma, c.p.p.

Non rimane, allora, che invocare la previsione sanzionatoria contenuta nell'art. 522, 1° comma, c.p.p., in forza della quale l'ipotesi considerata integra una nullità della sentenza che, ai sensi dell'art. 181, 4° comma, c.p.p., deve essere eccepita con l'atto di impugnazione.

L'art. 47, 6° comma, l. 16-12-1999, n. 479, modificando ulteriormente l'art. 521, 1° comma, c.p.p., aveva introdotto un'ulteriore limitazione al potere del giudice di riqualificare il fatto, operante nel caso in cui, ferma restando la cognizione del giudice monocratico, il reato in ordine al quale avrebbe dovuto pronunciare la sentenza rientrava tra quelli per i quali il giudizio avrebbe dovuto compendiare la fase dell'udienza preliminare e questa non si fosse tenuta.

La *ratio* della disposizione, ritenuta uno dei «portati» del nuovo assetto dato al procedimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica²¹⁹, era di immediata percezione e risiedeva nella considerazione che, in linea con quanto previsto dagli artt. 516, comma 1 *ter* e 517, comma 1 *bis*, c.p.p., non fosse corretto privare l'imputato dell'udienza preliminare a causa dell'errata qualificazione giuridica data dal P.M. al fatto oggetto del processo²²⁰.

Anche in questo caso, dunque, il giudice avrebbe dovuto applicare il disposto dell'art. 521 *bis* c.p.p. e, conseguentemente, disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al P.M. affinché procedesse nelle forme ordinarie.

L'ultima parte dell'art. 521, 1° comma, c.p.p. è stata però soppressa dall'art. 2 *undevicies*, d.l. 7-4-2000, n. 82, conv. in l. 5-6-2000, n. 144, per cui si pone il problema della esatta definizione dell'assetto normativo successivo alla citata soppressione, dal momento che ad essa non ha fatto seguito il doveroso adeguamento dell'art. 521 *bis*, 1° comma, c.p.p.

La disposizione, infatti, presenta una struttura autonomamente idonea a precludere al giudice la possibilità di pronunciare sul merito dell'imputazione qualora il fatto riqualificato consista in un reato per il quale fosse richiesta l'udienza preliminare, ferma restando la cognizione del giudice monocratico²²¹.

Tuttavia, appare preferibile la soluzione secondo cui il legislatore, con l'eliminazione dell'ultimo inciso dell'art. 521, 1° comma, c.p.p., ha inteso rimuovere il limite posto al potere di riqualificazione giuridica del fatto spettante al giudice.

²¹⁹ SANTORO, *Un « sì » condanna anche senza udienza preliminare*, in *Guida dir.*, 2000, n. 22, 54.

²²⁰ SANTORO, *cit.*, 54.

²²¹ Ha sottolineato questo aspetto, da subito, SANTORO, *cit.*, 54.

Infatti, sarebbe incoerente il carattere assoluto di esso con la disciplina generale della distribuzione degli affari tra le diverse articolazioni del tribunale e, soprattutto, delle conseguenze dell'inosservanza delle relative norme procedurali, disciplina generalmente incentrata sul principio di rinunciabilità dell'udienza preliminare²²².

10. LA CORRELAZIONE TRA ACCUSA E SENTENZA

Il principio di correlazione tra accusa e sentenza costituisce emanazione diretta della regola del contraddittorio e del suo corollario secondo cui nessuno può essere giudicato in relazione ad accuse dalle quali non abbia potuto difendersi in modo effettivo²²³.

Sarebbe contrario ai principi etici, ancor prima che giuridici, di un sistema democratico consentire che una persona venga condannata per un fatto diverso da quello per il quale è stato sottoposto a giudizio e, quindi, rispetto al quale ha programmato ed esplicato la propria difesa.

L'art. 521, 2° comma, c.p.p. esprime siffatto principio di civiltà prevedendo che il giudice, nei casi in cui accerti un difetto di corrispondenza tra il fatto descritto nell'atto di esercizio dell'azione penale e quello ritenuto all'esito della ricostruzione conclusiva effettuata sulla base del compiuto esame degli atti processuali, anziché pronunciare la sentenza sul merito dell'imputazione, emetta ordinanza con cui dispone la trasmissione degli atti al P.M.²²⁴.

L'ambito di operatività della disposizione²²⁵ è riferito, dunque, al caso in cui il P.M., per qualsiasi motivo, sia rimasto inerte dinanzi ad un quadro di risultanze che manifesta la diversità dell'oggetto del processo rispetto all'originaria descrizione, situazione alla quale dovrebbe assimilarsi – sulla base di una esplicita indicazione in tal senso contenuta nella relazione al progetto preliminare – quella in cui l'intervento modificativo si sia dimostrato del tutto erroneo²²⁶.

Il legislatore non ha adottato la soluzione incentrata sulla previsione di un obbligo del giudice di pronunciare sentenza assolutoria rispetto al fatto oggetto d'imputazione, fatta comunque salva la facoltà del P.M. di procedere, rispetto al fatto diverso, mediante un autonomo atto di esercizio dell'azione penale.

L'impostazione fu adombrata durante i lavori preparatori del codice del 1978, soprattutto seguendo il solco di un autorevole orientamento dottrinale

²²² SANTORO, cit., 56.

²²³ D'AGNOLO, cit., 1488.

²²⁴ Secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., 461, il rimedio è eccessivo poiché «la disfunzione è superabile con una regressione al dibattimento; basterebbe "riaprirlo"».

²²⁵ La quale, rileva ILLUMINATI, cit., 678, introduce una «connotazione inquisitoria nel sistema», inammissibile in un processo di parti in senso proprio.

²²⁶ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1159.

che, soffermandosi sulla natura del provvedimento di rinvio ai sensi dell'art. 477, 2° comma, c.p.p. abr., aveva ritenuto di individuarvi un atto complesso, che comprende una decisione di esclusione della sussistenza del fatto contestato ed un accertamento in via di delibazione della sussistenza di un fatto diverso.

Pertanto, il primo provvedimento, costituendo una decisione sul merito conclusiva del rapporto processuale, avrebbe dovuto inquadarsi nella categoria della sentenza – più propriamente, avrebbe avuto l'essenza di una sentenza di assoluzione con formula “perché il fatto non sussiste” – avendo natura di ordinanza soltanto il secondo, e logicamente successivo, provvedimento di rinvio degli atti al P.M.²²⁷.

La relazione al progetto preliminare del nuovo codice ha richiamato la tesi appena accennata per respingerla definitivamente, alla luce della considerazione che «sarebbe adeguata nel caso di “fatto nuovo”, ma porterebbe a conseguenze eccessive nel caso di “fatto diverso”, poiché la sentenza sarebbe destinata a passare in giudicato e quindi a precludere una nuova azione penale»²²⁸.

L'adozione di questa soluzione, è stato notato, avrebbe reso il P.M., in caso di inerzia, arbitro del risultato del processo, «situazione che risulterebbe perfettamente conseguente solo in un sistema imperniato sulla disponibilità dell'azione e sul vincolo del giudice alla domanda»²²⁹.

Per questi motivi in giurisprudenza si è chiarito che il giudice non può trasmettere gli atti al P.M. sul rilievo che il fatto è diverso da quello contestato e, nello stesso tempo, assolvere l'imputato da quest'ultimo, perché il successivo giudizio incorrerebbe nella preclusione del giudicato.

Si è puntualizzato, quindi, che i due provvedimenti, emessi contestualmente, realizzano ipotesi di atti abnormi sotto vari profili: il giudice deciderebbe, invero, su un fatto del quale si è spogliato; emetterebbe un provvedimento (l'ordinanza) finalizzato all'inizio dell'azione penale ed un altro contestuale provvedimento (la sentenza) che conclude tale azione in senso assolutorio; creerebbe, in definitiva, i presupposti per la preclusione del giudicato²³⁰.

²²⁷ V., per questa ricostruzione della natura del provvedimento di rinvio, LEONE, *Normale impugnabilità del provvedimento emanato ai sensi dell'articolo 477 comma 2 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 275. La tesi è seguita da GALATI, *Natura e impugnabilità del provvedimento che accerta la diversità del fatto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 838. *Contra*, invece, LEMMO, *Fatto diverso e dibattimento d'appello*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 835, il quale attribuisce al provvedimento in questione «valore e funzione perfettamente corrispondenti a quelli di una comune ordinanza».

²²⁸ CONSO, GREVI, NEPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1158.

²²⁹ CONSO, GREVI, NEPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1158.

²³⁰ Cass. pen., 18-11-2003, Miatto, in *Guida dir.*, 2004, n. 17, 97. V., in senso conforme, Cass. pen., 4-4-1997, Guarnieri, in *Cass. pen.*, 1998, 3067.

Il profilo di maggiore problematicità che ha caratterizzato la disposizione in esame riguarda l'esatta definizione del presupposto applicativo costituito dalla "diversità del fatto".

Mutando momentaneamente versante, invece, costituisce soluzione pacificamente acquisita quella della non impugnabilità dell'ordinanza di trasmissione degli atti al P.M.²³¹.

La Suprema Corte, su quest'ultimo punto, ha chiarito che, in base al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, l'ordinanza con la quale il giudice del dibattimento di primo grado, ritenendo che il fatto sia diverso da quello contestato, dispone, a norma dell'art. 521, 2° comma, c.p.p., la trasmissione degli atti al P.M., non è assoggettata ad alcun gravame²³².

La Corte ha, altresì, escluso che possa utilmente farsi ricorso, in tal caso – almeno di norma – alla nozione di provvedimento abnorme, rappresentando un simile provvedimento un'evenienza del tutto eccezionale (quale atto emesso in assoluta carenza di potere o con radicale divergenza dagli schemi e dai principi ispiratori dell'ordinamento processuale penale)²³³, mentre la trasmissione degli atti al P.M. è specificamente prevista e regolata dall'art. 521, 2° comma, c.p.p.²³⁴.

Infine, il Giudice di legittimità ha puntualizzato che soltanto nei casi di trasmissione degli atti al P.M. ai sensi dell'art. 521, 2° e 3° comma, c.p.p. il provvedimento del giudice è inoppugnabile, mentre la restituzione che avvenga per altri motivi – quali, per esempio, l'opportunità di ulteriori accertamenti ovvero l'eventuale incriminazione di altre persone – integra ipotesi assolutamente non previste dall'ordinamento giuridico e, quindi, di inammissibile regressione del procedimento²³⁵.

Per quel che riguarda il problema, già evocato, della delimitazione del concetto di fatto diverso, invece, si sono sostanzialmente delineate due diverse impostazioni.

²³¹ In relazione al sistema precedente ed in aderenza alla teoria del carattere complesso del provvedimento di cui all'art. 477, 2° comma, c.p.p., sostenevano l'impugnabilità, con i mezzi ordinari, della porzione assolutoria di esso, LEONE, *Normale impugnabilità del provvedimento emanato*, cit., 275; GALATI, cit., 838.

²³² Cfr., fra le tante, Cass. pen., S.U., 6-12-1991, Paglini, in *Cass. pen.*, 1992, 1484; nello stesso senso, Cass. pen., 2-6-1992, Bellan, in *Cass. pen.*, 1994, 1040; Cass. pen., 30-9-1993, Russo e altri, in *Mass. Cass. pen.*, 1994, 6, 14. Di recente v., in senso conforme, Cass. pen., 15-1-2002, Graziosi, in *CED* n. 223423; Cass. pen., 3-12-2003, Biondino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 215. V., in dottrina, REBECCHI, *La rimessione degli atti al p.m. per la diversità del fatto contestato fra vecchio e nuovo codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 1990, 1772.

²³³ Sull'abnormità v., anche per l'ampia bibliografia riportata, BELLOCCHI, *Abnormità*, in *Digesto pen.*, Agg., IV, 1, Torino, 2008, 1.

²³⁴ Così, tra le altre, Cass. pen., 30-9-1993, Russo e altri, cit.; Cass. pen., 8-11-1993, Del'Ara, in *Cass. pen.*, 1995, 1020; Cass. pen., 7-4-2003, P.M. T. Busto Arsizio in proc. Fejzullahu, in *Guida dir.*, 2003, n. 35, 106.

²³⁵ Cass. pen., 30-5-1995, Famiglietti, in *Cass. pen.*, 1996, 3016.

Un primo orientamento, maggiormente attento al dato formale, ravvisa la sussistenza della lesione del principio di correlazione a prescindere da qualsiasi verifica finalizzata ad accertare che alla diversità consegua l'effettiva lesione del diritto di difesa, individuando nella discordanza tra accusa e sentenza un pregiudizio *in re ipsa* della posizione dell'imputato, sempre che non si tratti di differenze che lasciano inalterata la struttura del fatto²³⁶.

In senso critico nei confronti di questa impostazione è stato obiettato che essa riposa su schemi eccessivamente formalistici, non essendo comprensibile la ragione per cui debba ravvisarsi una violazione del principio di correlazione nei casi in cui, pur in presenza di una variazione dell'originaria imputazione, il diritto di difesa non abbia subito alcuna concreta lesione.

Così impostando i termini della questione, tuttavia, si incorre in una «inversione metodologica»²³⁷ poiché si inverte il flusso della dinamica interpretativa che, invece, dovrebbe caratterizzare l'approccio ermeneutico alla disposizione: sul piano generale, infatti, è stato osservato che il fatto «non è diverso in quanto violi il contraddittorio o la difesa, ma viola il contraddittorio e la difesa perché è diverso»²³⁸.

Secondo una posizione che potremmo definire intermedia – la quale muove dall'assunto che «anche a ritenere che dal punto di vista pratico l'analisi incentrata sulla violazione del diritto di difesa permetta di agevolare l'indagine, focalizzandola sulla *ratio* della normativa, bisogna evitare che essa finisca in realtà proprio col tradursi in una negazione dei presupposti che dovrebbero giustificare tale criterio, e dunque in una sostanziale violazione delle garanzie poste a tutela dell'imputato»²³⁹ – la violazione del diritto di difesa potrebbe considerarsi esclusa soltanto nel caso in cui il fatto ritenuto in sentenza sia meno grave, sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie, rispetto a quello originariamente addebitato, generandosi una situazione di effettiva continenza tra *res giudicande*, per cui la condanna per il fatto minore rappresenta esclusivamente la conseguenza del riconoscimento della mancata sussistenza di elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice maggiore²⁴⁰.

²³⁶ MARINI, cit., 478.

²³⁷ RAFARACI, cit., 29.

²³⁸ RAFARACI, cit., 30.

²³⁹ RIVELLO, cit., 311.

²⁴⁰ RIVELLO, cit., 312. Cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., 1-4-2003, Donigaglia, in *CED* n. 224653. Nell'occasione la Corte Suprema ha puntualizzato che il principio di correlazione tra imputazione e sentenza risulta violato quando nei fatti – rispettivamente descritti e ritenuti – non sia possibile individuare un nucleo comune, con la conseguenza che essi si pongono, tra loro, non in rapporto di continenza, ma di eterogeneità. Pertanto, nel caso in cui il fatto diverso non venga contestato tramite la modifica della imputazione ai sensi degli artt. 516-520 c.p.p., si verifica nullità della sentenza per difetto di contestazione. Nel caso concreto, la Corte, rilevando che l'imputato, rinviato a giudizio per emissione di assegno senza autorizzazione, era stato ritenuto responsabile, in assenza di contestazione suppletiva, del delitto di emissione di assegno

La Corte di Cassazione, ribadendo ed affinando sotto il profilo dogmatico e concettuale un orientamento oramai consolidato²⁴¹, ha di recente specificato che l'obbligo di correlazione tra accusa e sentenza non può ritenersi violato da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell'imputazione pregiudichi la possibilità di difesa dell'imputato.

Infatti, la nozione strutturale di "fatto" contenuta nelle disposizioni in materia di nuove contestazioni 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 P.M.) 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 abbia potuto difendersi²⁴².

Pertanto, vertendo la tematica in materia di garanzie e di difesa, la violazione deve considerarsi del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione, come avviene, per esempio, nel caso in cui l'affermazione di responsabilità in ordine ad un fatto diverso da quello contestato sia stata basata su di una prospettazione offerta dall'imputato medesimo²⁴³.

senza provvista, ha annullato senza rinvio, disponendo la trasmissione degli atti al P.M. per l'ulteriore corso. Negli stessi termini cfr. Cass. pen., 8-7-1999, Berti, in *Cass. pen.*, 2000, 1030.
²⁴¹ Cfr., per tutte, Cass. pen., S.U., 19-6-1996, Di Francesco, cit. Ma, prima, Cass. pen., 5-5-1994, Coturri, in *Giust. pen.*, 1995, III, 167.

²⁴² Cass. pen., 15-1-2007, G. A., in *CED* n. 236099. Nella fattispecie, relativa ad un'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, la Corte ha ritenuto che non costituisce violazione del principio di cui all'art. 521 c.p.p. la condanna dell'imputato per il finanziamento dell'associazione medesima in qualità di concorrente esterno, a fronte dell'accusa di esserne stato finanziatore ai sensi dell'art. 74, 1° comma, d.p.r. n. 309 del 1990, restando inalterato il fatto naturalistico della condotta criminosa di finanziamento. Negli stessi termini si era espressa, poco prima, Cass. pen., 25-10-2005, Caunizzo e altro, in *Guida dir.*, 2006, n. 18, 99. Da ultimo v., invece, Cass. pen., 19-5-2008, Pirrello, in *Guida dir.*, 2008, n. 23, 109.

²⁴³ In questo senso è orientata la costante giurisprudenza. Cfr., fra le altre, Cass. pen., 2-2-2005, Vignola, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 436; nonché, tra le meno recenti, Cass. pen., 15-7-1997, Serafini, in *Cass. pen.*, 1999, 1903; Cass. pen., 19-9-1995, Guarneri, in *Cass. pen.*, 1996, 3072; Cass. pen., 15-4-1993, Ceraso, in *Cass. pen.*, 1994, 2194. Delinea con chiarezza il concetto di "contestazione sostanziale" Cass. pen., 2-10-1996, Benedetto, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 124, per la quale, in tema di correlazione tra accusa e sentenza, gli artt. 521 e 522 c.p.p. confermano il tradizionale principio per il quale l'imputato non può essere giudicato e condannato per fatti relativamente ai quali egli non sia stato in condizioni di difendersi, fermo restando che la contestazione del fatto non deve essere ricercata soltanto nel capo di imputazione, ma deve essere vista con riferimento a ogni altra integrazione dell'addebito che venga fatta nel corso del giudizio e sulla quale l'imputato sia stato posto in grado di difendersi. *Contra*, in dottrina, RIVELLO, cit., 311; nonché CALAMANDREI, cit., 646, secondo la quale nel disegno del nuovo codice «non trovano posto le contestazioni implicite, cioè quelle variazioni

L'impostazione seguita dalla Suprema Corte, di ispirazione squisitamente sostanzialistica in quanto attenta esclusivamente al profilo finalistico della disciplina delle nuove contestazioni, subisce un temperamento per effetto dell'intersezione che si crea con l'orientamento teso a sottolineare che il criterio teleologico, secondo il quale, pur mancando la contestazione integrativa *ex art.* 516 c.p.p., non sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza qualora non vi sia stato concreto pregiudizio del diritto di difesa, è da ritenere di "stretta interpretazione" e pertanto non applicabile quando tra fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza vi sia un rapporto di piena ed irriducibile "alterità", senza una matrice di condotta unitaria²⁴⁴.

Analogamente a quanto disposto dall'art. 521, 2° comma, c.p.p., ai sensi del successivo 3° comma il giudice deve trasmettere gli atti al P.M. qualora la nuova contestazione sia stata effettuata al di fuori dei casi previsti dagli artt. 516, 517 e 518, 2° comma, c.p.p.

Si tratta, come è stato sottolineato nella relazione al progetto preliminare, di una «norma di chiusura» che si correla al fatto che, nel nuovo sistema processuale, al giudice del dibattimento è sottratto il controllo preventivo sull'ammissibilità dell'iniziativa del P.M.²⁴⁵

In altre parole, essendo stato sottratto al giudice un potere di verifica preventiva dell'atto contestativo, si è voluto predisporre un meccanismo che, coniugando la salvaguardia delle prerogative del P.M. in materia di azione penale con le esigenze di economia processuale, consenta comunque di ovviare all'irritualità della contestazione senza attendere l'instaurazione di una inutile fase d'impugnazione e, per altro verso, senza obbligare il giudicante ad una pronuncia di merito suscettibile di acquisire l'autorità di cosa giudicata, con gli effetti preclusivi di cui all'art. 649 c.p.p.

La struttura dell'art. 521 c.p.p. implica che il provvedimento del giudice non possa intervenire prima della conclusione del dibattimento²⁴⁶, nonostante ragioni di economia processuale abbiano indotto talvolta a ritenere che il relativo potere sia attivabile anche nel corso del processo, appena il giudice rilevi

del fatto deducibili dagli atti, ma non espressamente e formalmente rilevate dal pubblico ministero».

²⁴⁴ Cass. pen., 2-2-2005, Vignola, cit. Nella specie, in applicazione di tale principio, la Corte ha ritenuto che, essendo stato l'imputato tratto a giudizio sotto l'addebito di contrabbando doganale per aver sottratto al pagamento dei diritti doganali merce importata in sospensione di tale pagamento da un paese extracomunitario, con obbligo di riesportazione, dopo la lavorazione, nello stesso o in altro paese extracomunitario, non potesse il medesimo imputato essere dichiarato responsabile del diverso reato di frode in commercio, configurato a suo carico sulla base della versione dei fatti da lui fornita e secondo cui la merce, contrariamente a quanto sostenuto dall'accusa, era stata effettivamente riesportata verso paesi extracomunitari, sia pure con la falsa attestazione della sua originaria provenienza dall'Italia.

²⁴⁵ CONSO, GREVI, NEPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1159.

²⁴⁶ SILVESTRI, cit., 402.

che il P.M. abbia esercitato in maniera scorretta la propria facoltà di contestazione.

La norma non sembra, inoltre, riferirsi all'ipotesi in cui, per effetto della nuova contestazione, si proceda per un reato che esoriti la competenza per materia del giudice poiché, in questa evenienza, il giudice stesso dovrà pronunciare sentenza dichiarativa dell'incompetenza ai sensi dell'art. 23 c.p.p., disponendo la trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice ritenuto competente²⁴⁷.

Peraltro, la Suprema Corte, nel delineare il ricorso all'una o all'altra delle due disposizioni in questione in termini di "indifferenza"²⁴⁸, ha precisato che l'art. 521, 3° comma, c.p.p., se deve essere necessariamente coordinato con l'art. 23 c.p.p. (incompetenza dichiarata nel dibattimento di primo grado), non può in alcun modo essere interpretato nel senso che sia sufficiente la contestazione in udienza, da parte della pubblica accusa, di un qualsiasi reato di competenza superiore (ancorché emerso nel corso dell'istruttoria dibattimentale) per sottrarre in ogni caso al giudice la cognizione del fatto in ordine al quale sia stata regolarmente esercitata l'azione penale e che costituisce la materia del processo.

Ciò significa che la restituzione al P.M. degli atti concernenti l'intero oggetto del giudizio può essere possibile, previa declaratoria di incompetenza per materia, solo ove venga effettuata nel dibattimento la contestazione di un reato, di competenza superiore, che secondo l'apprezzamento del giudice ricomprende e sostituisce quello oggetto della originaria imputazione; qualora, viceversa, venga contestato – al di fuori dei casi di cui agli artt. 516, 517 e 518, 2° comma, c.p.p. – un fatto "nuovo" rispetto a quello originariamente ipotizzato (e cioè un accadimento da questo del tutto difforme ed autonomo per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento) che alla prima imputazione semplicemente si aggiunge, senza sostituirla o inglobarla, la restituzione degli atti non può che riguardare il fatto o i fatti irrivalentemente contestati e non abbisogna di alcuna previa declaratoria di incompetenza, essendo l'ordinanza che la dispone lo strumento apprestato dalla legge per rendere effettivo l'obbligo del P.M., sancito nell'art. 518, 1° comma, c.p.p., di procedere nelle forme ordinarie se nel corso del dibat-

²⁴⁷ MARINI, cit., 479. In questo senso, peraltro, si esprimono i compilatori nella relazione al progetto preliminare. V., infatti, CONSO, GREVI, NEPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., IV, cit., 1159.

²⁴⁸ Cfr. Cass. pen., 13-7-1995, Muccioli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 1024, la quale ha stabilito che, attesa l'attribuzione al P.M., nel vigente sistema processuale, del ruolo di *dominus* esclusivo dell'azione penale, il giudice del dibattimento non può esercitare alcun sindacato preventivo sull'ammissibilità di contestazioni effettuate ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p. e, pertanto, ove a seguito di tali contestazioni si configuri un reato di competenza superiore – essendo il limite della competenza stabilito da detti articoli non per il P.M. ma per il giudice, in funzione della possibilità o meno, per quest'ultimo, di conoscere anche dell'imputazione modificata o integrata – il medesimo giudice altro non può fare se non disporre, ai sensi, indifferentemente, dell'art. 521, 3° comma o dell'art. 23, 1° comma, c.p.p., la trasmissione degli atti al P.M.

timento risulta a carico dell'imputato un fatto nuovo non enunciato nel decreto che dispone il giudizio e per il quale si debba procedere di ufficio²⁴⁹.

Pertanto, si realizza uno smembramento dell'oggetto del processo, il quale proseguirà soltanto rispetto alle accuse originariamente contestate.

L'art. 521, 3° comma, c.p.p. si riferisce a tutti i casi di contestazione previsti dal codice processuale.

La norma, quindi, si presta ad operare nel caso in cui il giudice ritenga che la fattispecie contestata ai sensi dell'art. 516 c.p.p. integri, invece, un'ipotesi di fatto nuovo²⁵⁰; ovvero, in relazione al caso in cui ritenga di escludere il vincolo della continuazione²⁵¹ o del concorso formale rispetto ad un fatto contestato ai sensi dell'art. 517 c.p.p.

Più difficile appare la configurazione di una violazione dell'art. 518, 2° comma, c.p.p., dal momento che il giudice è chiamato ad effettuare, in questo caso, una valutazione di carattere preventivo circa la ricorrenza dei presupposti stabiliti per contestare legittimamente un fatto nuovo, negando eventualmente l'autorizzazione.

Sembra comunque ipotizzabile, almeno teoricamente, un errore del giudice circa l'esistenza di un valido consenso ovvero nel valutare l'assenza di pregiudizio per la speditezza dei procedimenti²⁵².

11. LA NULLITÀ DELLA SENTENZA PER DIFETTO DI CONTESTAZIONE

L'art. 522 c.p.p. presidia la legalità del procedimento prescritto per le nuove contestazioni stabilendo che l'inosservanza delle disposizioni contenute nel capo IV, tit. II, libro III c.p.p. è causa di nullità della sentenza conclusiva del processo.

La disposizione ha una portata generale che si estende, quindi, a tutti i profili della disciplina delle nuove contestazioni, abbracciando le norme concernenti la competenza del giudice, la distribuzione degli affari tra tribunale collegiale e monocratico, l'omissione della fase dell'udienza preliminare, i presupposti dell'atto contestativo e le garanzie connesse alla tutela dei diritti della difesa²⁵³.

²⁴⁹ Cass. pen., 11-6-1999, Angotti, in *Cass. pen.*, 2000, 944. In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto abnorme "in parte qua" l'ordinanza con la quale, dopo che il P.M. aveva contestato in udienza fatti del tutto autonomi rispetto a quello per cui si procedeva, il giudice aveva ordinato la trasmissione all'ufficio di procura di tutti gli atti del processo, così determinando in relazione al reato per il quale era stata validamente esercitata l'azione penale un'inammissibile regressione alla fase delle indagini preliminari.

²⁵⁰ RAFARACI, cit., 391. Secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., 462, l'unica trasgressione configurabile in relazione all'art. 516 c.p.p. attiene alla competenza.

²⁵¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 462.

²⁵² MARINI, cit., 479; nonché RAFARACI, cit., 396.

²⁵³ Sulla portata generale della previsione sanzionatoria, sia pure in relazione alla disciplina originaria, v. MARINI, cit., 480; nonché RAFARACI, cit., 377.

Il 2° comma della disposizione in esame, proprio in ragione della portata generale della previsione principale, limita l'ambito di operatività delle sanzioni processuali correlate alla violazione delle norme sulle nuove contestazioni²⁵⁴ in relazione al caso in cui l'oggetto dell'iniziativa del P.M. sia stato costituito da un fatto nuovo, da un reato concorrente o, infine, da una circostanza aggravante.

A differenza di quanto prevedeva l'art. 445, 3° comma, c.p.p. abrogato – il quale esplicitamente estendeva la sanzione anche “ai fatti regolarmente contestati” – la norma, per evidenti ragioni di economia processuale connesse alla diversità dei fatti contestati rispetto a quelli oggetto dell'imputazione originaria e, quindi, alla scindibilità tra gli stessi²⁵⁵, abbandona il regime di “nullità ultrativa” per prevedere che la sentenza sia nulla soltanto nella parte relativa al fatto nuovo, al reato concorrente o alla circostanza aggravante.

L'art. 522 c.p.p., nell'intersecarsi della regola generale con la previsione speciale prevista dal 2° comma, sembra non disporre alcunché in relazione alla violazione dell'art. 516 c.p.p. ed infatti, nel corso dei lavori preparatori del codice del 1978, l'analoga disciplina contenuta nell'art. 494 prog. prel. venne censurata dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione nella parte in cui si riteneva non comminasse anche per questa ipotesi la sanzione della nullità²⁵⁶.

Da un attento esame del sistema normativo, tuttavia, emerge chiaramente che la mancanza di una previsione specificamente riferita all'inosservanza dell'art. 516 c.p.p. è dovuta al fatto che il legislatore ha preso in considerazione soltanto l'ipotesi di modificazione dell'unico reato contestato, tralasciando di considerare i casi di procedimento oggettivamente complesso: riguardando la nullità, nel primo caso, il capo relativo al reato che esaurisce la *res iudicanda*, essa non può che travolgere l'intera sentenza²⁵⁷.

Andando ad esaminare i casi di violazione richiamati dalla clausola generale contenuta nell'art. 522, 1° comma, c.p.p., v'è da dire, in relazione all'incompetenza, che il controllo positivo del giudice dell'impugnazione determina, in applicazione della disciplina generale, una declaratoria di nullità della sentenza con conseguente trasmissione degli atti al P.M. presso il giudice competente.

Allo stesso modo provvede il giudice dell'impugnazione nel caso di inosservanza degli artt. 516, comma 1 *bis* e 517, comma 1 *ter*, c.p.p., sempre che l'inosservanza sia stata eccepita «immediatamente dopo la nuova contestazione ov-

²⁵⁴ La correlazione sussistente tra le disposizioni di cui ai primi due commi dell'art. 522 c.p.p. è indiscutibile, anche se, durante i lavori preparatori del codice del 1978, la Commissione consultiva aveva proposto, proprio per sottolineare che «quella del secondo comma è soltanto una eccezione rispetto alla regola generale del primo comma», di premettere la congiunzione “tuttavia”. V., come sempre, CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1153.

²⁵⁵ MARINI, cit., 482.

²⁵⁶ CONSO, GREVI, NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., I, cit., 1153.

²⁵⁷ MARINI, cit., 482.

vero, nei casi indicati dagli artt. 519, 2° comma e 520, 2° comma, prima del compimento di ogni atto nella nuova udienza fissata a norma dei medesimi articoli» e, concluso il processo, sia stata riproposta nei motivi di impugnazione (art. 521 *bis* c.p.p.).

Tuttavia, la Suprema Corte ha precisato che la disposizione dell'art. 521 *bis*, 1° comma, c.p.p. ha carattere eccezionale, in quanto costituisce deroga al principio di non regressione del procedimento e, come tale, è di stretta interpretazione.

Ne consegue che ne è esclusa l'operatività allorché un reato concorrente sia contestato per la prima volta in dibattimento nell'ambito di un processo per il quale, in relazione agli altri reati, si è tenuta l'udienza preliminare ed è stato disposto il rinvio a giudizio²⁵⁸.

Se, invece, la nuova contestazione, pur determinando un difetto di attribuzione del giudice monocratico, non implica la cognizione di un reato per il quale è prevista l'udienza preliminare, alla declaratoria di nullità consegue, ai sensi dell'art. 33 *septies*, 1° comma, c.p.p., la trasmissione degli atti "per via orizzontale" al giudice collegiale²⁵⁹.

La disciplina dei presupposti della contestazione risulta violata in tutti i casi in cui il giudice pronunci sentenza di condanna per reati diversi da quelli contestati, originariamente o successivamente.

La violazione del principio di necessaria correlazione tra accusa e sentenza dà luogo, secondo la giurisprudenza maggioritaria, ad una nullità non rientrante fra quelle assolute ed insanabili, ma a regime intermedio in quanto lesiva del diritto di difesa²⁶⁰.

Secondo un'altra impostazione, invece, il difetto di correlazione darebbe luogo, quantomeno nel caso di inosservanza dell'art. 518, 2° comma, c.p.p., ad una nullità assoluta della sentenza *in parte qua*, trattandosi di vizio concernente l'iniziativa del P.M. nell'esercizio dell'azione penale²⁶¹.

²⁵⁸ Cass. pen., 22-4-2004, Ciotti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 381. Nella specie, relativa a conflitto di competenza tra tribunale e giudice dell'udienza preliminare, la Corte ha, altresì, ritenuto abnorme il provvedimento del tribunale che aveva disposto la restituzione degli atti al P.M., escludendo così che potesse trovare applicazione la disposizione dell'art. 28, 2° comma, c.p.p., ultima parte, secondo la quale, qualora il contrasto sia tra giudice dell'udienza preliminare e giudice del dibattimento, prevale la decisione di quest'ultimo. Cfr., in senso conforme, Cass. pen., 5-12-2002, Serra, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 645.

²⁵⁹ Cass. pen., ord. 6-10-2006, n. 34183, in *CED* n. 234973.

²⁶⁰ Cass. pen., 28-9-2005, Di Benedetto e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 132. Conformi, precedentemente, Cass. pen., 22-11-1996, Paolillo, in *Cass. pen.*, 1998, 3066; Cass. pen., 20-5-1998, De Michelis, in *Riv. pen.*, 1999, 405; Cass. pen., 23-6-1992, Campagna, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, 4, 27; Cass. pen., 26-4-1999, Testa, in *Cass. pen.*, 2000, 2373. In dottrina v., per questa soluzione, ILLUMINATI, cit., 677.

²⁶¹ Cass. pen., 9-11-1992, Barrago, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, 4, 37. Su questa posizione, in dottrina, CALAMANDREI, cit., 656.

La nullità *ex art.* 522 c.p.p. per difetto di correlazione tra imputazione contestata e sentenza sarebbe, secondo un'ulteriore posizione, di ordine generale ed assoluta nei confronti del P.M. in quanto riferita all'iniziativa del medesimo nell'esercizio dell'azione penale (art. 178 c.p.p. correlato all'art. 179, 1° comma, c.p.p.), mentre nei confronti dell'imputato, non riguardando l'omessa citazione o l'assenza del suo difensore quando ne è obbligatoria la presenza, si atteggia a nullità a regime intermedio che non può essere più rilevata d'ufficio né dedotta dall'interessato, essendosi verificata nel giudizio di primo grado, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo (art. 180 c.p.p.)²⁶².

Le ipotesi largamente più ricorrenti di nullità per violazione delle disposizioni concernenti il regime delle nuove contestazioni scaturiscono dall'inosservanza delle formalità previste dagli artt. 519 e 520 c.p.p.

Ovviamente, poiché le norme che disciplinano le nuove contestazioni sono preordinate a garantire, nello svolgimento del contraddittorio, il pieno esercizio del diritto di difesa ed è con specifico e diretto riferimento a questa finalità che devono essere interpretate, non è configurabile alcuna nullità nel caso in cui il giudice, ai sensi dell'art. 519, 2° comma, c.p.p., disponga la sospensione del dibattimento per un periodo superiore a quaranta giorni.

In tutti gli altri casi, invece, la violazione delle disposizioni di garanzia determina una nullità a regime intermedio che colpisce in via derivata la sentenza, anche se la Corte di Cassazione ha puntualizzato che nell'ipotesi di nuova contestazione effettuata dal P.M. ai sensi dell'art. 516 c.p.p., qualora dal verbale di udienza non risulti specificamente che il presidente abbia informato l'imputato del diritto di chiedere un termine per la difesa *ex art.* 519 c.p.p., non sussiste alcuna nullità della sentenza a norma dell'art. 522 c.p.p. se dal verbale medesimo emerge che, dopo tale contestazione, nulla hanno opposto le difese.

La menzione dell'acquiescenza delle stesse alla contestazione appare, secondo la Corte, comprensiva di tutta l'attività orale svolta in quel contesto dalle parti, compresa la cognizione della possibilità di avere un termine e l'espressa rinuncia ad avvalersi di tale facoltà²⁶³.

In relazione al caso di contestazione del fatto nuovo in udienza, senza il consenso dell'imputato presente, la Corte ha stabilito che la nullità comminata dal combinato disposto degli artt. 518, 2° comma e 522 c.p.p. debba essere tempestivamente eccepita alla scadenza del termine a difesa eventualmente concesso, essendo arbitrario presumere che la richiesta di detto termine implichi la manifestazione del consenso dell'imputato alla nuova contestazione o, altrimenti, impedisca di considerare come immediatamente proposta dopo il compimento della contestazione stessa, ai sensi degli artt. 181 e 182, 2° comma, c.p.p.,

²⁶² Cass. pen., 15-7-1993, Papallo, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, 12, 31.

²⁶³ Cass. pen., 8-11-1995, Polo, in *Cass. pen.*, 1997, 1050. Negli stessi termini cfr., più di recente, Cass. pen., 9-12-1998, Tombola, in *Cass. pen.*, 2000, 658.

l'eccezione di nullità dedotta alla ripresa del dibattimento. Invero, ha soggiunto la Corte, il consenso alla nuova contestazione non può essere presunto, ma va sollecitato e manifestato, e, d'altro canto, il termine a difesa, concesso ai sensi dell'art. 519 c.p.p., implica di per sé la salvezza di ogni facoltà concernente l'esercizio dei diritti difensivi dai quali l'imputato non sia decaduto²⁶⁴.

Per quel che concerne le conseguenze legate alla rilevazione del vizio, la Suprema Corte ha stabilito che il giudice di appello, in ipotesi di omessa rilevazione da parte del giudice di primo grado di una mancanza di correlazione tra sentenza e accusa contestata, deve, nei limiti stabiliti dall'art. 604 c.p.p., pronunciare sentenza, con la quale annulla quella del primo giudice, e ordinanza, con la quale trasmette gli atti al P.M.

La predetta sentenza, avendo natura squisitamente processuale, non viola il divieto di *reformatio in pejus*²⁶⁵.

Trattando un tema che aveva alimentato perplessità durante la vigenza del codice abrogato²⁶⁶, la Corte di Cassazione ha precisato che, qualora la questione della diversità del fatto rispetto a quello enunciato nel capo di imputazione si ponga nel giudizio di appello perché emersa solo in secondo grado, il giudice è tenuto non solo a disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al P.M., ma anche a pronunciare sentenza con la quale dichiara la nullità della decisione di primo grado, onde evitare il suo passaggio in giudicato²⁶⁷.

In relazione al giudizio di cassazione, l'art. 620 c.p.p. prevede che il Giudice di legittimità pronunci sentenza di annullamento senza rinvio nei casi di nullità della sentenza a norma e nei limiti dell'articolo 522 c.p.p., in relazione ad un reato concorrente [lett. e)] ovvero ad un fatto nuovo [lett. f)].

L'art. 621 c.p.p., concernente gli effetti dell'annullamento senza rinvio, a sua volta prevede che, nei casi su indicati, la Corte disponga che del provvedimento di annullamento sia data notizia al P.M. per le sue determinazioni.

Al di fuori di queste ipotesi, l'art. 623 c.p.p. dispone che la Corte pronunci sentenza di annullamento con rinvio, ordinando che gli atti siano trasmessi al giudice di primo grado.

²⁶⁴ Cass. pen., 28-1-1995, Docimo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 137.

²⁶⁵ Cass. pen., S.U., 6-12-1991, Paglini, in *Cass. pen.*, 1992, 1484. In senso conforme, cfr. Cass. pen., 15-11-1996, Galliccia, in *Cass. pen.*, 1998, 1656, la quale ha precisato che la decisione di annullamento non è ricorribile per cassazione dall'imputato per mancanza di interesse in quanto, poiché l'unico effetto che si determina è quello dell'avvio di un nuovo accertamento da parte dell'organo competente, non viene a crearsi alcuna situazione di pregiudizio, dovendo questo risiedere e rinvenirsi non già in una mera eventualità ma unicamente nell'attualità degli effetti direttamente prodotti dal provvedimento impugnato. Su quest'ultimo punto cfr., altresì, Cass. pen., 17-5-1996, Falcone, in *Cass. pen.*, 2000, 1289.

²⁶⁶ LEMMO, *Fatto diverso e dibattimento d'appello*, cit., 844, il quale auspicava l'introduzione di una disposizione finalizzata ad attribuire rilevanza alla diversità del fatto emersa nel giudizio d'appello.

²⁶⁷ Cass. pen., 25-9-1996, Barlotti, in *Cass. pen.*, 1997, 1842.