

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Processuale Penale

**TUTELA DEL DIRITTO DI DIFESA E RIQUALIFICAZIONE
GIURIDICA DEL FATTO: INCERTEZZE E PROSPETTIVE DOPO IL
“CASO DRASSICH”**

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Giulio Illuminati

CANDIDATO
Letterio De Domenico
Matr. 108953

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Domenico Carcano

ANNO ACCADEMICO 2014-2015

INDICE

1. IL CASO DRASSICH NEL SISTEMA DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

1.1. IL GIUSTO PROCESSO TRA COSTITUZIONE E CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL' UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI.

a) ART. 111 COST

b) ART. 6 CEDU

1.1.1. IL DIRITTO ALL' INFORMAZIONE SULL' ACCUSA ED IL CONTRADDITTORIO SUL TEMA GIURIDICO.

1.2. IL "CASO DRASSICH".

1.3. GIUSTIZIA PENALE CEDU ED ORDINAMENTI NAZIONALI.

1.3.1.IL SISTEMA CEDU

1.3.2.TUTELA DEI DIRITTI PROTETTI DALLA CEDU

1.3.3.LA RIAPERTURA DEL PROCESSO INGIUSTO: PROFILI COMPARATIVI

1.3.4.LA RIAPERTURA DEL PROCESSO INGIUSTO IN ITALIA.

1.3.5.LA CRISI DEL GIUDICATO: CENNI.

2. IL POTERE DI RIQUALIFICARE DEL FATTO: INQUADRAMENTO STORICO, TEORICO E DOGMATICO E DIRITTO POSITIVO

2.1. LA RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO

2.2. *QUAESTIO FACTI* E *QUAESTIO IURIS*

2.3. SIGNIFICATI E STORIA DEL BROCARDO *IURA NOVIT CURIA*

2.3.1.DALLE ORIGINI DEL BROCARDO AL DIRITTO MODERNO

2.3.2.*IURA NOVIT CURIA* NEL PROCESSO PENALE: DALLE CODIFICAZIONI OTTOCENTESCHE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE DEL 1988. RINVIO

2.4. LE NUOVE CONTESTAZIONI NEL PROCESSO PENALE

2.5. IL FONDAMENTO E LA DISCIPLINA DELLA RIQUALIFICAZIONE

2.5.1. PRIMO GRADO

2.5.2. SECONDO GRADO

2.5.3. GIUDIZIO DI CASSAZIONE

2.5.4. ALTRI CONTESTI GIURISDIZIONALI

- a) GIUDIZIO DI RINVIO
- b) UDIENZA PRELIMINARE
- c) *PROCEDIMENTO DE LIBERTATE*
- d) PROCEDIMENTI SPECIALI

**3. LA RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO: INCERTEZZE E
PROSPETTIVE DOPO IL CASO DRASSICH**

3.1. PREGIUDIZI DERIVANTI ALL' IMPUTATO DALLA RIQUALIFICAZIONE
DEL FATTO.

3.2. CONTRADDITTORIO E *IURA NOVIT CURIA*: UN CONTRASTO DAVVERO
INSANABILE?

3.3. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

3.4. GIURISPRUDENZA ITALIANA E CONTRADDITTORIO SUL *NOMEN IURIS*
DOPO IL "CASO DRASSICH"

3.5. L'ESEGESI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELL' ART.521, I, C.P.P.

3.6. (SEGUE) FORME E MODALITA' POSSIBILI DEL PREVIO
CONTRADDITTORIO SUL *NOMEN IURIS*

3.6.1. GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

3.6.2. GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE

- a) GIUDIZIO DI APPELLO
- b) GIUDIZIO DI CASSAZIONE

3.7. CONSEQUENZE DELLA RIQUALIFICAZIONE “A SORPRESA”

3.8. LA DIRETTIVA 2012/13/UE SUL DIRITTO ALL’INFORMAZIONE NEI
PROCEDIMENTI PENALI

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO 1

IL “CASO DRASSICH” NEL SISTEMA DI PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

La vicenda processuale comunemente nota come “caso Drassich”, termine riassuntivo che in realtà individua una complessa sequela di pronunce giurisdizionali,¹ ha portato all’attenzione dei commentatori un tema per lunghi anni sopito: la riqualificazione giuridica del fatto. Come si vedrà più ampiamente, se fino alla sentenza, fulcro dell’*affaire*, Corte EDU Drassich c. Italia del 2007, pareva pacifico che il giudice penale potesse unilateralmente attribuire al fatto contestato un *nomen iuris* diverso da quello individuato dal pubblico ministero, oggi, a seguito del *dictum* della Corte di Strasburgo, è preponderante, pure in presenza di un’ampia diversità di posizioni, la tesi per la quale anche la possibilità di riqualificazione deve essere soggetta al contraddittorio. Se ed in che termini ciò sia possibile *de iure condito*, o se sia, invece, necessario (o quanto meno auspicabile) un intervento del legislatore, è tema ampiamente dibattuto, di cui si darà conto nelle pagine seguenti; ma, al di là del problema specifico affrontato dalla pronuncia, ciò che, sin da subito, va rimarcato, è che il caso Drassich è, prima di tutto <<esempio emblematico della interazione e della integrazione tra sistemi di giustizia nazionale e internazionale che, si può dire, rappresenta “la nuova frontiera” dell’attuale realtà processuale penale>>. ² Ciò non deve sorprendere, visto che <<è acquisizione comune, oramai, che le problematiche processuali penali – anche quelle più squisitamente tecniche e connaturate al dato normativo interno - debbano essere affrontate attraverso il prisma dei differenti circuiti di “competenza penale” sviluppatisi, con il tempo, in seno a organizzazioni macroregionali e oggi entrati a far parte a pieno titolo del nostro sistema delle fonti>>. ³ Esattamente quanto avvenuto nella vicenda Drassich, ove proprio una “problematica squisitamente tecnica e connaturata al dato normativo interno”, ha subito una profonda rilettura alla luce del *dictum* della Corte

¹ Secondo quanto si vedrà *amplius* al par. 1.2.

² QUATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: la Corte di Cassazione “inaugura” la fase rescissoria. Nota a Cass. Pen. Sez. VI n. 36323/2009*, in “Cassazione Penale”, fasc. 7-8, 2010, p.2622-2634.

³ QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene Editore, Napoli, 2011.

convenzionale, cioè di un organo giurisdizionale operante “in seno ad un’organizzazione macroregionale”. Detto altrimenti, se la riqualificazione “a sorpresa” del fatto veniva unanimemente ritenuta consentita dall’ordinamento interno, i giudici di Strasburgo hanno, invece, reputato questa operazione lesiva delle prerogative difensive riconosciute dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali.⁴ Ciò, ha reso necessario un ingente sforzo da parte della Corte di legittimità, nonché del Giudice delle Leggi, per dare attuazione alla sentenza CEDU, nell’ambito della più complessa tematica relativa all’esecuzione nell’ordinamento interno delle pronunce di Strasburgo.⁵ Nel sistema multilivello di protezione dei diritti si è confermata,⁶ così, la possibilità di attriti e frizioni tra piano statale e sovranazionale, soprattutto in riferimento al cd. “giusto processo”. Secondo la Corte, infatti, nel caso portato alla sua cognizione, a venir violati, erano stati il diritto dell’imputato ad essere informato della natura e dei motivi dell’accusa mossa a proprio carico ed a godere del tempo e delle condizioni necessarie per preparare le proprie, ovverossia due tra i pilastri del *fair trial* ai sensi dell’art. 6 CEDU ma anche, seppur in termini non perfettamente coincidenti, dell’art. 111Cost. nel testo attualmente vigente.

Di seguito, allora, si è ritenuto utile: dapprima, spendere alcune brevi considerazioni sui principi regolatori del giusto processo, nazionale e convenzionale, con specifica, ma non esclusiva, attenzione a quelli richiamati dal caso Drassich; ripercorrere, poi, le tappe più rilevanti della vicenda Drassich; concentrarsi, infine, sulle modalità con cui le sentenze della Corte di Strasburgo influenzano gli ordinamenti delle Alte Parti Contraenti.

⁴ Da ora in poi, CEDU o “Convenzione”.

⁵ Come si dirà al par. 1.3.

⁶ Si dice “confermata” perché già le sentenze della Corte di Strasburgo in tema di contumacia (per un cenno alle quali, par. 1.2) aveva messo in luce la presenza di talune discrasie tra il livello convenzionale ed interno di protezione dei diritti riconosciuti agli accusati nel processo penale.

1.1. IL GIUSTO PROCESSO TRA COSTITUZIONE E CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITI DELL' UOMO E DELLE LIBERTA' FONDAMENTALI.

Non è per nulla agevole individuare i connotati che il processo deve avere per potersi dire “giusto”,⁷ benché “giusto processo” sia <<formula di antica e illustre ascendenza alle cui origini si trovano i concetti di *fair trial* e *due process of law* della tradizione angloamericana>>.⁸ Non a caso, valide indicazioni nella ricerca dei caratteri fondamentali del giusto processo possono rinvenirsi, proprio, in tali antecedenti storici. <<*Due process of law* esprime soprattutto l'esigenza di legalità, di rispetto delle regole nella procedura; l' attributo equo (o *fair*) vi aggiunge l' idea di un equilibrio simmetrico, di una parità in cui dovrebbero trovarsi davanti al giudice i soggetti che esercitano le opposte funzioni (accusa e difesa nel processo penale, attore e convenuto in quello civile); la qualifica di giusto va oltre [...] suggerendo un assetto processuale “cognitivo”, fondato su un sapere dialetticamente elaborato, capace di produrre una decisione “giusta”, pur nell'inevitabile fallibilità di ogni metodo>>⁹ Di talché, con elencazione

⁷ In questo senso, FERRUA, *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, III ed., 2012, p. 87.

⁸ FERRUA, *op. cit.*, pp. 86.

⁹ FERRUA, *op. cit.*, pp. 86-87. Il riferimento che l'A. citato fa all'<<inevitabile fallibilità di ogni metodo>>, suscita una breve ma doverosa considerazione. In effetti, l'unico processo *autenticamente giusto* è quello che conduce ad una *decisione giusta*, e cioè alla condanna del colpevole o all'assoluzione dell'innocente. Detto altrimenti, la condanna dell'innocente o l'assoluzione del colpevole è sempre “*ingiusta*”, anche se giunta al termine di un processo formalmente “*giusto*”, perché condotto nel pieno rispetto delle “regole” del “giusto processo”. Per dirla con RAWLS, il processo è un tipico esempio di “giustizia procedurale imperfetta”. Esiste, cioè, un criterio per stabilire se la decisione sia giusta (la condanna del colpevole o l'assoluzione dell'innocente) ma non esiste un metodo che consenta indefettibilmente di giungere ad una decisione giusta, tale non essendo, neppure, la scrupolosa osservanza di tutte le regole del giusto processo. E ciò, per il semplice fatto che << il giudizio umano è imperfetto, la verità che il giudice può attingere è soltanto una verità “probabile”, che può essere, cioè, vera o falsa.>> (PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè Editore, III Ed., 2013, p.3). Ciò nondimeno un *processo “giusto”* continua ad essere la maggiore garanzia per una *decisione “giusta”*. Infatti, benché la verità processuale sia ontologicamente imperfetta, i canoni del giusto processo, ed *in primis*, il principio del contraddittorio, sono, attualmente, <<lo strumento meno imperfetto per il raggiungimento della verità.>> (GIOSTRA, *Contraddittorio, (principio del)*, in “Enciclopedia Giuridica Treccani”, Agg. X, Roma, 2002). In questo senso, tra gli altri, PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in “Diritto penale e processo”, 12/2009, p. 1519: <<l'equità della disciplina processuale rappresenta il *prius* e la *condicio sine qua non* per pervenire ad una decisione giusta>>. Sugli assunti gnoseologici alla base di tali tesi, v. *infra*, in questo par.

certamente non tassativa e storicamente condizionata,¹⁰ elementi, oggi, indefettibili del “giusto processo” paiono essere: <<un giudice imparziale precostituito dalla legge, il principio *audiatur et altera pars* da cui discendono il contraddittorio e l’uguaglianza delle parti, la pubblicità delle udienze, istituti capaci di assicurare un’efficace difesa ai non abbienti, tempi ragionevoli e, più in generale, una struttura idonea a favorire decisioni [...] corrette nell’interpretazione delle norme e nella valutazione delle prove (con obbligo di motivazione e diritto al riesame, quando a decidere siano giudici togati); e, ancora, con specifico riguardo al processo penale, la tempestiva conoscenza dell’ accusa, la non presunzione di colpevolezza, adeguate garanzie per le restrizioni della libertà personale>>.¹¹ Ciò posto, sia la CEDU che la Costituzione italiana, dedicano al giusto processo due apposite previsioni; si tratta, rispettivamente, dell’art. 6 e dell’art. 111. Oltre a ratificare la Convenzione mediante la legge 848/1955, l’Italia, ha dunque dettato, con scelta ricca di significato simbolico, seppur problematica sotto il profilo schiettamente giuridico, un’autonoma disciplina interna del *fair trial*, che, comunque, non sempre coincide con quella convenzionale.¹² Da ciò, l’utilità pratica e la liceità teorica, di analizzare contestualmente, ma marcando le opportune differenze, in un’ottica comparativa, l’ art. 111 Cost. e l’ art 6 CEDU.

a) Art. 111 Cost.

<< La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge>>¹³. Questo il “solenne esordio”¹⁴ dell’ art. 111 Cost. L’attuale

¹⁰ Invero “giustizia” è concetto metagiuridico che, senz’altro, muta col variare delle sensibilità del tempo, sicché ciò che è giusto oggi potrebbe non esserlo domani e ciò che era giusto ieri può ben non esserlo oggi.

¹¹ FERRUA, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹² V., *infra*, in questo paragrafo.

¹³ Art. 111, I, Cost. Secondo FERRUA, *op. cit.* p.95, <<il giusto processo è “regolato dalla legge”, ossia da fonti normative che includono tanto la legge formale quanto gli atti con forza di legge, ad essa equiparati, come i decreti legislativi delegati e i decreti legge”. Lo stesso A., *ibidem*, commenta la previsione affermando, <<all’esigenza di giustizia si aggiunge, benché in ordine logico la preceda, quella di legalità>>.

¹⁴ Così, FERRUA, *op. cit.*, p. 86. La definizione di “giusto processo” è considerata quasi “tautologica” da ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, Giur. It., 2008, p. 8 poiché, << [è] tale [giusto processo, ndr.], appunto, quello “regolato dalla legge”, la quale deve essere a sua volta conforme ai canoni della Costituzione.>> Esprime perplessità sulla scelta dell’espressione “giusto processo”, CONSO, *Introduzione* in “AA.VV., *Compendio di procedura penale*”, VI Edizione, CEDAM, 2012, p. XXXIII nota 1: <<personalmente, avrei preferito leggere nell’ art. 111 Cost. - invece di “giusto processo”- “equo processo”, in sintonia con la

formulazione dell' articolo è il risultato dell'intervento operato dal legislatore con la l. cost. 2/1999,¹⁵ il cui art. 1 ha inserito nel *corpus* della previgente previsione normativa ben cinque commi, costituenti il nucleo essenziale della disciplina costituzionale del cd. "giusto processo".¹⁶

Trattasi, in specie, dei commi I, II, III, IV e V. Mentre i primi due hanno portata generalissima, e si riferiscono ad "ogni processo" (che deve svolgersi <<nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale>> e, secondo quanto assicurato dalla legge, <<entro una durata ragionevole>>¹⁷) di particolare interesse, per l'economia di questa ricerca, sono i commi III, IV e V, puntualmente indirizzati al processo penale.¹⁸

Il III comma dell' art. 111 Cost. esplicita, in favore della "persona accusata di un reato" i tradizionali diritti difensivi,¹⁹ già ampiamente, ma non totalmente,²⁰ desumibili dal sistema²¹ e, specificamente, <<implicit[i] nel diritto inviolabile

traduzione italiana, curata dal Consiglio d' Europa, dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell' uomo, quale risulta dal Protocollo n.11, entrato in vigore per l'Italia il 1° novembre 1998>>.

¹⁵ Per un' accurata ed attenta ricostruzione storica della cd. " riforma costituzionale del giusto processo", si vedano FERRUA, *op. cit.*, pp.12-13-14-15 ed ILLUMINATI, *I riflessi della stagione di "mani pulite" sulla procedura penale degli anni novanta*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di Daniele Negri e Michele Pifferi, 2010, ed. Giuffrè.

¹⁶ Denuncia, per vero, un'eccessiva enfattizzazione della riforma, ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 8, per il quale <<al di là del valore politico della loro [= dei principi del giusto processo] enunciazione, i principi espressi erano per lo più già desumibili dalle norme costituzionali [...] quando non risultano addirittura pleonastici>>.

¹⁷ Art. 111, II, Cost. Secondo FERRUA, *op. cit.*, p. 99 <<contraddittorio, condizioni di parità [e, ndr.] giudice terzo e imparziale [...] sono " valori primari di giustizia" mentre la durata ragionevole è "condizione di efficienza della giustizia">>.

¹⁸ Cfr. ILLUMINATI, *Giudizio*, in "AA.VV, *Compendio di procedura penale*", VI Edizione, CEDAM, 2012, p.774-775 per il quale << con particolare riferimento al processo penale, vengono elevate a rango costituzionale [...] le disposizioni contenute nell' art. 6 CEDU [...]. La scelta è sicuramente apprezzabile, salvo chiedersi se non sarebbe stata più opportuna una integrale costituzionalizzazione della Convenzione medesima e delle altre fonti internazionali sui diritti dell'uomo, considerato anche che l' art. 6 non esaurisce nemmeno tutte le prescrizioni rilevanti in materia di giustizia penale>>.

¹⁹ In questo senso, ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, Giur. It., 2008, 2, p. 9.

²⁰ Il riferimento è all' equiordinazione tra natura e motivi dell' accusa, tratto innovativo della riforma del 1999, in quanto ben difficilmente desumibile da altre previsioni costituzionali precedentemente vigenti. Il dato assume, per i temi trattati nella presente ricerca, grande rilevanza, come si vedrà più avanti.

²¹ << Le previsioni costituzionali inserite nell'art. 111 Cost., in apertura delle norme sulla giurisdizione, rendono espliciti e più vincolanti principi già implicitamente contenuti negli art. 24 comma 2° e 27 comma 2° Cost., traducendo in canoni oggettivi di legittimità del

di difesa (art. 24, II Cost)>>.²² Trattasi, della sostanziale riproduzione dell' art. 6, § 3 CEDU, come si vedrà a breve.

La previsione costituzionale assicura innanzitutto il diritto ad una informazione riservata sulla natura e sui motivi dell' accusa elevata a proprio carico ed a godere del tempo e delle condizioni necessari per preparare la propria difesa. Di tali prerogative, che per l' importanza rivestita ai fini del problema giuridico affrontato in questo lavoro necessitano di autonoma considerazione, ci si occuperà nel sottoparagrafo 1.1.1.

L'art. 111, III Cost. prevede, poi, che l' "accusato" <<abbia la facoltà, davanti ad un giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l' interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell' accusa e l' acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore>>. A parte taluni profili di discrepanza con il testo convenzionale,²³ la previsione positivizza, innanzitutto, il c.d. *right to confrontation* consacrato anche dall' art. 6 § 3 CEDU:²⁴ l'imputato ha il diritto a confrontarsi con, cioè, *interrogare*, il suo *accusatore*.²⁵ Prevedendo il c.d. *contraddittorio in senso soggettivo*, ovvero sia <<il diritto (soggettivo, appunto) dell' accusato di escutere o far escutere il deponente a suo carico, per cercare di confutarne le dichiarazioni>>,²⁶ la disposizione in esame si lega inscindibilmente al comma successivo²⁷ in un duplice verso. Da un lato, infatti, l' enunciazione del principio del c.d. *contraddittorio in senso oggettivo* - di cui all' art. 111, IV, prima parte, Cost. - esclude interpretazioni riduttive del *right to confrontation*, che, in sua assenza, sarebbero state sicuramente possibili;²⁸ dall' altro, l'affermazione per cui, ai sensi dell' art. 111, IV,

processo quei diritti che erano concepiti in chiave di garanzia individuale>>. Così, ILLUMINATI, *Giudizio*, *op. cit.*, p. 774.

²² FERRUA, *op. cit.*, p.120. L' A. nota, a tal proposito, che << neppure le sentenze della svolta inquisitoria [cioè le sentt. Cort. Cost. 24, 254, 255 del 1992, *ndr.*] si sono mai spinte ad affermare che la formula dell' art. 24 Cost. potesse intendersi in termini tali da contraddire anche minimamente le garanzie del giusto processo, stabilite dalla Convenzione>>.

²³ << Alcune prescrizioni compaiono nell' art. 6 CEDU e non nell' art. 111 Cost. mentre altre, pur non figurando nel primo, sono state introdotte nel secondo.>> (CONSO, *op. cit.*, *Introduzione* p. XLI). Conf. MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, G. Giappichelli Editore - Torino, 2014, p. 30 Sul punto si tornerà alla lett. b) di questo stesso paragrafo.

²⁴ Oltre che dall' art. 14 § 3 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

²⁵ In questo senso, MOSCARINI, *op. cit.* p. 33 il quale, per altro, sottolinea come <<tale facoltà [...] può indubbiamente essere fatta rientrare in quel diritto di difesa che l' art. 24, co. 2 Cost. dichiara "inviolabile in ogni Stato e grado del procedimento".>>

²⁶ MOSCARINI, *ibidem*

²⁷ Del quale, subito, si dirà

²⁸ In questo senso FERRUA *op. cit.*, p.123

seconda parte Cost., <<la colpevolezza dell' imputato non può essere provata sulla base delle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all' interrogatorio da parte dell' imputato o del suo difensore>>, fa sì che, se l' accusato non riesce ad esercitare il diritto di "controinterrogare" chi lo accusa, <<le dichiarazioni rese dal suo accusatore non si possono utilizzare per provare la sua colpevolezza.>>²⁹ Va peraltro notato come la formula "di interrogare o di far interrogare" non brilli per nitore formale. Il termine "interrogare", sembrerebbe, infatti, alludere ad un potere spettante direttamente all' imputato << ma è chiaro il riferimento alla tecnica dell' esame incrociato, massima esplicazione del contraddittorio, il cui espletamento nel nostro sistema non può che essere riservato al difensore>>.³⁰ Oltre al *right to confrontation*, il terzo comma dell' art. 111 Cost. attribuisce all' accusato << il diritto [...] di ottenere la convocazione e l' interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell' accusa e l' acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore>> .E' il cd. << diritto di difendersi provando>>,³¹ <<tipica manifestazione del diritto di difesa>>.³² In un processo che si regge sul principio della "parità delle armi", accusa e difesa devono poter godere di eguali *chances* per convincere il giudice della bontà delle rispettive tesi, il che non può non presupporre per l' imputato il diritto ad ottenere l' ammissione delle prove a discarico <<sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico>> e per il pubblico ministero il corrispondente diritto in ordine alla prove a carico <<sui fatti costituenti oggetto delle prove a discarico>>.³³ Benché, dunque, sia dai principi enunciati al II comma del

²⁹ MOSCARINI, *op. cit.*, p. 34

³⁰ Così, ILLUMINATI, *op. cit.* 9. In realtà, non è mancata una diversa, seppur ampiamente minoritaria, esegesi, di cui si sono fatti portatori taluni giudici di merito (v. ord. Trib. Cagliari del 09/06/2000) e per la quale, con la formula sopra riportata, sarebbe stato introdotto il principio della facoltà, per l' imputato, di interrogare direttamente quantomeno i testimoni a carico. (ne da conto, criticamente, FERRUA, *op. cit.* p. 124). La tesi va vigorosamente rigettata, poiché, a tacer d' altro, il nostro sistema prevede l' obbligo di difesa tecnica ed esclude, conseguentemente, la possibilità per l' imputato di rinunciare ad avvalersi del patrocinio di un difensore; senza contare che <<per controbattere sui temi dell' accusa (e in specie quello su quelli attinenti al valore giuridico del fatto) e per denunciare eventuali vizi nello svolgimento del processo, occorrono nozioni tecnico - giuridiche delle quali non si può supporre sia in possesso l' imputato; per di più, fosse pure giurisperito, egli non disporrebbe della freddezza e lucidità necessarie per elaborare la linea difensiva più vantaggiosa>>. Così, FERRUA, *op. cit.* p. 106.

³¹ Espressione ormai divenuta comune in dottrina; si vedano, tra gli altri, MOSCARINI, *ibidem* e GREVI, (con aggiornamento di ILLUMINATI) *Prove*, in " AA.VV., *Compendio di procedura penale*", VI Edizione, CEDAM, 2012, p. 314.

³² GREVI, *ibidem*.

³³ In questo senso, con chiaro riferimento all' art. 495, II, c.p.p., GREVI, *op. cit.* p. 315.

presente articolo che dalla previsione di cui all'art. 24, II, Cost., potesse ragionevolmente desumersi il diritto di difendersi provando,³⁴ il legislatore costituzionale bene ha fatto scegliendo di enunciarlo espressamente, con formula dall'alto valore evocativo e simbolico. Peraltro, nonostante l' inserimento dell' infelice clausola "ogni altro mezzo di prova a suo favore", che sembrerebbe riconoscere all' imputato << l' assoluta libertà [...]di produrre ogni prova, senza alcun limite né di pertinenza né di economia>>,³⁵ non vi è alcun dubbio che il diritto alla prova non sia indiscriminato, tale cioè da imporre l' accoglimento di ogni richiesta difensiva. << Ragionevolezza vuole che resti subordinato non solo a certe cadenze temporali, ma anche ad un vaglio giudiziale di ammissibilità e di rilevanza [...], come correttamente prevede l'art. 190 c.p.p >>.³⁶

L'art. 111, III, Cost. prevede, infine, che <<la persona accusata di un reato sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo>>. Il diritto in esame è strettamente strumentale ad assicurare la partecipazione al processo³⁷ dell'imputato all'oglotta e costituisce una condizione necessaria per l'esercizio delle prerogative difensive compendiate nel testo costituzionale. E' evidente, infatti, che l'incapacità di comprendere l'idioma in cui si celebra il procedimento, impedisce in radice all'imputato di approntare una difesa efficace, innanzitutto perché non possono essere esattamente compresi i termini dell'accusa.³⁸ Pertanto <<conta qui, come è naturale, non la comprensione del significato tecnico degli atti processuali, ma la padronanza della lingua, talché una conoscenza "media" esclude la necessità dell'interprete>>.³⁹ A differenza di ciò che prevede la Convenzione,⁴⁰ la norma costituzionale non richiama la gratuità del servizio. L'omissione è comunque, in parte, compensata dalla previsione codicistica di attuazione, l'art. 143, I, c.p.p., che, invece, al carattere non oneroso dell'assistenza da parte dell'interprete, fa espresso riferimento.

³⁴ Non a caso, secondo MOSCARINI, *ibidem*, trattasi di <<diritto che, già in precedenza (allorquando ancora vigeva il "codice Rocco", autorevole dottrina italiana [G. VASSALLI] ricavava dal sistema, riconducendo tale prerogativa, in ultima analisi, all'art. 24, co. 2, Cost.>>.

³⁵ Così, criticamente, FERRUA, *op. cit.*, p. 124.

³⁶ FERRUA, *ibidem*.

³⁷ Lo mette bene in luce ILLUMINATI, *ibidem*.

³⁸ In questo senso, ILLUMINATI, *ibidem*. Il nesso fra esatta individuabilità dei termini dell'accusa e diritto di difesa è, come si dirà, cardine portante del giusto processo.

³⁹ VOENA, *Atti*, in " AA.VV, *Compendio di procedura penale*", VI Edizione, CEDAM, 2012, p. 241.

⁴⁰ Lo evidenzia FERRUA, *op. cit.* p. 126.

<<Ma la vera novità, e forse la ragione principale del nuovo art. 111 Cost., è contenuta nel [...] 4° comma>>. ⁴¹ E' positivizzato, come accennato, il principio del *contraddittorio nella formazione della prova*, la quintessenza del processo accusatorio. Spingendosi, questa volta, oltre le previsioni convenzionali, ⁴² l'art. 111, IV, prima parte, Cost. dispone: <<il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova>>. <<E' formula breve ma potente, dove il contraddittorio non figura come semplice diritto individuale, alla stregua di quelli espressi nel comma precedente, ma come garanzia oggettiva, condizione di regolarità del processo>>. ⁴³ Chiaro l' assunto teorico alla base della previsione: il contraddittorio non è più ostacolo da rimuovere per il raggiungimento della verità, orpello da sacrificare sull' altare del <<principio di non dispersione della prova>>⁴⁴ ma <<strumento utile alla ricostruzione dei fatti>>.⁴⁵ Anzi, il più utile⁴⁶. <<L' assioma gnoseologico a cui [il principio, ndr] si ispira è che la verità non si manifesti né per le intuizioni solitarie di un giudice onnisciente⁴⁷ (secondo la logica inquisitoria), né per la ricerca sincera e disinteressata delle parti (come nel dialogo platonico); ma si riveli, anzi si "tradisca" contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto delle opposte prospettive>>.⁴⁸ Ecco perché <<la regola ha un valore non solo garantistico, ma anche "epistemologico" o "euristico": tutela non solo gli interessi di ciascuna parte, ma anche quello superiore all' accertamento della "verità giudiziale" >>.⁴⁹ Si direbbe: ogni metodo è fallibile, dunque, il "Metodo della

⁴¹ ILLUMINATI, *ibidem*.

⁴² Secondo quanto si vedrà nella lett. b) del presente paragrafo.

⁴³ FERRUA, *op. cit.* p. 129. Nello stesso senso, ILLUMINATI, che parla di <<criterio di legittimità del processo penale>> (cfr., ILLUMINATI, *Giudizio, op. cit.* , p. 774).

⁴⁴ Principio in nome del quale la Corte Costituzionale aveva, con le sentenze 24,254 e 255 del 1992, fortemente depotenziato i contenuti più innovativi del nuovo codice di procedura penale. Del resto, la riforma costituzionale del 1999 si caratterizza proprio per essere la "reazione" alla sentenza, la 361/1998, che, dell' orientamento inaugurato nel 1992, costituiva il culmine (v., in questo senso, *amplius*, gli Autori e le opere citate in nota 15).

⁴⁵ FERRUA, *ibidem*.

⁴⁶ V. nota 9.

⁴⁷ L' assunto di fondo è che il giudice non deciderà *tanto meglio quante più cose sappia*, ma *tanto meglio quanto più le cose che sappia siano "di qualità"*, perché costituenti non "materiale grezzo", prodotto officiosamente dall'accusa, ma "materiale raffinato" dalle "macine" del "dibattimento".

⁴⁸ FERRUA, *op. cit.* pp. 130-131.

⁴⁹ MOSCARINI, *op. cit.*, p.37. Conf. GIOSTRA, *op. cit.* p. 6, il quale, con immagine evocativa, afferma: <<il principio espresso dal primo periodo del quarto comma dell' art. 111 Cost. va considerato il diapason della giurisdizione penale: fa del contraddittorio il suo statuto epistemologico>>.

Verità” non esiste ma il “metodo del contraddittorio” è quanto di più gli è prossimo.⁵⁰ <<Come nell’ originaria versione del codice 1988, [il contraddittorio, *ndr*] torna alleato e non nemico della verità >> .⁵¹

Il rigido principio che, nel processo penale, impone “il contraddittorio per la formazione della prova” è mitigato da tre eccezioni, previste dal V comma dell’art. 111, ai sensi del quale, <<la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita>>.⁵² La previsione costituzionale consente, cioè, che, ai fini del giudizio sul fatto, possono impiegarsi elementi formati o acquisiti fuori dal contesto dibattimentale, e, quindi, senza contraddittorio.⁵³ Che la previsione del quarto comma non potesse avere una dimensione totalizzante ed omnicomprensiva, era, del resto, intuitivo.⁵⁴ Il processo è ontologicamente finalizzato all’ accertamento della verità⁵⁵ ed il contraddittorio in senso oggettivo, in tanto ne è la cifra gnoseologica, in quanto costituisce il metodo più idoneo all’ accertamento dei fatti. Ma per accertare i fatti, occorrono le prove, e non tutti <<gli equivalenti sensibili dei fatto>>⁵⁶ sono rappresentati da prove che possono formarsi in dibattimento, e dette, pertanto, “costituende”, “narrative”, o “dichiarative”;⁵⁷ esistono, e spesso, anzi, giocano un ruolo fondamentale, anche le cd. prove “precostituite”,⁵⁸ <<

⁵⁰ Ancor più esplicito, GIOSTRA, *ibidem*, che non esita a definire il contraddittorio “il [metodo, *ndr*.] migliore per approssimarsi alla verità”.

⁵¹ FERRUA, *op. cit.* pp. 130.

⁵² GIOSTRA, *op. cit.*, p.8 nota che trattasi di << previsione tassativa [...], nel senso che il legislatore ordinario non può ampliare il novero delle deroghe alla formazione della prova, rimanendo libero, invece, sia di non prevederne, sia di subordinarne l’operatività a requisiti aggiuntivi [...], sia di configurare ipotesi intermedie tra l’irrelevanza e la pienezza probatoria nelle tre circostanze date. Nello stesso senso, FERRUA, *op. cit.* pp. 168, che parla di “formula autorizzativa” >>.

⁵³ Cfr. MOSCARINI, *ibidem*.

⁵⁴ << Fissata la regola del contraddittorio, era inevitabile prevedere le eccezioni, non essendo pensabile né l’assenza di deroghe né, all’estremo opposto, la loro totale rimessione all’arbitrio del legislatore e, indirettamente della Corte Costituzionale. >> Così, FERRUA, *ibidem*.

⁵⁵ Pur in un’ accezione relativa e con la “v” minuscola, secondo quanto già accennato.

⁵⁶ Questa la felice definizione di prova riportata da MOSCARINI, *op. cit.*, p.6.

⁵⁷ Cfr. MOSCARINI, *op. cit.*, p.37. L’ A. vi annovera: la testimonianza, l’esame di una parte, l’esame di un imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato, l’esame di un perito e l’esame di un consulente tecnico; il minimo comun denominatore di tali mezzi di prova è il loro <<risolversi nella narrazione di un fatto assunto come realmente accaduto e/o nell’espressione di un parere tecnico, scientifico o artistico>>.

⁵⁸ Con terminologia sostanzialmente equivalenti, GIOSTRA, *op. cit.*, p. 10, parla di <<atti probatori strutturalmente refrattari alla elaborazione in forma dialettica>>.

consistenti in cose o tracce preesistenti all' inchiesta penale ed a questa successivamente acquisite>>. ⁵⁹ Privarsi di tali elementi di conoscenza, significherebbe, in molti casi, rinunciare aprioristicamente all'accertamento del fatto, frustrando la stessa natura del processo. In consimili ipotesi, il contraddittorio nella *formazione* della prova non può operare; esso non è, però, del tutto pretermesso. Non lo consentirebbe la componente soggettiva di tale principio, non lo consentirebbe la sua funzione di garanzia. La dialettica tra le parti deve pur sempre potersi esplicare. L'imputato deve pur sempre potersi difendere. Il contraddittorio sarà, allora, assicurato, ma in un momento del procedimento probatorio diverso da quello della formazione del dato, e cioè, nella fase dell' ammissione della prova, nonché in quello della valutazione.⁶⁰ Sicché, tale materiale conoscitivo, purché legalmente formatosi e ritualmente acquisito, potrà legittimamente contribuire a formare la base conoscitiva del giudice al momento della decisione. A consentirlo è la II ipotesi derogatoria al principio del contraddittorio in senso forte: *l' accertata impossibilità di natura oggettiva*. Il riferimento è sia agli atti di indagine che, data la loro stessa natura, nascono intrinsecamente irripetibili, sia a quegli atti i quali, pur essendo astrattamente ripetibili, tali in concreto non risultino per circostanze fortuite e imprevedibili.⁶¹

Se la *ratio* della seconda eccezione appare, così, agevolmente individuabile, meno agevole riconoscere il fondamento della prima: il *consenso dell' imputato*.⁶² Anzi non è mancato chi ha messo in dubbio la compatibilità della deroga con la funzione euristica del contraddittorio, giacché la possibilità di rinuncia attribuita al solo imputato potrebbe spingere a ritenere che il contraddittorio sia stato concepito qui solo nella sua dimensione soggettiva, come diritto disponibile, e quindi rinunciabile, dell' imputato stesso.⁶³ Senza scendere troppo nello specifico della problematica va, comunque, ricordato che la previsione di cui al V comma Cost. è per il legislatore ordinario *autorizzativa* e non *prescrittiva*.⁶⁴ La Costituzione, cioè, consente alla legge di individuare i casi in cui il consenso dell' imputato permette di derogare al

⁵⁹ MOSCARINI, *ibidem*. Possono citarsi, ad es. i documenti, le tracce biologiche, le intercettazioni di comunicazioni.

⁶⁰ Cfr. MOSCARINI, *ibidem*.

⁶¹ In questo senso, MOSCARINI, *op. cit.*, p.45.

⁶² Secondo ILLUMINATI, *ibidem*, <<la deroga, eterogenea rispetto alle altre, risulta tuttavia poco coerente con l'opzione metodologica prescelta, che appare qui lasciata nella disponibilità di una delle parti>>.

⁶³ In questo senso, *ex plurimis*, FERRUA, *op. cit.*, p.169.

⁶⁴ V. *supra*.

contraddittorio nella formazione della prova, ma << non vincola il legislatore a rendere sistematicamente disponibile il contraddittorio, a decretarne la caduta ogniqualvolta lo chieda l'imputato>>. ⁶⁵ Inoltre, a ben vedere, la deroga è necessaria per consentire l'effettività del principio di ragionevole durata del processo - anch'esso, è bene ricordarlo, dotato di espressa copertura costituzionale - e la sopravvivenza stessa del sistema accusatorio. Nella previsione in esame si rinviene, infatti, un sicuro ancoraggio per gli istituti processuali di "giustizia negoziata", ⁶⁶ istituti, questi, la cui esistenza consente la tenuta della cd. "macchina della giustizia". Infatti un sistema che postulasse inderogabilmente la formazione della prova nel contraddittorio - così escludendo, sempre e comunque, la valutazione per fini probatori del materiale acquisito durante le indagini preliminari - finirebbe per appesantire eccessivamente il carico di lavoro gravante sugli uffici giurisdizionali, paralizzando o rendendo eccessivamente lenta l'amministrazione della giustizia. Una simile conseguenza, però, contrasterebbe con un altro principio costituzionale, internazionalistico e comunitario: la ragionevole durata del processo. << Il sistema accusatorio – quindi - può sopravvivere a condizione che siano introdotte soluzioni tali da "bilanciare" gli interessi difensivi – in particolare quello al contraddittorio - con le suddette ragioni economiche>>. ⁶⁷ Il dibattimento è una macchina complessa e costosa che *merita* di essere attivata solo quando ve ne sia la reale necessità. Troppi processi inutili, danneggiano quelli utili. ⁶⁸ Per completezza, va detto che la clausola derogatoria del consenso dell'imputato non rivela la sua importanza solo sul terreno della cd. giustizia negoziata ma anche in altri frangenti del processo

⁶⁵ FERRUA, *ibidem*.

⁶⁶ Conf. ILLUMINATI, *ibidem*: << L'[...] ipotesi si riferisce principalmente alla possibilità per l'imputato di rinunciare al dibattimento, per essere giudicato sui risultati delle indagini preliminari non verificati in contraddittorio.>> E' pacifico che, proprio la decisione *allo stato degli atti*, sia la cifra di molti tra i cd. riti alternativi. Diciamo molti e non tutti perché il giudizio immediato ed il giudizio direttissimo, nelle loro varie forme, prevedono la celebrazione del dibattimento, con tutte le conseguenze del caso (v. comunque, per gli opportuni approfondimenti, ORLANDI, Renzo, *Procedimenti speciali*, in "AA.VV., *Compendio di procedura penale*", VI Edizione, CEDAM, 2012, pp. 663 e ss.).

⁶⁷ MOSCARINI, *op. cit.*, p. 43-44.

⁶⁸ Si pensi solo, al principio dell'oralità - immediatezza. Perché esso espliciti a pieno le proprie potenzialità è necessario che il procedimento si celebri in poche e concentrate udienze cosicché il giudice, quando si ritira in camera di consiglio, abbia bene in mente le parole, ed anche, se non soprattutto, i comportamenti non verbali degli attori processuali e cioè tutti quegli indici che sovente sono determinanti per scriminare il vero dal falso. Ma se il ruolo di ciascun giudice è affollato da una moltitudine di cause, e se un'udienza si tiene a molti mesi l'una dall'altra, tutto ciò non sarà possibile.

penale. Essa, infatti, legittima diverse forme di acquisizioni concordata al fascicolo del dibattimento di determinati atti dell'indagine preliminare.⁶⁹ La terza ed ultima deroga è relativa alla *provata condotta illecita*. Trattasi di <<comportamenti (costituenti reato) che abbiano condizionato o impedito la testimonianza: [...] in questo caso, se il testimone oggetto di pressioni indebite non risponde o risponde il falso, impedendo di fatto l'acquisizione della prova in contraddittorio, valgono come prova le dichiarazioni eventualmente rese in precedenza, per evitare che l'illecito raggiunga il suo scopo>>.⁷⁰ La condotta illecita *de qua* non consiste, dunque, nella falsa testimonianza,⁷¹ per la cui scoperta il contraddittorio è anzi utilissimo,⁷² ma, appunto, in un altrui comportamento antiggiuridico (una violenza, una minaccia, una dazione o promessa di denaro oppure di altra utilità) tale per il quale, la persona chiamata a deporre, neghi il vero, dica il falso o sia reticente.⁷³ In simili casi, il problema non è tanto che il teste menta o taccia,⁷⁴ ipotesi non certo rare o infrequenti, ma *il perché* egli menta o taccia: l'altrui provata condotta illecita. Essa depotenzia il contraddittorio fino a renderlo inutile; lo spoglia di qualunque potenza gnoseologica. <<Ciò che soffoca il contraddittorio, lo priva della sua funzione euristica, non è la scelta del teste di mentire, è la perdita della capacità di autodeterminazione; davanti al teste eterodiretto fallisce anche il metodo del contraddittorio [...] [in questi casi, *ndr.*] il teste [è] metaforicamente morto ai fini della prova. L'esame si riduce ad una pseudo testimonianza, a fronte della quale si giustifica il recupero probatorio delle

⁶⁹ Il riferimento è alle ipotesi di cui agli artt. 431, II, c.p.p., 493, III, c.p.p. e 500, VII, c.p.p. Va, peraltro, detto che tali previsioni hanno suscitato numerose perplessità in dottrina. (si veda, per tutti, MOSCARINI, *ibidem*) Se formalmente la Costituzione le consente, esse appaiono cionondimeno inconferenti con la *ratio* sottesa all'art. 111, V, *sub specie* di consenso dell'imputato; non si vede, infatti, come tali forme di acquisizione dibattimentale possano esplicare un effetto acceleratorio sul processo. Inoltre, e neppure tanto velatamente, si appalesa il rischio che si affermino interpretazioni del dato positivo tali per le quali si ritenga consentito all'imputato e/o al suo difensore di conferire *ad libitum* valenza istruttoria agli atti della rispettiva investigazione privata. Ciò sembra confliggere con il principio della parità delle parti e, al contempo, travalicare in una misura eccessiva e, quindi, non consentita, gli stessi limiti della deroga al contraddittorio nella formazione della prova.

⁷⁰ ILLUMINATI, *ibidem*

⁷¹ <<Una siffatta esegesi, prima che con la *ratio*, collide con la lettera del quinto comma dell'art.111 Cost., dalla quale emerge che la condotta illecita deve impedire la formazione della prova in contraddittorio e non esserne il risultato.>> Così, GIOSTRA, *op. cit.*, p. 10.

⁷² Cfr. FERRUA, *ibidem*.

⁷³ Cfr., per tutti, MOSCARINI, *op. cit.* p. 47.

⁷⁴ <<Nel processo, forse più che altrove – nota icasticamente FERRUA, *ibidem*, - è proprio decifrando le menzogne che si rende manifesto il vero>>.

precedenti dichiarazioni>>.⁷⁵ Tuttavia, la scelta del legislatore di non far menzione alcuna della perdita della capacità di autodeterminazione, ma solo della sua causa, comporta due conseguenze indesiderate:⁷⁶ per un verso, la deroga opererà anche quando l'altrui pressione illecita non abbia esplicato alcuna efficacia causale sul comportamento del teste; per altro ed opposto verso, l'eccezione al contraddittorio nella formazione della prova non scatterà se il difetto di autodeterminazione non sia stato indotto da contegno antiggiuridico alieno.⁷⁷ Infine, la condotta illecita altrui deve essere *provata*. L'espressione, all'apparenza chiara, suscita, invece, più di un interrogativo. L'aggettivo, infatti, inteso alla lettera, implicherebbe che, in conformità alla presunzione costituzionale di innocenza di cui all' art. 27, II, Cost., l'altrui comportamento antiggiuridico andasse provato "al di là di ogni ragionevole dubbio" e nei confronti di una persona determinata.⁷⁸ Tale esegesi, però, condurrebbe a conseguenze irrazionali. Al fine di considerare "provata" la condotta illecita e consentire conseguentemente il recupero delle dichiarazioni rese in contesto *ante* dibattimentale dal teste poi coartato o subornato, occorrerebbe, difatti, una sentenza irrevocabile di condanna accertante la summenzionata condotta illecita e la colpevolezza del suo autore; *medio tempore*, il "processo principale" andrebbe sospeso, rimanendo *congelato* per un tempo *ex ante* imprevedibile. Ma ciò sarebbe apertamente contrastante con il principio di ragionevole durata del processo⁷⁹ e, ad uno sguardo attento, neppure richiesto dalla norma costituzionale per la quale ciò che <<occorre dimostrare è non già la *colpevolezza* di taluno per il comportamento illecito esercitato sul soggetto fonte di prova, ma soltanto che *una simile condotta c'è stata*, in modo da rendere inattendibile la deposizione nel contraddittorio del medesimo soggetto>>.⁸⁰ Anzi, non pare neppure che la previsione imponga di determinare con esattezza quale sia il contegno antiggiuridico in concreto posto in essere ma solo che la fonte di prova sia stata oggetto di una delle condotte descritte nell' art. 500 c.p.p., cioè nella norma del codice di rito che, al quarto comma, delinea le condotte illecite⁸¹ integranti il precetto costituzionale.⁸²

⁷⁵ FERRUA, *op. cit.* p. 183-184.

⁷⁶ In questo senso, FERRUA, *op. cit.* p. 185.

⁷⁷ Ricorda FERRUA, *ibidem*: << può ben accadere, specie in certi contesti ambientali, che un teste sia palesemente intimidito o atterrito, anche in assenza di influssi delittuosi esterni>>.

⁷⁸ Cfr. MOSCARINI, *op. cit.* p. 48.

⁷⁹ Così, sostanzialmente, MOSCARINI, *ibidem*.

⁸⁰ MOSCARINI, *ibidem*.

⁸¹ Violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità.

⁸² Cfr. FERRUA, *op. cit.* p. 191.

Trattasi, infatti, <<solo di verificare una circostanza da cui dipende l' applicazione della norma processuale che autorizza l' uso di dichiarazione ricevuta fuori dal contraddittorio>>.⁸³ Di talché, affinché la condotta illecita possa considerarsi provata, sembra bastevole << una mera delibazione, purché operata dal giudice in esito al confronto dialettico fra le parti e fondata su elementi oggettivi (anche se non acquisiti nel contraddittorio) >>.⁸⁴

b) Art. 6 CEDU

L' articolo 6 definisce un insieme di standard minimi tali per i quali i procedimenti giudiziari celebrati nell' ordinamento di un' Alta Parte Contraente possono qualificarsi come *fair*.⁸⁵ La disposizione è composta da 3 paragrafi, il primo, dedicato ad ogni tipo di processo; il secondo ed il terzo specificamente concentrati sul processo penale.⁸⁶ Già da un rapido sguardo, ci si accorge come la CEDU⁸⁷ contempli le garanzie del giusto processo quali diritti soggettivi mentre l' art. 111 Cost. le enuncia come garanzie oggettive della giurisdizione.⁸⁸ La notazione non ha solo un significato stilistico o simbolico, perché se <<la formulazione "oggettiva" non esclude, ma assorbe e va oltre quella "soggettiva", in quanto ciò che oggettivamente è connotato del processo diventa di per sé anche diritto dell' imputato, [...] non vale, almeno di regola, l' inverso>>.⁸⁹ Peraltro, le differenze non investono solo i profili formali delle due previsioni ma anche, e soprattutto, quelli sostanziali. Il riferimento è, soprattutto, anche se non esclusivamente⁹⁰ alla tematica che qui

⁸³ MOSCARINI, *ibidem*.

⁸⁴ MOSCARINI, *ibidem*.

⁸⁵ Cfr. SATZGER, *International and European Criminal Law*, C.H. Beck · Hart · Nomos, München, 2012, p. 162. Il volume è in lingua inglese; al fine di non appesantire troppo la trattazione, però, i passi, di volta in volta citati, sono direttamente riportati in traduzione italiana ad opera dello scrivente, ferma la puntuale indicazione in nota delle porzioni di testo in lingua originaria.

⁸⁶ << Ogni genere di processi penali>> precisa SATZGER, *op. cit.*, p.162 << visto che la parole accusa non restringe l' ambito di protezione a determinati gradi superiori di un procedimento >>.

⁸⁷ Sul modello delle altre fonti internazionali in materia.

⁸⁸ FERRUA, *op. cit.*, p. 84.

⁸⁹ FERRUA, *ibidem*.

⁹⁰ Ad esempio il primo paragrafo dell' art. 6 dedica ampio risalto alla disciplina della pubblicità dell' udienza mentre il nostro art. 111 è completamente silente al riguardo, anche se è verosimile ritenere che la pubblicità delle udienze sia implicitamente prescritta dal sistema costituzionale come precipitato del fondamento democratico del potere giurisdizionale (cfr., FERRUA, *op. cit.* p. 99) Ancora, non trovano un corrispondente nell' articolo 111 Cost., ma in altre previsioni costituzionali, le disposizioni di cui al paragrafo

più interessa: il contraddittorio. Come visto *supra*, l' art. 111 Cost. predispone una tutela articolata su due livelli: al comma secondo, per i processi penali, civili e amministrativi, <<il contraddittorio genericamente inteso, come partecipazione dialettica delle parti; ossia quel gioco di interventi alternati o contestuali, quell' andirivieni di domande e di repliche, di asserzioni e di negazioni, che costellano l' iter del processo guidandolo verso la fine>>;⁹¹ al comma terzo e quarto, il contraddittorio nel processo penale: sia in senso soggettivo, quale <<facoltà –riconosciuta ad ogni persona accusata di un reato- davanti ad un giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l' interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell' accusa e l' acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore>>; sia in senso oggettivo, come “principio della formazione della prova penale, appunto, in contraddittorio”. Nella CEDU solo il contraddittorio in senso soggettivo è espressamente menzionato, (art. 6 §3 lett. d) senza, peraltro, che vi sia un' assoluta identità di formulazione rispetto al previsione italiana. Tre sono le varianti del testo costituzionale rispetto alla norma convenzionale: l' espresso richiamo al giudice come autorità davanti alla quale vanno effettuati gli interrogatori; il riferimento alle persone, e non soltanto ai testimoni; il diritto dell' accusato di acquisire ogni altro mezzo di prova a suo favore. Tuttavia, mentre il mancato riferimento espresso al contraddittorio quale metodo d' esercizio della giurisdizione è supplito dall' ampia nozione di *fair hearing*,⁹² tale per la quale l' interessato deve essere posto nelle condizioni di farsi ascoltare, onde poter esporre le proprie ragioni e controbattere quelle avversarie,⁹³ il principio della formazione della prova penale in contraddittorio è *un quid pluris* previsto nella nostra Costituzione,⁹⁴ che indirizza il nostro processo penale verso un modello spiccatamente *adversarial*.

secondo ed al paragrafo terzo lett. c). In particolare, la “presunzione di innocenza” ex §2 è contenuta all' art 27, II Cost., mentre il cd. “gratuito patrocinio”, è, pur se in maniera più scarna di quanto faccia il §3 lett. c), consacrato dall' art. 24, III Cost.

⁹¹ FERRUA, *op. cit.*, p. 100.

⁹² Lemma, impiegato nella formulazione inglese della Convenzione.

⁹³ In questo senso, DE LONGIS, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza CEDU*, in www.duitbase.it, p.1.

⁹⁴ In questo senso, esplicitamente, MOSCARINI, *op. cit.*, pp. 36-37: << il quarto comma dell' art. 111, al primo periodo, va perfino oltre quanto prescritto dalla CEDU e dal PIDCP a proposito del “giusto processo”, stabilendo la seguente “*regola aurea*”: “il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”>>.

1.1.1. IL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE SULL'ACCUSA ED IL CONTRADDITTORIO SUL TEMA GIURIDICO.

Come anticipato,⁹⁵ è utile dedicare una particolare attenzione al diritto, spettante all' accusato,⁹⁶ <<ad essere, nel più breve tempo possibile, informato riservatamente della natura e dei motivi dell' accusa elevata a suo carico>> ed⁹⁷ a quello, sempre attribuito all' accusato, <<a disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la propria difesa>>. Entrambe le prerogative sono riconosciute sia dall' art. 111, III, Cost., che dall' art. 6 § 3 lett. a) e b) CEDU, anche se non con identità di formulazioni. In aggiunta al dettato convenzionale, innanzitutto, l'art. 111 impiega l'avverbio *riservatamente*, intendendo, così, approntare un'ulteriore garanzia per l' imputato, il quale, da presunto innocente, ha diritto a non vedere pubblicizzata la propria posizione più di quanto non sia richiesto per lo svolgimento del processo.⁹⁸ Inoltre, a differenza della Convenzione europea, il precetto costituzionale non accenna all' esigenza che l' informazione sia data <<in una lingua [...] comprensibile>> all' accusato.⁹⁹ Al netto di tali differenze, comunque, sia le previsioni CEDU sia quelle della Costituzione condividono il medesimo nucleo assiologico – valoriale: entrambe, cioè, concepiscono << il diritto alla tempestiva conoscenza dell' accusa [come, *ndr.*] una *condicio sine qua non* per l'efficace svolgimento della difesa>>¹⁰⁰ e per la stessa equità della procedura. In quest' ultimo senso depone emblematicamente la sentenza Drassich c. Italia, § 32: <<in materia penale, un' informazione precisa e completa sull' accusa posta a carico dell' imputato e dunque, la *qualificazione giuridica* che la giurisdizione potrebbe considerare nei suoi confronti, è una *condizione fondamentale per l' equità del processo*>>.¹⁰¹ Il punto è di

⁹⁵ V. *supra* nel testo.

⁹⁶ Adoperiamo la medesima terminologia impiegata dal legislatore nazionale e convenzionale, anche se, proprio su tale profilo, non solo lessicale, saranno necessarie talune precisazioni.

⁹⁷ Tra i due diritti sussiste, infatti, una vera e propria “connessione essenziale”, v. *infra*, nel testo. Da ciò la necessità di trattare congiuntamente le due previsioni.

⁹⁸ Cfr. ILLUMINATI, *ibidem*. Spesso l' impatto mediatico derivante da un'iscrizione nel registro delle notizie di reato pregiudica la reputazione del soggetto interessato in modo tanto pesante che neppure un successivo proscioglimento, sovente ben meno pubblicizzato dagli organi di stampa, restituisce alla persona il prestigio perso, soprattutto quando questa ricopra cariche pubbliche.

⁹⁹ Lo nota FERRUA, *op. cit.*, p. 122; l'A. ritiene comunque che alla lacuna possa agevolmente rimediarsi in via interpretativa, come, d'altronde, statuito da CORTE COST. 10/1993.

¹⁰⁰ FERRUA, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰¹ Drassich. c. Italia, §32

fondamentale importanza. Sia la Convenzione europea sia la nostra Carta fondamentale - anche se in relazione a quest'ultima il dato non è, per taluni, incontrovertito, come si dirà - sembrano aver voluto affermare che solo una tempestiva ed esaustiva informazione circa i profili fattuali (motivi) e giuridici (natura) dell'addebito, possano consentire al soggetto coinvolto in un procedimento penale¹⁰² di approntare un'adeguata difesa e ciò perché l'accusato adotta una determinata strategia processuale in luogo di un'altra, proprio sulla base dell'accusa che gli viene mossa¹⁰³ e solo conoscendone compiutamente i profili egli può adeguatamente opporvisi. Soprattutto, nella prospettiva dell'"accusato", ha poco senso scerverare i motivi dell'addebito dalla natura; entrambi, infatti, giocano, per il difensore ed il suo assistito, un ruolo fondamentale nell'individuazione della tattica difensiva da seguire.¹⁰⁴ Su quanto una piuttosto che un'altra qualificazione giuridica del fatto, possa incidere sull'atteggiarsi della posizione processuale dell'imputato e sulle sue scelte, si dirà in seguito. Qui basta anticipare che <<la qualificazione giuridica dell'accaduto rappresenta la stella polare nella definizione della strategia difensiva>>¹⁰⁵ non meno che la ricostruzione fattuale. Si pensi solo alla scelta di tenere un contegno collaborativo oppure no, di svolgere o meno indagini difensive, di richiedere questi o quei mezzi istruttori, e si potrebbe continuare. In queste valutazioni la previa conoscenza non solo del fatto ma anche del suo *nomen iuris* è imprescindibile. Sicché, anche a non considerare il profilo "teorico" relativo alla stessa dubbia distinguibilità tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*,¹⁰⁶ in una prospettiva "pratica" è lecito dubitare circa l'opportunità di far conseguire da tale problematica distinzione un regime giuridico opposto per la natura ed i motivi dell'addebito, come, invece fa,¹⁰⁷ il nostro codice di rito e come, all'opposto, e condivisibilmente, non sembrano prevedere Costituzione e CEDU. Ma qual è l'esatta latitudine dei diritti in esame? Essi riguardano

¹⁰² La terminologia è volutamente generica, visto quanto si preciserà a breve sulla nozione di "accusato", di "addebito" e di "procedimento penale".

¹⁰³ Cfr, tra gli altri SANTORIELLO, *Il <<caso Drassich>> ancora in cerca di soluzione: la S.C. sorda alle censure di Strasburgo*, in "Archivio Penale", n. 3, 2013, p. 7.

¹⁰⁴ << Secondo il giudice europeo la norma in parola [art. 6, §3, lett. a e b, *ndr.*] implica che l'accusato debba essere informato in modo dettagliato non solo dei fatti materiali addebitati, ma altresì della loro qualificazione giuridica. Tale informazione - precisa e completa dell'accusa - costituisce una "condizione essenziale" per un processo equo, rappresentando il necessario presupposto per apprestare un'adeguata difesa.>> Così, CASIRAGHI, *Corte Europea dei Diritti dell'uomo e iura novit curia*, in "Processo penale e giustizia" vol. 2, fasc. 6, 2012, p.116.

¹⁰⁵ L'evocativa immagine è di SANTORIELLO, *ibidem*.

¹⁰⁶ Su cui *infra* par. 2.1.

¹⁰⁷ Lo si vedrà al cap. 2 ed in parte, *infra*, in questo stesso sottoparagrafo.

solo l' "imputato" od anche l' "indagato"? La risposta a tali quesiti dipende, in ultima analisi, dall' accezione che si dia al termine "accusato" che figura e nella "versione" europea e in quella italiana.¹⁰⁸ Il vocabolo è estraneo al nostro consueto lessico processualpenalistico ove, di norma, per indicare "l'indagato" si usa la perifrasi "persona nei cui confronti vengono svolte indagini" o la similare "persona sottoposta alle indagini" mentre per individuare il soggetto a cui carico è esercitata l' azione penale, è del tutto pacifico l'appellativo di "imputato". Da ciò si è originato, appunto, il dubbio se le previsioni *de quibus* alludano al solo imputato o anche all' indagato. L'esplicita menzione, peraltro nel solo articolato normativo italiano, dell'espressione "processo penale", indurrebbe, di primo acchito, alla soluzione più restrittiva. Infatti, si può tecnicamente parlare di processo penale solo allorquando sia stato formulato, dall' organo dell' accusa, un atto imputativo in cui si sostanzia l'esercizio dell'azione penale; prima, non si può parlare di processo ma solo di procedimento e, a ben vedere, neppure propriamente di un'accusa ma solo di un'ipotesi accusatoria. Pur se confortata da tali indici testuali,¹⁰⁹ sembra, però, opportuno preferire l' opposta esegesi. In effetti, ad intendere i termini in senso tecnico, si avrebbe la paradossale conseguenza di un sostanziale abbassamento di tutela rispetto all' attuale disciplina codicistica che prevede l'invio dell'informazione di garanzia, contenente *in nuce* l'enunciazione della natura e dei motivi dell'accusa, a partire dal primo atto dell'indagine preliminare al quale il difensore abbia diritto di assistere (art. 369, I, c.p.p.).¹¹⁰ Non si deve, poi, dimenticare che il "legislatore" convenzionale, dalla cui *elocutio* il riformatore del 1999 è stato fortemente influenzato, adopera uno stile necessariamente diverso da quello usato dal "legislatore codicistico", dovendo "parlare" e "farsi intendere" da ordinamenti giuridici anche molto diversi per cultura e tradizione;¹¹¹ naturale, allora, che siano stati scelti termini generali come "accusa" ed "accusato", i più adatti per delineare le garanzie in parola, a prescindere da come le singole Alte Parti Contraenti abbiano strutturato il procedimento penale interno. Deve, così, essere l' interprete a calare nel contesto del diritto del singolo Paese la previsione convenzionale,

¹⁰⁸ In particolare, come aggettivo sostantivato nell' art. 6 CEDU e come attributo del sostantivo "persona" nell' art. 111 Cost.

¹⁰⁹ Per vero non univoci, visto che, secondo FERRUA, *op. cit.*, p. 121, nel diverso senso <<depongono l' avverbio "riservatamente" e la stessa clausola "nel più breve tempo possibile">>.

¹¹⁰ Cfr. FERRUA, *ibidem*.

¹¹¹ E ciò vale in termini generali un po' per tutte le Convenzioni internazionali. V. *amplius* nota 152.

avendo come faro in questa attività ermeneutica, la *ratio legis* della norma CEDU; ed in questo senso, l' estensione della tutele *de quibus* anche alla fase delle indagini preliminari, e, quindi, al procedimento penale complessivamente inteso, è sicuramente l'opzione più in linea con lo spirito della Convenzione e della Costituzione. Infatti, come accennato, <<tra la lettera a) dell' art. 6§3 c.e.d.u. e la successiva previsione del diritto a disporre dei tempi e delle facilitazioni necessarie ai fini della preparazione della difesa [sussiste, ndr.] una connessione essenziale>>¹¹²; se ciò è vero, come dimostrato, anche, dalle numerose pronunce della Corte di Strasburgo che citano congiuntamente i due parametri,¹¹³ allora la prima previsione non può che essere letta nel modo più idoneo a rendere pienamente operativa la seconda. Poiché l'accusato deve godere del tempo e delle condizioni necessarie per preparare adeguatamente la propria difesa, egli va posto a conoscenza del fatto addebitatogli, e della sua qualificazione, il prima possibile, e cioè in un "tempo" utile ad approntare adeguate strategie per contrastare l'ipotesi accusatoria. Tale "tempo" non può che essere l'indagine preliminare, in particolare non appena vi sia l'attribuzione di un fatto costituente reato da parte degli organi inquirenti,¹¹⁴ potendo essere tollerate, successivamente a tale momento, compressioni del diritto in esame <<solo se il pubblico ministero avrà adeguatamente motivato circa la sussistenza di specifiche cautele attinenti all' attività di indagine>>.¹¹⁵ Come si vedrà a breve, ciò non significa che i profili fattuali o giuridici dell' addebito preliminare siano statici ed immutabili, il che sarebbe, del resto, incompatibile con il carattere ontologicamente fluido dell' ipotesi di imputazione prima che essa, eventualmente, si cristallizzi nell' atto di promovimento dell' azione penale; significa, soltanto che l' indagato deve essere posto al corrente di ogni

¹¹² QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, op. cit. p.5. Nello stesso senso BIONDI, Giuseppe, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici che provengono dal diritto europeo*. Uno sguardo alla direttiva 2012/13/UE sul diritto all' informazione nei procedimenti penali, in www.penalecontemporaneo.it, p. 3, nota 7. Quest' ultimo A. nota che << c'è un legame tra le lettere a e b del §3 dell' art. 6 citato, sicché il diritto di essere informati della natura e della causa di accusa deve essere considerato alla luce del diritto dell' accusato di preparare la sua difesa>>.

¹¹³ Ad esempio, Pèlissier e Sassi c. Francia; I.H. c. Austria; D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria; e, soprattutto, Drassich c. Italia.

¹¹⁴ FERRUA, *ibidem*. Precisa, però, condivisibilmente, ILLUMINATI, *ibidem*, che << l' informazione non deve [...] necessariamente intervenire subito, ma "nel più breve tempo possibile", perché va temperata con l' indispensabile segretezza che, almeno all' inizio, non può non accompagnarsi alle indagini, ad evitare che una conoscenza prematura possa pregiudicarne lo svolgimento>>.

¹¹⁵ Così, MARZADURI, citato da FERRUA, *ibidem*.

eventuale modificazione delle coordinate, *in facto* ed *in iure*, dell' accusa. Le indagini preliminari sono, infatti, la sede nella quale vengono compiute, a volte in modo definitivo, molte di quelle determinanti scelte difensive cui si accennava sopra: come è pensabile che decisioni di tale peso, possano essere assunte con cognizione di causa senza una informazione il più possibile dettagliata sui profili giuridici e fattuali dell' ipotesi di imputazione?

Ciò posto è, però, inutile negare che i diritti sanciti nelle succitate disposizioni esplicano la massima potenzialità assiologica proprio quando dal procedimento si passa al processo, contesto ineluttabilmente permeato dall'elemento nucleare della giurisdizione:¹¹⁶ il contraddittorio. Difatti le previsioni di cui agli artt. 6 § 3 lett. a) e b) CEDU ed il principio del contraddittorio, inteso innanzitutto nella sua accezione minimale ed indefettibile, come confronto dialettico tra parti contrapposte,¹¹⁷ si legano inscindibilmente in una relazione di stretta strumentalità delle prime rispetto al secondo. << Presupposto di esistenza del contraddittorio [è, infatti, *ndr.*] quello di conoscere l'oggetto del contendere>>.¹¹⁸ E l'oggetto del contendere, in un procedimento penale, altro non è se non il fatto giuridicamente rilevante, e dunque *qualificato*,¹¹⁹ oggetto dell' imputazione. D' altronde, l' informazione sull' accusa, che, come visto, si ritiene debba riguardare sia il fatto che il diritto, è funzionale all' esercizio delle guarentigie difensive e la prima tra esse è proprio il contraddittorio. Anzi, <<il contraddittorio risulta essere la “condizione essenziale” per la piena attuazione del diritto di difesa>>.¹²⁰ Come logica conseguenza ne dovrebbe discendere che lo stesso contraddittorio non potrebbe essere limitato ai soli profili fattuali dell' accusa ma dovrebbe estendersi anche, ed in modo non meno importante, a quelli giuridici. Se l'accusa si compone di due poli inscindibili, fatto e diritto, non è concepibile sottrarre uno di essi alla dialettica. Ed è questa proprio la posizione assunta dalla Corte di Strasburgo, con giurisprudenza ormai costante.¹²¹ Il nostro codice di rito, tuttavia, garantisce il diritto di difendersi argomentando in modo molto diverso a seconda che l' oggetto dell' attività

¹¹⁶ V. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁷ Cfr. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁸ GIOSTRA, *ibidem*.

¹¹⁹ V. *infra* par. 2.1.

¹²⁰ GAETA, P. (a cura di), PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PENALE (DIRITTO PROCESSUALE PENALE) *Quaderno predisposto in occasione del XII incontro trilaterale con i Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo*, Ufficio Studi Corte Costituzionale, ottobre 2011, p. 28.

¹²¹ Lo ricorda, *ex plurimis*, CAIANIELLO, *op. cit.*, p.175 << come afferma la Corte europea, la discussione sul *nomen iuris* dell' addebito fa parte del diritto di difesa>>.

dialettica sia la *quaestio facti* o la *quaestio iuris* e per rendersene conto è sufficiente osservare il regime dei mutamenti dell' accusa,¹²² ove il valore del contraddittorio è molto ben tutelato se l' *immutatio* attiene al fatto mentre lo è poco o per nulla se concerne il diritto. Sul punto è doverosa una premessa. Dagli artt. 6 § 3 lett. a) e b) CEDU e 111 Cost. non deriva affatto l'affermazione di un principio di assoluta immodificabilità dell' accusa.¹²³ Il fatto e la sua qualificazione, lungi dal dovere essere fissati immutabilmente nell' addebito, possono, del tutto fisiologicamente, essere ridefiniti, seppur con limitazioni e formalità variabili da ordinamento a ordinamento,¹²⁴ durante il corso del procedimento ed anche, benché con limiti ancor più stringenti, del processo.¹²⁵ L'importante è che di qualsivoglia mutamento delle coordinate dell' accusa, sia dato, all' indagato prima ed all' imputato poi, adeguata comunicazione, di modo che egli possa ridefinire, se lo ritiene e nei limiti del possibile, la propria linea di difesa. E' evidente, infatti, che un grave pregiudizio all'accusato può derivare non solo da una mancata o tardiva comunicazione dell' accusa originaria ma anche, ed in modo non meno significativo, da una intempestiva o addirittura assente informazione circa mutamenti successivi, tanto in fatto quanto in diritto, dell' addebito. La lett. a) §3 art. 6 CEDU e l' art.111 Cost. fondano, allora, un principio più ampio di quello che potrebbe apparentemente desumersi ad una prima sommaria lettura, e cioè, <<la necessità di una continua corrispondenza tra accusa comunicata e quella per cui si procede, non potendosi restringere il significato dell' informazione al dato accusatorio di partenza>>.¹²⁶ Se il diritto di informazione sui motivi e sulla natura dell' accusa risulta strumentale al pieno esercizio delle prerogative difensive, sarebbe, infatti, paradossale ritenere insussistente l'obbligo di comunicazione in caso di mutamento solo successivo dell'ipotesi accusatoria, poiché, in tal caso, la difesa risulterebbe spiazzata in modo non dissimile da come si troverebbe in caso di mancata o tardiva informazione iniziale. E', infatti, dalla "nuova" e non più dalla "vecchia" accusa che l' imputato deve, in caso di mutamento, difendersi ed egli non può non essere

¹²² Adottiamo la prospettiva d' analisi usata da ORLANDI, Renzo, *L' attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in " AA. VV., La prova nel dibattimento penale" III Edizione, G. Giappichelli Editore – Torino, 2007, p. 64.

¹²³ Il punto è pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza.

¹²⁴ V., nel dettaglio, *infra* cap. 2.

¹²⁵ Lo chiarisce molto bene quanto al fatto – ma discorso non dissimile, *mutatis mutandis*, vale, come si vedrà, pure per il diritto - RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 135 : << le nuove contestazioni si legano in modo fisiologico – anche se soltanto eventuale- alla dinamica probatoria del dibattimento>>.

¹²⁶ FERRUA, *ibidem*.

messo nelle condizioni di farlo, senza venire pregiudicato dalla modifica della imputazione, *in facto* o *in iure*.¹²⁷ Già, *in facto* o *in iure*, perché, come detto, sia l' art. 6 CEDU che l'art. 111 Cost. sembrano chiarissimi nel considerare, congiuntamente e senza distinzioni, *la natura* ed i *motivi* dell'accusa.¹²⁸ Orbene, nel codice di procedura penale italiano, la disciplina sulle modificazioni della *quaestio facti* consente,¹²⁹ un'adeguata tutela dei diritti di difesa, in *primis*, il contraddittorio, in quanto, per un verso, impone al pubblico ministero l' onere di procedere alla nuove contestazioni secondo determinante scansioni e modalità che mettono l'imputato nelle condizioni di interloquire dialetticamente con l' organo dell' accusa; per altro verso, ai sensi dell' art. 521, II, c.p.p., fa divieto al giudice di condannare per un fatto diverso da quello dedotto nel decreto che dispone il giudizio od opportunamente contestato dal pubblico ministero. La medesima soluzione non vale, invece, per la *quaestio iuris*, in relazione alla quale anzi si afferma, ai sensi dell' art. 521, I, c.p.p., l'opposto principio secondo cui il giudice può dare nella sentenza al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione. Secondo quanto già accennato, dunque, ben può il giudice, senza che sul punto nulla sia stato comunicato all'imputato, condannare costui per un titolo di reato diverso da quello individuato nell' atto d' accusa.¹³⁰ E' la riqualificazione giuridica cosiddetta a sorpresa. Evidenti sono, però, i rischi di un consimile approccio. Se infatti si afferma che deve sempre sussistere una "effettiva corrispondenza tra accusa comunicata ed accusa per cui si proceda" e se si ritiene che con il termine accusa ci si riferisca, senza distinzione, ai profili fattuali e giuridici dell' addebito, è chiaro che nell'ipotesi di riqualificazione officiosa ed a sorpresa tale legame si spezza, con grave pregiudizio per l'accusato ed in palese distonia con le citate previsioni convenzionali e costituzionali.¹³¹ Una difesa effettiva, richiede, come detto,

¹²⁷ Biondi, *op. cit.* p. 3 Conf. CASS. PEN. SEZ. VI n. 45807/2008.

¹²⁸ In questo senso, tra gli altri, CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell' accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in "La giustizia penale", 2007, pp. 171 : << secondo [i Giudici di Strasburgo, *ndr.*] nel concetto di accusa, nonché in quelli che ne costituirebbero la "natura" e i "motivi" non avrebbe alcun rilievo la discriminazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*>>.

¹²⁹ Lo si vedrà ancor meglio nel cap. 2.

¹³⁰ Questi punti saranno ovviamente approfonditi nel cap. 2.

¹³¹ Con sent. 103/2010 la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale concernente l' art. 521, I, c.p.p. Su tale pronuncia si tornerà al cap. 3 ma già da ora è opportuno ricordare che le sentenze di rigetto non danno alle norme vanamente impugnate alcuna patente di costituzionalità e che, comunque, non ogni frizione tra noma di legge e Costituzione deve portare alla declaratoria di illegittimità costituzionale della prima, in quanto è prima necessario esperire un tentativo di interpretazione

una conoscenza egualmente effettiva tanto dei profili fattuali quanto di quelli giuridici dell' accusa e la Corte EDU è chiara nell' affermare <<la totale equiparazione del mutamento *in iure* dell' imputazione con quello *in facto* sotto il profilo delle garanzie difensive da riconoscere all'imputato>>. ¹³² Il problema, allora, non è in se il potere di riqualificare il fatto, quanto che tale operazione avvenga a sorpresa; sia, cioè, esclusa dal confronto dialettico tra le parti, *ça va sans dire*, dal *contraddittorio argomentativo*, riconosciuto, lo si è detto, quale canone ontologico della giurisdizione, non solo penale, ¹³³ dall' art. 111, II, Cost. e ricompreso nel concetto di *fair hearing* ai sensi dell' art. 6 § 1 CEDU. Sul punto la Corte di Strasburgo è ferma: <<è necessario assicurare all' accusato, anche in punto di cambiamento sul tema giuridico, un contraddittorio effettivo e concreto>>. ¹³⁴ Conseguenzialmente <<la carenza del contraddittorio sul punto della riqualificazione giuridica costituisce una violazione dell'equo processo.>> ¹³⁵. Sicché, <<se i giudici di merito dispongono, quando tale diritto è loro riconosciuto nel diritto interno, della possibilità di riqualificare i fatti per i quali sono stati regolarmente aditi, essi devono assicurarsi che gli imputati abbiano avuto l'opportunità di esercitare i loro diritti di difesa su questo punto in materia concreta ed effettiva. Ciò implica che essi vengano informati in tempo utile non solo del motivo dell'accusa, cioè dei fatti materiali che vengono loro attribuiti e sui quali si fonda l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti>>. ¹³⁶ Se ciò non avviene, la violazione degli artt. 6§§1 e 3 lett. a) e b) CEDU è inevitabile, poiché l'imputato non è stato avvertito della possibilità di una riqualificazione dell' accusa contestata e, ancor meno, messo in condizione di discutere in contraddittorio il nuovo

costituzionalmente (e convenzionalmente) orienta, cosa che, nel caso di specie, pare possibile.

¹³² BIONDI, *op. cit.* p. 3.

¹³³ << Poiché quasi sempre la giustizia è contesa [...], al punto da non poter essere immaginabile senza di questa [...] le regole del contraddittorio dovrebbero esserle connaturali. >> Così, GIOSTRA, *ibidem*.

¹³⁴ CENTAMORE, , *L' applicazione dei principi dell' art. 6 CEDU in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti "tradizionali" e nuove prospettive. Nota a Cass. Pen. Sez II, n. 1625/2013, Pres. Macchia, Rel. Rago*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 6.

¹³⁵ CENTAMORE, *ibidem*. Ciò, per altro, spiega perché in molte delle pronunce della Corte di Strasburgo citate, e che si citeranno, *in primis*, quella Drassich, il giudice dei diritti umani ritenga integrata non solo la violazione delle specifiche previsioni di cui alle lett. a) e b) del §3 dell' art. 6 ma anche il più generale canone del *fair trial* di cui al § 1 del medesimo articolo.

¹³⁶ Drassich c. Italia §34.

nomen iuris>>. ¹³⁷ Altrimenti detto, il processo è ingiusto. Questa conclusione non deve sorprendere. <<Se la regola del contraddittorio [...] riguarda tanto il fatto quanto il diritto>>¹³⁸ e costituisce <<uno degli aspetti fondamentali dell'equità processuale>>¹³⁹, l'assenza del contraddittorio¹⁴⁰ non può che rendere iniquo il processo. Come accennato, tali principi sono stati affermati con particolare forza nel c.d. caso Drassich, su cui, allora, è opportuno soffermarsi.

1.2. IL CASO DRASSICH

Lungi dall'essere un "mero" processo per corruzione, che spicchi magari solo per l'*iter* particolarmente lungo e tormentato,¹⁴¹ la vicenda giudiziaria comunemente nota come *caso Drassich*, dal nome dell'imputato, pare segnare <<la fine del paradigma giuridico moderno, in tal modo intendendo definire

¹³⁷ Cfr. QUATTROCOLO, *La "vicenda Drassich" si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, Nota a Cass. pen., sez. II, 12 settembre 2013, n. 37413 in www.penalecontemporaneo.it, p. 161 riportando il passo della sentenza Drassich contenuto al §36. Conf. CASIRAGHI, *ibidem*

¹³⁸ FERRUA, *op. cit.* p. 101.

¹³⁹ DE LONGIS, *ibidem*.

¹⁴⁰ A dire il vero, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo non si rinviene un indirizzo univoco sulla tipologia o sul tenore di contraddittorio sul tema giuridico sufficiente ad escludere una violazione del principio del giusto processo. In particolare non è chiaro se sia sufficiente un contraddittorio meramente argomentativo e non anche probatorio. Il punto, su cui comunque torneremo diffusamente nei prossimi capitoli, merita una precisazione. E' evidente, cioè, che quando si parla di questione giuridica, l'unico tipo di contraddittorio configurabile, e di cui infatti finora abbiamo parlato, è quello di cui all'art. 111, II, Cost. e cioè, appunto, il contraddittorio argomentativo; il contraddittorio ex art. 111, IV, Cost., ossia, il contraddittorio nella formazione della prova, concerne naturalmente solo i fatti ed è garantito, lo si vedrà, anche nelle ipotesi di nuove contestazioni in fatto ex art 516 e ss. c.p.p.. E però, poiché nel processo penale il giudizio non verte su fatti cd. "bruti" ma solo su *fatti qualificati* (v. par. 2.2), è possibile che rispetto ad una nuova qualificazione giuridica, taluni profili del fatto, prima del tutto giuridicamente irrilevanti, acquistino ora rilevanza, in quanto richiamati dalla nuova fattispecie; in relazione ad essi, l'imputato può avere interesse a chiedere l'ammissione di nuove prove. Allora, quando si considerano le possibili lesioni del diritto di difesa derivanti all'imputato dalla riqualificazione giuridica officiosa ed a sorpresa del fatto, è necessario tenere presente che tale operazione può incidere, nel senso summenzionato, anche sul terreno del diritto di *difendersi provando* e non solo *argomentando*.

¹⁴¹ Iniziato nel 1994, l'*affaire* ha visto, forse, la fine nel 2013, dopo ben 4 pronunce della Suprema Corte, una della Corte di Strasburgo e svariati arresti dei giudici di merito. Si è detto "forse", perché <<è probabile che la saga Drassich sia ben lungi dal terminare ed una nuova pronuncia della Corte E.d.u. sia alle porte>>, così SANTORIELLO, *op. cit.* u.p. In realtà, al momento in cui si scrivono queste pagine, non constano ulteriori sviluppi giudiziari della "saga" (*sic!*) ma, per come sono andate le cose negli anni, non si esclude che la profezia dell'A. possa avverarsi.

quella corrente ideologica secondo la quale l'operazione consistente nell'applicare il diritto si sarebbe dovuta intendere quale puramente ricognitiva e tecnica, quasi si trattasse di una scienza pura>>. ¹⁴² Ed anche a non voler parlare, in termini così trancianti, di fine di un paradigma, certamente la pronuncia della Corte EDU, che dell'*affaire Drassich* costituisce il cardine, ha fortemente marcato il modo in cui dottrina e giurisprudenza guardano alle conseguenze, soprattutto sotto il profilo della compatibilità con i diritti di difesa, dell'attività di riqualificazione del fatto in sentenza. Si tratta di un cambiamento di grande rilievo, perché prima del *dictum* della Corte di Strasburgo, il tema non era neppure avvertito, almeno in tempi recenti, ¹⁴³ come particolarmente delicato o problematico. Esiste, allora, un *prima* e un *dopo* Drassich. E ciò che separa un *prima* da un *dopo*, fa storia, perché, *misura* la storia. Imprescindibile, allora, un rapido sguardo sull'*iter* processuale del caso e sulle questioni giuridiche che in esso hanno avuto maggiore rilevanza. All'imputato, giudice fallimentare, era stato contestato di avere designato personalmente i curatori e commissari giudiziari in numerose procedure concorsuali e di avere, a tale scopo, falsificato i rispettivi decreti di nomina (che, secondo la legge, devono obbligatoriamente essere adottati collegialmente), nonché, di aver calcolato le retribuzioni dei professionisti, così individuati, attenendosi alle "tabelle massime" fissate dalla legge, percependo, in cambio, vantaggi patrimoniali da parte di alcuni tra i suddetti professionisti. ¹⁴⁴ Per tali condotte, il tribunale di Venezia, con sentenza resa in data 21/10/1998, dichiarava Drassich colpevole dei reati di falso continuato in atti pubblici fidefacienti e di corruzione continuata per atti contrari ai doveri di ufficio, limitatamente a determinate dazioni di danaro e di donativi, condannandolo alla pena di anni tre di reclusione, oltre al risarcimento del danno in favore del Ministero della Giustizia, costituito parte civile. ¹⁴⁵ Accogliendo in parte l'impugnazione del p.m., la Corte d'Appello di Venezia estendeva il giudizio di responsabilità per il reato di corruzione ad ulteriori scambi corruttivi che il giudice di primo grado aveva ritenuto coperti dalla prescrizione ovvero non provati come reato, e rideterminava la pena in anni tre e mesi otto di reclusione, confermando le restanti disposizioni della sentenza

¹⁴² CAIANIELLO, *op. cit.* p.176. Del tema si parlerà comunque più affondo nel cap. 2

¹⁴³ Come si vedrà nel cap. 2 ad inizio novecento, invece, la materia agitava il dibattito tra gli operatori ed i teorici del diritto processuale.

¹⁴⁴ Cfr. PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in "Diritto penale e processo", 2008, 12, p. 1597.

¹⁴⁵ V. CASS. PEN. SEZ. IV n. 23024/2004.

gravata.¹⁴⁶ La vicenda approdava in Cassazione su ricorso dell' imputato. La Corte si pronunciava con la sent. 23024/2004, resa dalla IV sez penale. Ritenuti infondati i motivi di ricorso, i giudici reputavano astrattamente configurabile l'estinzione del reato di cui all' art. 319 c.p. per intervenuta prescrizione, come prospettato dalla difesa, ma non procedevano alla conseguente declaratoria perché stimavano doversi riqualificare i fatti in esame come corruzione in atti giudiziari ex art. 319 *ter* c.p. Ne derivava che <<la diversa e più grave qualifica attribuita ai fatti corruttivi destitui[sse] di fondamento le doglianze sulla mancata declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, non essendo ancora maturato il termine di cui al combinato disposto degli artt. 157-160 c.p. in relazione alla pena edittale stabilita dall'art. 319 *ter* c.p. [...]>>.¹⁴⁷ Il condannato non si arrendeva e adiva la Corte Europea dei Diritti dell' uomo, lamentando, in particolare, <<l'iniquità del procedimento penale a suo carico a causa della riqualificazione dei fatti per i quali era stato perseguito e dell' impossibilità di difendersi dalla nuova accusa>>¹⁴⁸ e, dunque, per la conseguente violazione dell' art.6 CEDU, diritto ad un equo processo. In realtà, come precisato dalla stessa sentenza, il Drassich non contestava tanto il diritto delle autorità nazionali di riqualificare i fatti, quanto le condizioni in cui una tale riqualificazione era intervenuta e il fatto di non esserne stato informato in tempo utile così da non avere mai avuto la possibilità di preparare la propria difesa rispetto alla nuova accusa o di discuterne la fondatezza; prerogative, queste, riconosciute, invece, dall' art. 6 §3 CEDU. Per il ricorrente, la riqualificazione del fatto aveva arrecato gravi ripercussioni sulla pena che gli era stata inflitta. Infatti, se il delitto di corruzione fosse stato dichiarato prescritto, il calcolo della pena globale nei suoi confronti sarebbe stato inferiore a tre anni di reclusione ed egli avrebbe potuto beneficiare di una misura alternativa alla detenzione.¹⁴⁹ Di segno opposto le asserzioni del Governo italiano per il quale <<la riqualificazione operata dalla Corte di Cassazione non [aveva] in alcun modo comportato una modifica dei fatti ascritti al ricorrente all'inizio del procedimento. Solo il *nomen juris* del reato sarebbe stato modificato, il che rientra perfettamente nelle competenze dell'alta giurisdizione. [...] La Corte di Cassazione avrebbe applicato una giurisprudenza consolidata che le permette di rettificare la qualificazione giuridica dei fatti quando la pena che ne risulta non sarebbe

¹⁴⁶ Cfr. CASS. PEN. SEZ. IV n. 23024/2004.

¹⁴⁷ CASS. PEN. SEZ. IV n. 23024/2004.

¹⁴⁸ Causa Drassich c. Italia.

¹⁴⁹ Cfr. Causa Drassich c. Italia.

stata aggravata>>. ¹⁵⁰ Con sentenza dell' 11/12/2007 i giudici di Strasburgo accoglievano il ricorso. Secondo la Corte EDU <<l'articolo 6 § 3 a) riconosce all'imputato il diritto di essere informato non solo del motivo dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono attribuiti e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti. [...] In materia penale, una informazione precisa e completa delle accuse a carico di un imputato, e dunque la qualificazione giuridica che la giurisdizione potrebbe considerare nei suoi confronti, è una condizione fondamentale dell'equità del processo>>. ¹⁵¹ Nel caso di specie, tale informazione non vi era stata e quindi la Corte riteneva che fosse stata perpetrata a danno del ricorrente una violazione del diritto ad essere informato in maniera dettagliata della natura e dei motivi dell'accusa formulata nei suoi confronti, nonché del suo diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie alla preparazione della sua difesa.¹⁵² . Preso atto che il condannato non aveva avanzato alcun istanza volta all' ottenimento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione, la Corte concludeva che, al fine di conseguire una piena attuazione della sua stessa pronuncia e la *restituito in integrum* del ricorrente, <<un nuovo processo o una riapertura del procedimento, su richiesta dell'interessato, rappresenta[va] in linea di principio un mezzo appropriato per porre rimedio alla violazione constatata. [corsivo nostro, ndr.]>>. ¹⁵³

A questo punto, forte di una giurisprudenza che, in un consimile caso, aveva ritenuto applicabile l' istituto dell'ineseguibilità del giudicato,¹⁵⁴ Drassich proponeva incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p. dinnanzi alla Corte di Appello di Venezia, giudice competente ai sensi dell' art. 665 c.p.p. L' iniziativa si risolveva con una pronuncia sorprendente e, se non proprio *extra ordinem*, quanto meno "creativa".¹⁵⁵ Infatti la Corte, oltre a dichiarare ex art.

¹⁵⁰ Causa Drassich c. Italia.

¹⁵¹ Causa Drassich c. Italia.

¹⁵² V. Causa Drassich c. Italia.

¹⁵³ Causa Drassich c. Italia.

¹⁵⁴ Era il caso Dorigo, v. *infra*.

¹⁵⁵ Parla di "singolare eccentricità", PIERRO, *op. cit.* p. 1516. Nello stesso senso, ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in "Diritto penale e processo", 2009, 6, p. 781 e AIMONETTO, *op. cit.* p. 1514. Interessanti le osservazioni sul punto di KOSTORIS., *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in "Giurisprudenza italiana", 2009, p.2514 : <<questa nuova trasmissione dell'originario ricorso per cassazione (a suo tempo rigettato dalla suprema Corte, che, in quell'occasione aveva proceduto però a una riqualificazione giuridica del fatto) sembrerebbe, infatti, presentare i profili di un atto abnorme, in quanto esorbitante dalle competenze di un giudice

670 c.p.p. l'ineseguibilità parziale del giudicato, ordinava anche «la trasmissione del ricorso per cassazione del D. contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte di Appello di Venezia alla Corte di cassazione». Il giudice riteneva così di «dare parziale attuazione alla sentenza 11 dicembre 2007 della Corte europea dei diritti dell'uomo». ¹⁵⁶ In altre parole, la Corte veneziana non riteneva di rinvenire nell' art. 670 uno strumento esaustivo per attuare il *dictum* della Corte di Strasburgo ma, al tempo stesso non individuava una valida alternativa, delegando codesto compito, in modo “formalmente ardito”, alla Cassazione. Alla Suprema Corte si rivolgeva comunque anche lo stesso Drassich che, avverso il provvedimento conclusivo del procedimento di esecuzione, presentava un ulteriore ricorso, con il quale erano riproposte le domande disattese dal giudice dell'esecuzione; in un secondo tempo, con apposita memoria, il condannato avanzava anche espressa richiesta di riapertura del procedimento dinanzi alla Corte regolatrice, al fine di «ottenere, previo annullamento del capo di imputazione concernente il delitto oggetto del cambiamento del *nomen iuris*, la declaratoria di estinzione dei reati di corruzione originariamente contestati». ¹⁵⁷ La VI Sezione si trovava, da un lato, nella necessità di non lasciare inattuata la pronuncia CEDU, con il rischio, tra l' altro, di esporre lo Stato italiano all' inadempimento di un obbligo internazionale, ¹⁵⁸ dall' altro, di fronte all' assenza nel diritto positivo di uno strumento espressamente finalizzato a riaprire un processo chiuso dal sigillo del giudicato, quando ciò fosse necessario per dare attuazione ad una decisione della Corte di Strasburgo che in esso avesse ravvisato profili di ingiustizia. La Cassazione si impegnava, così, a ricercare una soluzione che ben contemperasse le esigenze di legalità processuale e giustizia convenzionale, consapevole che «è dovere [...] primario della giurisdizione verificare, mediante la corretta e rigorosa applicazione dei criteri ermeneutici, se la disciplina processuale abbia già una regola che, in considerazione dei contenuti e della specificità del caso, renda

dell'esecuzione e comunque non previsto dal sistema. A rigore, dunque, ne avrebbe dovuto discendere l' irricevibilità, come non aveva mancato di rilevare nella sua requisitoria il procuratore generale. Il suo accoglimento evidentemente si è basato sulla considerazione che questa avrebbe potuto essere l'unica strada per avviare un nuovo procedimento (individuato in questo caso nel ricorso straordinario per cassazione), attraverso il quale si potesse porre rimedio alla violazione del contraddittorio contestata dalla Corte europea».

¹⁵⁶ CASS. PEN. SEZ.VI n. 45807/2008.

¹⁵⁷ PIERRO, *ibidem*.

¹⁵⁸ V., *infra*, par. successivo.

percorribile l'attuazione di un *decisum* del giudice europeo>>. ¹⁵⁹ Il presupposto era che per dare esecuzione alla pronuncia della Corte europea, nel caso di specie, si rendeva necessario non un nuovo giudizio di merito, ma solo il rispetto della garanzia del contraddittorio anche sulla diversa definizione del fatto che il giudice di legittimità aveva operato *ex officio*. Da ciò la necessità di <<rescindere la sentenza resa all'esito di un "giudizio di legittimità iniquo" e di eliminare l'anomalia già individuata e definita, mettendo in condizione l'imputato e la sua difesa di esercitare il diritto di interloquire sulla diversa definizione giuridica del fatto>>. ¹⁶⁰ E l'unico istituto in grado di conseguire tale obiettivo era, *all'epoca*, quello regolato dall' art. 625 *bis* c.p.p. Esattamente quello che individuava il collegio. L'impiego di tale rimedio processuale consentiva, infatti, <<una parziale "rimozione" del giudicato, nella parte in cui esso si e[ra] fondato nel giudizio di legittimità mediante un *vulnus* al diritto di difesa, che si e[ra] tradotto in una "iniquità" della sentenza>>. ¹⁶¹ Onde potervi ricorrere, però, visto che esso non era stato evidentemente pensato per questo scopo, si doveva operare un vero e proprio "ragionamento <<per analogia>>", la cui praticabilità, la Corte stessa, passava ad analizzare. L'esito era positivo. Non si incorreva nei divieti posti dall'art. 14 disp. gen. cc.; non si era in presenza di una norma penale incriminatrice; l'argomento per similitudine conduceva a effetti in *bonam partem*; la norma, infine, non si caratterizzava per eccezionalità rispetto al sistema processuale. ¹⁶²

¹⁵⁹ CASS. PEN. SEZ.VI n. 45807/2008.

¹⁶⁰ CASS. PEN. SEZ.VI n. 45807/2008.

¹⁶¹ CASS. PEN. SEZ.VI n. 45807/2008.

¹⁶² Va detto che la soluzione è stata oggetto di critiche numerose (v. AIMONETTO, *op. cit.* p. 1514 e ss.; LOGRILLO, *La diversa definizione del fatto nel giudizio di cassazione e il metodo del contraddittorio*, in www.treccani.it, p. 4 e ss.; PIERRO, *op. cit.*, p. 1522 e ss.; ZACCHÈ, *op. cit.* p. 784) ma non unanimi (v. CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte Europea dei Diritti dell' uomo*, in "Cassazione Penale" n. 4, 2009, p. 1466 e ss.; ma anche IACOBACCI, *op. cit.* p. 6-7, A. GAITO - G.RANALDI, *Esecuzione penale*, Giuffrè, Milano, 2005 , p. 46, e NEGRI, *Nel bilanciamento tra valori fondamentali deve prevalere il diritto all'equo processo*, in Guida dir.,2009, n. 11.. p. 62). Questi, in sintesi, gli argomenti a confutazione del percorso argomentativo seguito dalla Corte: <<il ricorso per errore di fatto, a differenza del ricorso per errore materiale, è un vero e proprio mezzo d'impugnazione. Ne segue che ad esso vanno applicate le regole generali in materia, primo fra tutti il principio di tassatività dal quale viene desunto uno specifico divieto d'analogia .Non solo: anche qualora si reputasse possibile l'interpretazione analogica nondimeno, questa sarebbe impedita dalla natura eccezionale del rimedio, per definizione "straordinario", dato che si colloca "a valle del giudicato" [...] Né, a giustificare l'analogia, sembra pertinente il richiamo agli effetti in *bonam partem* quale esito del "ragionamento per similitudine". È vero che l'errore in cui sarebbe incorsa la Corte nel caso

In un pregevole sforzo nomofilattico, peraltro, la Corte si adoperava anche a ricercare una soluzione idonea a *prevenire* episodi come quello che aveva interessato il Drassich, con conseguente *vulnus* ai principi convenzionali del *fair trial* e pronuncia di condanna a carico dell' Italia da parte della Corte di Strasburgo. Premesso che il potere di riqualificare i fatti in sentenza non è ontologicamente incompatibile con i principi del giusto processo ma anzi costituisce <<una funzione indefettibile del giudice>>, ¹⁶³ il problema era (e volendo ancora è) trovare modalità che, ferma la prerogativa dell' organo giurisdizionale, consentissero (e consentano) il pieno esercizio dei diritti di difesa. Tale obiettivo, a detta dei Supremi giudici, poteva (e, come si dirà,

Drassich pregiudica il di diritto di difesa dell'imputato e va contro la giurisprudenza della Corte europea. Esso consiste, però, in un'interpretazione non allineata dell'indirizzo della giurisprudenza europea in materia di riqualificazione del reato. In tal senso, pare cadere il presupposto argomentativo posto a fondamento della lettura "espansiva" dell'art. 625 *bis* c.p.p. Nel delineare l'ambito d'operatività del ricorso straordinario, la Corte ha sempre asserito che "gli errori d'interpretazione delle norme giuridiche, sostanziali o processuali [...] anche se dovuti ad ignoranza di indirizzi giurisprudenziali consolidati, non possono essere fatti valere a mezzo del ricorso straordinario">>- (ZACCHÈ, *ibidem*) Non tutte queste critiche paiono, però, insormontabili. A parte il fatto che, all'epoca, se si fosse voluta conseguire la *restitutio in integrum*, con riapertura del processo, non esistevano valide alternative al 625 *bis*, (come si vedrà al par. successivo, l'unica altra opzione, l'art. 670 c.p.p. presenta, in questo particolare frangente, limiti difficilmente superabili) e che l'utilizzazione del 625 *bis* era stata "suggerita" (così, CAIANIELLO, *op. cit.* p. 1468) dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza 129/2008, predicare l'inadoperabilità *tout court*, in questo settore, del ragionamento per analogia, significava e significa anche escludere il ricorso all'applicazione dell'art. 670 c.p.p. (v. *supra*) dato che è per *analogia* (cfr. IACOBACCI, *op. cit.* p. 7.) che si afferma che le sentenze della CEDU determinano una inesistenza del titolo esecutivo, e, quindi, la formazione di un giudicato apparente con conseguente sospensione dell'esecuzione ed eventuale liberazione del condannato. In sostanza, senza analogia si sarebbe esclusa ogni possibilità di adeguamento - anche imperfetto come quello realizzabile ex art. 670 c.p.p. - alla Raccomandazione (2000)2 (v. *infra*) che non fosse passato per un intervento del legislatore, *ça va sans dire* ogni forma di adeguamento *tout court*. Risultato, questo, teoricamente comprensibile ma praticamente inaccettabile. In realtà, comunque, il problema era ed è a monte ed era ed è di tipo culturale. La Corte di Cassazione ha, cioè, dovuto fare i conti con il ruolo che il giurista è chiamato ad interpretare nell'età contemporanea, l'era della postmodernità e del pensiero *flou*. <<Il giurista contemporaneo si trova assai di frequente nella condizione di dover ricercare ben prima che applicare, il diritto positivo vigente e, nel far ciò, si imbatte quotidianamente in problemi di comparazione tra ordinamenti, interpretazione di stili e tecniche normative, bilanciamento tra valori, selezione di ragioni ed argomenti, universalizzazione dei diritti. In tal senso, proprio l'inarrestabile frammentazione del diritto contemporaneo sembra richiedere al giurista un'attitudine problematica ed il compiuto dominio dell'arte del ragionamento, dunque una precipua capacità sia di individuare regole e soluzioni pratiche, che di rintracciare le ragioni atte a giustificarle>>. (PUNZI, A., *Diritto In.formazione*, G.Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 27).

¹⁶³ CASS. PEN. SEZ. VI n. 45807/2008.

potrebbe) già essere conseguito, *de iure condito*, mediante una lettura *correttiva* dell'art. 521 c.p.p., norma che, dunque, <<va applicata e interpretata nel senso che la qualificazione giuridica del fatto diversa da quella attribuita nel giudizio di merito, riconducibile a una funzione propria della Corte di cassazione, richiede, però, una condizione imprescindibile per il suo concreto esercizio: l'informazione di tale eventualità all'imputato e al suo difensore, informazione che, qualora manchi una specifica richiesta del pubblico ministero, va formulata dal Collegio con un atto che ipotizzi tale eventualità>>. ¹⁶⁴ Su tali assunti ci si soffermerà, comunque, in seguito. Tornando alla vicenda processuale, si disponeva, la revoca della sentenza 4/02/2004 resa dalla stessa Cassazione limitatamente al *decisum* relativo ai fatti corruttivi qualificati come reati di corruzione in atti giudiziari ex art. 319 *ter* e si ordinava <<una nuova trattazione del ricorso proposto da D. M. contro la sentenza 12 giugno 2002 della Corte d'Appello di Venezia, limitatamente al punto della diversa definizione giuridica data al fatto corruttivo rispetto a quella enunciata nell'imputazione e poi ritenuta dai giudici di merito>>. ¹⁶⁵ Si celebrava così un nuovo giudizio di Cassazione davanti alla medesima VI Sezione in cui al Drassich veniva garantito ampio spazio per esercitare il contraddittorio sul tema giuridico, essendo stato questi debitamente informato circa la possibilità che i fatti a lui ascritti e qualificati dai giudici di merito come corruzione "semplice" ex art. 319 c.p. potessero essere riqualificati come concretanti corruzione in atti giudiziari ai sensi dell'art. 319 *ter* c.p. Per altro, *auditis partibus*, i giudici, rigettate tutte le doglianze della difesa, respingevano il ricorso e, attribuito ai fatti il diverso *nome iuris* prospettato, condannavano l'imputato al pagamento delle spese processuali.¹⁶⁶ La vicenda, però, era ben lontana dal concludersi, perché, nel frattempo, la Corte Costituzionale pronunciava la sentenza 113/2011, introducendo la cd. revisione europea.¹⁶⁷ Il condannato decideva di avvalersene e presentava così istanza di revisione avverso la sentenza 12 giugno 2002 della Corte di Appello di Venezia (cioè il provvedimento giurisdizionale divenuto definitivo ed esecutivo, al netto delle complesse vicende successive di cui si è dato conto *supra*); l'istanza veniva, però, rigettata dalla competente Corte di Appello di Trento e la vicenda approdava così, per la quarta, e, finora, ultima volta, in Cassazione, stavolta davanti alla II Sezione. Ora, la corte trentina, aveva

¹⁶⁴ CASS. PEN. SEZ. VI n. 45807/2008.

¹⁶⁵ CASS. PEN. SEZ. VI n. 45807/2008.

¹⁶⁶ Cfr. Cass. Pen. Sez. VI n. 36323/2009.

¹⁶⁷ Su cui v. *infra*, il paragrafo successivo.

ritenuto che la nuova udienza fissata avanti alla Corte di cassazione, con congruo anticipo rispetto alla data di effettiva celebrazione, avesse assicurato il pieno rispetto dei diritti dell'imputato, come stabilito dalla Corte di Strasburgo, pronuncia da cui non era, infatti, sorto il generico ed incondizionato diritto ad un nuovo processo. Del resto, la Corte costituzionale, con la citata sentenza 113/2011, aveva sottolineato che la riapertura del procedimento deve essere valutata in rapporto <<alla violazione accertata [...] tenendo conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta>> e, nel caso di specie, la *restituito in integrum* si era pienamente realizzata nel "nuovo giudizio di Cassazione", ove era stata assicurato all'imputato la completa informazione circa l'addebito, ivi compresa la qualificazione giuridica, e l'esercizio dei conseguenti diritti di difesa, e cioè proprio le prerogative in cui doveva essere reintegrato.¹⁶⁸ Tale lettura veniva sostanzialmente sposata dalla Suprema Corte che, disattese le doglianze difensive e rigettato il ricorso, poneva, con la sentenza 37413/2013 – definitivamente? – fine al caso Drassich.¹⁶⁹

1.3. GIUSTIZIA PENALE CEDU ED ORDINAMENTI NAZIONALI

La vicenda giudiziaria appena riassunta rende palese la complessità dei rapporti tra processo penale nazionale e sistema di giustizia CEDU. Su tale tematica è utile soffermarsi, sia perché essa ha profonde ricadute sulle questioni che si affronteranno nel prosieguo della ricerca, sia perché ciò consente di precisare alcuni punti solo sommariamente accennati, e che, invece, sono di grande interesse teorico.

1.3.1. IL SISTEMA CEDU

Innanzitutto non è superfluo chiarire, seppur sinteticamente, quali siano la natura ed il contenuto della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell' Uomo e delle Libertà fondamentali.¹⁷⁰ Ancorché di capitale importanza per gli attuali assetti della giustizia penale italiana, da un punto di

¹⁶⁸ CASS. PEN. SEZ. II n.37413/2013.

¹⁶⁹ Sugli spunti che tale ultima pronuncia offre in relazione al tema del diritto alla prova a seguito di riqualificazione officiosa del fatto, v. cap. 3 e, per un primo inquadramento, *supra*, nota 140.

¹⁷⁰ Da ora in poi, per brevità, CEDU, secondo l' acronimo già impiegato nei precedenti paragrafi.

vista giuridico formale, la CEDU altro non è se non un trattato internazionale, come tale soggetto, in linea di massima, e salvo quanto si dirà, al regime normativo delle fonti transnazionali di tipo pattizio.¹⁷¹ Della Convenzione, stipulata nel 1950,¹⁷² sono attualmente parti contraenti tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa.¹⁷³ Oltre al *corpus* di 59 articoli, alla CEDU sono stati successivamente aggiunti vari Protocolli, tra cui in particolare si segnala il n. 11, in vigore dal 1.11.1998, che ha provveduto alla fusione dei due organi che prima esercitavano il controllo sul rispetto dei diritti tutelati – la Commissione e la Corte europea dei diritti dell' uomo - in una Corte unica.¹⁷⁴ Come risulta evidente dalla stessa intitolazione, la CEDU garantisce un'ampia protezione¹⁷⁵ dei diritti umani fondamentali, tra cui assumono una particolare importanza per la disciplina penalistica e processualpenalistica:¹⁷⁶ il diritto alla vita (art. 2), la proibizione della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti (art. 3), i diritti dei soggetti privati della libertà personale (art. 5), la presunzione di innocenza (art 6 §2), il principio del *nulla poena sine lege* (art. 7), il diritto all' impugnazione in materia penale (Art. 2 del Protocollo Addizionale N.7) ed il principio del *ne bis in idem* (art. 4 del Protocollo Addizionale N.7); oltre, naturalmente, all' art. 6 §1 e 3 concernenti, secondo quanto si è visto, il *fair trial*. Per quanto considerevole possa essere il contenuto di tali previsioni, ciò che, però, più rileva, sotto il profilo giuridico formale, è la loro *forza normativa*, da cui discende il carattere della *precettività*. Infatti, lungi dal

¹⁷¹ Sicché, ad esempio, come fa notare SATZGER, *op. cit.* p. 147 << l'interpretazione della CEDU è governata dall' art. 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati o dal corrispondente diritto internazionale consuetudinario: ciascuna previsione deve essere interpretata secondo il significato ordinario che va dato ai termini di un trattato in relazione al loro contesto ed alla luce dell' oggetto e dello scopo>>.

¹⁷² In particolare a Roma, il 4 novembre 1950, ma la CEDU entrò in vigore solo il 3 settembre 1953, dopo essere stata ratificata da tutti e 10 Paesi originariamente contraenti. Cfr. SATZGER, *ibidem*.

¹⁷³ Organizzazione internazionale con sede a Strasburgo, istituita col Trattato di Londra del 5 maggio 1949 ed a cui attualmente aderiscono 47 Paesi. Al fine di perseguire gli scopi individuati nel Trattato, su tutti il rafforzamento della coesione intorno ai comuni principi dello Stato di Diritto, il Consiglio d'Europa favorisce la stipula di convenzioni internazionali aperte alla sottoscrizione degli Stati membri. Nell' alveo di tali convenzioni, predisposte in seno al Consiglio ma che acquisiscono una realtà giuridica autonoma da esso, si situa anche la CEDU la quale, per altro, può essere ratificata solamente da una Parte Contraente del Consiglio d' Europa; mentre un' aspirante Parte Contraente non può accedere al Consiglio d' Europa se non ratificando la CEDU, anche se la UE potrà stipulare la Convenzione, senza dover entrare nel Consiglio. Cfr. SATZGER, *op. cit.* p.145.

¹⁷⁴ V. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, VIII, Napoli, 2010, p.174

¹⁷⁵ << Che spesso risulta assai più dettagliat[a] ed avanzat[a] di quella che normalmente le Costituzioni, anche le più moderne, prevedono.>> Così CONFORTI, *op. cit.*, p. 202.

¹⁷⁶ V. SATZGER, *op. cit.*, p.152.

costituire mere dichiarazioni di intenti o enunciazioni di natura politica, le prescrizioni della Convenzione *vincolano* le Alte Parti Contraenti, innanzitutto secondo il principio generale del diritto internazionale consuetudinario *pacta sunt servanda*. <<Quale conseguenza dell'effetto direttamente vincolante derivante dalla Convenzione, le Parti Contraenti sono obbligate a garantire a tutti i soggetti posti sotto la propria giurisdizione i diritti sanciti dalla Convenzione medesima>>. ¹⁷⁷ Attraverso il classico strumento del diritto internazionale, il *pactum*, la Convenzione ha, dunque, iniziato ad erodere (secondo un processo lento ma inesorabile ¹⁷⁸) proprio uno dei dogmi più consolidati del diritto dei rapporti tra Nazioni, il c.d. dominio riservato o competenza interna (*domaine réservée, domestic jurisdiction*), espressione con cui si intende indicare le materie delle quali il diritto internazionale, sia consuetudinario che pattizio, si disinteressa e rispetto alle quali lo Stato è conseguentemente libero da obblighi; e tradizionalmente tra di esse, venivano fatti rientrare, per eccellenza, proprio i rapporti tra lo Stato ed i propri sudditi. ¹⁷⁹ Pur se vincolante per le Alte Parti Contraenti, la Convenzione non prescrive, tuttavia, quale rango nella gerarchia delle fonti essa debba avere in ogni Stato membro. Infatti <<tutti gli aspetti dell' implementazione [...] rimangono questioni aperte nella CEDU e devono essere decise dalle Parti Contraenti>>. ¹⁸⁰ Detto altrimenti, purché la Parte Contraente rispetti la Convenzione, che posizione essa rivesta nell' ordinamento interno è questione puramente attinente al diritto dello Stato membro. Non stupisce, allora, che ciò abbia condotto a soluzioni differenziate tra i principali Paesi europei. Così, a titolo esemplificativo, ¹⁸¹ si ricorda che in Olanda, Belgio, Lussemburgo e Svizzera la CEDU ha prevalenza assoluta sulle fonti di diritto interno, perfino sulla Costituzione, mentre in Austria il rango della Convenzione è pari a quello della "Legge Costituzionale federale della Repubblica". Al contrario, in

¹⁷⁷ SATZGER, *op. cit.*, p.146

¹⁷⁸ Iniziato, per vero, con la stipula della Dichiarazione Universale dei diritti dell' uomo nel 1948 e proseguito, tra gli altri, solo per citare i trattati più significativi, con: la Convenzione interamericana sui diritti umani, la Carta africana dei diritti dell' uomo e dei popoli e soprattutto i due Patti delle Nazioni unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali.

¹⁷⁹ In questo senso CONFORTI, *op. cit.* p. 200-201. Conf. SATZGER, *op. cit.* p. 145: <<Originariamente, il diritto internazionale era concepito quale una branca del diritto che governava le relazioni fra Stati sovrani. Il trattamento degli abitanti di ciascuna Nazione era escluso dal suo ambito operativo e rimaneva un "*domaine réservée*" del rispettivo Stato.>>

¹⁸⁰ SATZGER, *op. cit.*, p.146

¹⁸¹ Per maggiori dettagli si rinvia ancora a SATZGER, *ibidem*

Germania, anche se il punto non è del tutto pacifico,¹⁸² la CEDU ha il rango della legge ordinaria, quantunque, secondo la Corte di Karlsruhe, quest'ultima debba venir interpretata in modo il più possibile conforme alla prima. In una posizione intermedia si trovano la Francia e la Spagna, ove la Convenzione è subordinata alla Costituzione ma sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. La stessa soluzione, secondo le oramai celeberrime sentenze costituzionali 348 e 349 del 2007, è accolta nell'ordinamento italiano. Con tali pronunce, il Giudice delle Leggi ha ricostruito il rapporto tra Convenzione ed ordinamento interno, collocando le norme CEDU ad un livello immediatamente sottordinato alla Costituzione ed alle leggi costituzionali e subito sopraordinato alla legge ed agli atti aventi forza di legge; si tratta, cioè, di "norme interposte" tra i due livelli, superprimario e primario, della gerarchia delle fonti interne. Le previsioni convenzionali, infatti, attraverso il meccanismo di adattamento previsto dall'art. 117, I, Cost.,¹⁸³ integrano, salvo quanto subito si preciserà, il relativo precetto costituzionale e diventano esse stesse parametro di legittimità per le altre norme dell'ordinamento di fonte primaria. Da ciò discende, per il giudice, l'obbligo di interpretare la previsione di diritto interno in modo non solo costituzionalmente ma anche convenzionalmente orientato, tenendo conto, però, che le norme CEDU "vivono" nell'esegesi che è loro data dalla Corte di Strasburgo.¹⁸⁴ Quest'ultimo punto è specificato da un'ulteriore pronuncia costituzionale, la sent. 49/2015, che ha messo in luce come la doverosa osservanza degli indirizzi interpretativi adottati dal giudice convenzionale non implica, tuttavia, per il giudice interno, appiattimento acritico o prona subordinazione ai medesimi. In effetti, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, il magistrato giudicante è, ai sensi dell'art. 101 Cost., soggetto solo alla legge ed è da essa, e solo da essa, che egli deve ricevere l'indicazione delle regole da applicare nel

¹⁸² Nel senso di cui al testo, comunque, la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*. Conf. PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo. (II) L'esperienza della Repubblica Federale Tedesca e di altri Paesi dell'Europa continentale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", fasc.3, 2006, p.1011 V. comunque, *amplius*, SATZGER, *ibidem*.

¹⁸³ In forza del quale: << la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali [corsivo nostro, ndr.]>>. Secondo RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in "Lineamenti di diritto pubblico" a cura di Franco Modugno, G. Giappichelli Editore - Torino, II ed., 2010, p. 617 << l'art. 117, I, Cost. agisce realizzando "un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati (sent. n. 349/2007)" >>.

¹⁸⁴ Cfr. , *ex plurimis*, BIONDI, *op. cit.*, p.1477.

giudizio, senza che nessun'altra autorità possa impartirgli ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto. Al contempo, però, <<corrisponde [...] ad una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo>>. ¹⁸⁵ Da ciò, la necessità di bilanciare le istanze di conformazione alla giurisprudenza CEDU, veicolate per il tramite dell' art. 117, I, Cost. e di autonomia interpretativa, fondate sul 101, II, Cost. Secondo la Corte, tale contemperamento si raggiunge riconoscendo in capo al giudice il dovere di <<uniformarsi alla "giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente">> e negando, correlativamente, che un consimile obbligo possa predicarsi <<a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo>>. ¹⁸⁶ Ad ogni modo, il giudice deve adoperarsi, utilizzando tutti i canoni ermeneutici riconosciuti dall' ordinamento, a vagliare la compatibilità della norma interna con il parametro convenzionale, ne abbia assunto o meno, secondo quanto appena specificato, il senso attribuito dalla Corte EDU; solo se il tentativo da esito negativo, appalesandosi un contrasto irrimediabile, sotto il profilo esegetico, fra previsione interna e disposizione costituzionale, il giudice è tenuto a rimettere la questione alla Corte Costituzionale, sollevando l' incidente di costituzionalità per violazione del parametro di cui all'art.117, I, Cost. ¹⁸⁷ Anche laddove la Corte Costituzionale concordasse con il giudice *a quo* circa

¹⁸⁵ CORT. COST. 49/2015.

¹⁸⁶ Al riguardo la sentenza 49/2005 ha cura di fare due importanti precisazioni. Innanzitutto il ragionamento sui limiti della vincolatività della giurisprudenza CEDU per il giudice interno, non si applica quando il *dictum* della Corte di Strasburgo intervenga nell' ambito della medesima vicenda su cui è chiamato poi a pronunciarsi nuovamente il giudice nazionale <<perché cessino, doverosamente, gli effetti lesivi della violazione accertata>> (l' ipotesi è quella, rilevante proprio per la nostra ricerca, di riapertura del processo per dare attuazione ad una sentenza CEDU) In questo caso, <<il giudice comune non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo>> In secondo luogo, la Corte chiarisce quali sono gli indici, comunque da valutare a seconda dei casi concreti, rivelatori dell' assenza di un "orientamento consolidato": << la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano>>.

¹⁸⁷ In questo senso, ancora, BIONDI, *ibidem*.

la valutazione di insanabilità ermeneutica del contrasto, l' esito del giudizio di costituzionalità non sarebbe, però, affatto scontato. Infatti <<le disposizioni della CEDU “integrano” il parametro costituzionale, ma non acquistano la forza delle norme costituzionali, rimanendo pur sempre “ad un livello sub-costituzionale” (sent. n. 348/2007) e, come tali, soggette al controllo di costituzionalità. Per poter integrare il parametro le norme internazionali pattizie devono essere [...] “conformi a Costituzione”.>>¹⁸⁸ Sicché, qualora la Corte dovesse ritenere la disposizione convenzionale invocata quale parametro del giudizio di costituzionalità, non conforme a Costituzione,¹⁸⁹ non solo non dichiarerebbe illegittima la norma di legge interna non compatibile con il suddetto parametro ma provvederebbe a pronunciare declaratoria di incostituzionalità della legge 4 agosto 1955, n. 848, di esecuzione della Convenzione, nella parte in cui con essa si [fosse] conferita esecuzione ad una norma incostituzionale, cioè, appunto, alla previsione CEDU incompatibile con la Costituzione.¹⁹⁰ Qualora, invece, la previsione convenzionale non risulti contrastante con la Costituzione o con altre fonti di rango costituzionale, essa è perfettamente in grado di integrare la funzione di norma parametro ai

¹⁸⁸ RUOTOLO, *op. cit.*, p. 616.

¹⁸⁹ *Caveat, a tutta la Costituzione* e non solo ai principi fondamentali della stessa come invece avviene quando si dubiti della compatibilità con la Carta fondamentale delle norme comunitarie (oggi del diritto UE) secondo la cd. “teoria dei contro limiti.” Sulla distinzione, e ciò che ne consegue, tra norme convenzionali e comunitarie insiste con particolare chiarezza, CORTE COST., 348/2007: << la distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabilita dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie che vincolano lo Stato ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto>>.

¹⁹⁰ In questo senso, da ultimo, CORT. COST. 49/2015. Tecnicamente ciò avverrebbe attraverso il meccanismo, coniato dalla stessa Corte, della cd. “auto remissione”. Quando, cioè, il Giudice delle Leggi, al fine di esercitare le proprie competenze giurisdizionali, si trova a dover applicare una norma della cui costituzionalità dubiti, esso si considera quale un normale *giudice a quo* e rimette al *giudice ad quem*, cioè a se stesso, la questione, rimanendo, almeno formalmente, impregiudicato l’ esito finale del giudizio. Nel caso di specie, allora, la Corte, trovandosi a fare applicazione della norma convenzionale per decidere della violazione dell’ art. 117, I, Cost., da parte della legge interna in supposta difformità alla CEDU, se sospetta che la norma convenzionale sia essa stessa in contrasto con la Costituzione, rimette davanti a se la questione, individuando, ovviamente, come oggetto del giudizio non la CEDU, che in quanto trattato internazionale non è di per se fonte dell’ordinamento interno, ma la legge di esecuzione, appunto la l. 848/1955. E’ un meccanismo alquanto complesso ma tecnicamente ineccepibile.

sensi dell' art. 117, I, Cost e quindi la norma ordinaria con essa contrastante, sarebbe, come accennato, incostituzionale.¹⁹¹

Quanto si è finora detto non basta, però, a spiegare la forza *particolarmente* vincolante della Convenzione per il nostro ordinamento. In effetti, il principio di diritto consuetudinario generale *pacta sunt servanda* da un lato, ed il rango di fonti interposte dall' altro, valgono per tutti i trattati internazionali di cui l' Italia abbia perfezionato la ratifica.¹⁹² Per la CEDU c' è un *quid pluris*. E tale *quid pluris* è costituito proprio dalla Corte di Strasburgo e cioè dalla presenza di un' <<istituzione *chiamata a garantire il rispetto della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell' Uomo da parte degli Stati contraenti* [e le cui, ndr.] *sentenze sono direttamente vincolanti per gli Stati membri della Convenzione* [corsivo nostro]>>. ¹⁹³ La presenza della Corte, *rectius*, la presenza di una Corte con potere di adottare decisioni *vincolanti*,¹⁹⁴ non rende senza conseguenze la violazioni delle norme della Convenzione, le quali sono per le Alte Parti Contraenti, non solo valide ed efficaci, ma anche *concretamente effettive*, cioè *idonee ad essere osservate in concreto in quanto sorrette, nell' ipotesi di inosservanza, da un apparato sanzionatorio*. Lo Stato che non rispetti i propri impegni può essere *condannato* (si vedrà a breve *a che cosa*) da una Corte che ha su di esso *giurisdizione*. Certo, il fondamento di tale giurisdizione è esso stesso pattizio, risiedendo nel Trattato di Roma del 1950 istitutivo della Corte posta a presidio dell' osservanza della Convenzione. Ed in questo senso, è vero che la funzione giurisdizionale internazionale (inteso il termine giurisdizione in senso lato, quale accertamento vincolante del diritto) ha ancor oggi fondamentalmente natura arbitrare, essendo ancorata al principio per cui un giudice internazionale *non può giudicare se la sua giurisdizione non è stata preventivamente accettata da tutti gli Stati parti di una controversia*.¹⁹⁵ Eppur tuttavia le similitudini con l' arbitrato si arrestano qui, in quanto la CEDU è massima espressione di una tipologia, invero sempre più diffusa, di <<organi giurisdizionali internazionali che hanno competenze settoriali e che il più delle volte presentano caratteristiche diverse dall'arbitrato, sia perché già per disposizione dei loro

¹⁹¹ In argomento si v., anche, l' approfondita trattazione di Malfatti – Panizza, – Romboli, , *Giustizia Costituzionale*, G. Giappichelli Editore – Torino, III, 2011, p. 363 e ss.

¹⁹² La qual cosa avviene notoriamente con il deposito degli strumenti di ratifica.

¹⁹³ BILANCIA, Francesco, voce *Corte europea dei diritti dell' uomo*, in “Dizionario Costituzionale”, *op. cit.*

¹⁹⁴ Inequivoca la rubrica dell' art. 46 CEDU: “forza vincolante ed esecuzione delle sentenze.”

¹⁹⁵ Cfr. CONFORTI, *op. cit.* p. 428.

trattati istitutivi possono essere aditi unilateralmente, *sia perché alcuni di essi sono aperti anche agli individui [corsivo nostro]>>*.¹⁹⁶ Ed è proprio quest'ultimo punto che, come si diceva, segna la netta discontinuità della Convenzione rispetto al tradizionale paradigma dell' accordo internazionale, inteso a regolare rapporti tra Stati i cui cittadini rimangono soggetti, in via esclusiva, alla sovranità della Nazione di appartenenza. Non a caso, <<il ricorso individuale - considerato una vera e propria rivoluzione nel campo della giurisdizione internazionale all' epoca in cui venne conclusa la Convenzione, ossia nel 1950 ed ancora oggi eccezionale - ha marcato il grande successo del sistema di Strasburgo>>. ¹⁹⁷ I diritti previsti dalla CEDU sono, dunque, assistiti da specifiche garanzie giurisdizionali, potendo le relative violazioni essere fatte valere dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, avente sede a Strasburgo. Ad essa possono ricorrere non solo le Parti contraenti della Convenzione (per violazioni da parte degli altri Stati) ma, appunto, anche – novità “rivoluzionaria” sul piano dell' ordinamento internazionale – ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda di essere vittima di una violazione, compiuta da uno degli Stati contraenti, dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.¹⁹⁸ Se, allora, l' eccezionalità della Convenzione EDU si misura, paradossalmente, ma non troppo, proprio sul terreno della *reazione giuridica* ¹⁹⁹ alle *sue violazioni*, è imprescindibile gettare uno sguardo più approfondito sulle forme e sui modi in cui tale reazione si concreta.

1.3.2. TUTELA DEI DIRITTI PROTETTI DALLA CEDU

Ai sensi dell' art. 1 CEDU, <<le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione. >>Peraltro, come si è detto, <<al fine di assicurare il rispetto degli impegni derivanti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli alle Alte Parti contraenti viene istituita una Corte europea dei diritti dell'uomo, dappresso denominata “la Corte”. Essa opera in modo permanente >>. ²⁰⁰ Inoltre <<la Corte può essere adita per ricorsi presentati da ogni

¹⁹⁶ CONFORTI, *op. cit.* p. 437.

¹⁹⁷ CONFORTI, *op. cit.* p. 442.

¹⁹⁸ In questo senso RUOTOLO, *op. cit.* p. 614.

¹⁹⁹ Con tale espressione si intende, sinteticamente, differenziare il sistema di giustizia convenzionale, con i tradizionali metodi di risoluzione delle controversie internazionali, in specie quelli *diplomatici* (negoziati, buoni uffici, mediazioni, ecc). V. però, l' art.39 CEDU.

²⁰⁰ Art. 19 CEDU.

persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di individui che pretenda di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non impedire in alcun modo l' esercizio effettivo di questo diritto>>.²⁰¹ Tali disposizioni, in cui si condensano i principi enunciati nel sottoparagrafo precedente, confermano inequivocabilmente che, nell' ipotesi in cui un diritto garantito dalla Convenzione sia violato, il soggetto²⁰² che abbia subito tale violazione, possa rivolgersi alla Corte. Tale facoltà non è, però, incondizionata, giacché l' art. 35, § 1, in merito ai criteri di ricevibilità, prevede che <<una questione può essere rimessa alla Corte solo dopo l'esaurimento di tutte le vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuto ed entro un periodo di sei mesi dalla data della decisione interna definitiva>>.²⁰³ La *ratio* della previsione può ben compresa solo leggendo la norma in combinato con l' art. 13 in forza del quale <<ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell' esercizio delle loro funzioni ufficiali>>. Alla lesione derivante dalla violazione di una prerogativa convenzionale deve, dunque, rimediare innanzitutto la stessa Parte Contraente nel cui ordinamento il diritto o la libertà protetti dalla CEDU siano stati offesi ed allo scopo devono essere approntati adeguati strumento di tutela. Solo allorquando ciò non avvenga, e quindi allorquando lo Stato sia venuto meno all' obbligo di ristorare il singolo per il pregiudizio patito, è dato accesso al sistema di giustizia convenzione, *ultima ratio* perché la lesione non si cristallizzi rendendo definitiva l' offesa. In sintesi, <<ai sensi degli articoli 13 e 35 CEDU, la responsabilità per la protezione dei diritti umani rimane di pertinenza delle autorità nazionali e delle Corti delle Parti Contraenti. La protezione garantita dalla CEDU è di tipo sussidiario>>.²⁰⁴ Ciò posto, è, però, lecito interrogarsi su quale genere di "protezione" invochi il ricorrente; su cosa

²⁰¹ Art. 34 CEDU.

²⁰² Come nota Satzger, *op. cit.*, p. 151 dall' art. 35 si evince che << la CEDU garantisce i diritti degli individui a prescindere dalla loro cittadinanza o dal luogo di residenza>>. Condizione necessaria e sufficiente per la legittimazione soggettiva attiva è, cioè, che il ricorrente sia comunque << soggetto alla giurisdizione di un'Alta Parte Contraente>>.

²⁰³ Inoltre, ai sensi del §2, << la Corte non prende in considerazione alcun ricorso individuale presentato in virtù dell' articolo 34 quando: a) è anonimo, o b) è sostanzialmente uguale ad un ricorso precedentemente esaminato dalla Corte o è già stato sottoposto ad un' altra istanza internazionale di inchiesta o di composizione e non contiene fatti nuovi>>.

²⁰⁴ SATZGER, *op. cit.*, p. 150

egli possa ottenere da una sentenza favorevole; su quale sia il *petitum* della domanda. Rispondere a tali interrogativi significa chiedersi che natura giuridica abbiano le sentenze della Corte di Strasburgo ma vuol dire, ancor prima e preliminarmente, domandarsi in cosa consista la tutela dei diritti assicurata dalla Corte EDU.²⁰⁵ Il tema è complesso e, di certo, non aiuta la “sfuggente genericità”²⁰⁶ delle previsioni convenzionali. Tuttavia, proprio da esse è imprescindibile partire per cercare di dare risposta ai quesiti che si sono posti. I referenti normativi della Convenzione che regolano gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo sono gli artt. 41²⁰⁷ e 46.²⁰⁸ Dal combinato disposto di tali previsioni risultano abbastanza chiaramente due dati. Innanzitutto, che <<i>giudizi resi dalla CEDU sono di natura dichiarativa. La Corte accerta o non accerta una violazione della Convenzione ma non può revocare [...] la sentenza di una corte nazionale>>,²⁰⁹ annullare atti amministrativi o dichiarare l’invalidità di leggi e fonti del diritto ad esse equiparate. In secondo luogo che, dalla sentenza CEDU la quale abbia accertato un’infrazione alla Convenzione, discende, per l’Alta Parte Contraente a cui tale violazione sia ascrivibile, l’obbligo di porvi *rimedio*.

²⁰⁵ Richiamando la tipica tripartizione processualciviltistica (cfr., per tutti, PICARDI, *op. cit.* p. 40) la tutela cognitiva, che costituisce a sua volta *species* del *genus* giurisdizione contenziosa insieme alla tutela esecutiva ed alla tutela cautelare, << si articola nelle tre forme dell’*accertamento*, della *condanna* e della *tutela costitutiva*. >> (PICARDI, *ibidem*) Queste categorie, come si vedrà, saranno utili, almeno a fini orientativi, per inquadrare la natura giuridica delle sentenze CEDU.

²⁰⁶ L’ espressione è di PIERRO, *op. cit.*, p. 1518. Con diversità d’ accenti, ma in modo sostanzialmente analogo, CARTABIA, *La CEDU e l’ orientamento italiano, rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in www.amicuscuriae.it, *op. cit.*, p. 16, che parla di “tenore letterale piuttosto prudente”.

²⁰⁷ L’ art. 41, rubricato “equa soddisfazione”, prevede che: << se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell’Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa>>.

²⁰⁸ L’ art. 46, dedicato all’ esecuzione delle sentenze CEDU, dopo aver ricordato al primo paragrafo che << le Alte Parti contraenti s’impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte per le controversie di cui sono parte>>, stabilisce al §2 che <<la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l’ esecuzione>>.

²⁰⁹ SATZGER, *op. cit.* p. 176 In questo senso anche DI PAOLA, *L’ incidenza delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’ uomo sul giudicato penale italiano*, tesi di dottorato discussa presso Università degli Studi Milano-Bicocca, p.55: << l’attività di decisione dei ricorsi individuali è [...] di natura dichiarativa in quanto la Corte procede ad una statuizione sull’esistenza o meno della lamentata violazione della Convenzione. La Corte è chiamata infatti ad accertare il rispetto da parte dello Stato convenuto dei diritti e delle libertà salvaguardati dalla Cedu e dai suoi Protocolli. nell’ambito della situazione portata a sua conoscenza, ma non ha il potere di abrogare le norme contestate, di cassare le sentenze delle giurisdizioni nazionali o di annullare gli atti amministrativi interni>>.

Tale ultimo obbligo è idoneo ad estrinsecarsi in una duplice direzione: adozione di misure individuali e generali. Infatti il dovere di conformarsi alla sentenza della Corte Edu implica, ex art. 46 Cedu, che lo Stato condannato sia obbligato non solo a versare al ricorrente le somme eventualmente accordate a titolo di equa soddisfazione,²¹⁰ ma innanzitutto, a scegliere, sotto il controllo del Comitato dei Ministri, le misure individuali e/o generali, se del caso, destinate a porre fine alla violazione accertata e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze.²¹¹ Tralasciando, per un attimo, le misure individuali, è opportuno chiarire preliminarmente cosa debba intendersi per “misure generali” ed in che cosa esse consistano. Difatti, da un punto di vista puramente giuridico formale, <<le sentenze [della Corte di Strasburgo, ndr.] non hanno un effetto *erga omnes*. Esse sono legalmente vincolanti solo per le parti della causa>>.²¹² Sicché, apparentemente, non sembrerebbe esserci alcuno spazio per misure di attuazione diverse da quelle individuali, cioè rivolte verso la vittima della violazione. Sebbene tale assunto sia tecnicamente ineccepibile, è, tuttavia, possibile parlare di effetti *lato sensu erga omnes* delle pronunce CEDU in un duplice e differente senso: sia come effetto della sentenza in relazione a casi analoghi verificati in un *medesimo ordinamento*; sia come conseguenze della decisione di Strasburgo per la risoluzione di problemi giuridici simili a quello risolto che si verificano in altri contesti statuali. In effetti, quanto al primo punto, attuare la sentenza della Corte EDU comporta anche l’obbligo per gli Stati membri di assumere *le misure generali* necessarie a prevenire nuove violazioni dei diritti in situazioni analoghe. Di fronte a violazioni ripetute e strutturali per le quali siano intervenute più condanne della Corte di Strasburgo, l’obbligo di conformarsi a tali decisioni implica, infatti e inevitabilmente, qualcosa di più che una mera risposta al singolo caso. E’ necessario, cioè, un intervento di portata generale, volte ad eliminare alla radice la causa degli inadempimenti, anche al fine di scongiurare un sovraccarico di lavoro alla Corte di Strasburgo, che altrimenti sarebbe chiamata ad intervenire a ripetizione su un elevato numero di casi, tutti simili l’uno all’altro.²¹³ Maggior cautela, e veniamo così al secondo

²¹⁰ Sul punto si tornerà a breve.

²¹¹ Sul punto TEGA, *Il seguito delle sentenze di condanna della Corte dei diritti di Strasburgo: è nato un quarto grado di giudizio?*, in www.forumcostituzionale.it, p. 2

²¹² SATZGER, *ibidem*

²¹³ In questo senso anche UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 5 : << E nemmeno è possibile trascurare che, ai sensi dell’ art. 46 Conv. eur. Dir. Uomo, adempiere alla decisione di Strasburgo comporta anche l’obbligo per gli Stati membri di assumere le misure generali necessarie a prevenire nuove

punto, è necessario impiegare quando si parla di effetti *erga omnes* delle decisioni della Corte di Strasburgo in riferimento ad ordinamenti diversi rispetto a quello che ha subito la condanna. Certamente le sentenze della Corte europea fungono da imprescindibile ausilio per chiarire, salvaguardare e sviluppare le regole e i principi contenuti nella Convenzione, contribuendo così a facilitare l'osservanza da parte degli Stati membri degli impegni assunti; ed in questo senso le decisioni della Corte europea hanno una portata che sicuramente travalica il confine dello Stato verso cui sono rivolte. Tuttavia si tratta di una "portata" meramente persuasiva,²¹⁴ da valutare tenendo conto che la Corte europea decide sempre tenendo in debito conto le peculiarità del caso concreto. Per cui, è solo con molta prudenza che si possono trasporre in un contesto diverso i principi affermati in riferimento ad un determinato ordinamento giuridico.²¹⁵

Per quanto concerne le misure individuali, va innanzitutto considerato che secondo una giurisprudenza ormai costante della Corte europea, le Alte Parti Contraenti sono libere di scegliere le misure da adottare per ottemperare ad una decisione che abbia ravvisato una violazione della Convenzione; purché, ovviamente, si tratti di misure compatibili con le conclusioni della Corte.²¹⁶ Da questo punto di vista, occorre però sottolineare che la Convenzione spinge chiaramente per una scelta che consenta, ove possibile, la *restitutio in*

violazioni dei diritti in situazioni analoghe ... anche per evitare un sovraccarico di lavoro alla Corte di Strasburgo, che altrimenti sarebbe chiamata ad intervenire a ripetizione su un elevato numero di casi, tutti simili l'uno all'altro>>. Per altro, proprio per fare fronte a tale problematica, la Corte di Strasburgo ha introdotto, prima in via di prassi e poi con un'apposita modifica al regolamento della Corte, le cd. "sentenze pilota". In estrema sintesi, ai sensi dall'art. 61 del Regolamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, entrato in vigore il 21 febbraio 2011, si prevede che: <<la Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso rilevano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dar luogo alla presentazione di ricorsi analoghi; che nella sentenza pilota si indichi la natura del problema strutturale e il tipo di misure che la parte contraente interessata deve adottare a livello interno in applicazione del dispositivo della sentenza, potendo peraltro fissare un termine per l'adempimento da parte dello Stato; che si possano sospendere tutti i ricorsi pendenti dinanzi alla Corte per questioni analoghe, in attesa che lo Stato adempia agli obblighi imposti dalla sentenza pilota.>>

²¹⁴ Della quale ci si è già in parte occupati, pur se con riferimento al vincolo del *decisum europeo* per il giudice nazionale.

²¹⁵ Sull'argomento CARTABIA, *op. cit.*, pp. 18-19.

²¹⁶ Lo precisa, tra gli altri, TEGA, *ibidem*. Conf. PIERRO, *ibidem*: << Tant'è che i doveri di adempimento [...] rappresentano obblighi di risultato, rimanendo libera e discrezionale la scelta dei mezzi ritenuti più adeguati allo scopo dai singoli Stati membri.>> Concorde anche SATZGER, *ibidem*: << è lasciato alle Parti Contraenti "l'individuazione" del come esse debbano adempiere a questa obbligazione nei loro ordinamenti giuridici>>.

integrum, cioè il ripristino della situazione precedente la violazione, relegando l'equa soddisfazione monetaria ad una funzione residuale, da attivarsi solo quando l'ordinamento nazionale non permette di rimuovere la violazione se non in modo imperfetto. Dunque si può dire che la sentenza di condanna della Corte EDU esiga innanzitutto che l'Alta Parte Contraente faccia cessare la violazione e provveda, laddove possibile, alla *restituito in integrum*, rimanendo comunque libera di scegliere discrezionalmente i mezzi per conformarsi alla decisione (sempre, ovviamente, sotto la sorveglianza del Comitato dei Ministri). Solo allorché non sia possibile ripristinare la situazione *quo ante*, è concesso allo Stato di adempiere alla decisione tramite la corresponsione di un'equa soddisfazione monetaria.²¹⁷ E' evidente che il punto maggiormente delicato in tale ricostruzione concerne proprio la priorità della *restitutio in integrum* sull'equa soddisfazione. Per molti decenni, infatti, la prassi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è andata nel senso opposto, ritenendo cioè sufficiente che le vittime delle violazioni dei diritti protetti dalla Convenzione fossero risarcite esclusivamente con l'equa soddisfazione economica.²¹⁸ Dall'art. 41 CEDU si desume, però, abbastanza agevolmente che l'obbligazione in capo alle Alte Parti Contraenti è *prioritariamente restitutoria* e solo *in subordine risarcitoria*. Il privato deve essere, cioè, messo nelle condizioni in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata la violazione; solo se ciò non è possibile,²¹⁹ può²²⁰ essere *ristorato* attraverso la dazione di una congrua somma di denaro.²²¹ Come si legge nel §34 della sentenza CEDU Papamichalopoulos c. Grecia (1995) «dalla constatazione di una violazione del dettato convenzionale deriv[a] il composito obbligo giuridico di porre fine alla violazione e di eliminarne le conseguenze, in modo da ristabilire per quanto possibile la situazione antecedente ad essa». Il principio vale, anche, *se non soprattutto*, visto il

²¹⁷ Cfr. CARTABIA, *op. cit.*, p. 17.

²¹⁸ Ne da conto, ancora, CARTABIA, *ibidem*.

²¹⁹ Condivisibilmente, secondo DI PAOLA, *op. cit.* p.56-57 «l'impossibilità può essere di natura materiale o giuridica, intendendosi con la prima categoria quell'impossibilità dovuta alla tipologia di lesione occorsa [l'A. cita in nota "l'esempio scolastico" dell'irragionevole durata del processo] e con la seconda quella connessa ad ostacoli presenti nel sistema giuridico nazionale».

²²⁰ «Come si evince dall'inciso "quando è il caso", la concessione dell'equa soddisfazione è un provvedimento discrezionale rimesso alla valutazione della Corte la quale dovrà tener conto delle caratteristiche di ciascuna fattispecie secondo lo schema tipico seguito nell'esercizio della propria funzione.» Così, DI PAOLA, *op. cit.* p. 57, nota 103.

²²¹ Sempre che vi sia stata domanda del ricorrente ai sensi del § 60 del regolamento della Corte. In questo senso, ancora, DI PAOLA, *ibidem*.

settore, quando la violazione CEDU sia consistita nell' inosservanza dell' art. 6, la quale abbia reso *unfair* un processo penale.²²² In questo senso è inequivoca la Raccomandazione (2000)2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.²²³ La Raccomandazione ribadisce, anzitutto, come l'obbligo delle Alte Parti Contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea possa implicare l' adozione di misure ulteriori rispetto all'equa soddisfazione di cui all' art. 41 Convenzione, tali da consentire alla vittima di ritrovarsi per quanto possibile nella situazione anteriore alla violazione della Convenzione (*restitutio in integrum*). Con specifico riferimento alle violazioni verificatesi nell'esercizio della funzione giurisdizionale, si constata, poi, che, alla luce della pluriennale esperienza del Comitato dei Ministri in tema di controllo sull'esecuzione delle sentenze di Strasburgo, in circostanze eccezionali il riesame del caso o la riapertura del processo si rivelano lo strumento più efficace, talora il solo, atto a realizzare la *restitutio in integrum*. Si invitano così gli Stati membri ad esaminare i propri ordinamenti giuridici al fine di verificare se esistano possibilità concrete per il riesame di un caso, ivi compresa la riapertura del processo, laddove sia intervenuta una sentenza di condanna della Corte europea; ed in particolar modo, quando la vittima continui a risentire conseguenze negative molto gravi ricollegabili alla decisione nazionale, tali da non poter essere compensate dall'equa soddisfazione e modificate se non attraverso il riesame o la riapertura del caso, e quando la violazione interna sia di carattere sostanziale

²²² Nota, APRILE, *I meccanismi di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell' Uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in www.ordineavvocaticce.it, p. 2: << la Corte e.d.u. - a partire dalla celebre sentenza Stoichkov c. Bulgaria del 2005 – affermò con categoricità che, laddove fosse stata accertata una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. in un processo penale svoltosi in uno Stato aderente alla Convenzione, l'obbligo dello stesso Stato di conformarsi alla sentenza della Corte europea (sancito dall'art. 46 C.e.d.u.) non si sarebbe potuto considerare adempiuto con l'adozione di generiche misure riparatorie ovvero con il pagamento, in favore del titolare del diritto violato, di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione (ex art. 41 C.e.d.u.), bensì solamente con il ripristino della situazione *quo ante*, cioè, in pratica, ricominciando il processo penale dal momento in cui si era verificata la violazione del diritto all'equo processo>>. Nello stesso senso, BARGIS, *op. cit.* p. 1041-1042 : <<quando la Corte europea constata una violazione, lo Stato convenuto ha non solo l'obbligo giuridico di versare all'interessato le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche quello di adottare le misure generali e/o individuali necessarie; la finalità delle misure individuali ravvisata dalla stessa Corte europea nella *restitutio in integrum* a favore dell'interessato che deve, per quanto possibile, venire posto in una situazione equivalente a quella nella quale si troverebbe se la violazione non si fosse verificata>>.

²²³ Come anticipato, spetta al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, organo politico composto dai Ministri degli esteri di tutti gli Stati membri, sorvegliare l'esecuzione della sentenza.

ovvero, trattandosi di violazione di carattere processuale, questa sia così rilevante che si ingenerino seri dubbi sul risultato della procedura interna oggetto di contestazione.²²⁴ Il documento del Comitato, sintetizzato nei termini appena visti, è interessante sotto molti profili. Innanzitutto, si conferma l' assunto per cui davanti ad una violazione delle prescrizioni convenzionali, il rimedio dell' equa soddisfazione monetaria abbia, in generale e salvo quanto subito si dirà, una natura prettamente *ancillare* rispetto alle misure volte a consentire la *restitutio in integrum*.²²⁵ In secondo luogo si individua il *fine* da conseguire, appunto la *restitutio in integrum*, ma si rimette agli Stati l' individuazione del *mezzo* per conseguirla. In terzo luogo si specifica che, ove tale violazione concerna un processo (specialmente ma, come vedremo a breve, non necessariamente, penale) tale *mezzo* possa *eccezionalmente* consistere nel *riesame del caso* o nella *riapertura del processo*²²⁶ per realizzare la quale sono, tuttavia, sempre gli Stati a dover individuare lo strumento più adatto. In quarto ed ultimo luogo si individuano i *presupposti* integranti la clausola di *eccezionalità*, al ricorrere dei quali, cioè, è legittimo rimettere in discussione il giudicato al fine di conseguire la summenzionata riapertura: gravità, irrisarcibilità ed immodificabilità delle conseguenze derivanti dalla sentenza assunta in spregio delle disposizioni CEDU;²²⁷ carattere sostanziale della violazione o processuale se, in tale ultimo caso, essa è di tale significatività da inficiare il prodotto finale del procedimento, la

²²⁴ In questo senso, AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in "Rivista Italiana di diritto e procedura penale", 2009, n.3 p. 1511-1512, nota 1. Conf. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 2

²²⁵ I due rimedi sono comunque cumulabili. In questo senso, correttamente, DI PAOLA, *op. cit.* p. 59

²²⁶ Ancorché i due termini possano apparire, e spesso siano intesi, come sinonimici, CARTABIA, *op. cit.* p. 21 fa notare che << le due ipotesi non sembrano del tutto sovrapponibili, essendo il riesame del caso il rimedio più adatto a situazioni in cui l'esito del giudizio abbia determinato una violazione di diritti, mentre nei casi di violazioni di regole processuali, la *restituto in integrum* potrebbe esigere una nuova celebrazione del processo, rimanendo impregiudicato l'esito del giudizio finale>>.

²²⁷ <<Fra i casi nei quali spicca il detrimento della situazione personale della parte lesa si possono esemplificare quelli in cui l'individuo è condannato a una pena detentiva molto lunga e si trova ancora ristretto in pendenza dell'esame da parte della Corte nonché, al di là di procedimenti penali, quelli in cui il soggetto è stato privato ingiustamente dei propri diritti politici e civili, è stato espulso in violazione del diritto al rispetto alla vita familiare o ancora quelli in cui vi siano minori privati ingiustamente di rapporti genitoriali>>. Così, DI PAOLA, *op. cit.* pp. 76-77

decisione.²²⁸ Stando al contenuto della Raccomandazione allora è evidente come davanti a violazioni di un certo peso della disciplina CEDU anche il “dogma” della *res iudicata* possa, in casi eccezionali, cadere; deve, però, trattarsi, appunto, di violazioni *particolarmente gravi*, tali da integrare il parametro di *eccezionalità* di cui si è detto sopra, e *giustificare l’estrema misura della riapertura del giudizio*.²²⁹ Fuori da queste ipotesi, e quindi anche in presenza di conclamate violazioni della CEDU che però non assurgano al summenzionato standard di *gravità*, la *restitutio* potrà essere conseguita con misure meno traumatiche, da calibrare a seconda delle peculiarità del caso singolo, ed al limite, nelle ipotesi di violazioni meno gravi, potrà essere sufficiente il solo equo ristoro monetario. Mentre, però, quest’ultimo, quando attribuito, viene *direttamente* riconosciuto dalla Corte, quale pronuncia di *condanna* nell’ambito di una tutela di *accertamento*,²³⁰ le misure volte a conseguire la *restitutio in integrum* non sono predeterminate dalla Corte ma vanno adottate dall’Alta Parte Contraente. Al riguardo, un punto importante da chiarire è quali siano i soggetti dello Stato tenuti ad assicurare l’adempimento; c’è da chiedersi, infatti, se l’obbligo incomba sui giudici comuni, sulla Corte costituzionale, sul legislatore, sul Governo, sull’amministrazione o su quali altri soggetti dell’ordinamento nazionale. La Convenzione e in particolare gli

²²⁸ In queste ipotesi DI PAOLA, *ibidem*, fa rientrare: <<casi di condanne penali che costituiscono

violazione degli artt. 9 e 10 Cedu perché frutto dell’incriminazione di libertà convenzionalmente garantite; casi in cui il ricorrente non ha avuto il tempo e le facilitazioni per preparare la propria difesa in procedimenti penali [ed è proprio l’ipotesi che si è verificata nel caso Drassich, *ndr.*]; casi di condanne fondate su dichiarazioni estorte sotto tortura o su elementi di prova che il ricorrente non ha potuto verificare, casi di procedimenti civili in cui non è stato rispettato il principio della parità delle armi>>.

²²⁹ MANGIARACINA, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo. (I)* La progettualità italiana e l’esperienza del Regno Unito, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc.3, 2006, p. 984, fa notare che <<per il nuovo giudizio nazionale [...] sono indicate due distinte situazioni, a seconda del tipo di violazione accertata dalla Corte: se la decisione nazionale abbia violato un diritto sostanziale riconosciuto nella Convenzione, il riesame dovrebbe essere strumentale all’annullamento della decisione stessa; se invece la decisione nazionale abbia violato norme procedurali di una gravità tale da lasciare seri dubbi sull’esito del procedimento nazionale in questione, non è l’esito del giudizio in sé a porsi in contrasto con la Convenzione, bensì le modalità del suo svolgersi, sicché il giudicato interno dovrà essere travolto quando “ l’inosservanza delle garanzie di equità appaia idonea, per la sua intrinseca natura o per le circostanze in cui ha avuto luogo, a compromettere la credibilità oggettiva dell’accertamento compiuto dai giudici nazionali.” In questa seconda ipotesi la revisione costituisce in sé “una forma di reintegrazione idonea a sanare a posteriori la perdita di chances subita dalla vittima a causa del mancato rispetto di determinate regole di correttezza processuale”>>.

²³⁰ V. nota 205 .

artt. 41 e 46 non dicono nulla di preciso. Neppure la Corte di Strasburgo ha fino ad oggi dato chiare indicazioni in argomento. Si deve dunque concludere che, non solo la determinazione del tenore della misura di attuazione, ma anche l'individuazione del soggetto chiamato ad adottarla, rientrano nell'ambito di discrezionalità lasciato dalla Convenzione ai singoli Stati in ordine all'esecuzione delle sentenze di condanna.²³¹ Ma *quid iuris* se lo Stato non "esercita la propria discrezionalità", se, cioè, non si dota di una normativa che identifichi l'organo o gli organi cui spetti curare l'esecuzione delle sentenze CEDU? Al riguardo va considerato che la mancata ottemperanza alle decisioni della Corte EDU costituisce l'inadempimento di un obbligo internazionale ed a risponderne è, nella prospettiva della Convenzione (che, si ricorda, per prima cosa, è un trattato internazionale) lo Stato nel suo complesso. Sicché, in assenza di apposite previsioni di diritto interno, e non potendosi ammettere che lo Stato si "rassegni" ad un fisiologico *status* di inadempiente, è soluzione di buon senso ritenere che a doversi impegnarsi per dare esecuzione alle pronunce della Corte di Strasburgo siano, in base alle rispettive competenze, tutti i poteri statuali, quello giudiziario, *in primis*.²³² Per il suo ruolo istituzionale di garante della legalità e della giustizia, infatti, è logico che, in assenza di una normativa apposita sull'esecuzione delle sentenze CEDU, spetti, anche, se non soprattutto, al giudice restituire al cittadino il diritto leso. E ciò, ancor più quando, come sovente accade, la lesione sia stata perpetrata proprio dal potere giudiziario e per ripararla sia necessario, come visto *supra*, riaprire o rielebrare il processo. D'altronde, consentire al potere giudiziario, in mancanza di disposizioni *ad hoc*, di attivarsi *immediatamente e direttamente* per sanare l'inosservanza delle previsioni convenzionali, reca un indubbio vantaggio; se si escludesse tale possibilità, infatti, «nelle more dell'adozione di nuove misure legislative di armonizzazione, e sempre che la rimozione della violazione sia ancora possibile, [...] non potr[ebbero] che soccorrere interventi surrogatori di carattere amministrativo quali

²³¹ Cfr. CARTABIA, *op. cit.*, p. 17-18. Nello stesso senso PIERRO, *ibidem*: «la sfuggente genericità dell' art. 46 della Convenzione europea [...] solleva l'interrogativo relativo all'individuazione degli organi ai quali incomba l'assolvimento di un onere di attuazione, che comporta inevitabilmente, con il ritorno allo *status quo ante*, il superamento del giudicato penale attraverso la riapertura del processo già chiuso» Quest' ultima notazione, come vedremo, risulta particolarmente importante.

²³² In questo senso, GUAZZAROTTI – COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it. La tesi è accolta anche, *ex plurimis*, da Cassazione 2006, *Somogyi*. Con tale termine, ci si riferisce, come si vedrà a breve, sia agli interventi della Cassazione che della Corte Costituzionale.

provvedimenti di clemenza, o civili, a titolo di riparazione pecuniaria>>, ²³³ ma ciò sarebbe fortemente pregiudizievole per colui il cui processo fosse dalla Corte di Strasburgo reputato ingiusto. Detto questo, dalla Raccomandazione (2000)2 si intuisce una certa *preferenza* per l'intervento legislativo, essendo esso solo capace di individuare, attraverso la predisposizione di una normativa il più possibile *certa, generale ed astratta*, le modalità e le forme per garantire l'attuazione delle sentenze CEDU, compresa, quando occorra, la riapertura del processo. *Subordinatamente*, in caso di inerzia del legislatore²³⁴ o di *superfluità* di un siffatto intervento, il potere giudiziario è chiamato, comunque, in via prioritaria, a preservare l'aderenza dell'ordinamento interno alle direttive contenute nella Raccomandazione. Ad ogni modo, secondo l'approccio pragmatico che caratterizza il sistema di giustizia CEDU, il documento CDDH ²³⁵ (2006)008 sull'analisi del seguito dell'implementazione a livello nazionale della Raccomandazione(2000)2, ²³⁶ soprattutto sotto il profilo dell'introduzione di mezzi per ottenere la riapertura del processo, si concentra principalmente sulla *risultato* raggiunto dagli Stati piuttosto che sulle *modalità* con cui tale obiettivo sia stato perseguito. Emerge così che, alla data del *report*, <<oltre l'ottanta per cento dei Paesi membri consente la riapertura dei procedimenti penali, più precisamente in trentaquattro di essi il rimedio è praticabile, in quattro sussiste la probabilità; mentre per i restanti sette l'esperibilità è non sufficientemente nitida o per niente possibile>>. ²³⁷

²³³ PIERRO, *ibidem*.

²³⁴ E' come vedremo, a tutt'oggi il caso italiano.

²³⁵ *Steering Comitee of Human Rights*.

²³⁶ DI PAOLA, *op. cit.* p. 85, nota 159.

²³⁷ DI PAOLA, *op. cit.* p. 86. Più nello specifico, per il *report*, i Paesi "virtuosi" sono: Austria, Belgio, Bosnia-Erzegovina, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Moldavia, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Regno Unito, Romania, Russia, San Marino, Serbia - Montenegro, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svizzera, Ex Repubblica jugoslava di Macedonia, Turchia e Ungheria. I 4 Stati "a metà del guado" sono, invece: Andorra, Islanda, Svezia ed Ucraina. Le 7 Parti Contraenti del tutto inadempienti sono, infine: Italia, Georgia, Albania, Armenia, Portogallo, Liechtenstein e Principato di Monaco. Rispetto alla fotografia scattata nel 2006 devono tuttavia segnalarsi alcuni cambiamenti. Uno, riguarda proprio l'Italia e concerne l'introduzione dell'istituto della cd. revisione europea, su cui si tornerà a breve. La situazione è mutata anche nei due Paesi iberici ma in modo opposto: il Portogallo si è dotato nel 2007 di un'apposita legge, la n. 48, che introduce un'apposita ipotesi di revisione, ed è dunque uscito dalla "zona rossa"; la Spagna, invece, ha fatto un passo indietro perché, dopo alcune aperture giurisprudenziali, l'accesso allo strumento del *recurso de amparo* davanti al *Tribunal Constitucional*, sembra essersi ristretto (la situazione di Madrid è stata non a caso definita *unclear*).

1.3.3. LA RIAPERTURA DEL PROCESSO INGIUSTO: PROFILI COMPARATIVI

Analizzando maggiormente da vicino le soluzioni adottate negli ordinamenti delle Alte Parti Contraenti, si scopre che ambo le vie, *legislativa* e *giurisprudenziale*, sono state percorse. Tra i Paesi che hanno seguito la prima strada, si segnalano: Germania²³⁸, Lussemburgo, Norvegia, Malta, Austria, Bulgaria, Croazia, Francia²³⁹, Danimarca²⁴⁰, Lituania, [...], Polonia, Slovenia e Svizzera²⁴¹. Hanno intrapreso il secondo percorso, oltre al Regno Unito,²⁴² [...] Russia, Svezia, Slovacchia, Spagna²⁴³ e Finlandia, tutti Paesi «forti del riscontro giurisprudenziale propenso ad accordare la riapertura in virtù dell'applicazione estensiva degli esistenti mezzi d'impugnazione straordinaria».²⁴⁴ Infine, singolare il caso dell' Estonia, in cui «la giurisprudenza ha fatto da volano alle successive riforme della legislazione processuale penale».²⁴⁵ Una considerazione a parte meritano, le soluzioni adottate in Germania, Francia e Regno Unito.

Nel 1998 la Repubblica Federale Tedesca ha introdotto nello *Strafprozessordnung* una specifica ipotesi di revisione mediante l' inserimento, al § 359 StPO – norma che prevede, appunto, i casi di revisione - di un n. 6, relativo all' ipotesi di riapertura del processo a seguito di sentenze della Corte di Strasburgo. L'impugnazione straordinaria è prevista a favore del condannato quando la Corte EDU abbia riscontrato, nel procedimento definitivamente conclusosi, l' inosservanza di una disposizione convenzionale, a patto che la decisione irrevocabile si fondi su quella violazione;²⁴⁶ il che,

²³⁸ Paese su cui torneremo a breve.

²³⁹ Su cui, *amplius, infra*.

²⁴⁰ La cui classificazione in questo o nell' altro gruppo è dubbia. V., infatti, per l' opposta categorizzazione DI PAOLA, *op. cit.*, p. 87 nota 164. Va, ad ogni modo, ribadito il carattere relativo di ogni classificazione e la valenza operativa e non dogmatica.

²⁴¹ Germania, Lussemburgo, Norvegia e Malta si sono per altro attivate ancor prima del monito del Comitato dei Ministri Cfr. PARLATO, *La revisione del giudicato, op. cit.*, p. 1021.

²⁴² Tuttavia, secondo PARLATO, *ibidem*, essa andrebbe ascritta al primo gruppo di Paesi. Sul perché di queste divergenze e sulla *singolarità* del caso inglese si dirà a breve.

²⁴³ Problematicamente, però, secondo quanto si è detto in nota 237.

²⁴⁴ DI PAOLA, *ibidem*.

²⁴⁵ DI PAOLA, *ibidem*.

²⁴⁶ L' opinione largamente maggioritaria in dottrina e dominante in giurisprudenza esclude che il rimedio sia utilizzabile in assenza di una pronuncia favorevole al condannato resa dalla Corte di Strasburgo nell' ambito della medesima vicenda processuale; la revisione non può essere chiesta, dunque, quando esista solo un precedente favorevole della Corte EDU, relativo ad un caso analogo a quello per cui è intervenuta la sentenza definitiva.

secondo il punto d'arrivo a cui è pervenuta la dottrina tedesca, si verifica nel caso in cui, in assenza dell' infrazione, la decisione sarebbe stata diversa. In estrema sintesi, <<occorre [...] che la violazione abbia avuto un peso determinante sul *dictum* giudiziale: [...] la necessaria "incidenza" e la conseguente ammissibilità dell' impugnazione sussistono quando, senza la violazione, "possibilmente" l'esito processuale sarebbe stato diverso, nel senso che non deve potersi escludere - intanto - che la violazione sia stata effettuata e sia stata determinante e - di converso - che la decisione, in mancanza della violazione medesima, sarebbe stata differente>>.²⁴⁷ Come logica conseguenza, la giurisprudenza richiede che l' istanza di revisione contenga, oltre all' indicazione della pronuncia europea, una rappresentazione chiara e completa delle circostanze per cui si afferma che il vizio acclarato abbia inciso in modo determinante sulla decisione impugnata.²⁴⁸

La Francia, dopo pressanti sollecitazioni del Comitato dei Ministri, è intervenuta in materia nel 2000, con l'inserimento nel codice di rito di una norma che consente la revisione del giudicato a seguito di una sentenza della Corte europea che riconosca l'inosservanza della CEDU o dei suoi Protocolli, ove, per la sua natura e la sua gravità, la violazione accertata comporti per il condannato conseguenze pregiudizievoli che non possano essere rimosse mediante l' equa soddisfazione bensì solamente attraverso la revisione. L'esperibilità del rimedio non è illimitata nel tempo e, per la proposizione della richiesta è previsto un termine di un anno a far data dalla sentenza della Corte europea. La riapertura del processo può essere richiesta dal Ministro di Giustizia, dal Procuratore generale presso la Corte di cassazione e dal condannato. La domanda è indirizzata a una commissione speciale,²⁴⁹ composta da sette magistrati della Corte di Cassazione. La Commissione statuisce in esito a un'udienza pubblica nella quale il richiedente, il difensore e il pubblico ministero possono presentare osservazioni. La decisione non è suscettibile di ricorso.²⁵⁰

Del tutto peculiare - e, come accennato, di difficile classificazione - è, infine, il modello inglese, che sconta le differenze, tutt'oggi significative, tra sistemi di *civil law* e *common law*. Per inquadrare in questo ordinamento la problematica della riapertura del processo, va innanzitutto ricordato che il

²⁴⁷ PARLATO, *op. cit.*, 1018. All' A. si rinvia per una disamina più approfondita.

²⁴⁸ In questo PARLATO, *ibidem*.

²⁴⁹ Trattasi della *Commission de réexamen* prevista dal nuovo art. 626-1 cpc Cfr. TEGA, *op. cit.* p.1.

²⁵⁰ Cfr. PARLATO, *op. cit.* , pp. 1022-1023. All' A. si rinvia per una disamina più approfondita.

Regno Unito ha, nel 1998, adottato lo *Human Right Act* con cui²⁵¹ si è voluto consentire agli individui che subiscano una lesione dei propri diritti sanciti nella Convenzione, di poterli fare valere direttamente di fronte ai giudici inglesi. Lo *Human Right Act* fa ricadere in capo alle Corti un obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme della legislazione interna e, solo se emerge un insanabile contrasto tra questa ed i diritti convenzionali, il giudice può pronunciare una formale “dichiarazione di incompatibilità” che, pur non intaccando la validità e l’efficacia delle disposizioni in relazione alle quali è avanzata, consente al Ministro della Giustizia – ove lo ritenga – di operare degli emendamenti alla legislazione interna a mezzo di un apposito strumento normativo, il *remedial order*.²⁵² E’ comunque fatto divieto ad ogni autorità pubblica, ivi incluse le corti ed i tribunali ad ogni livello, di agire in modo incompatibile con i principi della Convenzione.²⁵³ Orbene, in questo contesto *legislativo*, si introduce l’approccio *giurisprudenziale*²⁵⁴ inteso a consentire, in determinati casi, la riapertura di un processo ritenuto *unfair* o comunque contrario dalla Corte EDU. Peraltro, anche qui, il discorso sarebbe particolarmente lungo e complesso mentre, nell’ economia della presente ricerca, sono possibili solo brevi cenni.²⁵⁵ Il dato da cui partire è che, nel Regno Unito, la revisione del processo è deliberata da un apposito organo, la *Criminal Cases Review Commission*²⁵⁶ alla quale può rivolgersi chiunque sia stato condannato con sentenza non più suscettibile di impugnazione. Se accoglie l’istanza, essa non ha alcun potere di annullare, modificare o

²⁵¹ Seppure non incorporando nel sistema interno né la Convenzione né i diritti in essa contenuti.

²⁵² Cfr. MANGIARACINA, *op. cit.*, p.994-995.

²⁵³ A meno che, a seguito di una o più disposizioni di legge primaria, l’autorità pubblica non avrebbe potuto comportarsi diversamente oppure nell’ ipotesi in cui l’autorità sia tenuta a dare corso ad una o più disposizioni di legge che non possano essere interpretate o applicate in conformità al dettato della Convenzione. Ne da conto MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 995.

²⁵⁴ I due formanti sono dunque entrambi presenti; ecco spiegata la diversità di classificazioni fra DI PAOLA e PARLATO, di cui si è detto *supra*.

²⁵⁵ Per una trattazione completa ed esaustiva si rinvia, dunque, al citato studio di MANGIARACINA.

²⁵⁶ La *Commission* (acronimo CCRC) è un organismo pubblico, non ministeriale e indipendente, è stata istituita col *Criminal Appeal Act* del 1995, ha iniziato le sue attività nel marzo del 1997 ed ha sede a Birmingham. La sua competenza concerne i procedimenti penali svoltisi in Inghilterra, Galles ed Irlanda del Nord ma non in Scozia, ove opera un organo simile ma del tutto autonomo, la *Scottish Criminal Cases Law Review Commission*. E’ composta attualmente da 12 membri di cui due terzi non professionisti ed un terzo giuristi, a cui si aggiungono funzionari ed esperti. Il mandato ha durata quinquennale ed è rinnovabile sino ad un massimo di dieci anni. Cfr. www.justice.gov.uk e MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 997, testo e note 65-66.

sovvertire la sentenza ma ordina la celebrazione di un nuovo giudizio d'appello. La Commissione può rinviare un caso²⁵⁷ se esiste la reale possibilità che la Corte di appello non confermerà la condanna o la pena. Il parametro, secondo la giurisprudenza inglese, denota una possibilità, che, nel giudizio della Commissione, deve essere più di una chance o di una mera aspettativa, ma anche meno di una probabilità, di una verosimiglianza o di una certezza. La Commissione deve valutare, insomma, che esista almeno la ragionevole prospettiva che la condanna, se rinviata, non sia confermata.²⁵⁸ Sulla scorta di quanto sin qui detto, è chiaro che, se un soggetto è stato condannato all'esito di un processo nel quale sia stata accertata, da parte della Corte di Strasburgo, una violazione di un diritto contenuto nella CEDU, quale per lo più l'art. 6, la CCRC non potrà che disporre il rinvio della causa alla Corte di appello, così garantendo la "riapertura del procedimento interno."²⁵⁹ A questo punto, però, ci si deve chiedere a quali condizioni la Corte d'appello possa procedere all'annullamento della sentenza. E' evidente, infatti, che la violazione convenzionale non sia di per sé sufficiente, visto che essa consente solo la celebrazione di un nuovo giudizio di appello ma ne lascia impregiudicato l'esito. In cosa consiste il *quid pluris*? La risposta risiede nella *Section 2* del *Criminal Appeal Act*: <<la Corte di appello ammetterà un appello contro una condanna se ritiene che questa sia *unsafe*; e respingerà tale appello in ogni altro caso>>. L'interrogativo a questo punto si sposta sul senso del termine *unsafe*, che il legislatore inglese non provvede a definire. In particolare, è *unsafe* la condanna di un colpevole, sicuramente tale, giunta al seguito di un processo dichiarato *unfair* dalla Corte di Strasburgo?²⁶⁰ Nonostante una prima risposta negativa nel caso *Regina v. Chalkley e Jefferies* (1998),²⁶¹ la Corte ha, poi, decisamente mutato orientamento, come testimonia la sentenza *Regina v. Togher, Doran e Parson* (2001). Ivi si afferma che essendo la CEDU "parte del diritto interno" è preferibile applicare la parola *unsafe* in sintonia con la Convenzione. E infatti, <<sarebbe spiacevole se l'approccio seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e da questa Corte continuassero a differenziarsi. [...] Se un imputato non ha avuto un processo giusto e si ha un risultato di quella ingiustizia, sarebbe estremamente insoddisfacente se i poteri di questa Corte non fossero abbastanza ampi da

²⁵⁷ Ai sensi dell' art. 13 del *Criminal Appeal Act*.

²⁵⁸ Cfr. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 998.

²⁵⁹ Come nota MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 999.

²⁶⁰ Ecco che torna l'interrogativo accennato in nota 9: può esistere una condanna sostanzialmente giusta a seguito di un processo formalmente ingiusto?

²⁶¹ Ne da conto, MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 1000.

potere correggere tale ingiustizia.>> ²⁶² Tali principi sono approfonditi e sviluppati nella pronuncia *Regina v. Davis, Rowe e Johnson* (2001). Qui si stabilisce, innanzitutto, che la Corte deve verificare se la condanna sia *safe*; e se tale non può mai essere considerata qualora esista un dubbio in merito alla colpevolezza dell' imputato, potrebbe non esserlo anche ove, pur non essendovi di tali perplessità, il processo sia stato inficiato da una seria ingiustizia. ²⁶³ Si specifica, poi, che la pronuncia resa a Strasburgo non determina una presunzione di *unsafety* della sentenza di condanna, giacché rimane necessario per la Corte di appello valutare l'impatto che una violazione dell'art. 6 CEDU potrebbe avere sulla *safety* della condanna. Si conclude, quindi, affermando che: <<noi siamo convinti che le due questioni (*fairness* e *safety*) devono essere tenute separate. La Corte europea dei diritti dell'uomo deve stabilire se c'è stata una violazione di un diritto contenuto nella Convenzione. Questa Corte si deve occupare della *safety* della condanna. Che la prima questione possa imporsi sulla seconda è ovvio. Fino a che punto dipenderà dalle circostanze del caso concreto. E' da escludere che l' accertamento da parte della Corte di Strasburgo di una violazione dell'art. 6 porterà inevitabilmente all'annullamento della condanna. L'effetto di ogni ingiustizia sulla *safety* della condanna varierà in ragione della sua natura e del suo grado>>. ²⁶⁴

1.3.4. LA RIAPERTURA DEL PROCESSO INGIUSTO IN ITALIA.

Passando all'Italia, come ricordato, il nostro Paese ha accumulato un gravissimo ritardo nell'attuazione della Raccomandazione del Consiglio d' Europa (2000)². In effetti, ancorché a tale atto non possa attribuirsi forza vincolante sul piano internazionale, la Raccomandazione ha la funzione di regolamentare la libertà degli Stati nella scelta delle misure necessarie per conformarsi alle sentenze della Corte, anche individuando, in quest'ambito, i casi in cui la revisione del processo costituisce il solo strumento in grado di assicurare la *restitutio in integrum* a favore della vittima.²⁶⁵ Sicché, non adeguandosi agli indirizzi ivi contenuti, il Paese non commette *ipso iure* illecito internazionale ma una situazione ad esso prodromica giacché, qualora intervenga una sentenza per la cui esecuzione sia necessario, come prescritto proprio dalla Raccomandazione, riaprire il processo, l'Alta Parte Contraente

²⁶² *Regina v. Togher, Doran e Parson*, su cui v. MANGIARACINA, *op. cit.* , p. 1001.

²⁶³ MANGIARACINA, *ibidem*.

²⁶⁴ *Regina v. Togher, Doran e Parson*, su cui v. MANGIARACINA, *op. cit.* , p. 1002.

²⁶⁵ In questo senso MANGIARACINA, *op. cit.* , p. 984.

non sarà in grado di farlo e quindi non riuscirà ad attuare la decisione, esponendosi, allora sì, all' inadempimento di un obbligo pattizio.²⁶⁶ Appunto questa è stata, per anni, la situazione in cui si è trovata l' Italia, tant'è che, come si vedrà, solo un intervento "in supplezza" della giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale, ha evitato al nostro Paese la commissione di un illecito internazionale. Eppure, il legislatore italiano era sembrato particolarmente solerte, cercando di attivarsi addirittura prima che la Raccomandazione fosse emanata.²⁶⁷ Il riferimento è al disegno di legge n. 3168 del 1998 recante <<modifiche al codice di procedura penale in materia di revisione>>. La proposta però si perse tra i meandri degli atti parlamentari. Nella successiva legislatura, la XIV, il Parlamento si mosse nuovamente, stavolta sotto la spinta della citata Raccomandazione nel frattempo pronunciata dal Consiglio d' Europa. Ad essere avanzate furono ben due proposte: il ddl n. 1447 del 31 luglio 2001 ed il ddl n. 1992, del 20 novembre 2001. A prescindere dal contenuto dei testi, per più versi discutibile,²⁶⁸ anche tali progetti finirono nel nulla per varie vicissitudini politiche e la concomitante conclusione della legislatura. Nel frattempo iniziarono i moniti del Consiglio d' Europa. Dopo che nel 2002 la risoluzione interinale DH (2002)30 del 19 febbraio 2002 aveva espressamente sollecitato l'Italia a dotarsi di una legge che consentisse la revisione delle sentenze penali a seguito delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella soluzione

²⁶⁶ A questa ipotesi sono dedicati i § 4 e 5 dell' art. 46 CEDU ai sensi dei quali: <<§4. Ove il Comitato dei Ministri ritenga che un' Alta Parte contraente rifiuti di attenersi ad una sentenza definitiva in una controversia di cui è parte, esso può, dopo aver messo in mora questa Parte e mediante una decisione adottata con un voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti aventi diritto ad un seggio nel Comitato, investire la Corte della questione dell' osservanza di questa Parte degli obblighi relativi al paragrafo 1; §5. Se la Corte accerta una violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché esamini i provvedimenti da adottare. Qualora la Corte accerti che non vi è stata violazione del paragrafo 1, essa rinvia il caso al Comitato dei Ministri, il quale decide di porre fine al suo esame>>.

²⁶⁷ Da conto dei vari tentativi di introduzione in via legislativa di una normativa *ad hoc*, MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 985 e ss. Da tale gustosa rassegna sono principalmente, ma non esclusivamente, tratte le informazioni di cui al testo. V., infatti, per un' altrettanto diffusa trattazione, LONATI, Simone, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, G. Giappichelli Editore-Torino, 2008, p. 106 e ss.

²⁶⁸ Al di là del palese *lapsus calami* in cui incorreva la seconda (si parlava di Corte di giustizia delle Comunità europee!), il problema principale era che esse si riferivano solo alle violazioni dell'art. 6 CEDU (anzi, nella prima, del solo § 3di tale articolo), il che lasciava "scoperte" le ipotesi in cui gli strali della Corte di Strasburgo si fossero abbattuti sulla sentenza definitiva italiana per la violazione di altri parametri convenzionali, ad es. l' art.2 del Protocollo 7 concernente il diritto al riesame delle sentenze penali di condanna (Cfr. MANGIARACINA, *op. cit.* p. 988).

interinale (2005)85 del 12 ottobre 2005, resa in sede di controllo sull'esecuzione della sentenza Dorigo, il Comitato affermò che: «<la circostanza che l'Italia, contrariamente alla maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa, non preved[esse] ancora nessuna possibilità di riapertura del processo, costitui[va] un ostacolo importante alla piena conformità della sua normativa alla Convenzione>>. Da qui, il reiterato invito ad adottare una legge che permettesse alle giurisdizioni nazionali di riaprire il processo in conformità con la Convenzione. Il legislatore, stavolta, sembrò attento alle sollecitazioni provenienti da Strasburgo: il 26 maggio 2006 venne presentato un disegno di legge, recante «<modifiche al codice di procedura penale in materia di revisione a seguito di sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo>>. Si trattava, sostanzialmente, della riproposizione del testo esaminato durante la precedente legislatura, con tutti i suoi pregi ... e difetti.²⁶⁹ Tuttavia, poco spiegabilmente, il 19 luglio, la proposta venne ritirata. Nonostante qualche ulteriore – e fallimentare – tentativo,²⁷⁰ il legislatore rinunciava a dotarsi di una disciplina organica della riapertura del processo dichiarato iniquo dalla Corte di Strasburgo. Dopo²⁷¹ il naufragio dell'ultimo disegno di legge, il Parlamento è stato, infatti, in grado di produrre solo la legge n. 12/2006, cd. “legge Azzolini” e rubricata «<Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo>>. Il provvedimento consta di un unico articolo che inserisce all'interno dell'art. 5 della l. 400/1988, dedicato alle attribuzioni del Presidente del Consiglio dei Ministri, la lettera *a-bis* del comma 3, in virtù della quale il capo dell'esecutivo «<promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle

²⁶⁹ Oltre al mantenimento del criticabile riferimento esclusivo alle violazioni dell'art. 6 (che però, almeno, era invocato nel suo complesso), si registrava «<una forma di automatismo nell'accesso alla revisione, con il rischio, inevitabile, di una riapertura del procedimento interno anche per violazioni convenzionali di carattere puramente formale - si pensi al principio della ragionevole durata del processo- ancorché queste non a[vessero] inciso sulla sentenza di condanna>>. (MANGIARACINA, *op. cit.* p. 987). Ciò, per altro, aggiungerei noi, in dissonanza con il contenuto della Raccomandazione (2000)2 che, secondo quanto si è detto, non ritiene tutte le violazioni della Convenzione tanto gravi da rendere necessaria la riapertura del processo.

²⁷⁰ Ci si riferisce, allo stato, al ddl. 1797 del settembre 2007, poi decaduto, ed ad un ddl di iniziativa governativa del 2009 che ha seguito la stessa sorte. Di tali tentativi da conto AIMONETTO, *op. cit.*, p. 1521. L'A. critica, peraltro, l'impostazione generale di questi come dei precedenti disegni di legge, e cioè l'uso della revisione quale paradigma normativo di riferimento. Sul punto, si tornerà in seguito in questo stesso sottoparagrafo.

²⁷¹ Prima, invero, il Parlamento aveva, almeno, varato la legge di conversione 60/2005 del d.l. 17/2005 con cui il Governo, sempre su spinta di Strasburgo, era intervenuto sul delicato settore della contumacia (in maniera, peraltro, non definitiva visto che la materia è stata di recente, l. 67/2014, oggetto di una riforma complessiva).

pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano>> e <<comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce>>. Quindi, oltre a venir attribuita al Presidente del Consiglio la responsabilità degli adempimenti - di competenza governativa - diretti a dare esecuzione alle sentenze CEDU, è stato previsto un meccanismo generale che pone il legislatore nazionale nelle condizioni di eliminare il *deficit* di tutela dei diritti rilevato, anche episodicamente, dalla Corte EDU.²⁷² Per spirito di completezza va, infine, menzionato un provvedimento normativo di rango regolamentare, ovverossia il dpr. 289/2005, concernente l'iscrizione nel casellario giudiziale nazionale delle decisioni definitive della Corte EDU sui provvedimenti giudiziali e amministrativi definitivi emessi dalle autorità nazionali; si è così conseguita <<l'immediata visibilità delle sentenze Edu ogni volta che si debba esibire il proprio certificato penale>>.²⁷³ Ora, benché i summenzionati interventi non siano, di per se considerati, criticabili, la loro insufficienza è evidente. Il problema della riapertura dei processi non è stato, difatti, minimamente affrontato. E, puntualmente, sull'Italia si sono abbattute le reprimende del Consiglio d'Europa che, con risoluzione dell'Assemblea Parlamentare, n. 1516, del 2 ottobre 2006, ha parlato di inaccettabili ritardi nell'adempimento degli obblighi derivanti dall'ordinamento internazionale anche in riferimento ad una normativa che non consente la riapertura dei processi penali riconosciuti iniqui dalla Corte europea di Strasburgo: sul punto, l'Assemblea ha lamentato la mancata assunzione di misure idonee a restituire al richiedente il processo equo cui ha diritto.²⁷⁴ Insomma, come si è efficacemente detto in dottrina,²⁷⁵ quella del legislatore italiano è²⁷⁶ una <<perdurante e sconcertante inerzia>>. Quasi inevitabile, allora, che, come spesso accade in questi casi, sia

²⁷² Cfr. GUAZZAROTTI-COSSIRI, *op. cit.*, p. 5. Per CASS. SEZ. I 32678/2006, SOMOGYI, <<dall'approvazione della legge 9 gennaio 2006 n. 12 [...] si rileva l'inequivoca volontà del legislatore italiano di accettare [...] la forza vincolante delle sentenze dei Giudici di Strasburgo>>.

²⁷³ TEGA, *op. cit.*, p. 2.

²⁷⁴ Cfr. GUAZZAROTTI-COSSIRI, *op. cit.*, p. 11, nota 52.

²⁷⁵ Il riferimento è a LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte Europea Dei Diritti Dell'Uomo. Nota a Cass. Pen. Sez. VI n. 36323/2009, op. cit.*

²⁷⁶ Si parla al presente perché, al momento in cui si scrivono queste pagine, l'inerzia non è cessata né, sembra, ragionevolmente, poter a breve cessare.

stata la magistratura ad intraprendere un' "opera di supplenza".²⁷⁷ Si è trattato di un percorso tortuoso e per certi versi ancora incompiuto, una cui tappa importante, ovverossia l' utilizzazione del ricorso straordinario per errore di fatto mediante l'interpretazione analogica dell' art. 625 *bis* c.p.p, è stata segnata proprio dal caso Drassich, come si è visto *supra*. Qui si tratta di esaminare, in sintesi e senza presunzione di completezza, gli altri passaggi, cercando di mettere in luce le informazioni che maggiormente torneranno utili ai fini del prosieguo di questa ricerca.²⁷⁸ Il primo passo significativo è stato rappresentato dal cd. caso Cat Berro. In estrema sintesi, l' imputato, detenuto all' estero, era stato condannato in contumacia ed aveva ottenuto dalla Corte di Strasburgo il riconoscimento della iniquità del processo interno per violazione dell' art. 6 CEDU, *sub specie* di diritto a difendersi personalmente in giudizio. La Cassazione, Sez. I, con sentenza 23215/2005, pronunciandosi in sede di ricorso avverso ordinanza del giudice dell' esecuzione, ha dapprima affermato che codesto giudice dovesse verificare se sussistesse nell' ordinamento interno la possibilità di una immediata applicazione della decisione della Corte di Strasburgo, pronuncia, come tale, preclusiva dell' esecuzione della condanna emessa a conclusione di un processo giudicato "non equo", nonostante l' assenza nell' ordinamento nazionale di una norma *ad hoc* che consentisse di sospendere l' esecuzione e dare ingresso a un nuovo processo; ha, poi, con pronuncia della Sez. V 23546/2006, a seguito di ulteriore ricorso contro la nuova pronuncia del giudice della esecuzione, statuito che <<in caso di condanna pronunciata all' esito di un giudizio contumaciale giudicato non equo dalla Corte europea dei diritti dell' uomo, il condannato, onde ottenere la

²⁷⁷ << L' ostinata inerzia del legislatore italiano ha indotto così i giudici a ricercare all' interno dell' ordinamento strumenti capaci di adempiere, con i minori sacrifici e la maggiore efficacia, agli obblighi derivanti dalle sentenze della Corte europea >>. Così, LONATI, *op. cit.* p. 3. Bisogna considerare che <<la soluzione [...] del problema dell' esecuzione delle decisioni della Corte europea non appare più procrastinabile. Non solo perché [...] nel panorama europeo, il nostro Paese si distingue per una latitanza più volte stigmatizzata anche dai competenti organismi del Consiglio d' Europa, ma soprattutto perché in questo modo chi ne ha diritto rimane privo di una tutela sicura ed efficace >> (LONATI, *op. cit.* p. 2) Nello stesso senso IACOBACCI, *op. cit.* p. 2 per cui << la supplenza giurisprudenziale in taluni casi è doverosa: lo è, ad esempio quando [...] essa intervenga per rendere concreta attuazione a principi costituzionalmente tutelati >>. Con questo tipo di ragionamenti occorre, però, andar cauti perché il giudice è nel suo operato, pur sempre, soggetto alla legge; nel perseguire, doverosamente, l' obiettivo di "fare giustizia" il giudice deve, perciò, sforzarsi di trovare soluzioni in linea, o almeno non inconciliabili, con la legge, al netto di qualche inevitabile forzatura interpretativa. In questo senso è ancor più apprezzabile l' approccio metodologico della Cassazione nel caso Drassich, di cui si è detto nel paragrafo precedente.

²⁷⁸ Soprattutto nel cap. 3.

rinnovazione del giudizio, p[ossa] avvalersi unicamente dell'istituto della rimessione in termini per la proposizione dell'impugnazione, come disciplinato dall'art. 175 comma 2 e 2 bis c.p.p.2>>.²⁷⁹ A prescindere dallo specifico problema della contumacia,²⁸⁰ è interessante sottolineare che la prima delle due pronunce richiamate afferma esplicitamente due fondamentali, distinti ma connessi, principi e cioè: che la sentenza emessa a seguito di un processo ingiusto non deve essere eseguita; che, *oltre ed al di là* della inseguibilità della condanna *unfair*, il processo vada riaperto. Se, a fondamento della seconda enunciazione, sta la teorica della *restitutio in integrum*, di cui si è abbondantemente detto, alla base del primo, anch'esso condivisibile assunto, si pone l'art. 5 CEDU. Infatti la lett. a) del §1 di tale previsione dispone che: <<nessuno può essere privato della libertà salvo che nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: 1) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente[...] >>. Orbene la disposizione, letta in combinato con lo stesso art. 6 CEDU, rende chiaro come una detenzione non possa reputarsi legittima se fondata su una sentenza di condanna pronunciata all'esito di un giudizio nel quale si siano verificate violazioni del giusto processo, accertate dalla Corte di Strasburgo, tali da non rendere equa non solo la procedura ma anche la sentenza di condanna.²⁸¹ Queste ultime considerazioni sono state alla base della "tappa" successiva, cioè il "caso Somogyi". Nell'ambito, anche in questo caso, di una complessa vicenda relativa alla disciplina interna della contumacia, tale per la quale la corte di Strasburgo aveva ritenuto che non fosse stata raggiunta la prova dell'effettiva conoscenza da parte dell'imputato della celebrazione di un processo a suo carico, la Corte di Cassazione ha affermato, con sentenza Cass. Sez. I 32678/2006, che <<il giudicato interno d[ebba] recedere a fronte di una sentenza della Corte europea che a[bbi]a accertato la non equità del processo>>. Trattandosi di sentenza contumaciale, è stata, comunque, la stessa disciplina interna italiana relativa alla restituzione in termini - introdotta con d.l. 21 febbraio 2005 e conv. in l. 2005/60, - a consentire una rinnovazione del giudizio dopo la formazione del giudicato.²⁸² Dopo che, sempre in materia

²⁷⁹ Per la cronaca, la vicenda si è chiusa con un'ulteriore pronuncia della Cassazione con cui la Suprema Corte <<ha dichiarato l'inammissibilità dell'incidente di esecuzione proposto con riferimento a richiesta già respinta con procedimento definitivo, ove fondato sui medesimi presupposti di fatto e di diritto del precedente>>.

²⁸⁰ La cui disciplina interna ha più volte destato l'attenzione dei giudici di Strasburgo per la difficile conciliabilità con le previsioni convenzionali.

²⁸¹ Cfr. AIMONETTO, *op. cit.* p. 1513.

²⁸² Cfr. AIMONETTO, *ibidem*.

di contumacia, la sentenza Ay aveva ripreso i contenuti della pronuncia Cat Berro, la vera svolta è arrivata nell' ambito del cd. caso Dorigo. La vicenda,²⁸³ stavolta non concernente il tema del *iudicium in absentia* ma il diritto dell'imputato di far interrogare le fonti di prova a carico e della utilizzabilità delle dichiarazioni rese durante le indagini preliminari e non reiterate in dibattimento, ha portato al naturale sviluppo gli spunti contenuti nelle pronunce menzionate ma ha anche aperto scenari prima difficilmente prospettabili. Innanzitutto è opportuno specificare che sono tre le sentenze, rilevanti ai fini della presente ricerca, riconducibili, a vario titolo, all' *affaire* Dorigo; trattasi di Cass. Sez. I, 23547/2006, Cort. Cost. 129/2008 e, soprattutto, Cort. Cost. 113/2011. Pronunciandosi in sede di incidente di esecuzione, la Suprema Corte ha ripreso ed approfondito il *dictum* della Cat Berro affermando che «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata in violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea ed abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo». L'individuazione nell' art. 670 c.p.p. dello strumento all' uopo più adatto si spiega perché evidenti ragioni di coerenza interna dell'ordinamento impediscono di valutare legittima una detenzione basata su una condanna pronunciata in un giudizio in cui si siano riscontrate violazioni delle regole del giusto processo accertate dalla Corte europea, sì da rendere *unfair* non soltanto la procedura seguita, ma anche la pronuncia finale. «La conclusione non è altro che il corollario del riconoscimento del diritto alla rinnovazione del processo derivato dalla sentenza della Corte, dalla quale, correlativamente, discende per lo Stato e per i suoi organi (compresi quelli investiti del potere giurisdizionale) “l'obbligo positivo” di ripristinare una procedura rispondente alla legalità sancita dalla Convenzione allo specifico

²⁸³ Sul caso Dorigo, v., *ex plurimis*, LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea :un nuovo caso di revisione per vizi processuali*” in www.penalecontemporaneo.it In estrema sintesi, l' imputato, tale Dorigo, era stato condannato in via definitiva nell' ambito di un processo celebratosi in Italia e poi dichiarato *unfair* dall'allora Commissione europea dei diritti dell' Uomo (organo oggi soppresso e le cui attribuzioni sono state *in parte qua* conferite alla Corte EDU). Questi si era rivolto al giudice dell' esecuzione, Corte di Assise di Udine, per ottenere una declaratoria di inefficacia ex art. 670 c.p.p. del titolo esecutivo e di illegittimità della detenzione in regime di spionaggio pena con conseguente scarcerazione. A fronte del diniego del giudice, il condannato aveva presentato, come si vedrà, ricorso in Cassazione.

fine di eliminare le conseguenze pregiudizievoli verificatesi in dipendenza della violazione accertata>>. ²⁸⁴ Tuttavia, proprio su tale ultimo profilo, la soluzione adottata dalla Cassazione lascia non pienamente soddisfatti. La cessazione della esecuzione di una condanna *ingiusta* consente certamente di evitare che la violazione convenzionale si cronicizzi, portando a più gravi conseguenze, ed in questo è, dunque, apprezzabile, ma, altrettanto sicuramente, non permette di conseguire una piena *restitutio in integrum*, perché il processo non viene riaperto. Il giudicato, cioè, si congela, *sine die*, “in una sorta di limbo processuale.” Ecco perché la sentenza della Cassazione non ha potuto essere l’atto finale della vicenda e perché ad essa hanno fatto seguito ben due pronunce del giudice delle Leggi. Come si è già ricordato, il condannato non si è, infatti, limitato a presentare incidente di esecuzione ma in precedenza aveva avanzato, alla competente Corte d’Appello di Bologna, istanza di revisione. La corte felsinea ha allora sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 630 comma 1 lett. c.p.p., <<nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l’impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza definitiva della Corte europea che abbia accertato l’assenza di equità del processo, ai sensi dell’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, per contrasto con gli art. 3, 10 e 27 della Costituzione>>. La Corte costituzionale, con sentenza 129/2008 ha rigettato la questione avendo escluso, sia la configurabilità di una disparità di trattamento fra casi simili, attenendo il contrasto fra giudicati, evocato dalla norma censurata, ai <<fatti>> su cui si fondano le diverse sentenze, e non alle valutazioni in esse effettuate; sia una lesione della presunzione di innocenza, intesa come norma di diritto internazionale consuetudinario; sia, infine, una compromissione della finalità rieducativa della pena, non potendo le regole del “giusto processo” essere considerate strumentali alla rieducazione del condannato. ²⁸⁵ Tuttavia la Corte costituzionale non ha chiuso definitivamente la questione; anzi, ha precisato di essere pervenuta a tale declaratoria <<con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità [...] richiamati, [...] reputando inoltre, *ndr.*] di non potersi esimere dal rivolgere al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all’ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall’art. 6 della CEDU>>. Conseguentemente, non si è mancato di far

²⁸⁴ APRILE, *op. cit.* p. 8-9.

²⁸⁵ Cfr. l’efficace sintesi di LONATI, *op. cit.*, p. 4.

notare che era rimasto libero lo spazio per una decisione diversa qualora, <<nella perdurante latitanza legislativa, la questione venisse a ripresentarsi, magari sotto il diverso profilo della relazione con 117>>. ²⁸⁶ Cosa che puntualmente è avvenuta, visto che, come era facile prevedersi, il legislatore si è ben guardato dal prestare ascolto al monito della Giudice della legge. Con la sentenza 113/2011 la Corte Costituzionale introduce la cd. revisione europea. Alla sentenza si arriva, come detto, sempre nell' ambito del caso Dorigo. Infatti, il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Bologna, constata la perdurante inerzia di Governo e Parlamento nell'affrontare il problema, solleva una nuova questione di legittimità costituzionale, ma, stavolta, incanalandola nei binari giuridici "suggeriti" dallo stesso giudice delle Leggi, e cioè individuando il parametro costituzionale nell'art. 117, I, Cost. e l'oggetto del giudizio nel 630 c.p.p., nel suo complesso (non più solo la lett. a). La questione è accolta e la Corte dichiara <<l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell' art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell' uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo>>. Nella pronuncia si conferma lo schema illustrato *supra*, secondo cui le previsioni della Convenzione, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo, sono norme interposte ai sensi del primo comma dell'art. 117, I, Cost. e dunque obbligano il giudice a verificare se la legge interna sia, all' esito di una interpretazione cd. convenzionalmente conforme, con esse compatibili. In caso contrario, il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità e spetta allora alla Corte Costituzionale controllare se la norma convenzionale si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione e non sia dunque idonea a integrare il ricordato parametro. Ipotesi che non ricorre nel caso di specie; infatti il Collegio statuisce che l'interpretazione della Corte di Strasburgo, secondo cui l'obbligo scaturente dall'art.46 §1 CEDU implica anche l'impegno per le Alte Parti Contraenti la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quando appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum*, <<non può ritenersi contrastante con le conferenti tutele offerte dalla Costituzione>>. In particolare , non confligge con la Costituzione il venire meno degli effetti preclusivi del giudicato interno <<in presenza di

²⁸⁶ V. anche UBERTIS, *op. cit.*, p. 4.

compromissioni di particolare pregnanza - quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso - delle garanzie attinenti ai diritti fondamentali della persona>>.²⁸⁷ Ma per la Corte il vero *punctum pruriens* è stabilire se la revisione possa davvero essere usata per gli scopi a cui il giudice rimettente mira, e cioè conseguire la *restitutio in integrum*. Se è vero, infatti, che con essa si ottiene indubbiamente l'agognata riapertura del processo, è altrettanto vero che l'istituto, almeno nella sua fisionomia tradizionale, è pensato per sanare *ex post* eventuali dicotomie fra *certezza processuale e giustizia sostanziale* o, se si preferisce, *verità giudiziale e verità materiale*, al fine di far trionfare la seconda all'esito di un processo che, invece, abbia proclamato solo la prima; ciò, per altro, in una prospettiva rigorosamente *in bonam partem* visto che il mezzo di impugnazione straordinario è sempre previsto *a favore del condannato*. Qui la situazione è molto diversa. <<Configurare il rimedio interno quale ipotesi di revisione significa attribuire a quest'ultimo istituto una portata nuova: alla tradizionale finalità di commutare una sentenza di condanna in proscioglimento si affiancherebbe quella della ricelebrazione di un processo immune dai vizi accertati a Strasburgo, indipendentemente dalla prognosi di un suo diverso esito, così facendo assumere alla revisione un volto bifronte in vista degli obiettivi che di volta in volta si intendono raggiungere>>.²⁸⁸ La Corte Costituzionale ne è consapevole; tant'è che essa stessa evidenzia come: <<giova ribadire e sottolineare che l'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 c.p.p. non implica una pregiudizievole opzione di questa Corte a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento additivo. Il legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto - il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali>>. Insomma una porta aperta, quasi un appello, al Parlamento perché comunque, anche se tardivamente, intervenga sul punto, in piena coerenza, del resto, con la logica della supplenza di cui si è detto. Nel frattempo, però, la Corte ritiene la revisione l'istituto <<maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione>>, soprattutto perché la riapertura del processo implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione,

²⁸⁷ Ricostruisce l'iter logico della pronuncia, tra gli altri, BARGIS, *op. cit.*, p. 1043.

²⁸⁸ AIMONETTO, *op. cit.*, p. 1520.

estesa anche all'assunzione delle prove e, nel giudizio di revisione, è consentito lo svolgimento di attività istruttoria. Ovviamente, vista l'eterogeneità dell'ipotesi in questione rispetto a quelle regolate dall'art. 630 c.p.p. ed alla fisionomia generale dell'istituto, non è né possibile né pensabile un'applicazione *de plano* delle previsioni di cui all'art. 629 e ss. ma occorre un attento vaglio volto a "ritagliare", fin dove concepibile, le disposizioni "calzanti". Ecco perché la Corte si impegna nella motivazione ad individuare alcune regole applicabili alla nuova figura di revisione, tanto da far parlare la dottrina di una sentenza "additiva di istituto", più che additiva di principio. Innanzitutto, la Corte chiarisce che <<la riapertura del processo>> va intesa come <<concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio>>; poi puntualizza che la necessità di tale riapertura va valutata non solo in relazione alla natura oggettiva della violazione accertata, ma anche tenendo conto delle indicazioni contenute nella sentenza della Corte europea e nella sentenza interpretativa eventualmente chiesta ai sensi dell'art. 46 § 3 CEDU; infine, prefigura il dovere per il giudice di <<procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione>>. In tale prospettiva, saranno inapplicabili le disposizioni che <<appaiono inconciliabili, sul piano logico - giuridico, con l'obiettivo perseguito>>, cioè la *restitutio in integrum* dell'interessato: così, <<rimarrà inoperante la condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assolutoria, indicata nell'art. 631>>, dato che questa ipotesi di revisione mira a reintegrare la *giustizia della procedura*, indipendentemente dal tenore della decisione. Per lo stesso motivo, saranno da ritenersi inconferenti con le caratteristiche del nuovo istituto le previsioni di cui agli artt. 637, II e III c.p.p., in base alle quali, l'accoglimento della richiesta di revisione comporta senz'altro il proscioglimento dell'interessato.²⁸⁹ Fondamentale, comunque, in questa inedita²⁹⁰ attività di edificazione giurisprudenziale di un istituto giuridico, l'opera integrativa dei giudici comuni ai quali spetta <<trarre dalle decisioni i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione>>. Prima di concludere sul punto, vanno fatte due precisazioni

²⁸⁹ V., ancora, BARGIS, *op. cit.*, p. 1044.

²⁹⁰ << Una strada - quella intrapresa dai giudici costituzionali - comunque obbligata anche in considerazione della già ricordata insensibilità del nostro legislatore ai "pressanti inviti" degli organi di Strasburgo ad adempiere all'obbligo previsto dall'art. 46 Conv. eur. D'altra parte, come si legge nella sentenza, la Corte, "posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa - tanto più se attinente a diritti fondamentali - è tenuta comunque a porvi rimedio" >>. Così, LONATI, *ibidem*.

finali. La prima è che, per potersi avvalere della nuova cd. “revisione europea”, è prima imprescindibile ottenere una sentenza della Corte di Strasburgo che abbia dichiarato *unfair* la procedura (si direbbe - stando alle indicazioni della Raccomandazione (2000)² e della stessa sentenza costituzionale, che afferma doversi valutare la natura oggettiva della violazione accertata e le indicazioni contenute nella pronuncia della Corte EDU - per un vizio tanto grave da inficiare la stessa *fairness* della decisione). Il che esclude la possibilità di porre alla base della richiesta di revisione una sentenza EDU relativa ad un “caso analogo” Il punto è importante perché, come si è ricordato *supra*, se per le pronunce di Strasburgo di effetto *erga omnes* si può parlare, lo si può fare solo in relazione all’obbligo per lo Stato di adottare *misure generali* volte ad eliminare violazioni “strutturali” alla Convenzione; la *restitutio in integrum*, invece, è l’obiettivo a cui, in determinati casi, devono tendere le *misure individuali* che sempre lo Stato deve assumere per sanare la singola violazione del caso di specie; tali misure, come dice il nome stesso, non possono che concernere la *parte* del giudizio di Strasburgo. Questa lettura trova, del resto, conferma, considerando il diverso ma affine problema concernente l’applicabilità dello strumento di cui all’ artt. 670 c.p.p. (ma il ragionamento può tranquillamente estendersi anche a quello di cui all’ art. 625 *bis*) per superare il giudicato affetto da supposti vizi di iniquità in ipotesi analoghe a quelle censurate dalla Corte di Strasburgo ma mai andate direttamente all’attenzione di codesto giudice. In queste ipotesi, la Corte di Cassazione, con sent. Sez. I 171/2011, ha affermato chiaramente che <<è inammissibile l’incidente di esecuzione volto a porre rimedio a una violazione del contraddittorio perpetrata nel giudizio di cassazione, anche se si tratti di *error in procedendo* analogo a quello censurato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo in altro procedimento>>. E, <<tale soluzione non può che essere condivisa: le sentenze della Corte di Strasburgo producono effetti nel solo procedimento considerato e non *erga omnes*. Non possono dunque essere invocate per superare il giudicato nazionale in altri procedimenti, neanche laddove il vizio appaia simile. Non a caso, anche in quegli ordinamenti che prevedono un apposito rimedio per la riapertura, si riconosce la legittimazione al solo ricorrente e (in taluni casi) al computato non ricorrente, mentre la si esclude con riguardo ai terzi estranei al processo in cui si è pronunciata la Corte di Strasburgo, che lamentino violazioni analoghe a quelle accertate in sede europea>>. ²⁹¹Tra tali ordinamenti, è, interessante segnalare il caso della

²⁹¹ GIALUZ, *Esclusa la riapertura del processo in assenza di una pronuncia della Corte di*

Repubblica Federale Tedesca, in cui, come visto, la vincolatività della decisione della Corte europea, dal punto di vista soggettivo, rimane circoscritta alle parti del processo e ciò pone in capo al condannato l'onere di rivolgersi al giudice europeo per poter, poi, chiedere la revisione; e ciò, perfino, quando la sentenza sia fondata su una norma dichiarata dalla Corte in contrasto con la CEDU e frattanto abrogata.²⁹² La seconda puntualizzazione è che il rimedio individuato, *rectius* elaborato, dalla Corte Costituzionale nel 2011, non sembra aver fatto perdere del tutto di attualità le soluzioni "creative" precedentemente elaborate dal Giudice di Legittimità. Sul punto, occorre, però, distinguere a seconda del tipo di rimedio, nel senso che, mentre quello di cui all' art. 670 c.p.p., come estensivamente interpretato dalla Corte di Cassazione, sembra incompatibile con la revisione europea, non così, invece, pare per l' applicazione analogica dell' art. 625 *bis* c.p.p.²⁹³ Ma andiamo con ordine. Si è visto, come l' incidente di esecuzione sia già di per se ontologicamente inidoneo ad assicurare la riapertura del processo e, quindi, sotto questo profilo, *nulla quaestio*. Esso, invero, consente di interrompere l' esecuzione di una condanna ingiusta, *sub specie* di illegittima privazione della libertà personale *sine titulo* e quindi, si potrebbe dire, il suo impiego continuerebbe ad essere di una certa qual utilità; ma, per tale aspetto, anche la disciplina della cd. "revisione europea" reca un rimedio idoneo. Infatti, durante il giudizio di revisione, a seguito della declaratoria di ammissibilità dell' istanza, la corte d' appello può disporre in qualunque momento la sospensione dell' esecuzione della pena o della misura di sicurezza, applicando, se del caso, una delle misure coercitive previste dagli artt. 281, 282, 283, 284 c.p.p, con ordinanza revocabile per inosservanza della misura adottata; ed in questa ipotesi, riprende l' esecuzione della pena o della misura di sicurezza sospesa.²⁹⁴ Non sembra esserci nessuna causa ostativa a che questo potere possa essere esercitato dal giudice della revisione anche nella

Strasburgo. Nota a Casso. pen., sez. I, ud. 18.01.2011 (dep. 22.02.2011), n. 171 (sent.), Pres. Chieffi, Rel. Bonito, ric. Raffaelli, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹² V., sul punto, PARLATO, *op. cit.*, p. 1015.

²⁹³ La già accennata riforma organica del processo *in absentia*, l. 67/2014, ha, invece, risolto alla radice il problema relativamente all' ipotesi - più volte stigmatizzata, come visto, dalla Corte di Strasburgo - in cui un determinato processo si svolga all' insaputa dell' imputato, senza che questi sia messo nelle condizioni di parteciparvi. Da un lato, si è abolito tout court l' istituto della contumacia; dall' altro, si è introdotto l' art. 625 ter che consente al condannato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, di richiedere la "rescissione del giudicato" qualora egli provi che l' assenza sia stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

²⁹⁴ Lo fa notare BARGIS, *op. cit.* p. 1051.

particolare ipotesi “europea” in esame; anzi, il *quid* di discrezionalità che egli manterrebbe, gli consentirebbe di *modulare* il rimedio a seconda del tipo e della gravità della violazione, esattamente come prevede la Raccomandazione (2000)2. Anche sotto il profilo dell’ esecuzione, perciò, il 670 c.p.p. sembra, oramai, una soluzione del passato. La stessa cosa, invece, non si può dire per l’ art. 625 *bis* c.p.p. applicato in via analogica al fine di riaprire un processo ingiusto.²⁹⁵ Naturalmente, il ricorso straordinario per errore di fatto potrà essere usato solo e soltanto ove, dalla sentenza della Corte di Strasburgo, emerga *inequivocabilmente* che la violazione della CEDU sia avvenuta durante il giudizio di Cassazione. In questo caso, secondo la logica della *restitutio*, sarà proprio tale giudizio a dover essere riaperto e, come si è visto, il 625 *bis* c.p.p. appare idoneo allo scopo. Ora, se si condivide l’ assunto per cui la revisione europea opera per consentire la nuova celebrazione del processo quando tale obiettivo non sia in altro modo conseguibile, si deve allora concludere che in questo caso l’ istituto “di nuovo conio” non possa intervenire perché l’ obiettivo è, appunto, raggiungibile mediante un mezzo più diretto, il 625 *bis* c.p.p. Si potrebbe obiettare che il 625 *bis* c.p.p. non sia, in realtà, un “mezzo più diretto”, perché il suo utilizzo, quale strumento per consentire la *restitutio in integrum*, sarebbe il frutto di una torsione, se non di una vera e propria forzatura, ermeneutica; in questo senso, sarebbe, invece, la revisione europea il metodo più lineare, perché proprio l’ istituto di cui all’ art. 630 c.p.p. sarebbe, nel caso di specie, chiamato, in fondo, “a fare” ciò per cui l’ ordinamento, grazie all’ intervento manipolativo del 2011, lo ha pensato. In realtà, però, il ragionamento va capovolto; non occorre, infatti, confondere il *metodo* per mezzo del quale si è arrivati ad affermare l’ utilizzabilità per lo scopo *de quo* dell’ art. 625 *bis* c.p.p.,²⁹⁶ e cioè l’ *interpretazione analogica*, con le *caratteristiche* del 625 *bis* c.p.p..²⁹⁷ Detto altrimenti, una volta che si sia affermato che il ricorso straordinario per errore di fatto è adoperabile al fine di celebrare nuovamente il giudizio di Cassazione in cui si era verificata una violazione della Convenzione EDU, sanzionata dalla Corte di Strasburgo, conta solo stabilire se il nuovo giudizio, così ottenuto, consenta di conseguire la *restitutio in integrum*. Nella prospettiva dell’ attuazione delle sentenze

²⁹⁵ Secondo quanto si è visto nel precedente paragrafo. In questo senso, Quattracolo, *La “vicenda Drassich” si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, op. cit., p. 163 e ss. E v. anche, per questo stesso orientamento, sent. CASS. PEN. 37413/2013 citata *supra* al par. 1..

²⁹⁶ Se si vuole, con un gioco di parole, *il metodo per giungere al metodo* (per conseguire la *restitutio in integrum*).

²⁹⁷ Se si vuol proseguire con la terminologia di nota precedente, *le caratteristiche del metodo* (per conseguire la *restitutio in integrum*).

CEDU, non serve indagare su altro. E sicuramente, nei casi in cui, lo si ripete, la violazione si sia prodotta durante il grado di legittimità, il nuovo giudizio di Cassazione, ex art. 625 *bis* c.p.p., è pienamente in grado di restituire nelle proprie garanzie l'imputato, anche perché, tale giudizio, può concludersi con gli esiti più diversi.²⁹⁸ Del resto, l'idoneità, in questi casi, del "processo di Cassazione bis" - che ci si sia arrivati per il tramite del 625 *bis* c.p.p., poco importa - è stata affermata a chiare lettere dallo stesso Comitato dei Ministri proprio nel caso Drassich. La Risoluzione CM/ResDH(2009)87 <<ha chiuso la posizione dell'Italia, considerando soddisfatta l'obbligazione di adeguamento, sia sotto il profilo delle misure particolari [...] sia sotto quello delle misure generali. Riguardo al primo aspetto, la Risoluzione del Comitato dei ministri riporta l'annullamento parziale dell'originaria sentenza passata in giudicato, per consentire la ricelebrazione del giudizio di legittimità sul motivo relativo alla prescrizione del reato e, quindi, con riguardo alla corretta qualificazione del fatto. In tale occasione, si afferma, "*the Court of Cassation will not fail to take into account the Convention's requirements on fairness of proceedings*", senza che alcun dubbio sia espresso sulla idoneità del giudizio di legittimità a consentire il ristabilimento delle violate garanzie convenzionali. Sotto il secondo profilo, ossia quello delle misure generali [...] il documento fa riferimento [...] all'utilizzo in via analogica dell'art. 625 *bis* c.p.p. senza necessità di un apposito strumento di revisione, almeno in casi simili [corsivo nostro, ndr.] a quello dell'affaire Drassich c. Italia>>.²⁹⁹ Un'ulteriore conferma arriva, infine, dalla sentenza costituzionale 113/2011 ove si legge: <<lo strumento di cui all'art. 625 *bis* è strutturalmente inidoneo ad assicurare la riapertura del processi a fronte di violazioni che *non si siano verificate nell'ambito del giudizio di Cassazione*. [corsivo nostro, ndr.]>>. Verissimo, ma ciò significa, *a contrario*, che esso è *strutturalmente*

²⁹⁸ Questo punto è molto importante, perché toglie un ulteriore argomento ai critici dell'utilizzabilità dell'art. 625 *bis* c.p.p. in tale settore. Infatti, si dice spesso, che la revisione europea sarebbe in ogni caso un rimedio "migliore" del ricorso straordinario, semplicemente perché essa sola consentirebbe la celebrazione di un "più garantista" giudizio di merito. Ora, a parte il fatto che il rimedio deve restituire, a chi non ha potuto godere di un determinato diritto, *quel diritto* ma *nulla* di più, e, quindi, se il *vulnus* si è verificato in Cassazione, è giusto che si ridia al condannato una "*chance*" che, quand' era imputato, "non aveva potuto giocarsi", ma non qualcosa che non "stava nelle regole del gioco", sovente non si considera che, nell'ipotesi in cui, nel *nuovo* giudizio di legittimità, dovesse emergere la *necessità* di tornare nel merito, (perché, magari, occorre verificare la sussistenza di quel particolare aspetto del fatto che ha acquisito rilevanza giuridica ai sensi della nuova fattispecie) il *nuovo giudizio di Cassazione* permetterebbe di farlo, perché esso ben può chiudersi con un annullamento con rinvio. Sul punto, già accennato, comunque, si tornerà.

²⁹⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 165-166.

*idoneo ad assicurare la riapertura del processi a fronte di violazioni che si siano verificate nell'ambito del giudizio di Cassazione.*³⁰⁰

1.3.5. LA CRISI DEL GIUDICATO: CENNI

Come si è accennato, <<qualsiasi sentenza della Corte europea che accerti una violazione pattizia posta in essere dall'autorità giudiziaria verrà sempre fisiologicamente a collidere con un giudicato nazionale>>. ³⁰¹ Da ciò, la necessità di rimettere in discussione, ed in determinati casi di superare, l'accertamento contenuto nella sentenza divenuta irrevocabile. Il giudicato non è più, così, un limite ultimo ed invalicabile ma tende ad assumere una dimensione sempre più flessibile e dinamica, tanto da aver indotto molti ³⁰² a parlare di una vera e propria "crisi del giudicato", quantomeno nella sua fisionomia tradizionale. Il fenomeno, in realtà, non è nuovo, visto che la necessità di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale aveva già suggerito, nel 1998, al legislatore della riforma del codice di rito di <<aprire significative brecce nel muro del giudicato penale>> ³⁰³ consentendo, ad esempio, di applicare *in executivis* la disciplina del cumulo giuridico delle pene in caso di concorso formale o reato continuato o, ancora, di scomputare dal quantitativo di pena da scontare i periodi di cd. presofferto; tutti interventi, questi, che rimodulano, *quoad poenam*, il contenuto della sentenza definitiva. E' innegabile, tuttavia, che, negli ultimi anni, il processo di <<sgretolamento del Totem della cosa giudicata>>, ³⁰⁴ abbia subito una considerevole accelerazione, che solo in parte si coglie guardando al profilo dei rapporti tra ordinamento interno e circuiti di giustizia sovranazionali; <<la caduta del tabù>> ³⁰⁵ è dovuta, infatti, tanto a fattori "endogeni"³⁰⁶ quanto a motivi "esogeni", che, pur diversissimi, sono accomunati da un dato generale: ove,

³⁰⁰ In questo senso, QUATTROCOLO, Serena. *La "vicenda Drassich" si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, Nota a Cass. Pen., sez. II, 12 settembre 2013, n. 37413 in www.penalecontemporaneo.it, p. 163.

³⁰¹ LONATI, *op. cit.*, p. 4.

³⁰² Si veda, *ex plurimis*, CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 3

³⁰³ CAPRIOLI, *op. cit.* p. 4..

³⁰⁴ Secondo la felice metafora di Paola BALDUCCI.

³⁰⁵ Ancora espressione di Paola BALDUCCI.

³⁰⁶ Il riferimento non può non andare ad alcune recentissime pronunce della Cassazione penale e, soprattutto, alla sentenza 42858/2014 in cui si è affermato che << successivamente ad una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione di illegittimità costituzionalità di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, comporta la rideterminazione della pena, che non sia stata integralmente espiata, da parte del giudice dell'esecuzione>>.

per qualche ragione, l'*an* o il *quantum* della pena da scontare fossero *ingiusti*, la condanna sulla cui base l'espiazione ha avuto inizio, va *rimessa in discussione*. Per l'attinenza al tema del presente lavoro si abbozzeranno, comunque, qui di seguito, solo i "fattori esogeni" della "crisi del giudicato". Come si è detto più volte, le sentenze della Corte di Strasburgo intervengono a "ricorsi interni esauriti" e, quindi, quando il giudicato è, ai sensi degli artt. 648 e 650 c.p.p., formato; inoltre, come detto, eseguire la sentenza di Strasburgo significa, in taluni casi, dover riaprire o rielebrare il processo, *quid est* superare una sentenza irrevocabile. Considerando assieme queste asserzioni, il risultato non può che essere uno: il giudicato interno deve cedere davanti alla sentenza della Corte EDU che lo abbia ritenuto ingiusto per violazioni "sostanziali" o "processuali" tanto gravi da inficiare la *fairness* della sentenza definitiva. «La fondamentale "sentenza Cat Berro", che ha ritenuto che lo strumento più acconcio per determinare l'eseguibilità di una condanna interna riportata all'esito di un processo ritenuto iniquo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, fosse l'incidente di esecuzione, [...] ha fissato in linea di principio la vulnerabilità del giudicato, individuando il percorso per eliderlo o revocarlo del tutto».³⁰⁷ Con la "sentenza Somogyi", secondo cui «qualsiasi sentenza della Corte di Strasburgo che accerti una violazione dell'art. 6 C.e.d.u. posta in essere dall'autorità giudiziaria nazionale verrà sempre, inevitabilmente, fisiologicamente (e quindi istituzionalmente) a collidere con un giudicato nazionale» è, poi, «la tangibilità di quest'ultimo a dover essere affermata, anche perché lo stesso principio di intangibilità, giuste le previsioni della revisione e del ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p., nel nostro ordinamento giuridico, non è poi così assoluto».³⁰⁸ Infine, con l'introduzione della cd. revisione europea, si può dire che il principio di "tangibilità" del giudicato si sia oramai istituzionalizzato e che quello delle sentenze penali di condanna sia divenuto una sorta di "giudicato allo stato degli atti",³⁰⁹ sempre pronto a cadere, nelle forme ed alle condizioni viste, qualora la Corte di Strasburgo, sempre più un "quarto grado di giudizio"³¹⁰ dovesse ravvisarne l'iniquità. Tutto ciò comporta un grande pregio ed un

³⁰⁷ FURFARO, Sandro, *Il mito del giudicato ed il dogma della legge, la precarietà della certezza giuridica*, in www.archiviopenale.it, p. 14.

³⁰⁸ FURFARO, *ibidem*.

³⁰⁹ Sul punto v., *amplius*, CAPRIOLI, *op. cit.* p. 110 e ss.

³¹⁰ Si veda il titolo del saggio, più volte citato, di CAIANIELLO, "Terzo e quarto grado di giudizio. Ovvero, quando c'è chi cassa la Cassazione". Questa trasformazione pone, invero, complessi problemi ordinamentali che, tuttavia, non possono, in questa sede, venire analizzati.

grande difetto: una sempre maggiore protezione dei diritti umani ma anche una sempre minore certezza del diritto. Eppure tuttavia, come recita la Cassazione Drassich del 2009, <<nel bilanciamento di valori costituzionali, da un lato, quello della funzione del giudicato e, dall' altro, quello del diritto a un processo equo e a una decisione resa nel rispetto di principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto a interloquire sull' accusa, non può che prevalere quest' ultimo>>. Insomma, <<tramontata la stagione delle sentenze irrevocabili destinate a *facere de albo nigrum*,³¹¹ nell'attuale assetto normativo “il giudicato diviene istituto flessibile, malleabile, aperto alle verifiche qualora ve ne sia comprovata necessità *in bonam partem*”: disegnando “un vero e proprio sistema di rimedi revocatori del giudicato penale”, la legge processuale “punta a moltiplicare gli antidoti alla *decisione iniqua*”, con l'effetto di piegare “la naturale tendenza autoconservativa del giudicato alle esigenze di giustizia sostanziale” >>.³¹²

³¹¹ Il riferimento è al noto brocardo latino: *res iudicata facit de albo nigro, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat.*

³¹² CAPRIOLI, *op. cit.* p. 4..

2. IL POTERE DI RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO.

L'analisi del caso Drassich dimostra come l'attività di riqualificazione giuridica del fatto possa interferire con varie prerogative difensive riconosciute sia dalla Costituzione che dalla Convenzione EDU. Al contempo, si tratta di un'operazione espressamente, anche se non esaustivamente, disciplinata dal codice di rito penale e sorretta da specifici presupposti teorici e dogmatici, oltre che ben radicata nella moderna tradizione giuridica.¹ All'analisi del contesto storico e filosofico del potere di riqualificazione e della sua disciplina positiva, è, dunque, dedicato il presente capitolo.

2.1. LA RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO

Tradizionalmente il potere di riqualificazione giuridica del fatto è indicato con il noto brocardo latino² *iura novi curia*, traducibile, all'immediato, come <<il giudice conosce il diritto>>.³ Se il giudice è *iuris peritus*, si dice, egli <<ha il potere - dovere di individuare, anche di sua iniziativa, e di applicare ai fatti dedotti ed accertati, le norme giuridiche che, secondo il diritto vigente ed in base alle regole sull'efficacia della legge nello spazio e nel tempo, debbano disciplinare i fatti stessi>>.⁴ Conseguentemente, qualora il fatto storico addebitato all'imputato dovesse essere sussumibile in una fattispecie penale incriminatrice diversa da quella identificata dall'organo dell'accusa,⁵ il giudice, all'atto della decisione, non avrebbe solo il potere ma addirittura il

¹ Anche se non mancano le questioni aperte e problematiche; come ha notato QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto*, op. cit. p. 28, quando si trattano questi temi, si ha la <<sensazione [...] di trovarsi di fronte ad un assioma, all'espressione di una semplice rilevazione oggettiva della realtà, rispetto alla quale difettano strumenti di dubbio e di critica>>. Come si vedrà, invece, così non è.

² Sulle cui origini e significati, vedi *infra* ed *amplius*, paragrafo successivo

³ In questo senso, *ex plurimis*, CAPONE, op. cit., quarta di copertina. Ma non è affatto scontato, come si vedrà, che la massima abbia, solo o principalmente, il senso che le si vuole comunemente attribuire. Sul punto v., paradigmaticamente, PUNZI, C., *Jura novit curia*, Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 2-3.

⁴ PIZZORUSSO, voce "*Jura novit curia*". *Ordinamento italiano*, in "Enciclopedia giuridica", XVIII, Roma, 1990.

⁵ Il pubblico ministero, in quanto titolare del potere d'esercizio dell'azione penale, è chiamato per primo ad individuare il titolo di reato. In questo senso già LOASSES, *Della definizione giuridica del fatto - reato e suoi effetti*, in "Rivista penale", 1948, p. 486. L'A. fa inoltre notare che <<è ovvio che la richiesta non può essere per un reato indeterminato, ma deve invece specificatamente precisare quale è il titolo del reato pel quale si procede>>.

dovere⁶ di <<dare al fatto quel titolo di reato che egli crede valga a definirlo con maggiore esattezza>>.⁷ E tale dovere discenderebbe dalla posizione istituzionale del giudice, in special modo dal canone della soggezione alla legge, espresso dall'art. 101, II, Cost.⁸ e dal principio di legalità. Questo, in estrema sintesi,⁹ il substrato concettuale su cui si fonda la teoria della riqualificazione officiosa del fatto¹⁰ e che si è ipostatizzato nell'attuale art. 521, I, c.p.p. ai sensi del quale <<nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica>>. Peraltro, e coerentemente con queste affermazioni, la giurisprudenza è granitica nel ritenere l'art. 521, I, c.p.p. null'altro che il punto di emersione di un principio di portata generale, connaturato alla stessa funzione giurisdizionale¹¹ ed ha quindi pacificamente affermato che, anche in assenza di precisi indici normativi, <<pure la Corte di cassazione [...]] e la Corte d'appello hanno il potere di modificare l'inquadramento giuridico del fatto [...] , anche in chiave peggiorativa, con l'unico limite del divieto di *reformatio in pejus* del dispositivo della sentenza, nella parte relativa alla

⁶ In questo senso, tra gli altri, GIARDA e SPANGHER (a cura di), *Commento all'art. 521 c.p.p.*, in Codice di procedura penale commentato, IPSOA, IV Edizione.

⁷ LOASSES, *op. cit.*, p. 490.

⁸ In questo senso, tra gli altri, PIZZORUSSO, *ibidem*. A proposito dell' art. 101, II Cost., con efficace sintesi ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale, op. cit.* nota che <<i>giudici hanno il dovere di applicare la legge, pure se non la condividono; ma resta libera l'interpretazione delle norme - nel nostro sistema non esiste alcun vincolo al precedente, anche il più autorevole - e ciascun giudice vi procederà secondo il proprio autonomo convincimento e la propria competenza giuridica>>.

⁹ Sul punto, v. *amplius* par. 2.5.

¹⁰ Gli assunti sintetizzati nel testo sono da tempo presenti in dottrina. V., nella vigenza del codice di procedura penale del 1865, FARANDA, *Il titolo del reato. Parte prima. L'azione*, Tipografia C. Galatola, Catania, 1885, p. 330 che così scriveva: <<La regola generale parmi questa: il TITOLO DEL REATO [maiuscolo dell'A., ndr.], ritenuto nell'atto di Citazione da qualunque parte provenga, od affermato nelle Ordinanze di rinvio, non lega mai il Magistrato di merito il quale può affermarne uno completamente diverso; sia per ragion dell'indole del fatto, sia per ragion della pena che il Giudice dichiara applicabile. Dalla quale regola giova dedurre le conseguenze, secondo la varia Competenza delle Magistrature di merito>>.

¹¹ <<All'organo giurisdizionale è sempre consentito attribuire un diverso *nomen juris* alla vicenda materiale per cui si procede>>. Così, GIARDA e SPANGHER, *ibidem*. Conf. CENTAMORE, *L'applicazione dei principi dell'art. 6 CEDU in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti "tradizionali" e nuove prospettive. Nota a Cass. Pen. Sez II, n. 1625/2013, Pres. Macchia, Rel. Rago*, in www.penalecontemporaneo.it, p. 3: <<la riqualificazione giuridica del fatto costituisc[e] potere intrinsecamente devoluto alla giurisdizione>>.

qualità ed alla quantità della pena inflitta e ai benefici concessi>>.¹² Ora, tali affermazioni sono molto diffuse in dottrina e parrebbero, *prima facie*, pacifiche ed indiscutibili, quasi rilevazioni di una realtà oggettiva.¹³ In realtà, però, le cose sono ben più complesse di quanto appaiano. Innanzitutto, il contesto di derivazione del principio *iura novit curia* non è processualpenalistico ma processualcivilistico e già questo rende necessario verificare quali siano i presupposti, i limiti e le condizioni per un'esportabilità della massima in un settore diverso da quello originario.¹⁴ Nel processo civile, infatti, lo *iura novit curia*, nasce e si afferma, secondo quanto si vedrà meglio, come una deroga parziale all'operatività del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato,¹⁵ principio che governa questo tipo di processo. Nel *processo civile*, difatti, l'attore, così come può scegliere liberamente se agire in giudizio a tutela dei propri diritti ai sensi dell'art. 99 c.p.c., ha il monopolio in ordine alla determinazione del tema decisionale¹⁶ e, quindi, anche in relazione all'inquadramento giuridico della domanda; sicché l'applicazione integrale, estesa ai profili di diritto, del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, dovrebbe far sì che <<ogni minima imperfezione giuridica della domanda ne comportasse invariabilmente il rigetto>>.¹⁷ In linea teorica, una soluzione del genere sarebbe del tutto logica e compatibile con il quadro costituzionale vigente, in quanto non determinerebbe <<lesioni del principio di legalità, né indebolirebbe il sovrano esercizio della funzione giurisdizionale>>.¹⁸ Se così non è, e se si ritiene pacificamente che il giudice civile possa riquilibrare la domanda, è per una precisa scelta di politica del diritto, improntata al *favor actionis*. Constatatosi che i privati <<potrebbero essere del tutto inesperti di diritto o – perché no? – essere assistiti da professionisti non particolarmente raffinati>>¹⁹ e che un sistema processuale rigidamente ancorato al rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e

¹² GIARDA e SPANGHER, *ibidem*. Per il giudizio d'appello, comunque, come si dirà, un appiglio testuale abbastanza saldo è costituito dall' art. 597 c.p.p. Su tali punti si tornerà *infra*.

¹³ V. *supra* nota 1

¹⁴ Sul punto v., anche, *infra*, par. 2.3.

¹⁵ CAPONE, *op. cit.* p. 137

¹⁶ In questo senso, CAPONE, *op. cit.* p. 22.

¹⁷ CAPONE, *op. cit.* p. 25.

¹⁸ CAPONE, *ibidem*. L'A. continua precisando che <<[l'applicazione integrale del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, ndr.] impedendo ogni supplenza *ex officio* e traducendosi in concreto nel rigetto delle domande giuridicamente poco agguerrite, sarebbe funzionale solo a garantire la "passività", e cioè la terzietà e l'imparzialità, del giudice>>.

¹⁹ CAPONE, *ibidem*.

pronunciato anche in relazione alle questioni di diritto, <<finirebbe per presentarsi agli occhi dei cittadini come una fortezza impenetrabile e tradirebbe il suo fondamentale scopo di giustizia>>,²⁰ il legislatore ha ritenuto preferibile stabilire che l'ordinaria ripartizione dei poteri tra il giudice e le parti venisse derogata in relazione alla definizione e alla prova del fondamento giuridico della domanda,²¹ consentendo al giudice di correggere l'errata individuazione della norma invocata, senza costringere l'attore, con inutile formalismo, a <<riproporre più volte l'azione finché non perven[isse] all'inquadramento giuridico preferito dal giudice>>.²² Da questa ricostruzione, allora, si comprende perché <<l'origine e la cristallizzazione dell'ambito operativo delle regole veicolate dalla massima *iura novit curia*>>²³ siano concepibili soltanto entro la struttura di un processo in cui operi il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.²⁴

Ciò significa, all'opposto, che nel *processo penale*, finché sono stati adottati modelli di tipo autenticamente inquisitorio,²⁵ sono mancati i presupposti logici e giuridici per l'applicazione del canone *iura novit curia*.²⁶ Non sussistendo un rapporto di alterità tra magistrato inquirente e magistrato giudicante, non avendo il procedimento struttura bifasica e non essendoci, soprattutto, alcun vincolo di corrispondenza tra oggetto della domanda punitiva ed oggetto della decisione, tanto il contenuto fattuale quanto quello giuridico dell'imputazione potevano (e possono nei sistemi ove ancora viga questo paradigma processuale) essere mutati *ad libitum*, o quasi, in sentenza.²⁷ Le cose, però, sono cambiate a partire dall'adozione, nell'Ottocento, dei sistemi misti,²⁸ quando, cioè, ha cominciato ad affermarsi l'idea per cui <<il processo consiste nel giudizio su una previa accusa. Il giudice, di conseguenza, non può pronunciarsi se non su ciò che gli è richiesto di giudicare. Il principio

²⁰ CAPONE, *ibidem*.

²¹ Cfr. CAPONE, *op. cit.* p. 26.

²² CAPONE, *op. cit.* p. 25. D'altronde, secondo l'autorevolissimo insegnamento del PUNZI C. *op. cit.*, p. 154 <<il giudice deve respingere la domanda [...] quando si convince che non vi è una norma che giustifichi la pretesa o l'eccezione fatta valere dalla parte>>. Conseguentemente, afferma CAPONE, *ibidem*, <<al privato tendenzialmente si richiede soltanto di allegare, e provare i fatti che costituiscono il fondamento della sua domanda>>.

²³ CAPONE, *op. cit.* p. 26

²⁴ CAPONE, *ibidem*

²⁵ In questo senso, ancora, CAPONE, *op. cit.* p. 137.

²⁶ <<In quel modello [inquisitorio, *ndr.*] non troviamo nessuno dei dati strutturali che consentono l'innesto della massima>>. Così, CAPONE, *ibidem*

²⁷ CAPONE, *ibidem*

²⁸ CAPONE, *ibidem*. V, *amplius, infra*.

generale che regola il rapporto tra domanda di parte e poteri del giudice è dunque quello di correlazione tra accusa e sentenza>>.²⁹ Poiché, dunque, l'individuazione del profilo giuridico dell'imputazione spetta prioritariamente al pubblico ministero nell'atto di promovimento dell'azione penale, se si dovesse ragionare con una ferrea logica processualcivilistica di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, <<in teoria, il rimedio fisiologico per gli errori del ministero nella prospettazione dei profili giuridici dell'accusa, così come nella descrizione del fatto, sarebbe costituito dall'assoluzione>>.³⁰ Ma se già, come si è visto, nel processo civile la soluzione del rigetto della domanda errata *in iure*, non è stata seguita, perché ritenuta foriera di eccessivi costi, sia in termini di tempo che di risorse, essa, *a fortiori*, non è stata sposata nel processo penale. Oltre alle citate esigenze di economia processuale, comuni ad entrambi i processi, infatti, per quest'ultimo si è posto un ulteriore ostacolo all'accoglimento di tale opzione: mentre l'attore in un processo civile potrebbe riproporre la domanda inizialmente rigettata in punto di diritto, "aggiustando il tiro" del tema giuridico, al magistrato dell'accusa tale possibilità non è concessa. Ad opporvisi è l'art. 649 c.p.p., divieto di un secondo giudizio, ai sensi del cui primo comma, <<l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto neppure se questo viene diversamente considerato per il *titolo* [corsivo nostro], per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69, comma 2, e 345>>. Qualora, dunque, di fronte ad un'erronea qualificazione giuridica del fatto il giudice avesse dovuto pronunciare l'assoluzione, il pubblico ministero non avrebbe potuto più esercitare una nuova azione penale, nemmeno se opportunamente corretta, perché si sarebbe trattato del *medesimo fatto diversamente considerato per il titolo*. Verosimilmente, allora, il legislatore ha reputato che la via del rigetto della domanda del pubblico ministero errata in punto di diritto, con conseguente proscioglimento dell'imputato, avrebbe eccessivamente frustrato le esigenze di prevenzione generale, sottese al sistema penale e, coerente con tale prospettiva, ha ritenuto in questi casi di attribuire al giudice il potere di riqualificare il fatto. E' chiaro, quindi, come la previsione per cui il giudice possa mutare *sua sponte* il *nomen iuris* attribuito dal magistrato requirente, non abbia natura *consustanziale* all'esercizio della giurisdizione penale, non sia sorretta dal dogma della *necessità*, non sia la

²⁹ CAPONE, *op. cit.* p. 137.

³⁰ CAPONE, *ibidem*.

promanazione di un dato metagiuridico, come spesso si legge, ma, costituisca, semplicemente, una *scelta di politica del diritto*, motivata da determinati presupposti assiologici.³¹ Una scelta, si aggiunge, permeata da un certo qual *favor actionis*, perché la rigorosa applicazione dei principi costituzionali che attualmente governano il processo penale, quali su tutti la parità delle parti, avrebbe potuto, forse, condurre, in sua assenza, ad un esito radicalmente diverso: l'assoluzione dell'imputato. Certo, con ciò non si vuole dire che l'applicazione del canone *iura novit curia* sia incompatibile con il quadro valoriale del *giusto processo*, né questo lo ha affermato la Corte di Strasburgo, secondo quanto si è visto nel primo capitolo. Si intende però precisare che, se si inquadra correttamente la dimensione della regola - e cioè si riconosce che essa è l'espressione di una preferenza per un'opzione più svantaggiosa per l'imputato rispetto all'altra via astrattamente possibile, l'assoluzione per essere stata l'azione giuridicamente impostata scorrettamente in diritto - viene più facile comprendere come sia, *almeno di buon senso*,³² prevedere opportuni strumenti di tutela del diritto di difesa in caso di riqualificazione. Come anticipato, però, la scelta del legislatore del 1988 è stata diversa, quantunque nel corso dei lavori preparatori si fosse riconosciuto il pericolo che una *immutatio nominis* in sentenza ed a sorpresa avrebbe potuto arrecare un qualche pregiudizio all'imputato. In particolare, la Relazione al progetto preliminare del Codice di Procedura Penale del 1988³³ ha precisato che la scelta di non prevedere <<una correlazione obbligatoria fra la decisione sul tema giuridico dell'accusa e le conclusioni del pubblico ministero>> avrebbe <<indubbiamente sacrifica[to] in qualche misura le esigenze della difesa, in particolare per il caso che la diversa qualificazione giuridica implichi una pena

³¹ Infatti, non si tratta affatto di una decisione obbligata ma culturalmente determinata dal particolare modo di concepire i rapporti tra lo Stato ed i suoi cittadini. In alcuni ordinamenti, infatti, si persegue l'opposta via dell'assoluzione, ritenendosi che il sol fatto che un soggetto subisca gli inevitabili disagi derivanti da un processo penale per un fatto erroneamente qualificato, sia motivo sufficiente per inibire a carico di quel soggetto ogni futura iniziativa della pubblica accusa *in eadem re*: se il pubblico ministero ha inquadrato male in diritto la domanda penale, *sibi imputet*.

In Italia, e in altri ordinamenti dell'Europa continentale, invece, prevale l'idea per cui, se un determinato fatto materiale penalmente rilevante è stato commesso da un soggetto, questi non possa *trarre vantaggio* da eventuali errori della pubblica accusa nel posizionamento del tema giuridico dell'accusa e si consente quindi al giudice di *porre rimedio* a tali errori, *riqualificando il fatto*.

³² Al netto delle riflessioni sui principi desumibili dagli artt. 111 Cost. e 6 CEDU su cui *supra* cap.1 e *infra* cap.3.

³³ In Gazzetta Ufficiale del 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. N.2, p. 119..

più grave>> Ciò nonostante si è ritenuto opportuno <<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*>>. L'opzione per la soluzione tradizionale è stata motivata in base alla, presunta, impraticabilità delle opzioni alternative, ossia, di <<una disciplina costruita in modo analogo a quella concernente la contestazione del fatto diverso (iniziativa del pubblico ministero, termine a difesa, eventuale trasmissione degli atti); ovvero [del]la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica, consentendo la discussione sul punto>>. Per il legislatore, infatti, <<entrambe le soluzioni avrebbero [...] comportato un dispendio di attività probabilmente eccessivo, e il rischio, in pratica, indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato>>. Ora, al di là di ogni considerazione sulla apprezzabilità delle scelte compiute dal legislatore e sulla condivisibilità delle argomentazioni volte a giustificarle,³⁴ è evidente che esse si fondano sull'assunto per cui fatto e diritto sarebbero <<elementi ascrivibili a piani radicalmente distinti>>.³⁵ Si impone, dunque, la necessità di vagliare la fondatezza teorico/dogmatica di tale tesi, su cui si fonda, in ultima analisi, l'attività di riqualificazione giuridica del fatto.

2.2. *QUAESTIO FACTI E QUAESTIO IURIS*

Senza dubbio i rapporti tra fatto e diritto costituiscono <<uno dei profili più discussi, perché più affascinanti, del processo, non solo penale, dalle implicazioni di amplissima portata>>.³⁶ Fatto e diritto, in primo luogo, << [...] si propongono come paradigmi, da un lato, dell'ampiezza dell'attività probatoria che le parti devono predisporre a condurre, e, dall'altro, dell'attività

³⁴ In tale sede, ci si limita a notare che <<se è vero che il sistema non deve essere appesantito da norme che comportino un dispendio di attività processuale, è anche fondamentale che, laddove emergano esigenze di segno opposto, si favorisca quella la cui soccombenza implichi un maggior sacrificio e tale è [...] l'esigenza di tutela del diritto di difesa>>. Così, SCULCO, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in "Cass. pen." 2/2011, p. 636. Detto altrimenti, il diritto di difesa, non può soccombere nel bilanciamento col principio di ragionevole durata del processo, perché quello che deve durare *ragionevolmente* è solo il processo giusto ed è giusto solo quel processo che non mortifichi il diritto di difesa.

³⁵ SCULCO, *ibidem*

³⁶ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 61. Il tema, non a caso, ha ispirato <<altissime riflessioni tra i massimi filosofi del diritto>> (QUATTROCOLO, *ibidem*)

decisoria del giudice>>;³⁷ in secondo luogo, rappresentano i due poli logici sui quali si articola l'attività di qualificazione, e conseguentemente anche di riqualificazione, *giuridica del fatto*;³⁸ infine, sono l'oggetto, rispettivamente, della cd. *quaestio facti* e della cd. *quaestio iuris*. Per chiarire questi tre fondamentali punti, tra loro interconnessi, occorre muovere proprio dall'ultimo, specificando, innanzitutto, che, quando si parla di *quaestio facti e quaestio iuris* si intende fare riferimento, nell'ordine a: <<il fatto (i fatti) da stabilire e la norma (le norme) da applicare nel decidere un dato caso>>.³⁹ Trattasi di quelle che, usualmente, si ritengono essere la premessa maggiore (o premessa giuridica), e la premessa minore (o premessa fattuale) del cosiddetto sillogismo giudiziale.⁴⁰ Anzi, <<la separazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* è presupposto del modello sillogistico>>.⁴¹ Tradizionalmente, infatti, la struttura della decisione giudiziale viene ricondotta allo schema del sillogismo⁴² aristotelico: ⁴³ <<nell'applicazione della legge, come l'esercita il procuratore o il giudice, il processo logico rappresenta un sillogismo, nel quale la legge vigente rappresenta la proposizione maggiore e il caso speciale

³⁷ QUATTROCOLO, *ibidem*

³⁸ V., *infra, amplius*, in questo par.

³⁹ MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle questioni di <<quaestio facti>> e <<quaestio iuris>>*, in "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1992, p. 296, nota 4.

⁴⁰ Cfr. MAZZARESE, *ibidem*.

⁴¹ VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli Editore – Torino, 2007, p. 54.

⁴² Secondo MAZZARESE, *Termini per una crisi del sillogismo giudiziale*, in www.openfiler.jus.unibs.it, p.1: <la nozione di sillogismo giudiziale individua la forma logica delle decisioni giudiziali, individua, cioè, lo schema inferenziale che consente di render conto della natura logico-deduttiva dell'applicazione giudiziale del diritto. Schema inferenziale, più precisamente, secondo il quale la norma che pone termine ad una controversia viene presentata come la conclusione che deriva logicamente dalla premessa giuridica (dall'asserto, cioè, che indica il dato normativo da applicare per la risoluzione della controversia), e dalla premessa fattuale (dall'asserto, cioè, che indica il dato fattuale su cui la controversia verte). La norma espressa dal dispositivo di una decisione giudiziale viene presentata, cioè, come il risultato di un'inferenza logica in cui l'asserto giuridico e l'asserto fattuale che fondano una decisione giudiziale stanno, rispettivamente, per la premessa maggiore e per la premessa minore>>.

⁴³ Di sillogismo ARISTOTELE, *Analitici I*, 1, 24 b, 18-22, forniva la seguente definizione: <<sillogismo è un discorso (cioè un ragionamento) in cui posti alcuni dati (cioè le premesse) segue di necessità qualcos'altro distinto da essi, per il solo fatto che essi sono stati posti. E con l'espressione "per il fatto che essi sono stati posti" intendo il conseguire in forza di essi, e ulteriormente con l'espressione "conseguire in forza di essi" intendo il non aver bisogno di alcun termine estraneo in aggiunta perché abbia luogo la necessità>>.

la minore, da cui deriva la sentenza, come conclusione>>.⁴⁴ E la tesi trova un discreto seguito anche oggi,⁴⁵ sebbene persino gli autori maggiormente legati a tale schema logico siano costretti a riconoscerne i limiti più evidenti, proponendone alcune letture correttive.⁴⁶ D'altronde, <<la Corte di Cassazione lo ha lucidamente avvertito già cento anni fa: il giudice deve motivare, ma, ha precisato, motivare non significa scrivere un pedante sillogismo in perfetta forma scolastica>>.⁴⁷ Peraltro, poiché nel “sillogismo giudiziale”⁴⁸ la premessa maggiore è costituita da norme giuridiche, per comprendere pienamente il funzionamento del sillogismo, occorre combinare la struttura logica del medesimo con quella della norma giuridica. Senza pretese di

⁴⁴ TRENDELENBURG, *Diritto naturale*, Jovene, Napoli, 1873 (ed. italiana su originale tedesco del 1860), nella traduzione italiana riportata in VISENTINI, Gustavo, *Lezioni di teoria generale del diritto*, III ed., CEDAM, 2010, p. 134. In questo senso, comunque, già si esprimeva Beccaria nel suo “Dei delitti e delle pene”.

⁴⁵ <<L'applicazione del diritto da parte del giudice si presenta nella forma di un sillogismo, ciascuna delle premesse del quale risponde ad una precisa domanda. Per conoscere la premessa maggiore, il giudice si domanda quale regola si deve applicare ai fatti che le parti gli hanno esposto; per stabilire la premessa minore, il giudice accerta se quei fatti verificano l'ipotesi delineata dalla norma. Nel caso di risposta affermativa, al giudice non resta che applicare ai fatti il trattamento previsto dalla regola di diritto>>. (DIJON, *Méthodologie juridique. L'application de la norme à la rencontre du droit*, Bruxelles, 1990, p. 7., nella traduzione italiana riportata in VISENTINI, *op. cit.*, p. 133). Nello stesso senso ROTOLO – VIDA, *Ragionamento giuridico*, in www.cirsfid.unibo.it, p.16-17.

⁴⁶ <<La sentenza nella sua struttura logica [...] non è un singolo sillogismo: è un argomento composto di più argomenti tra loro connessi a cascata [...] Neppure si può dire che le argomentazioni della sentenza debbano prendere letteralmente la forma di sillogismo; si esprima il giudice in modo chiaro ma nello stile che preferisce: a ricostruire la sentenza nelle forme canoniche della logica, se sarà necessario per scrutarvi più a fondo, penserà chi deve o vuole valutarla[...] Quando si dice che la sentenza ha una certa struttura logica, non si intende dire che la sentenza *ha testualmente* quella forma, ma solo che essa *può essere ricostruita* in quella forma>>. (CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2011, p. 230). L'A., infatti, ritiene doveroso distinguere la sentenza come argomento testuale e la sentenza come argomento ricostruito; v., *amplius*, CARCATERRA, *op. cit.* p. 227-228

⁴⁷ CARCATERRA, *op. cit.*, p. 228.

⁴⁸ Da un punto di vista classificatorio il sillogismo può essere *teorico* (conoscitivo) o *pratico* (normativo). Nel primo tipo, le premesse e la conclusione sono tutte proposizioni conoscitive; nel secondo premessa maggiore e conclusione sono norme mentre la premessa minore è proposizione conoscitiva. Orbene, se tali norme sono norme giuridiche, il sillogismo pratico è un *sillogismo giuridico*; a sua volta, se la premessa maggiore normativa è una norma generale e astratta, la premessa minore una proposizione relativa ai fatti o comportamenti, *giuridicamente rilevanti* e oggetto di giudizio e la conclusione una norma particolare e concreta, la decisione del caso singolo, si parla di *sillogismo giudiziale*, sottospecie del sillogismo giuridico. In questo senso BARBERIS, *Filosofia del diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, III ed., 2008, p. 227.

completezza e con la massima sintesi, si può, a fini operativi, assumere la tradizionale⁴⁹ definizione di norma giuridica tale per la quale essa è un <<giudizio ipotetico, strutturalmente composto di due giudizi congiunti l'uno l'altro: l'uno, il fondamento, è la proposizione *antecedens*, e ha un contenuto ipotetico (se); l'altro, correlato al primo come conseguenza, è la proposizione conseguente, e ha un contenuto assertorio (allora B). All'accadere di un fatto vengono ricollegati dati effetti: *se A, allora B* >>.⁵⁰ La protasi del periodo ipotetico *se A*, viene denominata fattispecie; l'apodosi *allora B*, effetto giuridico; il nesso logico che lega le due proposizioni, *nesso di causalità giuridica*.⁵¹ Orbene, per il fatto stesso di esser riconducibile ad una delle fattispecie descritte dal legislatore, il fatto assume rilevanza per il diritto diviene, cioè, un *fatto giuridico*.⁵² Ed un fatto, particolare e concreto, è riconducibile ad una fattispecie, generale ed astratta, e dunque, assume giuridica rilevanza, se è *sussumibile* in tale fattispecie, se cioè è ragguagliabile in tutti ed ognuno dei suoi elementi allo schema o al modello di fatto descritti dalla norma giuridica nella sua parte ipotetica.⁵³ L'operazione logica per mezzo della quale è effettuata la riconduzione, ed all'esito della quale può dunque predicarsi la riconducibilità del fatto alla fattispecie, è la *sussunzione*. La sussunzione è una *species* del *genus* *qualificazione*.⁵⁴ Benché, infatti, nel linguaggio corrente le locuzioni <<qualificazione>> e <<sussunzione>> vengano usate quali sinonimi, per indicare una operazione logica che porta a ricondurre un fatto naturalistico ad una fattispecie normativa astratta, in realtà,

⁴⁹ Alla teoria esaminata, detta della *norma come giudizio valutativo*, infatti, se ne contrappongono, almeno altre due; quella delle *norme come "comando" o "divieto"* e della *norma come proposizione prescrittiva*. Sul punto v. *amplius*, AA.VV. *Dieci lezioni introduttive ad un corso di diritto privato*, UTET, Roma, 2006, p. 69-70.

⁵⁰ AA.VV., *Dieci Lezioni*, *op. cit.* p. 69.

⁵¹ La *fattispecie* non è la descrizione di un fatto storicamente accaduto ma un modello di fatti, futuri ed eventuali. Il legislatore non descrive fatti concreti, nella molteplicità dei loro elementi, ma, mediante un processo di *astrazione*, sceglie solo alcune note che caratterizzano il fatto. Nella costruzione della fattispecie il legislatore *astrae* dalla realtà dei fatti storici, tratteggiando uno *schema di fatto* al quale sono riconducibili tutti quei concreti accadimenti che condividono con il modello descritto l'insieme delle note che lo costituiscono. Il legislatore, insomma, *ipotizza* che si verifichino taluni fatti, all'accadere dei quali rannoda determinati effetti, appunto l'effetto giuridico. Cfr. AA.VV., *Dieci Lezioni*, *op. cit.* p. 23.

⁵² Cfr. AA.VV., *Dieci Lezioni*, *op. cit.*, p.24 <<In questo senso va intesa l'espressione secondo cui *la fattispecie è il criterio di rilevanza dei fatti*>> AA.VV., *Dieci Lezioni*, *ibidem*.

⁵³ AA.VV. *op. cit.*, p.89.

⁵⁴ <<Alla stregua dell'insegnamento di Hans Kelsen [...] la rilevanza giuridica dipenderebbe da un'operazione di qualificazione, ossia dal collegamento, di matrice legislativa, tra il verificarsi di un certo fatto e la previsione di specifiche conseguenze negative>>. Così, QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 66

le due attività sono distinte, ponendosi in un rapporto di genere a specie. La qualificazione si colloca come attività basilare, che enuncia, rispetto ad un oggetto, una o più sue caratteristiche, senza esaurire la totalità dei profili identificanti del medesimo; la sussunzione è, invece, azione particolare, poiché il suo oggetto consiste specificamente in un <<fatto>>, del quale essa predica l'afferenza ad una <<classe di fatti>> previsti da una norma, per lo più etica o giuridica.⁵⁵ Queste premesse consentono di comprendere quale ruolo l'attività di qualificazione, *rectius* sussunzione, rivesta nello schema del sillogismo giudiziale e come essa si combini col congegno normativo *se A allora B*. <<La sussunzione è l'operazione (x è y) che ha il ruolo di premessa minore nel sillogismo. La sussunzione è operazione che stabilisce che la fattispecie x appartiene al denotato y, che è usato nella norma giuridica applicata quale nome (o predicato) di fatti che condizionano determinate conseguenze giuridiche>>.⁵⁶ Dunque, schematicamente, il giudice nella propria decisione: individuerrebbe la norma applicabile al caso concreto (premesse maggiore); accerterebbe che il fatto storico si sia verificato e sia ascrivibile all'imputato e sussumerebbe in quel fatto nella fattispecie astratta attribuendogli un determinato *nomen iuris*,⁵⁷ in quanto integrante il *se A* della norma giuridica individuata come applicabile (premesse minore); infine, applicherebbe al caso concreto gli effetti giuridici, l'*allora B*, previsti dalla norma giuridica nella cui fattispecie il fatto sia stato sussunto (conclusione).⁵⁸ Peraltro, benché in questo

⁵⁵Più specificamente, dal punto di vista semantico, l'operazione di qualificazione consiste nell'enunciare che x è y, dove x è l'oggetto, mentre y è una sua caratteristica che lo identifica, senza però corrispondere alla totalità delle sue qualità identificanti. X e y assumono, in tale funzione, la denominazione rispettiva di *qualificando* e di *qualificante*. Quando il qualificando sia fattuale e il qualificante normativo, la qualificazione dovrà definirsi sussunzione. In questo senso QUATTROCOLO, *op. cit.* pp.56-57-58..

⁵⁶ QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 58.

⁵⁷ Questo passaggio merita un'ulteriore specificazione. Ogni reato ha una particolare denominazione, cioè il titolo o *nomen iuris*. Il titolo è ciò che il WROBLEWSKY chiama *denotato*, cioè il nome o il predicato di una classe di fatti. Il predicato di una serie indeterminata di fatti così descritti, *chiunque cagiona la morte di un uomo*, è *omicidio*, cioè il titolo del reato o il *nomen iuris*. Quando un fatto, *particolare e concreto*, sia *ragguagliabile* alla fattispecie *generale e astratta*, si dice che essa *integra la fattispecie di omicidio*, cioè quel fatto è sussunto nel *se A* della fattispecie di omicidio e gli è attribuito il *nomen* di omicidio.

⁵⁸ In termini puramente logico-matematici, si veda, a tal proposito, la teorizzazione di ROTOLO - VIDA, *op. cit.*, p.4

<<Ogni sillogismo giudiziale sembra avere la seguente struttura logica:

- (1) $\forall x (Tx \rightarrow ORx)$
- (2) Ta (I.2)—————
- (3) ORa

schema sembri che il giudice muova *deduttivamente* da una premessa generale verso una caso particolare, in realtà, il vettore di ricerca ha verso opposto, nel senso che il giudice, in quanto “risolutore di casi”, muove, *induttivamente*, dalla vicenda particolare alla regola generale.⁵⁹ Invero, la ricostruzione del sillogismo giudiziale condotta nei termini che si sono visti, necessita di una precisazione, se applicata al processo penale. Si è sottolineato, difatti, che nel nostro sistema a dover attribuire per primo, seppur in modo *non vincolante*,⁶⁰ un *nomen iuris* al fatto contestato non è il giudice ma il pubblico ministero, quindi l’organo dell’accusa; il magistrato decidente è invece chiamato a controllare la *correttezza* di tale attività e, se ne ravvisa la scorrettezza, a sostituire la prima sussunzione con una diversa sussunzione, compiendo così una *riqualificazione*, appunto una *nuova qualificazione giuridica del fatto*.⁶¹ Orbene, l’attività in questione, nello schema del sillogismo, può intendersi come la facoltà del giudice di stabilire un diverso rapporto tra il fatto qualificando e l’elemento normativo qualificante addotto dal pubblico ministero nell’imputazione: la qualificazione operata in prima battuta potrebbe rivelarsi non corretta, mentre, individuato un diverso qualificante, l’operazione di sussunzione, ossia di copertura del qualificando tramite il qualificato,

L’inferenza I.2 descrive in modo intuitivo il ben noto meccanismo di sussunzione, che riconduce un determinato fatto giuridicamente qualificato alla fattispecie generale e astratta di una norma valida, o ritenuta tale. In particolare, quest’ultima, ovvero la premessa (1), afferma che, per ogni x, se x è T (dove T è un predicato o, più in generale, l’insieme di proprietà che caratterizzano una data fattispecie), allora la conseguenza giuridica R deve valere per x. La premessa (2), a sua volta, esprime il fatto che a è T. Dunque, la premessa maggiore si applica ad a e, quindi, R deve valere per a>>.

⁵⁹<<Il sillogismo scolastico procede per lo più dalla maggiore [premessa, *ndr.*]; il sillogismo pratico al contrario dal caso speciale che eccita l’osservazione del diritto (*terminus minor*); di modo che il predicato della minore, trovato analiticamente, diviene il termine medio, traendo seco, come conseguenza, il concetto della legge coi suoi effetti (termine maggiore), se è affermativo, o respingendolo se è negativo; e ciò avviene, quello per conseguenza della prima e questo per conseguenza della prima e della seconda figura>>. Così, TRENDELENBURG, *op. cit.* p. 165.

⁶⁰<<L’art.521 c. 1 ha [...] un significato chiaro: esclude il carattere <<imperativo>> della pur necessaria allegazione in accusa del *nomen iuris*, recuperando all’ufficio del giudice il potere di discostarsene in sede decisoria>>. Così, RAFARACI, *op. cit.* p. 292.

⁶¹ In questo senso, CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in “Cassazione Penale”, Giuffrè, 2006, p. 1391. Per l’A., infatti, <<con la descrizione dell’episodio conforme al senso della norma individuata a tal fine, il pubblico ministero dà avvio alla <<costruzione del fatto>>, la quale è destinata a proseguire durante la fase delle indagini nonché del giudizio, anche col contributo della difesa, e a concludersi col definitivo riconoscimento o no, da parte del giudice, della sua occorrenza storica e della sua *rilevanza giuridica*>>.

potrebbe far riscontrare una piena corrispondenza.⁶² Da tutto ciò, risulta abbastanza chiaro perché si è detto che “la separazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* è presupposto del modello sillogistico.” Il sillogismo postula nella struttura del processo un’endemica distinzione tra l’ordine dei fatti e l’ordine del diritto: da un lato il fatto da provare, dall’altro la sua qualifica giuridica; con quest’ultima a costituire un momento logicamente successivo rispetto a quello della descrizione del fatto.⁶³ La sussunzione, in quanto giudizio di valore, consiste in un’operazione meramente semantica, poiché tutto ciò che riguarda l’aspetto empirico, cioè la ricostruzione del fatto, ossia il sussumendo, rientra nel prodromico giudizio storico, di fatto. Nell’economia del processo, spetta proprio a quest’ultimo – che verte, appunto, su enunciati relativi a fatti – di stabilire quali di essi possano considerarsi veri ai fini della decisione, attraverso un meccanismo -l’acquisizione delle prove – che consiste in una serie di integrazioni e revisioni successive dello stato di conoscenza, fino a che, l’esaurimento della fase probatoria non conduca alla fissazione dello <<stato epistemico finale>>.⁶⁴ Altrettanto chiari sono i corollari di una simile impostazione sui rapporti parti - giudice. Alle prime spetterà confrontarsi dialetticamente per presentare al giudice le ricostruzioni del fatto più confacenti ai rispettivi interessi processuali ma la *quaestio iuris* rimarrà dominio riservato al secondo⁶⁵ in nome del canone *da mihi factum, tibi dabo ius*.⁶⁶ Come anticipato, questa è, in estrema sintesi, l’impalcatura

⁶² Il fatto descritto nel decreto che dispone il giudizio non presenta tutti gli elementi <<cosali>> corrispondenti agli elementi semantici della fattispecie astratta alla quale è stato ricondotto: la ricerca, qualora il pubblico ministero non intervenga autonomamente in tal senso durante il dibattimento, dovrà essere ripetuta, attraverso il reperimento di un diverso qualificante, che possa condurre a un giudizio di piena accettazione della qualificazione. Cfr., QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 59.

⁶³ <<Ciò determina un duplice corollario: per un verso, impedisce al giudice di sussumere il fatto sotto una fattispecie astratta di cui esso non presenti tutti gli elementi e, per altro verso, analogamente, vieta al medesimo di ritenere sussistente, in via induttiva, l’ulteriore elemento necessario all’integrazione della figura astratta, poiché ciò consisterebbe in uno sconfinamento nel giudizio storico>>. Così, QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 61.

⁶⁴ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 61-62.

⁶⁵ L’idea di fondo è che <<la conoscenza della portata generale della norma, acquisita attraverso lo studio e l’esperienza, permette [al giudice, *ndr.*] di verificarne con certezza l’astratta applicabilità a tutti i fatti che si verificheranno in futuro; mentre i fatti, dal canto loro, potranno essere accertati, cioè [...] provati, indipendentemente da quella portata>>. Così CARLIZZI, *op. cit.* p.1394.

⁶⁶ <<*Da mihi factum* è espressione che presuppone uno stato di ignoranza del giudice, superabile grazie ai contributi probatori delle parti. *Dabo tibi ius* è espressione che presuppone nel giudice uno stato di perfetta conoscenza della norma sostantiva, rispetto alla cui individuazione nessun decisivo contributo parrebbe poter venire dalle parti>>.

logico-filosofica su cui si regge la costruzione tradizionale dell'attività di riqualificazione del fatto. L'edificio ha, tuttavia, nel tempo, iniziato a presentare crepe sempre più visibili.

Innanzitutto è quasi superfluo ricordare che la teoria del sillogismo giudiziario, figlia dell'illuminismo giuridico e sposata, con varietà d'accenti, dalle dottrine giuspositivistiche,⁶⁷ è stata, a partire dal Novecento, subissata da una moltitudine di critiche,⁶⁸ alcune pienamente condivisibili,⁶⁹ altre meno.⁷⁰

(ORLANDI, Renzo, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento*, “ in AA.VV. *La prova nel dibattimento penale*”, *op. cit.* p. 61) Ma in realtà, come si è accennato e come vedremo a breve <<la separazione tra *factum* e *ius* è assai più sfumata di quanto le citate formule lascino intendere>>. (ORLANDI, *ibidem*) Sul brocardo si tornerà.

⁶⁷ In questo senso, *ex plurimis*, BARBERIS, VISENTINI, CARLIZZI. *Contra* , parzialmente, CAPONE, *op. cit.* p. 8, per il quale: <<l'antichissima opinione della separabilità giudiziale tra fatto e diritto [...] non può essere considerata una filiazione della settecentesca ideologia del giudice *bouche de la loi* o dell'ottocentesca dottrina del positivismo giuridico>>. In realtà le due prospettive non sono così inconciliabili come sembrano perché, se è vero che la separazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* costituisce un presupposto fondamentale per la ricostruzione della decisione giudiziale come sillogismo, non è necessariamente vero il contrario e cioè che, postulata la distinzione, se ne debba necessariamente far conseguire la ricostruzione della sentenza come sillogismo. Benché la *summa divisio* tra *factum* e *ius* sia effettivamente più antica dell'illuminismo, fondando le sue radici, come si vedrà, addirittura nel diritto romano, la ricostruzione del *decisum* quale sillogismo è davvero espressione della temperie culturale sette/ottocentesca.

⁶⁸ Soprattutto dai movimenti antiformalistici. Lo ricorda, in questi termini, BARBERIS, *ibidem*.

⁶⁹ Si è, ad esempio, osservato, pur in un'ottica tendente a “salvare” il sillogismo, che <<gli argomenti composti ricostruiti non costituiscono un ragionamento apodittico o dimostrativo: le premesse o il nesso possono non essere assolutamente certi: nel complesso – sappiamo – l'argomentazione giuridica, e così la sentenza, non è dimostrativa ma plausibile, con margini maggiori o minori di incertezza>>. (CARCATERRA, *op. cit.* p. 229) Ancora, si è rilevato che <<l'individuazione della norma da applicare per la risoluzione di una data controversia, non è [...] il risultato di un'attività meramente (*ri*)cognitiva, meccanica ed univoca>>. (MAZZARESE, *Termini per una critica*, *op. cit.* p. 4). O, infine, si è detto che: <<la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse>>. (CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, CEDAM, Padova, 1964, p. 51) ed è noto come, nella individuazione ed enunciazione delle premesse, il sillogismo non abbia alcuna utilità. E si potrebbe continuare. Ma la critica più fondata è, probabilmente, a monte. In effetti, il sillogismo costituisce, come detto, massima espressione della logica classica e quindi reca con sé il più grande difetto (ma anche, paradossalmente, il più grande pregio) di questa: <<“la logica deduttiva – identitaria si articola perfettamente su tutto ciò che è isolabile, segmentario, particellare, deterministico, meccanicistico.” Per questa attitudine, essa non ha, in effetti, connotazione teoretica, ma pratica e operativa. [...] Essa corrisponde [...] ai nostri bisogni fondamentali di separare il vero dal falso, di opporre l'affermazione alla negazione. La sua intelligibilità rimuove la confusione e il caos. Così questa logica è praticamente e intellettualmente necessaria.” Dunque essa serve, è utile ma non a conoscere la Realtà, bensì, [...] a fare una “sceneggiatura” di essa a fini strumentali>>. (Così, GEMBILLO, *Le*

Esaminarle tutte, con annesse controrepliche, richiederebbe una ricerca a parte; quindi, ci si concentrerà su quella probabilmente più significativa e, soprattutto - ed è ciò che qui più interessa - rilevante ai fini del presente lavoro: la netta distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*. In realtà, non si tratta di mettere in discussione la *distinguibilità teorica* ma l'utilità e/o l'opportunità *pratica* di una netta *distinzione* tra fatto e diritto con ciò che ne consegue.

Il seme che mette in crisi la tesi della *summa divisio* è, ad un'attenta analisi, presente già nelle più acute enunciazioni della teoria del sillogismo. <<Nella forma del sillogismo la questione di diritto e la questione di fatto sono le premesse; [...] la *norma*, la prima, il *caso in discussione*, la seconda. Peraltro *la definizione delle due premesse non è la semplice rilevazione di un assunto (la norma) e di un dato (il caso della vita). La norma di diritto deve essere definita in funzione del caso in questione come fattispecie astratta; a sua volta il caso della vita deve essere definito in funzione del diritto, reso concetto come fattispecie concreta [corsivo nostro]>>. ⁷¹ La *quaestio facti*, dunque, non concerne *fatti bruti* ma *fatti giuridicamente rilevanti*, cioè, secondo quanto*

polilogiche della complessità. Metamorfosi della Ragione da Aristotele a Morin., ed. Le Lettere, Firenze, 2008, p. 423) Ed allora non sorprende che Renzo ORLANDI noti come: <<colpisce l'onestà intellettuale di un grande processualista come Calamandrei il quale – avendo a lungo considerato la forma sillogistica una sorta di postulato per lo studio della sentenza – confessava, al termine della propria esperienza pratica e scientifica, che “chi si immagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro, la sua mummia”>>. (ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti* “ in AA.VV. *La prova nel dibattimento*, *op. cit.*” p. 61).

⁷⁰ Una critica “ingiusta” la si è già vista: “nessuna sentenza ha l'aspetto di un sillogismo”; vero, ma, come si è detto, non va confusa la forma testuale della sentenza con la sua struttura logica. Altra critica “eccessiva” è che <<la sentenza non ha una logica, perché il ragionamento del giudice (e in genere della scienza giuridica) non è apodittico e certo come quello della matematica. Vero[...] il ragionamento del giudice non è apodittico come quello della matematica ma è solo più o meno plausibile. Ma ciò non implica che sia privo di logica>>. (CARCATERRA, *op. cit.* p. 230). Più in generale paiono non condivisibili tutte quelle posizioni che, partendo dalla doverosa constatazione che il giudice *non ragiona* per sillogismi e che la sentenza *non sia* essa stessa un sillogismo od una catena di sillogismi, inferiscono da ciò che sia *sempre* inutile, o addirittura fuorviante, *ricostruire* la sentenza *come se fosse* un sillogismo. In realtà, come si è detto nella nota precedente, il fatto che la logica classica non descriva il reale, e quindi *a fortiori* la sentenza, non significa che, a fini operativi o didattici, sia necessariamente superfluo, o, peggio ancora, dannoso, analizzare la decisione giudiziale con questo strumento; l'importante è che si abbia la consapevolezza che il sillogismo è solo un mezzo, con i suoi pregi ed i suoi difetti, del vasto armamentario conoscitivo del giurista, il quale deve avere la necessaria dote di abilità ed esperienza per capire quando e come avvalersene.

⁷¹ VISENTINI, *op. cit.* p.135.

detto sopra, *fatti oggetto di un'operazione logico-giuridica di qualificazione*. <<Indipendentemente dal ruolo che si può riconoscere ai fatti bruti, tale ruolo non altera la natura giuridicamente qualificata del fatto che è oggetto di una *quaestio facti*>>. ⁷² Insomma, <<in un processo, e in particolare nella sentenza del giudice, possono entrare solo i fatti rilevanti: e sono rilevanti solo i fatti qualificati da norme giuridiche, in base allo stesso diritto>>. ⁷³ Ma non è tutto. Infatti anche nella formulazione della *quaestio iuris* il giudice non ignora il meccanismo di sussunzione ma anzi ne è fortemente influenzato. Il giudice, infatti, deve scegliere norme che siano applicabili al caso specifico che deve rientrare (deve poter essere “sussunto”) nel caso generico regolato dalla norma generale e astratta ricavata dalla disposizione. ⁷⁴ Anzi, nel nostro processo penale, il giudice non deve semplicemente dire se al fatto di cui all'imputazione sia applicabile *la* qualifica giuridica ivi indicata dal magistrato del pubblico ministero ma se a quel fatto sia applicabile *una* tra le molteplici qualifiche dell'intero ordinamento penale. Sicché, come ricordato, se egli ritiene scorretta la sussunzione operata dall'accusa ma cionondimeno penalmente rilevante il fatto, in quanto integrante una *diversa* fattispecie, individua una nuova premessa maggiore e, in premessa minore, procede alla riquificazione; ed è <<inevitabile che questa ricerca, spesso ardua e problematica, della qualifica appropriata si svolga in un reciproco condizionamento di norme e di fatti>>. ⁷⁵ Da un lato, infatti, l'attività di qualificazione normativa influenza l'attività di ricostruzione probatoria imponendo sin dall'inizio una certa descrizione del fatto da qualificare, e poi una selezione dei dati, degli elementi, degli atti e dei criteri probatori strettamente coerente a quella descrizione. Dall'altro, l'attività di ricostruzione probatoria influenza l'attività di qualificazione normativa piegandola alle proprie circoscritte possibilità euristiche, ossia inducendo - ed a volte

⁷² MAZZARESE, *Dubbi epistemologici*, *op. cit.*, pp. 299-300. D'altronde, <<se si possa considerare X un omicidio [...] è questione concernente atti giuridicamente qualificati poiché è il diritto a determinare cosa abbia valore di omicidio. [...] >>. MAZZARESE, *op. cit.*, p. 29.

⁷³ BARBERIS, *op. cit.*, p. 233.

⁷⁴ Cfr. BARBERIS, *op. cit.* p. 230. Per altro, il riferimento fatto dall'A. ai termini “norma” e “disposizione” rende utile richiamare la tradizionale definizione di tali fondamentali concetti. <<La *disposizione* coincide con l'enunciato legislativo idoneo a esprimere una norma. [...] La *norma giuridica* è il significato della disposizione. Tra norma e disposizione si pone la medesima relazione che lega un significato (norma) a un segno (disposizione)>> V. AA.VV. *Dieci lezioni*, *op. cit.* p. 19.

⁷⁵ FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, “ in AA. VV. *La prova nel dibattimento*, *op. cit.*” p. 311.

costringendo - ad ascrivere alla norma che qualifica il fatto storico un senso individuato non tanto e non solo in base ai comuni astratti criteri ermeneutici, quanto soprattutto in base alle possibilità di concreto riscontro di tale senso nella dimensione probatoria. Pertanto, l'interprete tenderà a scartare le attribuzioni di significato poco o per nulla suscettibili di tale riscontro e tenderà, più o meno velatamente, a manipolarle, se non addirittura a sostituirle, con interpretazioni più agevolmente verificabili.⁷⁶ Invero, potrebbe sembrare strano che la contingenza di fatti storicamente determinati possa incidere su un'attività prettamente intellettuale quale l'interpretazione. Ma così non è. Tramontato l'ingenuo mito della legge suscettibile di una, ed una sola interpretazione "vera",⁷⁷ oggi nessun giurista accorto dubita che i sensi attribuibili ad un testo normativo possano essere più d'uno, anche dopo aver fatto ricorso ai consueti canoni ermeneutici; davanti a più "significati possibili" tutti compatibili con la *litera legis*, altro non è se non <<il risultato di un'attività decisoria, la scelta di quale significato [...] ascrivere alla formulazione normativa alla quale il giudice decide di ricorrere per l'enunciazione della *quaestio juris*>>.⁷⁸ Ed in tale decisione, è risibile pensare che le specificità del caso concreto non abbiano alcun ruolo. <<La norma che il legislatore forgia non vive di vita propria, ma solo in considerazione della propria eventuale applicazione al caso concreto>>.⁷⁹ Questo non vale solo per le parti, che proporranno interpretazioni volte ad accreditare le rispettive tesi, ma anche, per il giudice, poiché l'ermeneutica giudiziale è orientata ai fatti, nel senso che il punto di partenza dell'interpretazione non è tanto il testo normativo quanto una particolare fattispecie o controversia, di cui si cerca la soluzione. <<I giudici, insomma, non si domandano quale sia il significato di un testo normativo "in astratto", ma si domandano se una fattispecie data ricada, o no, entro il campo di applicazione di una certa norma>>.⁸⁰ In

⁷⁶ Questa tendenza, denominata in dottrina *processualizzazione dei concetti sostanziali*, non è in sé biasimevole ma, anzi, per certi versi necessaria e dunque inevitabile. Ma diventa riprovevole se l'interprete - giudice, pubblico ministero o difensore poco importa - << anziché limitarsi a specificare e precisare i criteri probatori naturalmente collegati al concetto di un certo elemento costitutivo, li sostituisca con criteri ispirati a mere finalità di semplificazione processuale>>. (CARLIZZI, *op. cit.* p. 1386-1387). Per un esempio di "patologia della processualizzazione dei concetti sostanziali" (distinzione tra i reati di corruzione e concussione) v. CARLIZZI, *op. cit.* p. 1387.

⁷⁷ Ascrivibile, secondo l'espressione di FERRUA, *ibidem*, al cd. *giuspositivismo ingenuo*.

⁷⁸ MAZZARESE, *op. cit.* p. 314.

⁷⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 64.

⁸⁰ GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 342.

conclusione può dirsi che <<le norme sono interpretate in funzione dei fatti e questi ricostruiti in funzione di quelle, sebbene nella motivazione della sentenza le catene argomentative del fatto e del diritto siano poi distintamente sviluppate >>. ⁸¹ Risulta a questo punto evidente la lontananza dalla realtà dell'approccio seguito delle dottrine giuspositivistiche pure ⁸² le quali tendono a banalizzare la relazione tra norma - fatto riducendola a rapporto meramente lineare: interpretata autonomamente la norma e accertato autonomamente il fatto, si verifica se dall'una si possa tracciare la linea che conduce all'altro e cioè se l'una contempra l'altro. ⁸³ Senza dubbio più aderenti a ciò che davvero accade nella pratica giudiziale sono invece le dottrine ermeneutiche, ⁸⁴ per le quali il rapporto fatto - norma non è tanto lineare ma piuttosto "spirale": dal fatto presentato al giudice si muove verso la norma, il cui senso viene esaminato alla luce di tutti i dati del fatto e dunque meglio - giacché selettivamente - compreso, tanto da rimandare nuovamente al fatto, la cui descrizione essenziale viene ora raffinata attraverso la scrematura dei dati irrilevanti in quanto neutri secondo il senso normativo provvisoriamente afferrato, e così via, in una serie di passaggi che determinano una sempre più elevata comprensione di norma e fatto, e disegnano dunque il movimento ascensionale tipico della spirale. ⁸⁵ L'ipotesi in diritto assume per la ricostruzione e la conferma di quella in fatto un'importanza fondamentale e ciò appunto perché la qualificazione giuridica non è frutto di una semplice e automatica sussunzione del fatto nella norma che gli dà rilevanza penale. Al contrario, nel corso della costruzione dell'ipotesi (per l'accusa) o

⁸¹ FERRUA, *op. cit.* p. 312

⁸² <<La tradizionale figura del sillogismo appare inadeguata a dar conto del complesso lavoro che il giudice deve compiere prima di decidere. Il giudizio non è un percorso lineare che dalla premessa maggiore, certa e condivisa (vale a dire, la norma generale ed astratta) perviene alla conclusione (sentenza) passando per il termine intermedio (il fatto). Così, ORLANDI, *ibidem*.

⁸³ Cfr. CARLIZZI, *op. cit.* p. 138.

⁸⁴ << E' merito dell'ermeneutica giuridica aver richiamato l'attenzione sul carattere circolare dell'accertamento giudiziale. [...] Esso viene [...] concepito come il risultato di un progressivo raffronto fra il termine superiore e quello intermedio, un procedere per tentativi dove il fatto e la norma sono pensati insieme e si delimitano vicendevolmente; una sorta di *trial and error* dove la norma, almeno in prima battuta, è posta ipoteticamente per evidenziare gli aspetti rilevanti del fatto, mentre le conoscenze fattuali sono dal giudice impiegate per "trovare" - magari fra molte possibili - la "giusta" soluzione normativa >>. (ORLANDI, *op. cit.* pp. 61-62)

⁸⁵ In questo senso, ancora, CARLIZZI, *ibidem*. L'A. evidenzia che la metafora della spirale rappresenta la più nota icona dell'ermeneutica giuridica, e che essa è stata coniata da Hassemer, il quale la descrive nel volume *Tatbestand und Typus*.

dell'accertamento processuale (per la sentenza) – prima e fuori, cioè, del contesto in cui si trovano ormai fissati in enunciato – <<fatto e norma instaurano interrelazioni dinamiche, sintetizzabili “in un rapporto di progressive avvicinamento tra la definizione del fatto e l'interpretazione concretizzatrice della norma” in cui la funzione di guida, nella definizione del fatto, che spetta alla norma non può aver luogo senza che contestualmente e progressivamente si delineino nuclei di individuazione del fatto storico utili all'interpretazione che permette e concretizza via via la scelta di quella specifica norma>>. ⁸⁶ Non vi è allora <<la possibilità di scriminare nettamente, nell' ambito processuale, la *quaestio facti* dalla *quaestio iuris*>>. ⁸⁷ Ma se *quaestio facti* e *quaestio iuris* sono avvinti in una spirale inscindibile non significa che esse si fondano in un *unicum indistinto*: <<una distinzione vaga è pur sempre una distinzione>>. ⁸⁸ Detto altrimenti, la circostanza che, in vista della formazione dell'enunciato decisorio (come, del resto, di quello d'accusa), l'individuazione del fatto e la sua qualificazione giuridica si determinino vicendevolmente attraverso una complessa interrelazione reciproca di fatto e norma, non implica che l'atto il quale alla fine recepisce staticamente tale operazione (la sentenza, ma anche l'accusa) non consenta di distinguere, pur nella loro connessione, l'enunciato di fatto dalla norma prescelta per qualificarlo. ⁸⁹ Sicché, pur dovendosi rimarcare che la distinzione tra fatto e diritto sia molto flebile, è corretto affermare che <<una volta definito l'insieme dei fatti ipotizzati che costituiscono il *thema probandum*, occorrono due valutazioni indipendenti: una, di tipo classificatorio, sulla reciproca convertibilità tra la descrizione di quei fatti ipotetici e gli elementi della fattispecie normativa; una, di tipo storico, sulla inferibilità di tali fatti dalle prove addotte>>. ⁹⁰

Se tutto ciò è vero, possono, allora, nutrirsi seri dubbi sulla fondatezza teorica della netta distinzione normativa tra fatto e del diritto, recepita dal legislatore del 1988, visto che una norma come quella di cui all'art 521 c. 1 c.p.p., che, in tema di correlazione della sentenza con l'accusa, adotta, in ordine alla qualificazione giuridica, una soluzione indipendente e antitetica rispetto a quella accolta in ordine al fatto, <<non avrebbe senso e suonerebbe falsa se, nel processo in particolare, non si ritenesse possibile distinguere con

⁸⁶ RAFARACI, *op. cit.* p. 298.

⁸⁷ QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 66.

⁸⁸ BARBERIS, *op. cit.* pp. 233-234.

⁸⁹ Cfr. RAFARACI, *op. cit.* p. 293.

⁹⁰ CAPONE, *op. cit.* p.8.

sufficiente sicurezza il giudizio di fatto da quello di diritto>>.⁹¹ Per altro, come ricordato, l'idea per cui <<il giudice è libero di dare al fatto la veste giuridica che ritiene più appropriata>>⁹² troverebbe conforto nel tradizionale principio *iura novit curia*. Anche su questo punto, però, le cose si rivelano ben più complesse di quanto, *prima facie*, appaiano.

2.3. SIGNIFICATI E STORIA DEL BROCARDO *IURA NOVIT CURIA*

Come anticipato, la massima *iura novit curia* ha trovato la propria origine nel contesto del processo civile ed è stata solo successivamente, con le codificazioni ottocentesche, “importata”⁹³ nel settore processualpenalistico. Si tratta di un dato estremamente significativo. In effetti, nel diritto processuale civile da sempre si pone una problematica che nella procedura penale è fortemente ridimensionata, se non quasi irrilevante: il reperimento delle fonti normative. Le caratteristiche dei moderni sistemi penali, quali la riserva di legge, il principio di legalità, la natura necessariamente scritta delle norme applicabili, la presenza di codificazioni di merito e di rito, ecc., rendono, infatti, relativamente facile per il giudice, salvo rare eccezioni,⁹⁴ riconoscere da quali fonti ricavare le norme da applicare nel caso concreto. Nel processo civile, invece, le cose, soprattutto in passato, stavano e stanno diversamente, dato che <<il catalogo delle fonti risulta indubbiamente più aperto>>,⁹⁵ basti pensare alle norme di diritto internazionale privato o alle norme straniere. In questo contesto, allora, occorre chiedersi se provare l'esistenza della fonte

⁹¹ Lo nota, RAFARACI, *op. cit.*, p. 292. Conseguentemente, i codificatori hanno ritenuto di non prevedere <<un diritto dell'imputato di argomentare su una qualifica giuridica preventivamente individuata nell'imputazione e insuscettibile di mutamento nella corrispondente sentenza>>. Così, ORLANDI, *op. cit.* p. 64.

⁹² SCULCO, *op. cit.*, p. 635.

⁹³ <Il processo penale era ancora materia di considerazione empirica, quando la scienza del processo civile aveva già raggiunto una ricca fioritura: ovvio, quindi, che vi fossero importati i concetti della disciplina più avanzata, alcuni dei quali erano già di seconda mano poiché forniti dai privatisti>>. CORDERO, Franco, *Procedura penale*, VII ed., Giuffrè, Milano, 1983, p. 7. Un'operazione di tal fatta, però, non è immune da rischi, dato che: <<a causa della differenza tra i due processi, più di una formula si rivela[...] poco utile o addirittura nociva [...] e, talvolta l'uso irriflessivo di una formula impedisce di vedere il contenuto di una o più norme e quindi genera degli equivoci interpretativi>> (CORDERO, *ibidem*). Questo dato, lo si vedrà a breve, deve essere ben tenuto in conto nell'esame del significato processualpenalistico della massima *iura novit curia*.

⁹⁴ Quali fonti internazionali di difficile reperibilità o, in particolari settori, (ad esempio le immunità diplomatiche), prassi e consuetudini.

⁹⁵ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 31.

normativa invocata sia onere delle parti od attività del giudice. La massima *iura novit curia* sintetizza la seconda opzione,⁹⁶ indicando, con connotazione bifasica, un potere di cui il giudice godrebbe ed un dovere che su questi incomberrebbe: <<da un lato dovere del giudice di ricercare ed applicare d'ufficio la norma e, dall'altro, potere del giudice di ricercare ed applicare d'ufficio la stessa norma>>.⁹⁷ Termine “norma” che deve intendersi, in realtà, come “fonte normativa”. E' evidente che quest' accezione del brocardo non rileva, o rileva molto poco, in ambito penalistico, giacché, come si diceva, qui l'esistenza della fonte normativa è quasi sempre incontrovertibile. Ad interessare in un processo penale è, invece, l'attività di riconoscimento della norma <<come operazione di individuazione in relazione all'intero ordinamento>>⁹⁸, intendendosi, così, per norma, *il significato* o, *rectius*, *uno dei possibili significati*, traibili dalla disposizione.⁹⁹ A causa della sua derivazione processualciviltistica, però, buona parte del dibattito storicamente dedicato al principio *iura novit curia* ha avuto ad oggetto proprio il primo senso del brocardo ed è stato quindi connesso al tema del reperimento e della conoscenza delle fonti normative.¹⁰⁰ Sicché, nel ricostruire la storia del detto, non si può prescindere dall'interessarsi anche a questa dimensione “civilistica” del *iura novit curia*; così come non si può prescindere dal notare che la storia della massima precede la sua stessa formulazione. Sembra un paradosso ma non lo è. Se, infatti, il brocardo è chiamato a rappresentare icasticamente una determinata concezione del rapporto giudice – parti rispetto alla *quaestio iuris*, e cioè, in termini generali, l'assenza di un vincolo in capo al primo circa le allegazioni *in iure* fatte delle seconde, allora, per chiarire il senso della massima *iura novit curia*, occorre prioritariamente individuare la collocazione che tradizionalmente veniva assegnata al diritto nell'ambito dell'accertamento giudiziale.¹⁰¹

2.3.1. DALLE ORIGINI DEL BROCARDO AL DIRITTO MODERNO

⁹⁶ Infatti, quando il brocardo ha assunto la fisionomia attuale, probabilmente attorno al XVI secolo (v. sottopar. successivo), il motto latino era usato per indicare <<la regola della sottrazione delle fonti giuridiche alla disponibilità delle parti>>. (CAPONE, *op. cit.*, p.20).

⁹⁷ PUNZI, C. *op. cit.* p. 3.

⁹⁸ QUATTROCOLO, *ibidem*.

⁹⁹ Sul punto v. *supra*, *amplius*, par. 2.2.

¹⁰⁰ Sul punto v. QUATTROCOLO, *ibidem*.

¹⁰¹ Capone, *op. cit.*, p.13.

I prodromi del brocardo *iura novit curia* sono verosimilmente da farsi risalire al diritto romano tardo imperiale.¹⁰² Diversamente da quanto avveniva nel processo del cd. periodo formulare,¹⁰³ infatti, il giudice, magistrato togato, aveva pieni poteri non solo nella individuazione delle fonti normative ma anche nella determinazione della norma. In particolare, le parti procedevano alla *recitatio* delle fonti legislative e delle opinioni dei giuristi,¹⁰⁴ ma il giudice non era affatto vincolato ad esse, come testimonia una Costituzione imperiale contenuta nel *Codex* giustiniano¹⁰⁵ che riprendeva due Rescritti imperiali di Diocleziano e Massimiano: <<*non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum*, id supplere

¹⁰² In questo senso, tra gli altri, CAPONE, *op. cit.* p. 17 e PUNZI, C, *op. cit.*, p. 30. In precedenza desta, per altro, un certo interesse l'esperienza del diritto ateniese dell'età classica, su cui si sofferma, diffusamente, PUNZI, C, *op. cit.*, p.25 e ss. Benché, infatti, le categorie giuridiche fossero, all'epoca, ancora troppo poco raffinate per raggiungere il grado di complessità necessario a discernere con esattezza i rapporti tra giudice e parti e tra tali soggetti ed il diritto, era avvertita l'esigenza di predisporre un sistema adeguato di reperibilità delle fonti normative per favorire la conoscibilità del diritto. A questo scopo, <<ogni anno [...] il collegio dei nove arconti, i Termoteti, sottoponevano le leggi ad un'accurata revisione per accertare se in esse vi fossero contraddizioni, se vi fosse l'equivoco di più disposizioni regolanti la stessa fattispecie, se, infine, fossero considerate ancora in vigore leggi che avessero ormai perduto la loro validità. Il risultato dei lavori dei Termoteti veniva quindi reso pubblico mediante apposite affissioni, che agevolavano la conoscenza del sistema delle leggi vigenti>>. (così, PUNZI, C., *op. cit.* p. 26)

¹⁰³ Nel quale il *iudex* giudicava sulla base del principio di diritto fissato dal *praetor*, anche con l'assistenza di giuristi. Cfr. (PUNZI, C., *op. cit.* p. 28).

¹⁰⁴ Già in era repubblicana CICERONE nel *De oratore*, citava tra le prove *inartificiales* o *ατέχνα* (esterne alla retorica e contrapposte alle prove *artificiales* o interne alla retorica o *εντέχνα*) << sia autentici mezzi istruttori sia documenti che costituivano fonti del diritto >> (CAPONE, *op. cit.* p. 13) In particolare nell'elencazione ciceroniana si trovano: *tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa*. Si deve però dire che questa frammistione sembra un tratto caratterizzante del solo pensiero ciceroniano visto che né ARISTOTELE nell'*Arte retorica* né QUINTILIANO nell'*Istitutio oratoria*, riportano, tra le prove, le fonti del diritto. V. *amplius*, CAPONE, *op. cit.*, p.13.

¹⁰⁵ *Corpus Iuris Civilis*, Cod., II, Tit. X. Il passo compare anche in Dig. II, Tit. I con talune, anche se marginali, differenze lessicali: <<*non dubitandum est iudicem, a litigatoribus vel ab his qui negotiis assistunt si minus fuerit dictum id supplere et proferre quod sciat legibus et iuri publico convenire*>>. Non ne cambia, però, il significato, per cui, letteralmente, il passo suona: <<non bisogna dubitare che il giudice, qualora dai litiganti o da coloro i quali legalmente assistano al processo, sia stato detto di meno, possa supplire ed addurre ciò che egli sappia essere di pertinenza legge ed il diritto pubblico>>. In modo più elegante: <<non è in dubbio che, in caso di omissioni addebitabili alle parti od ai loro difensori, il giudice possa integrare le allegazioni in diritto>>.

et proferre quod sciat legibus et jure publico convenire. [stampatello nostro]>>.¹⁰⁶

Il passo del *Corpus Iuris* esercitò sui giuristi medievali grande influenza. I glossatori, particolarmente attenti allo studio dei poteri esercitabili dal giudice *ex officio*, accolsero la tesi secondo cui il giudicante potesse supplire alle carenze argomentative delle parti sui profili giuridici della questione ed esclusero l'esistenza di un vero e proprio onere della prova del diritto.¹⁰⁷ Tale orientamento venne condensato nella massima *ius non eget probatione*.¹⁰⁸ Inoltre, si affermò l'idea per cui per le fonti scritte non fosse necessaria alcuna produzione ma solo una mera allegazione, alla cui assenza, comunque, il giudice avrebbe potuto sopperire con integrazione officiosa.¹⁰⁹ Appare comunque chiaro che, già nel tardo medioevo, il canone *ius non eget probatione*, che può dirsi parzialmente prodromico alla massima *iura novit curia*, esprimesse l'assunto per cui il principio in forza del quale il giudice dovesse decidere *iuxta alligata et probata partium* attenesse solo al *factum* e non allo *ius*, proprio perché *ius non est probandum*. E fu proprio in questa cornice che il brocardo *iura novit curia* iniziò a formarsi, quasi, potremmo dire, per approssimazioni successive. Con tutte le cautele del caso, infatti, si può affermare che il contesto di derivazione del detto debba individuarsi nel Consiglio del Re di Francia durante il regno di Luigi XII di Valois (1498-1515) ove i giudici usavano ammonire gli avvocati che si dilungavano troppo nell'allegazioni delle fonti normative dicendo loro: <<*venite ad factum, curia satis illa intelligit*>>, letteralmente: <<venite al fatto, il collegio comprende a sufficienza le altre cose>>.¹¹⁰ L'ammonimento aveva probabilmente una

¹⁰⁶ Correttamente, già gli interpreti bizantini ritenevano che la disposizione giustiniana avesse riconosciuto al giudice il potere di integrare le deficienze giuridiche delle allegazioni delle parti, ma non quello di supplire *ex officio* alle omissioni concernenti il fatto. Cfr. LIVA, *Il iudex pedaneus nel Processo privato romano: dalla procedura formulare alla cognitio extra ordinem*, EDU Catt., Milano, 2012, p. 103 nt. 60.

¹⁰⁷ In questo senso, CAPONE, *ibidem*.

¹⁰⁸ <<Il diritto non richiede prova [...] Onde le argomentazioni *in iure* sono sempre inutili o superflue; se volte a confermarlo, superflue: se dirette a screditarlo, inutili>>. SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et hereticalium*, lib. II, cap. VII, q. 6, §204, ed. Francoforte e Lipsia, 1669, pp. 188-189, cit. nel testo latino originario da CAPONE, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁹ PUNZI, C., *op. cit.*, p. 33. Conf. CAPONE, *ibidem*. l'onere della prova tornava, invece, ad incombere sulla parte che avesse invocato fonti di difficile reperibilità quali: <<statuti di città diverse da quella sede del giudizio, disposizioni *extravagantes*, consuetudini>> (CAPONE., *op. cit.*, p. 15).

¹¹⁰ Cfr. CAPONE., *op. cit.*, p. 18. La fonte citata dall'A. è un giurista dell'epoca, membro del Supremo Collegio: Nicolas Bohier (1469-1539).

dimensione reverenziale;¹¹¹ gli avvocati, cioè, non erano tenuti ad intrattenersi troppo con questioni giuridiche perché, in questo modo, mettevano velatamente in dubbio la capacità del Collegio, e quindi anche del Re, di comprendere il senso delle norme. Pochi anni dopo, l'adagio veniva ripreso, con una formula parzialmente diversa (<<*Venite ad factum, curia satis intelligit iura*>>) dal giurista tedesco Ioachim Mynsinger (1514-1588) il quale, però, lo ricollegava, più che ad una dimensione reverenziale, ad un'esigenza di speditezza: i giudici avrebbero esortato, insomma, gli avvocati a non far perdere loro tempo con questioni che essi ben conoscevano. Il primo autore a connettere formalmente la massima con l'insegnamento giustiniano fu, però, l'olandese Arnold Vinnen (1588-1657) che, anzi, usava la frase del Mynsinger, nella formulazione, sempre più vicina all'attuale, <<*venite ad factum, curia novit ius*>>, per giustificare che ormai fosse prassi comune dei giudici supplire d'ufficio alle carenti allegazioni *in iure* delle parti, esattamente come prevedeva il *Corpus Iuris*. Da quel momento la formula sarebbe entrata nel lessico comune dei giuristi e, per comodità, si iniziò ad ometterne la prima parte, *venite ad factum*, per citarne solo la seconda, *curia novit ius*. Da qui alla formulazione attuale il passo fu breve; per agevolare la memorizzazione del detto, si sfruttò la rima tra il sostantivo *curia* ed il plurale del termine *ius*, *iura*, e si invertì la posizione nella frase dei due vocaboli. Mnemonicamente, i giuristi avrebbero iniziato a dire: *iura novit curia*. Le due accezioni della massima erano, comunque, già entrambe presenti ed intimamente intrecciate. Il giudice non aveva bisogno che le parti gli fornissero le fonti normative che egli, anzi, poteva e doveva autonomamente reperire; così come non era vincolato dalle interpretazioni che attore e convenuto gli offrissero di quelle fonti, potendo, *rectius*, dovendo determinare la norma da applicare al caso concreto. Questo secondo significato del detto, come anticipato, venne importato nel processo penale.

¹¹¹ Anche se non può escludersi che nell'emersione della formula avessero influito ragioni politiche. Il *Corpus Iuris*, infatti, veniva visto come promanazione dell'antica autorità imperiale, di cui il Sacro Romano Imperatore di nazione germanica si riteneva diretto successore; il Re di Francia, intenzionato a svincolarsi dall'*auctoritas* imperiale, aveva, perciò, tutto l'interesse a favorire, quasi in una prospettiva vetero nazionalistica, la diffusione delle fonti consuetudinarie, espressione di un particolarismo francese, a discapito delle fonti romane. Evidentemente, quindi, Re Luigi non doveva vedere con favore i discorsi degli avvocati che allegassero i passi del *Corpus Iuris*.

2.3.2. *IURA NOVIT CURIA* NEL PROCESSO PENALE: DALLE CODIFICAZIONI OTTOCENTESCHE AL CODICE DI PROCEDURA PENALE DEL 1988. RINVIO.

Si è ricordato *supra*¹¹² che l'applicazione al processo penale della massima *iura novi curia* non è concepibile finché si adottino modelli procedurali di stampo autenticamente inquisitorio. E' così naturale che solo a partire dalle codificazioni primo ottocentesche si sia iniziato a discutere della posizione delle parti e del giudice rispetto alla *quaestio iuris*, avendo l'illuminismo giuridico radicato l'idea per cui imputato ha diritto di conoscere e difendersi da una previa accusa *tendenzialmente* stabile. L'affermazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza¹¹³ spinse, però, al contempo, i legislatori via via succedutisi nel tempo ad interrogarsi sull'opportunità di consentire che l'erroneo inquadramento *in iure* della domanda penale potesse comportare il proscioglimento dell'imputato;¹¹⁴ il prevalere dell'opzione contraria, favorì la scelta di conferire al giudice il potere di modificare in sentenza il *nomen iuris* del fatto di reato. La massima *iura novit curia* assunse, dunque, fin da subito, la dimensione di deroga al canone di necessaria corrispondenza fra accusa e decisione, mostrandosi, subito chiaro, come la tematica interessasse da vicino il diritto di difesa e fosse, dunque, particolarmente delicata.

E' in questa cornice che si situò il *Code d' instruction criminelle* francese del 1808 che pure dedicava alle modifiche dell'imputazione il solo art. 361. La norma impediva l'introduzione in giudizio di fatti "radicalmente" nuovi mentre consentiva al giudice di integrare il fatto dedotto nell'atto imputativo con <<tutti i fatti che ne fossero la riproduzione, che lo completassero e lo modificassero, che lo presentassero sotto un altro punto di vista e con altro carattere penale, che fossero lo svolgimento e i corollari dell' accusa>>.¹¹⁵ sicché certamente consentita era anche l'operazione di riqualificazione del fatto.¹¹⁶ Dunque un quadro che permetteva in maniera abbastanza ampia le modifiche dell'imputazione ma che già riconosceva apertamente la tutela del

¹¹² Par. 2.1.

¹¹³ <<Nelle codificazioni processuali penali ottocentesche cominciarono [...] ad affermarsi l'obbligo di una precisa contestazione e la necessaria correlazione tra accusa e sentenza, che venivano generalmente considerati come premesse indispensabili per porre l'imputato al riparo da giudizi "a sorpresa">>. Così, CAPONE, *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁴ Cfr. CAPONE, *op. cit.*, p. 28. V. *amplius*, *supra* par. 2.1.

¹¹⁵ HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, III, tr. it. Palermo – Napoli, 1863, p.264.

¹¹⁶ In questo senso CAPONE, *op. cit.* p. 31.

diritto di difesa.¹¹⁷ Ancor più garantista era la legislazione del Gran Ducato di Toscana.¹¹⁸ Emblematico una sentenza della Cassazione fiorentina del 1860 <<niuno può essere obbligato a comparire in figura di reo presso il Tribunale ordinario, senza che gli si faccia in precedenza conoscere quale sia la legge che gli si obietti di avere violata; e che di regola la sentenza, che è la parte finale, debba corrispondere all'accusa, ch'è l'atto iniziale del giudizio, senza che possano immutarsi i termini della contestazione, e molto meno conculcarsi i diritti della difesa>>.¹¹⁹ Tuttavia, ancorché dal passo possa sembrare alludersi ad un principio di assoluta immutabilità dell'accusa, in realtà, la disciplina del Granducato era, sul punto, pressoché analoga a quella attualmente vigente in Italia, al netto, ovviamente, di talune marginali discrasie dovute alla diversità di epoche e contesti.¹²⁰ Dunque, assoluzione in caso di emersione durante il dibattimento di un fatto nuovo; contestazione suppletiva da effettuarsi ad opera della pubblica accusa se il fatto risultava diverso; e potere giudiziario di riqualificazione "a sorpresa".¹²¹ Con l'unità d'Italia, veniva emanato nel 1865 il nuovo codice di procedura penale del Regno. Benché anch'esso di ispirazione sufficientemente garantista,¹²² il testo normativo era abbastanza lacunoso sul tema delle modifiche dell'imputazione,¹²³ a parte la chiara previsione della necessità di un separato

¹¹⁷In questo senso si poneva l'art. 183 cod. istr. crim. 1808 che, prescrivendo l'enunciazione del fatto nella citazione diretta davanti al tribunale correzionale, <<aveva per solo scopo l'esercizio del diritto di difesa; dunque egli era mestieri che l'imputato fosse posto in grado di preparare i mezzi di difesa, che la citazione lo avvertisse dei punti su cui sarebbe stato attaccato, e gli indicasse i fatti che avrebbe dovuto esporre alla giustizia>> (HÉLIE, *op. cit.*, p. 611)

¹¹⁸ Ordinamento storicamente sensibile alle istanze di modernizzazione del diritto penale; si pensi solo al cd. Codice Leopoldino del 1786.

¹¹⁹ CASS. FIRENZE 3 marzo 1860.

¹²⁰ In questo senso, CAPONE, *op. cit.*, p. 32.

¹²¹ Su quest'ultimo punto inequivoca la sent. CASS. FIRENZE 7 agosto 1861: <<quando i fatti contestati all'imputato sotto il primitivo titolo di imputazione non subiscono, durante il pubblico dibattimento alcuna variazione, può e deve il Tribunale assegnare ad essi, il più conveniente titolo che la scienza e la legge prescrivono, senza neppure far precedere alcuna avvertenza o contestazione in proposito all'imputato medesimo>>

¹²² Ad esempio, l'art. 373 c.p.p. 1865 prevedeva nell'atto di citazione davanti al tribunale l'obbligo di enunciazione sommaria del fatto e l'indicazione dell'articolo di legge che si assumesse essere stato violato. Secondo la condivisibile lettura di SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale*, IV, Torino, 1878, pp. 20-21 <<il convenuto non potrebbe preparare i suoi mezzi di difesa, non potrebbe mettere in ordine le sue prove senza sapere l'obbietto della azione che si voglia intentare, senza conoscere il fatto di cui vuolsi responsabile>>.

¹²³ Cfr. CAPONE, *op. cit.*, p. 33.

esercizio dell'azione penale per procedere riguardo ad un fatto totalmente nuovo che fosse emerso durante il dibattimento. La dottrina e la giurisprudenza italiane si trovarono così di fronte alla necessità di sopperire in via interpretativa a tali carenze e nell'opera vennero assunti come proficua fonte di ispirazione taluni modelli stranieri, su tutte le codificazioni processuali austriaca e, soprattutto, tedesca.¹²⁴ Quest'ultima, in particolare, stabiliva che: <<l'accusato non può essere condannato in virtù di una legge penale diversa da quella indicata nel decreto che prescrive l'apertura del dibattimento, ove non sia stato preventivamente avvertito in modo particolare della modificazione che avrà subito il punto di diritto, e se non è stato posto in condizione di presentare le sue difese>>. Con una soluzione davvero moderna,¹²⁵ il codice di rito penale dell'Impero germanico del 1879 riconosceva, dunque, in capo al giudice, il potere di riqualificare il fatto ma lo subordinava ad un onere di preventiva informazione sul *nomen iuris* che la Corte intendesse attribuirgli, al fine di consentire il pieno esercizio del diritto di difesa. Inevitabilmente influenzata dalla lezione tedesca, la dottrina italiana iniziò così un'opera di integrazione del carente dettato codicistico, sempre più informata ad istanze garantistiche, finendo, addirittura, per giungere ad approdi ancor più "liberali" di quelli conseguiti nel processo penale tedesco. Ma andiamo con ordine. Il codice del 1865 imponeva il ritorno all'istruzione solo nell'ipotesi in cui in corso di dibattimento fosse emerso un fatto nuovo integralmente sostitutivo di quello originariamente contestato ma lasciava del tutto nell'ombra quella che, con terminologia odierna, si definirebbe la disciplina del fatto diverso e della diversa qualificazione giuridica del fatto; anzi, esse parevano venire accomunate nell'ambigua categoria di "modificazioni non essenziali del fatto". Occorre, infatti, come si dirà meglio, tenere accuratamente distinte le ipotesi in cui il giudice, a fatto invariato, ritenga che la qualificazione operata dal pubblico ministero sia errata o, comunque non condivisibile, e che cioè, quel fatto, vada sussunto sotto un'altra fattispecie ad esso congrua, dall'ipotesi in cui in dibattimento il fatto

¹²⁴ Se in ogni epoca gli operatori del diritto tendono a guardare alle soluzioni adottate in altri ordinamenti, lo scambio culturale fu qui favorito in modo speciale dai frequenti interventi di giuristi stranieri sulle riviste specialistiche italiane e, più in generale, da una temperie culturale aperta alle novità ed al sentimento di appartenenza ad una comunità scientifica che non poteva essere racchiusa entro gli angusti confini nazionali. Cfr. CAPONE, *op. cit.* pp. 33-34.

¹²⁵ Soluzione che pare quasi anticipar 130 anni i principi affermati nella sentenza CEDU Drassich.

si riveli essere diverso (ma non nuovo) rispetto a come è stato descritto nel decreto che dispone il giudizio e proprio *a cagione* di tal diversità esso integri una fattispecie diversa.¹²⁶ L'art. 521, I, correttamente inteso, copre, infatti, il mutamento del titolo che non segua al mutamento del fatto; se, invece, il primo è cagionato dal secondo la disciplina non è quella del primo ma, appunto, del II comma. Vigente il codice del 1865, invece, le due ipotesi erano accumulate sotto lo stesso ambiguo contrassegno: modificazione non essenziale del fatto. Con un'interpretazione letterale del dettato codicistico, in un primo tempo la giurisprudenza ritenne praticabili entrambe, ma pian piano si affermò la tesi per cui il cambiamento della qualificazione derivante da modificazione del fatto, avrebbe integrato modificazione essenziale con dovere del giudice di restituzione degli atti alla pubblica accusa. Per vero, la Cassazione adottò in un primo momento¹²⁷ una soluzione alquanto salomonica lasciando libera l'attività di riqualificazione *in melius* e vietando quella *in peius, indipendentemente* dalla circostanza che nel mutamento del titolo del reato fosse o meno implicata una variazione del fatto. Tale compromesso non mancò, però, di suscitare tra i commentatori più di una perplessità trattandosi di ipotesi affatto diverse.¹²⁸ Fu solo con la nomina a presidente della II sezione penale della Corte di Cassazione di Luigi Lucchini che la giurisprudenza della Suprema Corte si assestò nel senso di ritenere <<preclusa la possibilità per il giudice di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica ogni qualvolta essa riposi su nuove circostanze fattuali emerse in dibattimento considerate integrative di un elemento costitutivo estraneo alla fattispecie contestata con l'imputazione>>. ¹²⁹ In effetti, già in sede accademica, Lucchini aveva affermato che dovesse considerarsi ingiusta la condanna pronunciata su elementi che, non essendo contenuti nell'imputazione, <<non avrebbero potuto essere preparati e maturati dall'opera e con il concorso costante e integrale sia dell'accusa sia della difesa, che durante tutto il procedimento devono poter esercitare, con pienezza di efficacia, il loro magistero>>. ¹³⁰ Rimaneva, però, ancora dubbio quale sarebbe dovuto essere il trattamento

¹²⁶ Cfr. NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989, p. 334 per il quale <<spesso un mutamento del fatto comporta anche un adeguamento della sua qualifica giuridica. Ma quando la legge disciplina (e consente) una diversa qualificazione giuridica si intende che il fatto deve rimanere lo stesso>>.

¹²⁷ V., ad esempio, CASS. ROMA, 8 giugno 1881, Gariglio e Geido.

¹²⁸ Cfr. CAPONE, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁹ CAPONE, *op. cit.*, p. 38.

¹³⁰ LUCCHINI, Luigi, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895, pp. 338-339.

giuridico per l'attività di riqualificazione "pura", non mediata, cioè, dalla diversità del fatto. In effetti neppure il "garantista" codice di rito tedesco si spingeva al punto di vietare una consimile operazione, pur sottoponendola alle cautele summenzionate. Precludere *tout court* il potere di immutare il *nome iuris* - si temeva - avrebbe potuto costringere il giudice a scegliere tra due opzioni ritenute parimenti inaccettabili: mantenere un titolo di reato ritenuto errato od assolvere un imputato che avesse indubitabilmente commesso un fatto penalmente illecito. Ciò nonostante, la Cassazione ritenne doversi estendere l'orientamento più restrittivo anche alle ipotesi di riqualificazione "pura", vietando, *de facto*, tale operazione se non nell'ipotesi, salvata in quanto *in bonam partem*, del passaggio da un reato più grave ad uno meno grave. Di grande interesse teorico il passo della sentenza che ebbe ad inaugurare tale orientamento:¹³¹ <<non si può distinguere tra le circostanze del fatto e la configurazione giuridica del medesimo, per indurlo che, pur dovendo non uscire dai termini del primo, sia sempre libero il magistrato di configurare nel fatto quel reato che più e meglio ritenga attagliarglisi, e ciò [...] perché il principio del contraddittorio e i diritti della difesa rimarrebbero ugualmente vulnerati e disconosciuti ove il giudice potesse pronunciare sulla sussistenza di un'ipotesi delittuosa non contestata all'imputato e che non fosse stata oggetto di discussione tra le parti>>. Il nuovo corso giurisprudenziale iniziò, però, ad essere ferocemente attaccato¹³² - ma anche autorevolmente sostenuto¹³³ - da parte della dottrina, soprattutto dal più fiero avversario, non solo professionale, del Lucchini: Gennaro Escobedo.¹³⁴

¹³¹ CASS., SEZ. II, 20 dicembre 1910, Gerardi.

¹³² Si arrivò a dire: <<il grande evangelo della nuova giurisprudenza in tema della quasi immodificabilità del titolo dedotto in imputazione [costituisce, *ndr.*] il completo riassunto di tutti gli errori possibili ed anche di quelli che dovrebbero essere impossibili in materia>>. Così, ESCOBEDO, *Sulla modificabilità del titolo di imputazione in primo grado e in appello*, in "Giust. Pen.", 1911, c. 1544.

¹³³ Il riferimento è - insospettabilmente viste le opposte tendenze politico-culturali dei due studiosi - a Vincenzo Manzini. L'A. scrisse infatti: <<la condanna per il fatto contestato in accusa, ma per altro titolo di reato portante pena eguale o maggiore di quella comminata al titolo di cui si richiede l'applicazione, induce nullità assoluta. [...] Il giudice deve decidere in base a ciò che il p.m. pretende nell'interesse dello Stato, non a ciò che a lui possa sembrare più conveniente. Egli in tal modo deciderebbe sopra una pretesa che nessuno ha fatto valere, sopra un'azione di cui non è investito: quindi senza giurisdizione>>. Così MANZINI, *Manuale di procedura penale*, 1912. p. 612.

¹³⁴ La querelle Lucchini - Escobedo è ricostruita in modo gustoso e con dovizia di particolari da CAPONE, *op. cit.*, p. 41 e ss. L'A. parla, a p. 41, di una vera e propria guerra dottrinale, in cui, attacchi di merito ed *ad personam*, motivati da un'accesissima rivalità professionale ed

Eccettuando gli aspetti più squisitamente personali e coloriti della polemica, che, come tali, qui non interessano,¹³⁵ quest'ultimo rimproverava al collegare di avere sposato una teoria illogica e pericolosa, perché, seguendo il ragionamento della Cassazione, «di fronte a una qualificazione giuridica erronea il giudice avrebbe finito per trovarsi in una sorta di vicolo cieco, costretto o a ratificare l'errore o a commettere un'ingiustizia; infatti una volta assolto l'imputato per erroneità della qualificazione giuridica, non avrebbe potuto aprirsi un nuovo procedimento per il medesimo fatto, sebbene diversamente qualificato, senza incorrere nel divieto di *bis in idem* sancito dall' art. 518 [cp.p. 1865, ndr.]».¹³⁶ Al di là dei toni, comunque, lo stesso Escobedo faceva seguire conclusioni che, in fondo, finivano per convergere con la filosofia delle tanto criticate sentenze,¹³⁷ poiché, lungi dal propugnare una riqualificazione senza soggezione al confronto dialettico, lo studioso, affermava: «*de iure condendo* sarebbe opportuno che il giudice, il quale intendesse mutare il titolo della imputazione o della condanna - così in primo grado che in appello - ne preavvisasse l'imputato, ponendolo in condizione di pienamente e coerentemente difendersi anche in rapporto al nuovo titolo».¹³⁸ In sostanza, un punto di convergenza tra i due contendenti era possibile e coincideva con la soluzione che il codice imperiale tedesco aveva positivizzato già nel lontano 1879 e che, ai giorni nostri, principia a radicarsi in via pretoria: ammettere la riqualificazione officiosa – rigorosamente a fatto invariato – ma assoggettandola al contraddittorio tra le parti per il tramite di una preventiva informazione da parte del giudice. Mutato, però, il contesto politico e culturale di riferimento,¹³⁹ il legislatore dava il là, con il varo del codice del 1913, ad

accademica, si fondono e confondono in un crescendo di botta e risposta dai toni sempre più accesi.

¹³⁵ E, per i quali, come detto, si rinvia a CAPONE, *op. cit.*, p. 41 e ss. e QUATTROCOLO, *op. cit.*, p.47.

¹³⁶ CAPONE, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁷ CAPONE, *ibidem*.

¹³⁸ ESCOBEDO, *ibidem*.

¹³⁹ Emblematico del “nuovo clima”, l'esautoramento, nel volger di pochi mesi, di Luigi Lucchini dalla presidenza della seconda sezione penale della Corte di Cassazione e dalla direzione della Rivista Penale; non casualmente, in ambo le circostanze, il giurista, tra i massimi esponenti della scuola classica, ormai in declino, veniva sostituito da due noti sostenitori della scuola positiva, invece in piena ascesa: nel primo caso, Raffaele Garofalo, nel secondo, Vincenzo Manzini. Nel rovesciamento delle fortune di Lucchini pesava, oltre a fattori anagrafici, politici (forti dissapori con gli ambienti liberali di governo in teoria a lui più vicini), e caratteriali, l'asperrima critica al progetto del codice di procedura penale del 1913; il giurista scriveva, ad esempio, che nel progetto rimaneva «più ferma di prima la compagine del codice vigente, in tutto il suo involuto e vieto organismo istruttorio e

un'«involuzione autoritaria»¹⁴⁰, che avrebbe allontanato di quasi un secolo il recepimento di questa tesi. L'art. 417, I, del codice di procedura penale del 1913 prevedeva, infatti, che «il giudice può definire il fatto in modo diverso da quello enunciato».¹⁴¹ Si trattava della prima espressa formulazione in un codice di rito italiano del principio oggi condensato, con formulazione molto simile, nel primo comma dell'art. 521 c.p.p. attualmente vigente. L'intento del legislatore era chiaramente quello di reagire alla «giurisprudenza Lucchini» in punto di riqualificazione, come veniva riconosciuto da gran parte della dottrina coeva.¹⁴² In nome di – presunte - istanze di difesa sociale si ripudiava l'afflato garantista che aveva informato la giurisprudenza della Cassazione in materia di riqualificazione¹⁴³ e soprattutto, si ignorava completamente la proposta di chi, pure, quell'orientamento aveva fortemente combattuto e, cioè, di quel Gennaro Escobedo che, come detto *supra*, aveva proposto di mantenere in capo al giudice il potere di riqualificare il fatto ma di assoggettarlo ad un onere di preventiva informazione.¹⁴⁴ Almeno, però, il codice recepiva dall'insegnamento della Suprema Corte la scelta di prevedere la restituzione degli atti al pubblico ministero nell'ipotesi in cui, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, il fatto fosse risultato diverso; in questo senso,

giudiziale, con tutti i suoi infiniti ingranaggi inquisitori, l'equivoca supremazia del p.m., l'ermafroditismo del giudice istruttore, l'oralità superficiale e il contraddittorio apparente e parolaio del giudizio, la molteplicità e lo stancheccio dei gravami e tutto quello, insomma, che rende tanto ingombrante, tardo e infecondo il nostro processo»». Così LUCCHINI, *Il nuovo codice di procedura penale. Impressioni e appunti*, in «Riv. Pen.», LXXVII, 1913, p. 683. In argomento v., anche, CAPONE, *op. cit.*, p.44.

¹⁴⁰ La forte ma efficace espressione è di CAPONE, *op. cit.*, p. 44.

¹⁴¹ Inoltre ex art 480, II, c.p.p. 1913 : «il giudice di appello che ritenga doversi dare al reato diversa definizione, anche più grave, nei limiti della competenza del giudice di primo grado, può stabilire la nuova definizione, pronunciando in conformità ad essa il dispositivo della sentenza»».

¹⁴² «Una tesi ultra rigorosa, che aveva ottenuto il favore nella giurisprudenza, professava che in verun modo il giudice di merito potesse nella sentenza discostarsi dai capi d'imputazione, poiché questi hanno processualmente l'ufficio di fissare i termini dell'accusa dalla quale l'imputato è chiamato a difendersi. [...] E' inutile discutere la valutazione scientifica e morale, che spetta a siffatta tesi; con l'assoluzione dell'imputato riconosciuto colpevole, essa ciecamente si oppone alla difesa sociale, per meri pretesti di indole formale»». MORTARA – ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino, 1922, p. 129.

¹⁴³ Paradigmatico il commento di LANZA, *op. cit.*, p. 334 e ss. secondo il quale la giurisprudenza della Cassazione di fine ottocento: «aveva [...] un carattere del tutto accademico, retorico e pericoloso, data la tendenza eccessivamente favorevole ai delinquenti comuni, per i quali il giudizio penale sembra diventato più un gioco d'azzardo, anziché la severa attuazione della giustizia»».

¹⁴⁴ CAPONE, *op. cit.*, p. 44.

infatti, deponeva il II comma dell' art. 417 c.p.p. 1913. Tuttavia anche questa, isolata, novità venne presto depotenziata dalla “nuova” dottrina della difesa sociale che, per mano dei suoi sostenitori, presenti in via maggioritaria nella composizione della Suprema Corte, ritenne sovente di poter usare, secondo una tendenza ancora piuttosto diffusa, lo strumento della riqualificazione giuridica per coprire surrettizie operazioni di immutazione del fatto.¹⁴⁵ Le scelte del codice del 1913 vennero confermate nel testo del 1930, del resto, collocato in un contesto culturale e storico, che, ben difficilmente, avrebbe potuto consentire soluzioni diverse. L'art. 477 c.p.p.1930 disponeva, infatti che: <<nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'ordinanza di rinvio, nella richiesta o nel decreto di citazione, infliggere le pene corrispondenti, quantunque più gravi, e applicare le misure di sicurezza, purché la cognizione del reato non appartenga alla competenza di un giudice superiore o speciale>>. Sul punto per lungo tempo anche il dibattito dottrinario si placò, finché una autorevole dottrina non ebbe ad affermare che il problema della qualificazione giuridica del fatto avrebbe dovuto essere ripensato <<essendo indubbiamente legato il diritto di difesa anche alla qualificazione giuridica del reato>>.¹⁴⁶ Ed una buona occasione sarebbe potuta essere il tentativo di riforma del codice di procedura penale del 1978 ma, come noto, il progetto rimase lettera morta.¹⁴⁷ Tuttavia l'entrata in vigore di un nuovo codice di rito era solo posticipata di un decennio. Con il D.P.R. 447 del 22 settembre 1988, adottato sulla base della legge delega 81 del 16 febbraio 1987, diveniva, infatti, ufficialmente vigente l'attuale codice di procedura penale. Come ben noto, però, l'art.521, I, confermava la disciplina del 1930, a sua volta radicata sul testo del 1913 e ciò, ancorché, durante i lavori della Commissione redigente, fossero bene emersi i profili di frizione con il diritto di difesa che una riqualificazione giuridica sottratta al contraddittorio avrebbe potuto avere – come puntualmente sarebbe stato dimostrato dal Caso Drassich. Le ragioni per cui, nonostante tutto, si ritenne di lasciare invariata la disciplina adottata dal Codice Rocco, sono state esaminate al paragrafo 2.1 al quale, dunque, si rinvia.

¹⁴⁵ Cfr. in questo senso, tra gli altri Capone, *op. cit.*, p. 47

¹⁴⁶ LEONE,G., *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961, nt. 15, p. 391. Con ancor più decisione DE LUCA , *Intorno all' art. 477 c.p.p.*, in “Scuola positiva”, 1964, p. 241 paragonò l'imprevedibilità della decisione giudiziale in ordine al *nomen iuris* del reato addebitato ad una oscura vicenda kafkiana.

¹⁴⁷ Per vero, sul punto della riqualificazione il progetto era completamente silente.

2.4. LE NUOVE CONTESTAZIONI NEL PROCESSO PENALE

Nell'art. 521, I, c.p.p., il potere di riqualificazione giuridica del fatto è stato, dunque, riaffermato in termini sostanzialmente analoghi alla previgente disciplina; profondamente variata è, invece, la cornice normativa in cui la previsione si colloca. Il legislatore del 1988 ha, infatti, sensibilmente mutato la disciplina delle nuove contestazioni nel processo penale,¹⁴⁸ delineando un contesto <<nel quale il pubblico ministero, depositario ormai esclusivo del potere di accusa, dispone di strumenti più ampi e puntuali rispetto al passato, per l'adeguamento dell'imputazione all'andamento dell'istruttoria dibattimentale>>.¹⁴⁹ Rispetto ad una disciplina dell'*emendatio libelli* così configurata, <<la riqualificazione giuridica del fatto in sentenza costituisce un potere giurisdizionale residuale di emenda dell'imputazione>>¹⁵⁰ che in tanto può essere esercitato in quanto il *fatto rimanga invariato*. Come accennato, difatti, i temi dell'immutazione del fatto e del diritto non sono solamente "limitrofi"¹⁵¹ ma si delimitano vicendevolmente; in effetti, dove c'è è "*emendatio libelli*" lì non può esservi "*emendatio iuris*" - *stricto sensu* intesa - e viceversa, e ciò perché, se la riconducibilità del fatto ad una nuova fattispecie deriva da una diversità del fatto, allora sarà applicabile la disciplina sulle modificazioni del fatto, mentre solo se il fatto rimane invariato, si potrà, correttamente, invocare la normativa sulla riqualificazione¹⁵²: *tertium non datur*.¹⁵³ Un'indagine sulla riqualificazione giuridica del fatto non può pertanto prescindere dalla <<precisazione di tutto ciò che ne cade al di fuori, poiché attratto nell'orbita della diversa attività di *emendatio libelli*>>.¹⁵⁴

¹⁴⁸ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 82.

¹⁴⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 83-84

¹⁵⁰ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 83

¹⁵¹ L'espressione è di CAPONE, *op. cit.*, p. 47.

¹⁵² <<Il giudice può dare una diversa definizione giuridica a condizione che il fatto rimanga lo stesso>>. Così, GIARDA e SPANGHER, *op. cit.*, p. 6624.

¹⁵³ In questo senso QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 79 e ss.

¹⁵⁴ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 84. Si vuole, cioè, indagare il concetto di fatto diverso, e, in generale, la materia delle nuove contestazioni, ai soli limitati fini di individuare ciò che realmente costituisce riqualificazione giuridica del fatto, con le relative conseguenze (Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 110). Tale analisi si rende altresì imprescindibile in quanto, come si vedrà, la giurisprudenza è spesso incline volto "ad aggirare" la gravosità della normativa sulle nuove contestazioni mediante l'uso improprio della meno garantita disciplina della riqualificazione

Che la ricostruzione del fatto possa subire, entro certi limiti,¹⁵⁵ modificazioni durante lo svolgimento del giudizio, è assunto acclarato, indiscusso e connaturato alla stessa “essenza” del modello processuale accusatorio. Esso, infatti, non si fonda su una verità preconstituita durante l’istruzione, che l’imputato può solo cercare di falsificare in dibattimento, ma su un’ipotesi, accusatoria appunto, delineata nelle indagini preliminari, che il pubblico ministero deve cercare di dimostrare¹⁵⁶ in giudizio.¹⁵⁷ E proprio perché l’accusa è un’ipotesi, e non una certezza, essa, come tutte le ipotesi, può rivelarsi, quando la si verifichi, *lato sensu* imperfetta¹⁵⁸ e quindi *perfettibile*.¹⁵⁹ Ciò non contrasta con l’assunto per cui il processo è un giudizio su di una previa accusa,¹⁶⁰ poiché tale principio non implica che <<le esigenze [...] di fissazione storica del fatto determinino “cristallizzazioni” incoerenti rispetto alla natura stessa di *work in progress* dell’attività probatorio – ricostruttiva>>.¹⁶¹ Ciò non di meno, come si è visto e si vedrà ancora, ogni variazione nel tema dell’imputazione rischia di essere fortemente pregiudizievole per l’imputato; da ciò, la necessità di bilanciare tutte le “aperture” sul terreno della modificabilità dell’addebito con adeguati contrappesi dal lato delle garanzie per l’imputato, innanzitutto, mantenendo sempre costante la caratterizzazione dialettica del processo ed affidando, quindi - lo si anticipava - il potere di nuova contestazione al pubblico ministero, senza intrusioni officiose del giudice, il cui ruolo, deve essere, invece, quello di garante della corretta applicazione della legge processuale.

¹⁵⁵ Senza, cioè, snaturare, il fatto oggetto dell’imputazione. V, in questo senso, RAFARACI, *op. cit.*, p. 8. Sul punto si tornerà ampiamente.

¹⁵⁶ Come accennato nel primo capitolo, ciò deriva dalla presunzione di non colpevolezza.

¹⁵⁷ <<La possibilità di rimodellare il fatto in conformità a quanto viene emergendo dall’escussione delle prove è coerente con il valore attribuito al dibattimento, sede principale dell’accertamento processuale>>. Così, ILLUMINATI, *Giudizio, op.cit.*, p. 836.

¹⁵⁸ Sul punto, afferma RAFARACI, *op. cit.*, p. 5: <<doendo andare soggetto ad accertamento, il giudizio di fatto formulato nell’imputazione [...] ha il carattere dell’ipoteticità. Vale, dunque, anche per esso ciò che vale per ogni ipotesi di cui si voglia sperimentare la conferma: alla possibilità della conferma, appunto, o della smentita senz’altro, si accompagna quella di un risultato che induca a correggere l’ipotesi o, nel mentre si smentisce quella già avanzata, a formularne un’altra>>.

¹⁵⁹ Cfr. ILLUMINATI, *ibidem*.

¹⁶⁰ V., *ex plurimis*, ancora RAFARACI, *ibidem*.

¹⁶¹ RAFARACI, *ibidem* D’altronde, a monte, <<se non si fosse contato sulla originarietà dell’accertamento dibattimentale nel contraddittorio, scevro da anteriori elaborazioni giudiziali, e sulle potenzialità euristiche della dialettica probatoria, non avrebbe avuto molto senso abilitare il pubblico ministero a riformulare, all’occorrenza, l’addebito>>. (RAFARACI, *op. cit.*, p. VI)

Questa, in estrema sintesi, la logica che sorregge la disciplina delle modifiche dell'accusa nel processo penale; disciplina che, prima di ogni altra riflessione, è, perciò, utile esaminare.¹⁶²

La normativa concernente le nuove contestazioni è contenuta agli artt. 516 e ss c.p.p. Il principio che ispira l'intera materia¹⁶³ è quello di correlazione fra accusa e sentenza, corollario, come accennato, del giusto processo e del diritto di difesa: il giudice non può pronunciarsi per ciò che non sia stato preventivamente contestato all'imputato; a contestazione deve corrispondere sentenza. Se così non è, l'art. 521, II e III, prescrive, per il giudice, l'obbligo di restituire gli atti al pubblico ministero. Questa impostazione è coerente con la premessa di cui si è dato conto poche righe sopra: le nuove contestazioni, consistendo in *variazioni* dell'accusa, sono di pertinenza esclusiva del pubblico ministero, che ha il monopolio dell'azione penale.¹⁶⁴ Al giudice non è concesso ingerirsi in scelte che, istituzionalmente, non gli competono. Egli può e deve solo, nella sua istituzionale terzietà, constatare e sanzionare, con la restituzione degli atti,¹⁶⁵ l'inerzia del magistrato requirente

¹⁶² Il riferimento, ovviamente, è alle nuove contestazioni nel giudizio. Le modifiche dell'accusa sono, tuttavia, contemplate anche in udienza preliminare; la disciplina, contenuta in un solo articolo, il 423 c.p.p., *Modifiche dell'imputazione*, è grosso modo analoga, ma non identica, a quella prevista dal Capo IV del Titolo II del Libro VII. Di seguito, le principali differenze. Diversamente da quanto previsto per il fatto diverso e le contestazioni suppletive in dibattimento, l'art. 423, I c.p.p. dispone che, se l'imputato non è presente, le modificazioni dell'imputazioni vadano comunicate al difensore; non è garantita, poi, alquanto discutibilmente, la concedibilità di un termine a difesa. Per ciò che concerne il fatto nuovo, l'art.423, II, c.p.p. è costruito sulla falsa riga dell'art.518, II, c.p.p. ma, ancorché le norme sembrino identiche, ad un'attenta analisi, emergono tre discrepanze: non è necessario che sia presente l'imputato; il giudice da l'autorizzazione senza valutare l'opportunità di ammettere la contestazione ai fini della speditezza del procedimento e, quindi, l'autorizzazione è atto dovuto; il consenso può essere prestato anche dal difensore. Infine, differentemente da ciò che prevede l'art. 521, II, c.p.p. il 423 c.p.p. tace in merito alla disciplina da applicare nel caso in cui il fatto risulti diverso da come configurato nella richiesta di rinvio a giudizio (che, ovviamente, in tale fase, è il punto di riferimento). Sulla lacuna è intervenuta la lettura integrativa della Corte Costituzionale che, con sent. Cort. Cost.103/2010, ha stabilito che, analogamente a quanto dispone l'art.521, II, c.p.p., il giudice deve trasmettere gli atti al pubblico ministero; tuttavia, secondo l'esegesi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, prima di poter procedere in tal senso, il giudice dovrebbe intimare al p.m. di modificare l'accusa. Al netto di ulteriori considerazioni, tale ultimo orientamento sembra discutibile, in quanto, un simile potere di controllo del giudice appare di forte sapore inquisitorio, mal conciliandosi col carattere accusatorio del processo penale attuale.

¹⁶³ V. ILLUMINATI, , *op.cit.*, p. 835.

¹⁶⁴ Icastico, ILLUMINATI, *ibidem*: <<La modifica della contestazione è un potere esclusivo del pubblico ministero>>.

¹⁶⁵ Attraverso ordinanza inoppugnabile.

che non abbia modificato l'accusa quando avrebbe dovuto farlo.¹⁶⁶ Egli può e deve solo, quale garante dell'osservanza delle norme processuali, rimediare, sempre con la restituzione degli atti, all'eventuale esercizio del potere di nuova contestazione <<fuori dai casi previsti dagli articoli 516, 517 e 518, comma 2>>. Se, invece, in tali casi, il giudice omette di trasmettere gli atti in procura e pronuncia sentenza di condanna, questa è viziata da nullità, ai sensi dell'art. 522, I, c.p.p. Trattasi, secondo l'opinione prevalente,¹⁶⁷ di nullità generale a regime intermedio ex comb. disp. artt. 178 lett. b) e c) e 179 c.p.p.; la nullità, è, comunque, parziale, ai sensi dell'art. 522, II, c.p.p., perché riguarda solo la scorretta contestazione. In questo contesto, risulta di agevole lettura la previsione contenuta nell'articolo 516, rubricato *Modifica dell'imputazione*. Il primo comma consente al pubblico ministero di "aggiustare il tiro in corso d'opera", modificando l'imputazione e procedendo alla relativa contestazione, qualora, a causa delle risultanze emerse in istruttoria dibattimentale, <<il fatto risulti diverso da come è descritto nel decreto che dispone il giudizio>>. La contestazione è effettuata personalmente all'imputato. Ai sensi dell'art. 520 c.p.p., se questi è assente, il pubblico ministero chiede al presidente di disporre, in favore dell'accusato, la notificazione per estratto del verbale del dibattimento, da cui risulta la modifica; se il presidente delibera di procedersi in tal senso, questi sospende il dibattimento e fissa un termine per la nuova udienza non minore di 20 giorni e non superiore a 40. L'art. 520, II, c.p.p. rinvia, infatti, ai termini indicati nell'art. 519, II c.p.p., in forza del quale, se l'imputato, destinatario di una nuova contestazione <<ne fa richiesta,¹⁶⁸ il presidente sospende il dibattimento per un tempo non inferiore al termine per comparire previsto dall' articolo 429 [cioè, appunto, 20 giorni, ndr.] e non superiore a 40 giorni>>. Di ancora

¹⁶⁶ Come si è ricordato al par. 2.1., in realtà, una ferrea applicazione dei canoni del processo accusatorio avrebbe dovuto spingere nel senso di prevedere l'assoluzione dell'imputato <<per essere l'accusa, nei termini definitivamente formulati dal pubblico ministero, risultata infondata>> (ILLUMINATI, *op. cit.* p. 841); tale soluzione avrebbe avuto però, per l'operatività del canone del *ne bis in idem*, impatti significativi sulla tenuta del sistema penale, in termini di efficacia generalpreventiva e forza deterrente, e, a ben vedere, avrebbe finito per lasciare <<al pubblico ministero il potere di disporre, in pratica, del risultato del processo, in contrasto con l'obbligatorietà dell'azione penale>>. (ILLUMINATI, *ibidem*). Ciò non toglie, comunque, che la scelta, pur non lesiva del principio di terzietà del giudice, sembra introdurre <<una connotazione inquisitoria nel sistema, [che, ndr.] non sarebbe ammissibile in un processo di parti in senso proprio>>. (ILLUMINATI, *ibidem*)

¹⁶⁷ Cfr., per tutti, ILLUMINATI, *op. cit.* p. 841.

¹⁶⁸ Per rendere edotto l'imputato della possibilità di richiedere un termine a difesa, l'art. 519, I, c.p.p., prevede che il presidente lo informi di tale opportunità.

maggior interesse, è, però, l'ultimo inciso del secondo comma di tale articolo, ove si prevede che, <<in ogni caso [di nuova contestazione, *ndr.*] l'imputato può chiedere l'ammissione di nuove prove a norma dell'articolo 507>>. Dietro la scarna fraseologia della disposizione ed a dispetto della rubrica estremamente generica dell'articolo, *Diritti delle parti*, si cela, infatti, la disciplina in tema di prove nelle ipotesi di nuove contestazioni. Per altro, la norma è stata oggetto di due significativi interventi della Corte Costituzionale che ne hanno sensibilmente variato la portata. Nella sua originaria formulazione, infatti, si faceva riferimento esclusivamente all'imputato e si rinvia all'articolo 507 c.p.p. che, a sua volta, subordina l'assunzione di nuovi mezzi di prova, al criterio dell'assoluta necessità. Con sent. 241/1992, il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione: <<nella parte in cui, nei casi previsti, dall'art. 516, non consente al pubblico ministero ed alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove>>, nonché <<dell'inciso "a norma dell'art. 507">>. In una successiva pronuncia, sent. 50/1995, la Consulta ha completato il processo di riconduzione dell'articolo 519 c.p.p. alla piena conformità a Costituzione, statuendone la difformità dalla Carta costituzionale nella <<parte in cui, in caso di nuova contestazione effettuata a norma dell'articolo 517, non consente al pubblico ministero ed alle parti private diverse dall'imputato di chiedere l'ammissione di nuove prove>>. All'esito degli arresti del Giudice delle leggi, dunque, il diritto a chiedere ed ottenere l'ammissione di nuove non spetta più solo all'imputato ma anche alle altre parti private ed alla parte pubblica e non è più subordinato al presupposto particolarmente stringente della assoluta necessità bensì alle previsioni generali dell'art. 495 c.p.p. Tornando all'esame dell'art.516 c.p.p., perché possa procedersi alla modifica dell'imputazione, è necessario che il reato <<non appartenga alla competenza di un giudice superiore>>,¹⁶⁹ dovendosi, in caso contrario, procedere ai sensi dell'art. 23 c.p.p. Nei procedimenti svolgentisi davanti al tribunale in composizione monocratica, se, all'esito della modifica della contestazione, il reato ricade sotto la sfera di attribuzione del tribunale in composizione collegiale <<il difetto di composizione dev'essere rilevato o eccepito immediatamente ovvero, nel caso che la contestazione comporti la sospensione del dibattimento, all'inizio della nuova udienza (art. 516 comma I-*bis*)>>.¹⁷⁰ Parimenti dispone l'art. 516, I-*ter*, qualora, a seguito

¹⁶⁹ Art., 516, I, c.p.p.

¹⁷⁰ ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 837.

della modifica, risulti un reato per il quale doveva essere celebrata l'udienza preliminare, ed essa fosse stata, invece, pretermessa. Va da se che, sia nell'ipotesi riguardata dal comma 1 *bis* che in quella descritta dal comma 1 *ter*, il giudice debba disporre, con ordinanza, la restituzione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 521 *bis*, I, c.p.p.¹⁷¹

Le soluzioni adottate nel disciplinare il *fatto diverso*, sono state seguite dal legislatore anche per l'istituto della c.d. *contestazione suppletiva*, di cui all'art. 517 c.p.p., rubricato *Reato concorrente e circostanze aggravanti risultanti dal dibattimento*. Infatti, secondo quanto previsto dal primo comma del presente articolo, qualora nel corso dell'istruzione dibattimentale emerga un reato concorrente ai sensi dell'art. 12, I, lett. b) c.p.p. od una circostanza aggravante, dei quali non vi fosse menzione nel decreto che dispone il giudizio, il pubblico ministero può - *rectius*, deve, stante l'uso dell'indicativo presente *contesta* - procedere alla relativa contestazione. Va notato che, similmente al disposto del precedente art. 516 c.p.p., la contestazione deve essere effettuata personalmente all'imputato; sicché, qualora egli fosse assente,¹⁷² devono applicarsi le disposizioni dell'art. 520 c.p.p. sopra citato. Ancora, l'istituto è applicabile a patto che non si venga ad eccedere il limite di competenza del giudice che procede, secondo quanto più diffusamente visto a proposito dell'art. 516 c.p.p. Esplicito rinvio è fatto, infine, dall'art. 517, I *bis* ai commi I *bis* e I *ter* dell'art. 516 c.p.p. Si noti che il riferimento all'art. 12, I, lett. b) circoscrive la disciplina della contestazione suppletiva ai soli reati in concorso formale o in rapporto di continuazione; non, dunque, tutti i reati concorrenti (come *prima facie* potrebbe desumersi leggendo la rubrica dell'articolo) ma solo quelli che, si suppongono, <<commessi con una sola azione od omissione ovvero con più azioni od omissioni esecutive del medesimo disegno criminoso>>¹⁷³ possono essere contestati dal pubblico ministero in udienza, secondo lo schema sopra descritto.

La disciplina del c.d. *fatto nuovo* è, invece, posta dal successivo art. 518 c.p.p., il quale impiega tale espressione già nella rubrica, *Fatto nuovo risultante dal dibattimento*. L'incipit della norma <<Fuori dai casi previsti dall'articolo 517>>, consente di escludere dall'ambito di applicabilità della previsione, e quindi, parimenti dalla riconducibilità alla categoria dogmatica del fatto

¹⁷¹ Per altro, la disciplina di cui all'art. 521 *bis* c.p.p. si applica anche alle ipotesi di cui agli art. 517 e 518 c.p.p. e, soprattutto, nel caso di *diversa definizione giuridica*.

¹⁷² La l. 67/2014 ha soppresso il riferimento all'imputato contumace.

¹⁷³ Art. 12, I, lett. b).

nuovo, il reato connesso ex art.12, I, lett. b). Peraltro, come si vedrà dappresso, l'esatta individuazione del significato da attribuire all'espressione fatto nuovo e, di conseguenza, la distinzione fra esso ed il fatto diverso, costituiscono problematiche estremamente complesse, meritevoli di specifica attenzione. Tornando alla disamina dell'art. 518, la norma condivide con le ipotesi precedentemente analizzate (art 516 e 517) il medesimo presupposto: il dibattimento fa emergere un *quid novi* che non era presente nel decreto che dispone il giudizio. Lì un fatto diverso o una circostanza aggravante o un reato connesso ex art.12, I, lett. b); qui, appunto, un fatto nuovo. Ma proprio poiché il fatto nuovo è cosa ben distinta dal fatto diverso (e dalle altre figure ora citate), la disciplina della sua contestazione è radicalmente differente. Il pubblico ministero, infatti, *può*, ma non *deve*, procedere a contestazione, ben potendo esercitare un'autonoma azione penale. E ciò lo si desume dalla inequivoca espressione usata nel I comma (*...il pubblico ministero procede nelle forme ordinarie...*). La contestazione nel corso della medesima udienza, cioè nell'alveo del dibattimento ove il fatto nuovo è emerso, è ipotesi residuale e subordinata al ricorrere di quattro ben precisi presupposti, tutti delineati dal secondo comma: autorizzazione del presidente, presenza dell'imputato, consenso dell'imputato, assenza di pregiudizio per la speditezza del processo. E' chiaro peraltro come quest'ultimo presupposto consenta al giudice un margine di apprezzamento discrezionale sufficientemente ampio, essendo questi, dalla norma, non già obbligato ma solo facoltizzato ad autorizzare la contestazione (si noti l'uso del verbo *potere* ad accompagnare il termine autorizzare e non l'indicativo presente del medesimo verbo, la qual cosa avrebbe, invece, obbligato il presidente alla concessione dell'autorizzazione qualora ne fossero stati integrate le premesse normative). Soprattutto, è necessario che il *fatto nuovo si aggiunga e non si sostituisca* all'addebito originario; se si sostituisce, il pubblico ministero non può modificare l'accusa ed il giudice deve prosciogliere l'imputato.

Una disciplina, dunque, estremamente dissimile da quella dettata negli articoli 516 e 517 c.p.p. e che presuppone, come anticipato, una netta distinzione tra fatto nuovo e fatto diverso. Ora, ragionando in termini strettamente logico formali, una bipartizione del genere non sarebbe pensabile:¹⁷⁴ differiscano

¹⁷⁴ In particolare, i cardini della *Logica* aristotelica, in specie il principio del terzo escluso e di non contraddizione, postulano che rispetto ad un determinato fatto possa predicarsi, alternativamente, o che esso è *A* o che esso è *non A*, e se esso è *A*, non può, nello stesso momento, essere *non A*, così come, se è *non A*, non può, al contempo, essere *A*. Di tal ché,

due fatti per un frammento infinitesimale o in ogni loro aspetto, essi sono sempre, e soltanto, fatti *non identici*. Il discrimine tra tali categorie concettuali, prima ancora che giuridiche, è, allora, *morfologico*, non *ontologico*, dipende, cioè, non dalla circostanza che una modifica ci sia stata o meno ma da cosa si sia modificato nel fatto: un elemento essenziale o non essenziale¹⁷⁵ o, per usare una terminologia più moderna, elementi fermi (identificatori o invariabili) oppure elementi modificabili (o non identificatori o variabili).¹⁷⁶ Il problema diventa, allora, definitorio; si tratta cioè di provare a chiarire quali siano tali “elementi essenziali del fatto” (e, di riflesso, quali non lo siano). Sul punto, la riflessione dottrinale e l’elaborazione giurisprudenziale è stata davvero amplissima¹⁷⁷ ma può dirsi che <<ciò che rileva, in definitiva, è il nucleo storico del fatto, ossia l’identità tra le fattispecie prese in considerazione [...] dal punto di vista della condotta (attiva od omissiva) e, nel caso di reati cosiddetti materiali, dell’oggetto fisico su cui la condotta è caduta>>.¹⁷⁸ A tacer d’altro, infatti, questa tesi è quella che meglio pare coordinarsi con la disciplina del *ne bis in idem* che, come già accennato, si intreccia in vario modo con la tematica di cui qui ci si occupa e che, soprattutto, spiega le ragioni del differente trattamento normativo di fatto nuovo e fatto diverso. Infatti, ancorché possa, *prima facie*, sembrare paradossale, ai sensi dell’art. 649 c.p.p., il fatto diverso è proprio un *idem factum*, per il quale opera il divieto di secondo giudizio; cosa che non è, invece, il fatto nuovo, che proprio in quanto *altro fatto*, non costituisce oggetto della preclusione nascente dalla *res iudicata*. Da ciò si comprende il motivo per cui, in relazione al fatto nuovo che *si aggiunga* al fatto contestato, il

posto un determinato fatto, detto *A*, un secondo fatto, detto *B*, può essere o uguale ad *A* ($A = B$) o non uguale ad *A* ($A \neq B$). *Tertium non datur*. Sui limiti della logica classica, v., però, GEMBILLO, *Le Polilogiche della complessità*, *op. cit.*

¹⁷⁵ Secondo la terminologia del codice di rito penale italiano del 1865; v. *supra*, par. precedente.

¹⁷⁶ Tali terminologie si trovano in RAFARACI, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷⁷ In particolare, si discute se il riferimento sia alla sola condotta, secondo la tesi prospettata nel testo e sostenuta dalla dottrina maggioritaria (v., *ex plurimis*, CERESA GASTALDO, *Esecuzione*, in “Compendio di procedura penale”, *op. cit.*, p. 1066, CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 85 e RAFARACI, *op. cit.*, p.17) oppure anche all’elemento soggettivo o ancora all’evento ed al nesso di causalità o perfino ad altri elementi, secondo l’orientamento dalla giurisprudenza prevalente (v. per tutte, CASS. SEZ.UN. 2005, Donati, nella quale si afferma: l’identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico – naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi>>) ed avallato in dottrina da SCAPARONE, *Procedura penale*, II ed. Giappichelli, Torino, 2008, p. 300.

¹⁷⁸ CERESA GASTALDO, *ibidem*

legislatore abbia previsto la mera possibilità e non la obbligatorietà per il pubblico ministero di procedere a nuova contestazione ai sensi dell'art. 518, II, c.p.p.; e perché, per il fatto nuovo che *si sostituisca* al fatto oggetto dell'imputazione, si imponga l'assoluzione dell'accusato: in ambo i casi il magistrato requirente potrà bene esercitare in separata sede l'azione penale, senza temere di vedersi pronunciata una sentenza di improcedibilità per violazione del *ne bis in idem*. Ricapitolando, se nel corso dell'istruzione dibattimentale dovesse emergere che la condotta (e/o, nei reati materiali, il suo oggetto, appunto, materiale) fosse differente da quella descritta nell'atto di imputazione, ci si troverebbe dinnanzi ad un fatto nuovo che si sostituirebbe a quello contestato, con dovere del giudice di prosciogliere e del pubblico ministero di esercitare una nuova azione penale per questo nuovo, nel senso di *altro*, fatto. Se, invece, il *quid novi* non si sostituisse ma solo si aggiungesse al fatto oggetto di imputazione, il magistrato requirente potrebbe o procedere, ricorrendone i presupposti, ai sensi dell'art.518, II, c.p.p., contestando in giudizio la nuova accusa, o attivare un diverso ed autonomo procedimento penale. Nella pratica, comunque, la distinzione tra fatto nuovo e fatto diverso è spesso alquanto sfumata,¹⁷⁹ tanto è vero che, dottrina e giurisprudenza, hanno provato ad individuare un criterio empirico per risolvere i casi più controversi. Tale criterio è quello cd. della compatibilità, per cui <<il fatto nuovo può coesistere con quello per cui si procede, laddove il fatto soltanto diverso risulta incompatibile con la ricostruzione iniziale>>.¹⁸⁰ Eppure, per quanto sia arduo sceverare il fatto nuovo dal fatto diverso, l'interprete che voglia pienamente comprendere il fondamento teorico della disciplina delle modificazioni dell'accusa è chiamato a profondersi in un sforzo ricostruttivo ulteriore ed ancor più ostico, perché va sottolineato come non tutti gli elementi *naturalistici* di un fatto siano necessari ad elaborare il tipo di ricostruzioni storiche richiesto da un processo penale, con la conseguenza che le variazioni che li riguardano, non alterando le suddette ricostruzioni storiche, non integrano la configurazione di un fatto diverso. Occorre, cioè, fare una

¹⁷⁹ <<Una precisa distinzione tra le due ipotesi non è sempre possibile, dato che anche modifiche parziali possono trasformare totalmente il fatto originariamente contestato: si tratta, comunque, di una linea di demarcazione convenzionale, da riscontrare caso per caso>>. Così, ILLUMINATI, *op. cit.*, p. 840.

¹⁸⁰ ILLUMINATI, *ibidem*. Nello stesso senso, RAFARACI, *op. cit.* p.11: <<si è in presenza di un altro fatto, e non di diversa descrizione dello stesso fatto, ogni volta che i due enunciati possono in astratto dar corpo a due imputazioni tra loro compatibili, e pertanto cumulabili (a carico della stessa persona)>>.

successiva ed ancora più sfumata – ma decisiva per il tema della nostra ricerca – distinzione: quella tra <<variazioni inidonee a caratterizzare il fatto incidendo significativamente sulla tipizzazione storica>>¹⁸¹ (o, per brevità, “variazioni non tipizzanti”) e modificazioni atte a fornire una diversa ricostruzione storica del medesimo fatto e cioè, appunto, un fatto diverso. Per inquadrare meglio questa complessa problematica, è necessaria una precisazione. Il fatto, quale episodio della vita umana, ha mille poliedriche sfaccettature ed infiniti accenti ma nel processo, come visto, non fanno ingresso fatti bruti, bensì solo fatti giuridicamente rilevanti, ovverossia qualificati da una fattispecie incriminatrice astratta. La dimensione storica del fatto interessa non in quanto tale ma per la sua rilevanza giuridica; della vicenda umana, detto altrimenti, si ambisce a conoscere tutto ciò che *lato sensu* rileva per il diritto, ma niente di più. Ora, quando il pubblico ministero si accinge a scrivere l’atto di imputazione, o meglio, l’enunciato testuale in cui esso si concreta, deve evitare sia di appiattirsi pedissequamente sulla fraseologia legislativa, finendo per ridescrivere la fattispecie astratta, sia, al contrario, di adottare uno stile “calligrafico”¹⁸², diffondendosi in particolari non necessari. Egli, invece, è chiamato ad usare la norma incriminatrice come “criterio di selezione” per sceverare gli aspetti rilevanti del fatto da quelli che rilevanti non sono, giungendo, così, ad una “tipizzazione storica del fatto”, che è l’esito, pur sempre provvisorio in quanto contenuto nell’atto di accusa, del processo di ravvicinamento tra fatto e norma e del “modellamento” che il primo subisce per effetto della seconda.¹⁸³ Durante il processo potranno emergere tutta una serie di circostanze che arricchiscano, completino o precisino questi o quei profili *storico-naturalistici* del fatto, inteso quale *complessiva vicenda del passato*, senza, però, intaccare la correttezza della ricostruzione d’accusa e la sua eventuale corrispondenza con quanto verrà ritenuto in sentenza. Certo, come si è detto, a ragionare rigorosamente, in modo aristotelico, pure cambiando una molecola del fatto, si avrebbe un fatto “diverso” ma è chiaro che, ad esempio, sapere se l’autore di un furto

¹⁸¹ RAFARACI, *op. cit.*, p. 18. Con identità di contenuti parla di <<semplice puntualizzazione della ricostruzione storica contenuta nel decreto che dispone il giudizio>>, DURANTE, *Garanzie difensive a fronte della riqualificazione giuridica dell’imputazione penale: un problema ancora irrisolto nella giurisprudenza della Suprema*, in www.sentenzeitalia.it, p.1 Per l’A, <<al di sotto di tale limite, vi è la diversa valutazione degli elementi descrittivi dell’imputazione, che non è qualificabile come fatto “diverso” e non è assistita dalle relative garanzie difensive>>.

¹⁸² L’ espressione è di RAFARACI, *ibidem*.

¹⁸³ V. *supra* par. 2.2.

indossasse al momento dei fatti una maglietta rossa (come da atti di indagine preliminare) o blu, (come da deposizione dibattimentale di un teste) sarà ininfluente ai fini della ricostruzione storica del fatto. Ecco che questi sono gli elementi non tipizzanti; si tratta, cioè, di ogni <<specificazione [che, *ndr.*] non serve più ad intendere l'accusa quale enunciato storico – giuridico sufficientemente individualizzato ma [che, *ndr.*] giova, se del caso, sul piano squisitamente probatorio>>. ¹⁸⁴ Quest'ultima specificazione è di grande rilievo perché sarebbe errato ritenere questi “particolari” del fatto come del tutto inutili o superflui; essi, infatti, pur non incidendo sulla rappresentazione storica dell'accusa, possono <<fondare sulla loro conferma risultati logico – inferenziali utili per la conferma del fatto già sufficientemente rappresentato nell'imputazione>>. ¹⁸⁵ Tornando all'esempio del (presunto) ladro, il fatto che egli vestisse in blu o in rosso, è assolutamente irrilevante ai fini della raffigurazione del fatto nell'atto di accusa e, poi, nella sentenza, ma può essere determinante ai fini della prova di questo. Infatti, se il giudice da fede al teste che in dibattimento dichiara di aver visto l'imputato indossare una felpa blu, può ritenere che il racconto reso dal negoziante, ipotetico derubato, alla polizia giudiziaria, in cui invece si descrive il soggetto come abbigliato con maglietta rossa, sia inattendibile, e quindi, considerare non veritiere tutte le affermazioni della – presunta – vittima, pronunciando così l'assoluzione dell'imputato. Anche in questo frangente, comunque, come per la distinzione tra fatto nuovo e diverso, il discorso è chiaro in teoria e di difficile traduzione pratica. Difatti, <<resta talvolta ineliminabile, nella varietà dei casi concreti, un certo margine di dubbio sull'idoneità o meno di un certo elemento di fatto a diversificare la rappresentazione imputativa>>. ¹⁸⁶ In questo senso, è auspicabile che <<nella prassi siano adottate tecniche di redazione dell'imputazione idonee ad esprimere enunciati né lacunosi né, al contrario, sovrabbondanti>>. ¹⁸⁷ Ma soprattutto, per distinguere le due ipotesi, un ruolo fondamentale è giocato

¹⁸⁴ RAFARACI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁵ RAFARACI, *ibidem*.

¹⁸⁶ RAFARACI, *ibidem*.

¹⁸⁷ RAFARACI, *op. cit.*, p. 20. Infatti, se la descrizione del fatto è troppo “ricca” di particolari irrilevanti, v'è il pericolo che anche la variazione di un elemento di contorno possa incidere sulla ricostruzione storica del fatto, determinando la necessità di procedere ai sensi dell'art.516 c.p.p. e allargando quindi eccessivamente la “sfera” del fatto diverso; al contrario, una tipizzazione del fatto troppo “scarna”, oltre a poter provocare la nullità del decreto che dispone il giudizio per genericità dell'imputazione, fa sì che anche la modificazioni di elementi centrali, possa risultare irrilevante ai fini della ricostruzione storica del fatto, con un eccessivo restringimento dell'area del fatto diverso.

dalla stessa fattispecie incriminatrice; in effetti, perché possa trattarsi di modificazioni non tipizzanti, è necessario che esse non comportino un'alterazione del *sussumendo* (il fatto), tale per la quale l'originario *sussumente* (la norma) risulti non più conferente; è chiaro, infatti, che, se così fosse, le modificazioni sarebbero *ipso iure* tipizzanti, in quanto incidenti sulla tipizzazione, ovverossia tanto pregnanti da far perdere il rapporto di corrispondenza tra elementi costitutivi della fattispecie penale astratta ed elementi strutturali del fatto concreto. Ecco spiegato perché, all'inizio, si è detto che il fatto diverso è il limite in negativo dell'attività di riqualificazione; se le modificazioni sono tali da "chiamare in causa" una diversa fattispecie penale incriminatrice, c'è fatto diverso¹⁸⁸ ma allora sarà la disciplina del fatto diverso a doversi applicare, e non quella del 521, I, c.p.p.¹⁸⁹

A conclusione di quanto detto, può, perciò, affermarsi che le ipotesi di autentica riqualificazione del fatto e non già di fatto diverso che integri un diverso reato, sono alquanto residuali. L'istruzione dibattimentale deve avere cioè confermato la ricostruzione storica del fatto contenuta nel capo di imputazione, salvo la possibilità che si manifestino le citate variazioni non tipizzanti, ed il giudice deve aver ritenuto quel fatto, e proprio quel medesimo ed identico fatto, non *sussumibile* nella fattispecie individuata dal pubblico ministero. Ciò, a ben vedere, può accadere solo in due casi: quando il pubblico ministero compia un vero e proprio errore nel procedimento di *sussumzione*, tale per il quale, fermo il fatto, (*sussumendo*) egli abbia indicato una norma (*sussumente*) del tutto inconferente;¹⁹⁰ o quando - ipotesi di certo più probabile - l'accusa prediliga, fra più norme incriminatrici astrattamente applicabili,

¹⁸⁸ Dove c'è nuova qualificazione derivante da modificazioni del fatto, allora vi è anche fatto diverso ma non è necessariamente vero l'inverso; infatti: «il rapporto identità - diversità del fatto può essere così espresso: il fatto sarà diverso se, nel corso del dibattimento [...] si saranno registrate variazioni di note fattuali che mutano la stessa fattispecie penale astratta o che – pur rimanendo questa ferma – riguardino comunque la tipizzazione storica degli elementi di fatto che integrano in concreto la struttura costitutiva della fattispecie penale astratta e della sua punibilità: modalità dell'azione o dell'omissione, processo causale, evento, elemento soggettivo (dolo o colpa) presupposti del reato, condizioni obiettive di punibilità»». (RAFARACI, *op. cit.*, p. 21-22-23)

¹⁸⁹ Emblematica, in questo senso, CASS. PEN SEZ. I 3456/1996: «il giudice può dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, senza incorrere nella violazione dell'obbligo della correlazione tra sentenza ed accusa contestata, solo a condizione che il fatto storico addebitato rimanga identico, in riferimento al triplice elemento della condotta, dell'evento e dell'elemento psicologico»».

¹⁹⁰ Ad esempio contesti l'appropriazione indebita e non il peculato ad un pubblico ufficiale che si sia appropriato di cose di cui avesse il possesso per ragioni di ufficio.

quella meno congrua ma *criminologicamente* più adatta a fini repressivi, magari forzandone l'interpretazione per attagliarla meglio al fatto, e però il giudice censura questa operazione, individuando il sussumente più adeguato.¹⁹¹ Le due ipotesi sono contigue ma non coincidono, anche se non è sempre agevole stabilire quando ci si trovi dinnanzi ad un'interpretazione semplicemente opinabile o ad un vero e proprio errore di diritto, soprattutto se, come detto a suo tempo, si ritiene, secondo l'orientamento oramai maggioritario, che una medesima disposizione possa avere più letture tutte legittime. Tuttavia, ai fini della presente ricerca, questa distinzione ha un'importanza trascurabile; ritenga la sussunzione fatta dal pubblico ministero errata o più blandamente non del tutto congrua, il giudice, se non la condivide, può operarne un'altra, a suo giudizio più idonea,¹⁹² essendo egli, come detto *supra*, l'interprete istituzionale e naturale delle norme giuridiche. Piuttosto, la circostanza che il più delle volte – e fortunatamente - quelli del pubblico ministero non sono veri e propri errori ma solo discutibili interpretazioni, rende ancora più evidente l'importanza del contraddittorio *in iure*; se il giudice porta a conoscenza delle parti la possibilità di ricondurre il fatto entro una diversa fattispecie da quella fino ad allora discussa, pubblico ministero e difensore possono produrre argomentazioni e riflessioni utili per guidarlo alla soluzione più appropriata, specialmente se si considera il fenomeno della processualizzazione interpretativa delle norme sopra descritto.¹⁹³ Ma, soprattutto, come detto, la configurazione di una nuova fattispecie incriminatrice può sollevare problemi di prova prima poco o per nulla approfonditi perché inerenti ad un profilo del fatto giuridicamente

¹⁹¹ Da un punto di vista empirico, il fenomeno spesso si verifica quando il pubblico ministero sia conscio che il sussumente *più adatto* configuri un reato contravvenzionale, dai ridotti termini di prescrizione, inidoneo a contrastare il fenomeno criminale che egli intende combattere, e “ceda alla tentazione” di “forzare la mano”, optando per un reato, più grave, spesso un delitto, pur sapendo che il fatto più difficilmente vi si possa sussumere. Fino alla recentissima riforma dei cd. “ecoreati”, questo modo di procedere è stato, ad esempio, tipico del diritto penale dell'ambiente, ove, ad onta di fenomenologie criminose gravemente lesive di beni giuridici di primaria importanza, come la salute o l'integrità degli ecosistemi, il Testo Unico dell'Ambiente prevedeva mere contravvenzioni, scarsamente punite; per colmare gli asseriti vuoti di tutela, allora, molte procure hanno iniziato un'opera di plasmazione, ai limiti del consentito, di fattispecie codicistiche nate e pensate per punire tutt'altri tipi di reato ma dalle forti potenzialità espansive, come il delitto di disastro ambientale cd. innominato o la contravvenzione di getto pericoloso di cose.

¹⁹² Secondo il risalente ma perfettamente attuale insegnamento del LANZA, *op. cit.*, p.345, l'idea stessa di riqualificazione giuridica del fatto si fonda sulla <<possibilità di una valutazione del giudice, la quale diverga dalla valutazione dell'accusa>>.

¹⁹³ Par. 2.2.

irrilevante. Infine, prevedere, in questi casi, un confronto dialettico tra le parti pare una scelta di “pragmatico buon senso”; poiché è molto improbabile che l’orientamento della giurisprudenza si porti su questa “rigorosa” lettura del concetto di riqualificazione, continuando invece ad usarla per coprire modifiche del fatto,¹⁹⁴ quanto meno, con questa forma di interlocuzione sollecitata d’ufficio, si recupera un livello di garanzie, pur sempre inferiore a quello consentito dal combinato disposto degli artt. 516 e 521, II c.p.p., ma di certo superiore a quello oggi consentito dall’art. 521, I. E non è poco.

2.5. IL FONDAMENTO E LA DISCIPLINA DELLA RIQUALIFICAZIONE

Sebbene fino ad ora si sia parlato di riqualificazione del fatto senza ulteriori specificazioni, tale operazione non ha sempre le medesime caratteristiche in ogni stato e grado del procedimento. Anzi, a monte, va verificato se la modificazione officiosa del *nomen iuris* sia consentita in tutti i segmenti dell’*iter* procedimentale. In effetti, in ossequio al principio di legalità ed al canone costituzionale di soggezione alla legge, il giudice può esercitare un determinato potere se, e solo se, esso gli sia stato attribuito dalla legge o da un atto ad essa equiparato e solo nelle forme, nei modi e nei casi da essa previsti. Sicché, il primo dovere che tocca all’interprete nell’esaminare il diritto positivo vigente in materia di riqualificazione è verificare quale sia il fondamento giuridico di codesto potere. E qui il primo dato sorprendente. Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, nel nostro ordinamento non esiste alcuna norma che, almeno esplicitamente,¹⁹⁵ conferisca, in via generale e per ogni fase del procedimento, al giudice penale un potere di modificare il *nomen iuris*.¹⁹⁶ Tale funzione non può essere certamente svolta dall’art. 521, I, c.p.p. la cui collocazione all’interno del capo IV del titolo II del libro VII del codice di procedura penale ne limita, inequivocamente, l’ambito di applicabilità al solo giudizio ordinario di primo grado; *a fortiori*, è strutturalmente inidonea a fondare un consimile principio generale l’altra

¹⁹⁴ Come si vedrà meglio al capitolo 3.

¹⁹⁵ Sul punto v. *infra* in questo stesso paragrafo.

¹⁹⁶ In tal senso, *ex plurimis*, CAPONE, *op. cit.*, p. 1: <<Nel processo penale il potere di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata dal pubblico ministero o affermata in decisioni di grado inferiore, compendiato nella massima *iura novit curia*, non è attribuito al giudice in via generale, una volta per tutte. Al contrario, una pluralità di norme lo regolamentano all’interno di determinati segmenti del processo, ma non in altri e hanno un contenuto non sempre perfettamente sovrapponibile>>.

previsione che espressamente si riferisce alla riqualificazione giuridica del fatto: l'art 597, II e III, c.p.p. riguardante, senza dubbio, il solo processo di appello. Di conseguenza, rimarrebbero "scoperti" tutti gli altri stati e gradi del procedimento, giudizio di Cassazione compreso,¹⁹⁷ con il risultato che, in teoria, fuori dai contesti processuali di pertinenza degli artt. 521 e 597 c.p.p., la riqualificazione giuridica del fatto dovrebbe ritenersi preclusa. La Suprema Corte ha, invece, come accennato *supra*, opinato in senso contrario. In particolare, <<le Sezioni Unite hanno precisato che qualificare *in iure* il fatto è un potere - dovere riservato al giudice non solo nel dibattimento ma anche nel procedimento cautelare e nell'udienza preliminare; [...] quindi, all'organo giurisdizionale è sempre consentito attribuire un diverso *nomen juris* alla vicenda materiale per cui si procede: nelle indagini preliminari, in udienza preliminare, nonché in sede di applicazione di misure cautelari ex art. 292, o di riesame e appello ex artt. 309 e 310>>.¹⁹⁸ Da ciò, l'enunciazione del principio: <<dare una diversa qualificazione giuridica del fatto vuol dire, in ultima analisi, applicare esattamente la legge>>.¹⁹⁹ Come già parzialmente anticipato, tale esegesi, sarebbe, in effetti, confermata da una lettura coordinata di diverse disposizioni costituzionali, di principi generali regolatori della funzione giudiziaria e di norme di rango ordinario.²⁰⁰ Innanzitutto, l'art. 101, II, Cost., vincolando il giudice solo alla legge, postula che questi non possa essere costretto da altri, e quindi, innanzitutto, dalle parti, a conferire un determinato contenuto alla propria decisione, fuori da quello che, proprio la legge e solo la legge, gli obbliga a dare; il che, invece, accadrebbe, se egli fosse tenuto ad adeguarsi al *nomen iuris* individuato dalla pubblica accusa, pur quando, per avventura, egli ritenesse tale *nomen* scorretto.²⁰¹ Lo stesso precetto costituzionale, poi, conferisce al giudice, secondo la dottrina assolutamente maggioritaria, la piena libertà nell'interpretazione della legge penale e, quindi, in senso più ampio, anche il dominio dell'attività di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta, dovendo egli valutare se l'operazione di

¹⁹⁷ << Stando al dato normativo [...] ciò che il legislatore ha espressamente previsto per i gradi di merito non è stato ribadito in relazione al giudizio di legittimità>>. (QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 242)

¹⁹⁸ GIARDA e SPANGHER, *op. cit.*, p. 6622. Il riferimento è a CASS. S. U. 22/10/1996, Di Francesco

¹⁹⁹ CASS. S. U. 22/10/1996, Di Francesco.

²⁰⁰ <<E' noto [...] che il codice di procedura penale osserva sul punto un silenzio che dottrina e giurisprudenza hanno cercato nel tempo di colmare in via interpretativa>>. (QUATTROCOLO, *ibidem*)

²⁰¹ In questo senso, CAPONE, *op. cit.* p. 56.

qualificazione operata dal pubblico ministero nell'atto d'accusa sia stata corretta e procedendo egli stesso, in caso di giudizio negativo, a ri-fare tale operazione, cioè, a *riqualificare* il fatto. Infine, lo stesso art. 101 Cost., fondando per il giudice l'obbligo di giudicare secondo la legge, gli impedisce di condannare l'imputato per un reato diverso da quello che si configura nel caso di specie, perché, in caso contrario, egli applicherebbe una determinata legge, la norma penale incriminatrice, fuori dalle ipotesi da essa stessa contemplate. Insomma, <<la massima *iura novit curia* [...] veicolerebbe lo stesso principio di legalità nella sua dimensione processuale>>.²⁰² A rilevare, sarebbe anche l'art. 3 Cost. In effetti, casi analoghi vanno trattati in modo identico e casi diversi in maniera distinta; di talché, violerebbe il principio di eguaglianza ammettere che il medesimo caso potesse essere da diversi giudici inquadrato sotto diverse fattispecie. Per assicurare tale esigenza, del resto, l'art. 65 Ord. Giud. conferisce alla Cassazione, tra l'altro, il compito di garantire l'uniforme applicazione del diritto: per il giudice supremo correggere eventuali errori *in iure* sarebbe un dovere e, *mutatis mutandis*, tale dovere sarebbe posto in capo anche al giudice di secondo grado nei confronti di quello di primo grado e in capo a questi nei riguardi del pubblico ministero. A ben guardare, non ammettere la consustanzialità alla funzione giurisdizionale penale del potere di riqualificazione, lederebbe anche il principio di legalità della pena, ex art. 25, II Cost.; molto chiara è, effettivamente, la traduzione del canone *nullum crimen, nulla poena sine lege*, che fa l'art. 1 c.p. ai sensi del quale <<nessuno può essere punito per un fatto che non sia previsto dalla legge come reato e *con le pene da essa stabilite* [corsivo nostro]>>. Perché, dunque, possa dirsi rispettato il principio costituzionale e la sua traduzione nella fonte legislativa, non sarebbe sufficiente che, per un determinato reato, venisse irrogata una qualunque punizione ma sarebbe necessario che fosse applicata quella pena che il legislatore, nella sua sovrana autonomia, avesse comminato per le ipotesi sussumibili in quella determinata fattispecie astratta, spettando, ovviamente, al giudice, la determinazione in concreto della sanzione, entro la cornice edittale fissata dalla norma incriminatrice stessa e mediante l'applicazione dei criteri di dosimetria sanzionatoria previsti dalla legge.²⁰³ Del resto, se il giudice si dovesse convincere che quel fatto fosse penalmente illecito ma non ai sensi della norma individuata dal pubblico ministero, bensì per effetto di una diversa

²⁰² CAPONE, *op. cit.* p. 1.

²⁰³ V. art. 133 c.p.

norma penale incriminatrice, e, pur tuttavia, fosse costretto ad applicare la previsione che egli ritenesse non pertinente, irrogherebbe una pena “sbagliata”, perché, diversa da quella che, in tali casi, la legge prevedrebbe. Può, da ultimo, fondatamente ritenersi che non sarebbe “giusto” un processo, ai sensi dell’art. 111 Cost. nella sua attuale formulazione, che, in caso di condanna, non si chiudesse con l’irrogazione della “giusta” pena ma con una pena diversa, non importa se più grave o più lieve, come conseguenza della applicazione di una diversa norma penale. Senza contare che, in tali casi, ad essere pregiudicata sarebbe pure la funzione rieducativa della pena, costituzionalmente garantita dall’ art. 27, III Cost., visto che, perché la pena possa adempiere i suoi compiti, rieducativo *in primis*, ma non esclusivamente, non è bastevole l’applicazione di una sanzione *qualunque, purché sia*, ma di *quella* pena, della pena, cioè, relativa al fatto di reato commesso ed al suo disvalore.

Passando alla legislazione ordinaria, un indice a favore della sussistenza di un generale potere di riqualificazione del fatto si direbbe rinvenibile nell’art. 129 c.p.p. ove si fa obbligo al giudice di dichiarare anche d’ufficio in ogni stato e grado del processo la sussistenza di una delle cause di non punibilità ivi prescritte; orbene, se la riconduzione del fatto tipico alla fattispecie sua propria, consentisse di ravvisare la presenza di una tra codeste cause, magari perché la fattispecie, individuata dal giudice come pertinente, implica termini prescrizionali più brevi che fossero già spirati, impedire la qualificazione, significherebbe, indiscriminatamente, restringere *contra reum*, l’ambito di applicabilità dell’art. 129 c.p.p.²⁰⁴ Concentrandosi più specificamente sul rinvenimento della base giuridica del potere di riqualificazione in Cassazione, rilevarebbero, il già citato art. 65 Ord. Giud., l’art. 606 lett. b) c.p.p. e 609, II, c.p.p. L’art. 65 r.d. 12/1941 viene invocato affermandosi che la funzione istituzionale della Corte di assicurare l’esatta osservanza della legge, ai sensi appunto dell’art. 65 Ord. Giud., imporrebbe necessariamente il <<più ampio e incondizionato potere di sindacato in relazione alla definizione giuridica del reato, non solo perché questa definizione rappresenta la più genuina espressione di attività giuridica, ma anche e principalmente perché costituisce il necessario e più ampio presupposto di ogni ulteriore applicazione della legge>>.²⁰⁵ In questo senso, si ritiene pacificamente che la Corte di Cassazione possa sindacare il *nomen iuris* della sentenza impugnata qualora i

²⁰⁴ V., in questo senso, CAPONE, *op. cit.*, p. 124.

²⁰⁵ FOSCHINI, Gaetano, *Il “novum” in Cassazione* in “ Riv. It. dir. pen.”, 1951, p. 607.

motivi del ricorso vertano, *specificamente*, sul punto della definizione giuridica del fatto reato; inequivoco, infatti, il disposto dell'art. 606, I, lett. b) ai sensi del quale il ricorso può essere proposto anche per <<inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tenere conto nell' applicazione della legge penale>>. ²⁰⁶ Chiaro che la scorretta qualificazione del fatto ad opera del giudice che avesse emanato la sentenza gravata, configurerebbe, appunto, un' erronea applicazione della legge penale censurabile in Cassazione. L' articolo, tuttavia, non dovrebbe rilevare qualora il ricorso non contesti la qualificazione del fatto e quindi, non pare, di per se solo, poter costituire il fondamento del potere di riqualificazione officiosa in Cassazione. ²⁰⁷ Infine l' art. 609, II, stabilisce che <<la corte decide altresì le questioni rilevabili d' ufficio in ogni stato e grado del processo penale [...]>>. Non manca chi ritiene che quella della qualificazione giuridica del fatto possa dirsi una “questione rilevabile d' ufficio in ogni stato e grado del processo penale” ma, al di là della condivisibilità o meno di tale lettura, è dubbio che la disposizione in esame sia idonea a risolvere il problema della individuazione della base giuridica del potere di modificazione officiosa del *nomen iuris*, nel senso che, a sua volta, l' art. 609, II, altro non fa, se non spostare in là la questione, visto che andrebbe individuata la norma, o le norme, in base alle quali desumere che l' erronea riconduzione del fatto ad una determinata fattispecie e non ad un' altra, possa essere rilevata in ogni stato e grado del procedimento.

Come risulta chiaro anche da queste ultime considerazioni, gli argomenti che si sono sintetizzati presentano un tasso più o meno variabile di plausibilità e tutti potrebbero esporsi a critiche, a volte anche difficilmente superabili; ²⁰⁸

²⁰⁶ Su questi punti, v., *amplius, infra*.

²⁰⁷ In questo senso, CAPONE, *op. cit.*, p. 122.

²⁰⁸ In particolare, essi dimostrano con ragionevole plausibilità come una disciplina di fonte positiva che obbligasse il giudice a conformarsi al *nomen iuris* individuato dal pubblico ministero o dal giudice la cui sentenza fosse stata aggravata, anche ove lo ritenesse erroneo, dovendo, così, ad esempio, condannare l' imputato per un reato diverso da quello che egli ritenesse essere stato da costui commesso, sarebbe costituzionalmente illegittima, oltre che ai limiti dell' assurdo. Non pare, però, che nessuno degli argomenti menzionati potrebbe ostare ad una disciplina che, nei casi suesposti, imponesse l' assoluzione dell' imputato, secondo quella che, per intendersi, a fine '800, era la cd. “dottrina Lucchini”. Come si è detto *supra*, ragioni politiche e culturali hanno indotto il legislatore, nei vari codici di rito che si sono succeduti dall' Unità d' Italia in poi, a non adottare una simile soluzione ma essa non parrebbe violare alcun principio generale o costituzionale (v., però, in relazione al principio di obbligatorietà dell' azione penale, nota 166). Comunque, l' opposta scelta del legislatore sarebbe stata anche condivisibile, se solo fosse stata accompagnata da adeguati contrappesi

nessuno tra essi, detto altrimenti, appare di per se idoneo a condurre l'interprete a ritenere, con assoluta sicurezza, positivizzato un principio di generale attribuzione al giudice del potere di riqualificare il fatto. Preso atto, comunque, di quale sia la tesi sposata dalle Sezioni Unite, è fuor di dubbio che l'assenza di una espressa previsione omnicomprensiva regolatrice dell'istituto faccia sì che il potere di riqualificazione assuma declinazioni e sfumature differenti a seconda del contesto procedimentale in cui si colloca, pur condividendo un unico substrato teorico – dogmatico, secondo quanto visto *supra*. Da ciò, la necessità di procedere nelle prossime pagine, ad un'analisi differenziata per ciascun segmento del processo penale.²⁰⁹

2.5.1. PRIMO GRADO

Come ampiamente visto, la riqualificazione giuridica del fatto nel giudizio di primo grado è disciplinata dall'art. 521, I, c.p.p., ai sensi del quale <<nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale, anziché monocratica>>. La disposizione è già stata oggetto di commento per ciò che attiene alla attività di attribuzione al fatto di un diverso *nomen iuris* e si rinvia, quindi, per tale aspetto, a quanto detto *supra*. Ciò che è opportuno, in questa sede, approfondire è, invece, la seconda parte della disposizione, spesso alquanto trascurata, e che, invece, ha i suoi profili di problematicità ed interesse; appare legittimo, difatti, chiedersi cosa succeda se il giudice ritenga di non dover condividere l'individuazione della fattispecie astratta compiuta dal pubblico ministero ed identifichi come corretto sussumendo un'altra norma

volti a garantire il diritto di difesa, ma così, come visto, non è stato. Ad ogni modo, una volta deciso di attribuire al giudice il potere di riqualificare il fatto, sarebbe stato auspicabile, per esigenze di maggiore certezza del diritto, che il legislatore avesse previsto e regolato tale potere con una previsione chiara e di portata generale e non, come è avvenuto, con <<una pluralità di norme [che, ndr.] lo regolamentano all'interno di determinati segmenti del processo, ma non in altri, e hanno un contenuto non sempre perfettamente sovrapponibile>>. (CAPONE, *op. cit.*, p. 1)

²⁰⁹ Per esigenze di razionalità e coerenza espositiva, si è scelto di limitare l'attenzione ai contesti di giurisdizione piena, cioè contrassegnati dalla presenza di un giudice con *plena potestas iuris dicendi*. In realtà, però, il profilo della qualificazione giuridica del fatto potrebbe rivelarsi di una certa importanza anche nell'ambito delle indagini preliminari, del procedimento di esecuzione (v. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 150 - 151) o, ancora, del procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione (v. sempre QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 197 e ss.).

penale incriminatrice la quale, però, configuri un reato la competenza a conoscere il quale sia devoluta dalla legge ad un giudice superiore. E lo stesso interrogativo, *mutatis mutandis*, vale se l'illecito delineato dalla fattispecie individuata come applicabile, sia attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale. E' evidente che in consimili ipotesi il tenore inequivoco dell'art. 521, I, c.p.p. impedisce al giudice procedente di effettuare la riqualificazione; operazione questa che in tali casi è, dunque, inibita. La disposizione si pone pertanto come limite espresso al potere di riqualificazione.²¹⁰ Il problema, però, è che l'articolo 521 tace sulle conseguenze in positivo che una consimile evenienza potrebbe comportare. Detto altrimenti, la norma dice cosa il giudice *non può fare* ma rimane muta su cosa il giudice *debba fare*, acclarato che non possa riqualificare. Posta la generale operatività, nel nostro ordinamento, del divieto di *non liquet*, e premesso, dunque, che il giudice non può esimersi dal pronunciarsi, sarebbero astrattamente percorribili tre vie: proscioglimento dell'imputato; condanna per il reato contestato dal pubblico ministero; sentenza declaratoria di incompetenza ai sensi dell'art. 23 c.p.p. Iniziando dall'esame della prima alternativa, in effetti, si è già più volte osservato, come, a rigore, nessun principio generale del nostro ordinamento giuridico, come nessuna specifica disposizione costituzionale, dovrebbe ostare ad una previsione di diritto positivo che, nella ipotesi in cui il giudice ritenesse scorretto o comunque non conferente il titolo di reato individuato dal pubblico ministero, imponesse al giudice medesimo di pronunciare l'assoluzione dell'imputato per essersi l'accusa rivelata infondata nei termini giuridici individuati dal pubblico ministero; si sono, però, espresse anche le ragioni per cui una tale opzione non è mai stata presa in considerazione dal legislatore, che invece, in tali casi, ha conferito al giudice il potere di riqualificare il fatto. Orbene, ciononostante, si potrebbe sostenere che l'assoluzione per scorretta impostazione giuridica della domanda penale fosse una regola generale sottesa al sistema, regola che, normalmente derogata dal potere, espressamente o implicitamente attribuito al giudice, di riqualificare il fatto, tornerebbe operativa allorché un simile potere fosse dichiaratamente escluso, come avviene in tale caso. Sennonché, questa pur suggestiva lettura sarebbe criticabile sotto molteplici aspetti ed infatti non consta che sia mai stata prospettata in dottrina o in giurisprudenza. A tacer d'altro, difatti, un conto è affermare che *in astratto* il legislatore *potrebbe*, nelle ipotesi di scorretta attribuzione del *nomen iuris*, prevedere una

²¹⁰ In questo senso, *ex plurimis*, GIARDA e SPANGHER, *op. cit.*, p. 6623.

disciplina che imponesse al giudice di prosciogliere l'imputato; un altro conto è sostenere che, di fronte ad un'opposta scelta, come pacificamente risulta dal codice di rito, una tale soluzione, dirompente ed aliena dalla storia recente del nostro ordinamento,²¹¹ possa essere ricavata esegeticamente, mediante un *argumentum a contrario*, per di più in un settore circoscritto come quello in esame. Ugualmente non convincente è la seconda tesi, pur se avallata da minoritaria dottrina.²¹² Affermare, infatti, che, per mere ragioni di economia processuale, il giudice, convinto del carattere penalmente illecito del fatto commesso dall'imputato ma non della riconducibilità di tale fatto alla fattispecie astratta individuata dal pubblico ministero, dovesse, cionondimeno, condannare per un reato che egli ritenga non essersi mai integrato, sarebbe un'aberrazione logica e giuridica²¹³ contrastante con numerosi principi costituzionali.²¹⁴

Condivisibile, invece, la terza ed ultima tesi, seguita, del resto, dalla giurisprudenza e dalla dottrina assolutamente maggioritarie.²¹⁵ Sicché, nell'eventualità che la riqualificazione del fatto dovesse determinare un difetto di competenza, <<chi procede deve dichiarare con sentenza la propria incompetenza e trasmettere gli atti al p.m. presso il giudice competente>>.²¹⁶ Oltre che per esclusione, la soluzione ora prospettata appare la migliore anche per ragioni storiche e sistematiche. Sotto il primo profilo, essa si pone in continuità col filone di pensiero che, nella vigenza del codice di procedura penale del 1865, ricavava, quale prima conseguenza del potere di riqualificazione del fatto,²¹⁷ il dovere in capo al giudice di declinare la propria competenza qualora la nuova fattispecie individuata fosse di pertinenza di un giudice superiore.²¹⁸ Sotto il secondo aspetto, una medesima soluzione è

²¹¹ E cioè, almeno, dai tempi della giurisprudenza Lucchini; v., *supra*, par. 2.3.

²¹² V., in questo senso, criticamente GIARDA e SPANGHER, *ibidem*.

²¹³ Emblematica la riflessione sul punto di ESCOBEDO, *I diritti della difesa dell'imputato nel giudizio di primo grado ed in appello*, in "Giustizia penale", 1899, p. 321: <<la sua sentenza [del giudice, *ndr.*] oltre ad essere il risultato d'una illogica coartazione della propria mente e della propria coscienza, andrebbe certamente annullata in secondo grado o in cassazione, poiché *quel fatto non costituisce quel reato*>>.

²¹⁴ V., *supra*, in questo stesso par., testo e nota 208.

²¹⁵ Ne danno conto, stavolta adesivamente, GIARDA e SPANGHER, *ibidem*.

²¹⁶ GIARDA e SPANGHER, *ibidem*.

²¹⁷ Ancorché, come ricordato *supra*, nel primo codice di rito penale del Regno d'Italia mancasse una previsione che espressamente attribuisse al giudice tale potere.

²¹⁸ Questa la prospettiva, tra gli altri, sposata da FARANDA, *op. cit.*, p.330 e ss. L'A. afferma, ad esempio, p. 334: <<ove il Pretore riconosca che il Reato da lui chiarito non sia di sua competenza, vuoi per la qualità del maleficio [la qualificazione giuridica del fatto, *ndr.*]

ritenuta assolutamente pacifica, per ciò che attiene alla disciplina del fatto diverso,²¹⁹ e non si vedono ragioni convincenti per discostarsi, nella risoluzione della problematica che si sta esaminando, da una simile esegesi.

2.5.2. SECONDO GRADO

Anche in grado d'appello, come accennato, il potere di riqualificazione è edificato su un esplicito fondamento normativo: l'art. 597, II e III c.p.p.; tuttavia, la controversa natura del giudizio di impugnazione, teso tra gli opposti modelli dell'*appellatio* e della *revisio prioris instantiae*, in uno con le peculiarità proprie di tale segmento processuale, fa sì che l'attività di modifica del *nomen iuris* assuma tratti alquanto diversi da quanto accade in primo grado.

A tale riguardo, si rende, però, necessaria una precisazione. In assenza di previsioni espresse come quelle contenute nell'art. 597 c.p.p., l'asserita natura immanente alla funzione giurisdizionale del potere di riqualificazione,²²⁰ avrebbe verosimilmente condotto ad una piena operatività, nel giudizio d'appello, di tale prerogativa, secondo forme e modalità analoghe a quelle del giudizio di primo grado; tale esegesi sarebbe stata, poi, con buona probabilità, confortata dalla previsione di cui all'art. 598 c.p.p.,²²¹ che, prescrivendo l'osservanza anche nel processo d'appello delle disposizioni relative al giudizio di primo grado - purché non espressamente derogate dagli artt. 599 e ss. c.p.p., ed in quanto compatibili - avrebbe, si ritiene, consentito una diretta applicabilità dell'art. 521 c.p.p., in tutta la sua latitudine interpretativa. Allora, se le cose sono andate diversamente, perché, come appena ricordato, il legislatore ha inteso dedicare al problema della riqualificazione in appello una esplicita, seppur non esaustiva, regolamentazione, è verosimile pensare che sia stato il legislatore medesimo ad aver voluto dare al potere di riqualificazione in appello una diversa configurazione rispetto al primo grado. Altrimenti, non vi sarebbe stato alcun bisogno di introdurre una previsione *ad hoc*.²²² L'analisi dell'art. 597 c.p.p. è, pertanto, il *prius logico* di ogni riflessione in tema di modifica del *nomen iuris* in secondo grado. In particolare, nel

vuoi per la pena ad esso applicabile, il Pretore deve dichiarare la propria incompetenza e trasmettere gli atti pel dippiù>>.

²¹⁹ V. *supra*, par. precedente.

²²⁰ Graniticamente affermata dalla giurisprudenza, secondo quanto detto *supra*.

²²¹ In questo senso, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 242.

²²² Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 219.

delineare la *cognizione del giudice di appello*,²²³ il legislatore, dopo aver enunciato il principio generale secondo cui <<l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti>>, passa a delineare i poteri (*...il giudice può...*) del giudice quando appellante sia il solo pubblico ministero (II comma) od il solo imputato (III comma); orbene, in ambo le ipotesi, si riconosce al giudice di seconde cure la potestà di “dare al fatto una qualificazione giuridica più grave”,²²⁴ purché non vengano oltrepassati i limiti della competenza del giudice di primo grado, ma, nel secondo caso, cioè se l'appello è del solo imputato, l'operazione deve avvenire senza violare il divieto di *reformatio in peius*. Il punto è di fondamentale importanza, come testimonia l'ampio dibattito accesi in argomento soprattutto nel primo trentennio del secolo scorso.²²⁵ Il problema, per anni, non è stato tanto stabilire se ed in che termini il potere di aggravare la qualificazione giuridica potesse integrare una *reformatio in peius* ma piuttosto quale fosse il rapporto tra le due regole, se cioè, il principio generale fosse la possibilità di riqualificare in senso peggiorativo il titolo del reato, con l'unico - a parte l'argine della competenza - limite, *derogatorio*, di non poter aggravare la pena oppure se il divieto di *reformatio in peius* costituisse un canone generale del giudizio di impugnazione, *derogato* dalla possibilità di attribuire al fatto un *nomen iuris* più grave. Ovviamente, a seconda delle prospettive, si trattava, poi di verificare quali fossero, se ve ne fossero, le ragioni che giustificassero la deroga. La disputa, lungi dall'aver una dimensione puramente teorica od erudita, era di grande rilevanza pratica ed in parte lo è ancora, pur se in un mutato quadro normativo. Ora, è chiaro che ambo le posizioni furono fortemente influenzate dalle caratteristiche che, nei vari codici di rito penale succedutisi in Italia a partire dal 1865, assunse il giudizio di appello.²²⁶ In particolare, la prima tesi era coerente con la tesi dell'effetto totalmente devolutivo dell'impugnazione, in forza del quale il giudice d'appello avrebbe lo stesso ambito di cognizione del giudice di prime cure; in questa prospettiva,

²²³ Così, testualmente, la rubrica dell'art.597 c.p.p.

²²⁴ Sulla configurabilità della riqualificazione *in melius* in grado d'appello, v.,*infra* nel testo.

²²⁵ V., *supra*, par. 2.3. In tema, v. la particolareggiata ricostruzione di CAPONE, *op. cit.* p. 87 e ss.

²²⁶ In particolare, mentre i codici del 1865 e del 1913 costruivano l'appello secondo il modello del gravame puro retto, dunque, dal principio dell'effetto totalmente devolutivo dell'imputazione, il codice del 1930 sposava l'opposto principio dell'effetto solo parzialmente devolutivo.

come il giudice di primo grado poteva liberamente riqualificare il fatto, così anche il giudice d'appello poteva modificare, anche in peggio, il *nomen iuris*, con, appunto, il *limite*, del divieto di aggravamento della pena. La seconda tesi, al contrario, ben si conciliava (e si concilia) con l'affermazione, quale principio regolatore dell'appello, dell'effetto solo parzialmente devolutivo dell'impugnazione, tale per il quale la cognizione del giudice sarebbe limitata ai punti attinti dai motivi di impugnazione; in questa prospettiva, il divieto di *reformatio in peius* appariva coerente con la regola suesposta ed il potere di riqualificazione, anche in peggio, costituiva un'eccezione alla limitazione dei poteri decisori del giudice di seconde cure. Orbene, tale dibattito ha avuto il merito di fissare un concetto che risulta tutt'ora un cardine imprescindibile nell'analisi dell'argomento. Il giudice gode del potere di riqualificazione giuridica del fatto se e solo se a questi sia attribuita la *cognizione* della "porzione di sentenza"²²⁷ gravata concernente il *nomen iuris* attribuito al fatto. A ben vedere, il problema non si pone se l'appello viene concepito come gravame puro, perché, in questo modello, <<i motivi d'impugnazione non val[gono] a circoscrivere l'ambito della cognizione del giudice di secondo grado>>²²⁸ e quindi, la questione concernerebbe la qualificazione giuridica del fatto, così come ogni altra questione, ricade sotto la cognizione del giudice del gravame.²²⁹ Il tema ha invece senso in un sistema in cui la cognizione del giudice d'appello sia limitata dai motivi. Ebbene, proprio questa, è la scelta dell'attuale codice di rito penale che, come già ricordato, pone all'art. 597, I, c.p.p. la regola aurea secondo cui, <<l'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti>>. Se ne dovrebbe dedurre che, se la questione del *nomen iuris* non fosse, neppure *indirettamente*, - e sul punto si tornerà subito - attinta dai motivi d'appello, essa sarebbe preclusa alla

²²⁷ Si usa, per adesso, una terminologia volutamente generica.

²²⁸ CAPONE, *op. cit.* p. 89.

²²⁹ Il dato è solo apparentemente smentito da quella giurisprudenza di Cassazione patrocinata, neanche a dirlo, da Luigi Lucchini, che nella vigenza del codice del 1865, pur in un sistema a gravame puro, finiva con negare, secondo i dettami della cd. "dottrina Lucchini" (v. par. 2.3) la possibilità per il giudice d'appello di modificare il *nomen iuris* della sentenza impugnata. In realtà, infatti, tale giurisprudenza, ed il suo principale artefice, miravano ad <<introdurre pur nel silenzio della legge, una correlazione tra motivi di impugnazione e cognizione del giudice d'appello>> (CAPONE, *op. cit.* p. 91) tale per la quale si voleva trasformare il <<giudizio d'appello in una *revisio prioris instantiae*>>(CAPONE, *ibidem*). Tale giurisprudenza era dunque, almeno, *praeter legem*.

cognizione del giudice,²³⁰ inibendo, pertanto, la possibilità di riqualificare il fatto.²³¹ Ed effettivamente tale tesi ha trovato il conforto della dottrina maggioritaria²³² mentre la giurisprudenza è tendenzialmente incline ad <<enfatizza[re] in modo assai apodittico la libertà del giudice, asseritamente veicolata dal principio *iura novit curia*, svincolando la correzione d'ufficio del *nomen iuris* dal limite dei motivi>>.²³³ Nelle, non molte, pronunce che si soffermano sul fondamento giuridico della riqualificazione in appello, si tende, infatti, a dilatare grandemente, sin quasi al punto di rottura, il concetto di “cognizione limitata ai soli punti cui si riferiscono i motivi di impugnazione” fino ad affermarsi, per esempio, che: <<il giudice di appello, nell'esercizio del potere - dovere di procedere alla corretta qualificazione giuridica del fatto, può, anche quando l'impugnazione sia stata proposta dal solo imputato, dare al reato l'esatta definizione ancorché più grave di quella attribuita dal giudice di primo grado, fermo restando l'obbligo di pronunciare soltanto *sul fatto sottoposto al suo esame*, e salvo il divieto di *reformatio in peius* [corsivi nostri]>>.²³⁴ Non sarebbe nemmeno necessario notare come la *litera legis* dell'art. 597, I, c.p.p. ponga un limite molto più stringente di quello individuato dal giudice di legittimità con il riferimento al *fatto sottoposto al suo esame*. Certo, si potrebbe ritenere che quella della Cassazione sia una reazione contro i troppo angusti confini posti dalla legge al potere di riqualificazione, e però, *re melius perpensa*, non sembra necessario disattendere in modo così palese la disposizione per poter restituire a codesto potere, in appello, gli spazi che gli spetterebbero quale principio generale. Infatti, proprio una lettura sistematica e non eccessivamente formalistica dell'art. 597, I, c.p.p., consente di “allentare”, senza però snaturare, lo “sbarramento” costituito dai motivi di impugnazione. Va, infatti, ricordato che, mediante la formulazione dei motivi, le parti delimitano il perimetro esterno del giudizio di appello ma tale <<perimetro [è, ndr.] meramente formale e non sostanziale, poiché all'interno di detto confine il giudice d'appello non soltanto è libero di decidere in piena autonomia su tutte le questioni astrattamente ipotizzabili in relazione ai punti impugnati, ma anche

²³⁰ E ciò, anche a prescindere, dal ritenere che su di essa si sia formato un “giudicato parziale”. Sulla controversa teoria della “formazione progressiva del giudicato” v., per tutti, l'approfondita analisi di CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 49 e ss.

²³¹ Sul punto v., *ex plurimis*, CAPONE, *op. cit.* p. 113 e QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 211.

²³² Conf. CAPONE, *op. cit.* p. 107.

²³³ CAPONE, *ibidem*.

²³⁴ CASS. PEN. SEZ. VI, 6453/2008.

di estendere in concreto il proprio giudizio a quei punti che si ritengono vincolati a quelli impugnati da un legame di pregiudizialità, di interdipendenza o, comunque, di connessione essenziale>>.²³⁵ Sicché, al fine di determinare l'estensione del potere di riqualificazione, diviene determinante, in ultima analisi, fissare il significato dei concetti di "punto" e "connessione essenziale". Il compito non è certamente dei più agevoli, vista la grande diversità di posizioni che, su questi argomenti, si riscontra in dottrina; per i fini che qui interessano si possono, comunque, ritenere soddisfacenti le definizioni più tradizionale ed accreditate. Così, è possibile assumere la nozione di punto, secondo la quale esso sarebbe <<ogni statuizione della sentenza [o, meglio, del capo di sentenza, se essa è pluricefala,²³⁶ ndr.] suscettibile di autonoma valutazione>>.²³⁷ In questo senso, che la qualificazione giuridica del fatto costituisca un punto autonomo del capo di sentenza, è un assunto sostanzialmente pacifico.²³⁸ Venendo al concetto di "connessione essenziale",²³⁹ di essa può parlarsi quando una parte di una sentenza <<costituisca una premessa indispensabile rispetto ad un'altra parte o statuizione>>;²⁴⁰ si tratterebbe di una vera e propria "concatenazione logica" in cui una parte di una sentenza sia rispetto ad un'altra <<necessariamente dipendente per rapporto di causalità>>.²⁴¹ Posto allora che il titolo del reato costituisce un punto autonomo della sentenza di primo grado, esso può ben essere oggetto di autonoma impugnazione da parte dell'imputato; in questo caso, in appello, si pongono astrattamente tre alternative: il giudice rigetta l'impugnazione e tiene fermo il *nomen iuris* attribuito dal giudice di prime

²³⁵ QUATTROCOLO, *ibidem*.

²³⁶ Dicesi pluricefala, plurima o cumulativa, la sentenza contenente più capi. In questo senso, *ex plurimis*, CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 50. La precisazione di cui al testo, e che cioè il punto della sentenza è contenuto nel capo, si rende necessaria al fine di non sovrapporre concetti che, invece, sono ben distinti; capo è, infatti, <<l'insieme delle statuizioni che nell'ambito della sentenza sono riferite ad un singolo imputato od a una singola imputazione>>. (CAPRIOLI, *ibidem*).

²³⁷ La definizione è riportata, tra gli altri, da CAPONE, *op. cit.* p.114, benché l'A. dichiara di preferire una, a sua detta, più moderna nozione di punto <<che si ricava indirettamente dall'art.129 c.p.p.>>; in relazione allo specifico problema di cui si sta trattando, l'A. approda, comunque, al medesimo risultato da ambo le vie. La definizione riportata nel testo è, confermata, salvo alcune variazioni terminologiche di poco conto, da BARGIS, *Impugnazioni*, *op. cit.*, p. 921 e, da CAPRIOLI, *ibidem*.

²³⁸ V. CAPONE, *ibidem*; BARGIS, *op. cit.*, p. 920; QUATTROCOLO, *ibidem*.

²³⁹ La terminologia assume autonoma rilevanza normativa all'art.624, c.p.p., come si vedrà *infra*.

²⁴⁰ BARGIS, *op. cit.*, p. 1027.

²⁴¹ BARGIS, *ibidem*.

cure; il giudice accoglie il gravame ed attribuisce il *nomen iuris suggerito* dall'imputato; il giudice <<non condivid[e] né la decisione del suo collega né la prospettazione proposta dall'appellante>>²⁴² ed individua un "terzo" *nomen iuris* anche peggiore di quello per primo indicato. Tali assunti sono sostanzialmente pacifici; il vero problema si pone, invece, allorquando tra i punti impugnati non figura quello riguardante il titolo di reato. In base a quanto detto, in questi casi, il giudice del gravame potrà conoscere del *nomen iuris* affermato nella sentenza gravata, se, e solo se, uno dei punti impugnati abbia connessione essenziale, con quello, non impugnato, della qualificazione giuridica. Diventa allora determinante capire quando ciò accada. Il rischio, a ben vedere, è che, mediante la clausola della connessione essenziale, si finisca per ridare surrettiziamente ingresso, a valle, a quanto escluso a monte, e cioè ad un'operatività indiscriminata e totalizzante del potere di qualificazione giuridica in grado d'appello; difatti, <<il concetto della concatenazione logica [...], può prestarsi a esegesi talmente ampie da far considerare il profilo della qualificazione connesso essenzialmente a ciascun altro punto devoluto: del resto, è innegabile l'esistenza di un vincolo logico che lega tutto il processo dall'inizio alla fine>>.²⁴³ Onde evitare la manifestazione di un simile fenomeno,²⁴⁴ l'unica via percorribile sembra allora essere quella di interpretare con rigore il concetto di "connessione essenziale", valorizzando al massimo il carattere di "necessaria dipendenza causale" che deve sussistere, secondo la nozione sopra esposta, perché possa parlarsi, appunto, di connessione essenziale. Dunque, ad esempio, essa potrà ritenersi sussistere tra il punto della qualificazione giuridica e quello dell'accertamento del fatto o della colpevolezza ma non tra questo e quello attinente alla mancata concessione di un beneficio o all'irrogazione di una pena accessoria.²⁴⁵ A tale riguardo si rendono, però, necessarie due precisazioni finali. Da un lato, il giudice d'appello è chiamato a non confondere il profilo cognitivo con quello decisorio; detto altrimenti è ovvio che, anche per deliberare sulla concessione di un beneficio o delle pene accessorie, il giudice possa trovarsi a valutare la

²⁴² CAPONE, *op. cit.* p.106.

²⁴³ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 216. Stante l'orientamento giurisprudenziale volto a sminuire, per ciò che concerne il profilo della riqualificazione, il canone del *quantum devolutum tantum appellatum*, (v. *supra*) non è difficile ravvisare la concretezza di tale pericolo.

²⁴⁴ Che, in pratica, <<finirebbe per trasformare la riqualificazione del fatto in una vera e propria declaratoria *ope legis*, sul modello dell'art. 129 c.p.p., in aperta contraddizione con il tenore letterale, almeno dell'art. 597 co. 3 c.p.p.>>. Così, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 219.

²⁴⁵ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 218-219.

qualificazione giuridica del fatto, ma, proprio perché l'impugnazione, neppure *indirettamente*, riguarda tale profilo, egli non può, perciò solo, mutare il *nomen iuris*. Piaccia o non piaccia, infatti, l'errata riconduzione del fatto ad una fattispecie penale incriminatrice, non determina un vizio rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento. In secondo ed ultimo luogo, l'istituto della connessione essenziale può essere invocato solo a patto che l'impugnazione, avente ad oggetto il punto in rapporto di pregiudizialità logico – giuridica, sia stata *accolta*; <<se invece non vi è accoglimento dell'impugnazione, in quanto il punto della decisione censurato risulta immune da vizi, il concetto di connessione essenziale non può servire al giudice destinatario delle censure per estendere i suoi poteri cognitivi oltre gli ambiti che la legge, in correlazione con i motivi, gli devolve>>.²⁴⁶

Un'ultima considerazione. Ci si sarà accorti di come l'art. 597 c.p.p. menzioni solo <<il potere del giudice di dare al fatto una definizione giuridica più grave>> ma taccia sull'ipotesi opposta e, cioè, su di un eventuale potere di riqualificazione *in melius*.²⁴⁷ Da ciò, la necessità di colmare la lacuna in via interpretativa. Astrattamente, si potrebbe affermare che, in base al canone ermeneutico *ubi lex voluit dixit, noluit tacuit*, il legislatore non abbia voluto conferire al giudice un simile potere; d'altronde, si direbbe, se il legislatore ha sentito la necessità di fondare espressamente su un apposita previsione tale prerogativa in grado d'appello, allora sarebbe necessario che il potere medesimo venisse esercitato nei limiti di ciò che consente la norma attributiva dello stesso, e la norma prevede solo la riqualificazione *in peius*, non quella *in melius*. Sennonché, tale esegesi, pur formalmente corretta, non terrebbe conto dei numerosi indizi in base ai quali, come detto *supra*, la giurisprudenza ha riconosciuto stabilmente il carattere immanente alla giurisdizione del potere di riqualificazione. In questa prospettiva, similmente a quanto detto per l'art. 521 c.p.p., il 597 c.p.p. non costituirebbe una norma attributiva di un potere ma solo “di disciplina” di un potere ontologicamente implicato all'attività di *iuris dicere*; sicché, ritornando al problema del rapporto regola – eccezione tra riqualificazione e divieto di *reformatio in peius*, il secondo sarebbe la deroga e la prima la norma generale, nel senso che il potere di attribuzione di un diverso *nomen iuris* incontrerebbe il solo limite, *pro reo*, del divieto di

²⁴⁶ CAPONE, *op. cit.*, p.118.

²⁴⁷ In argomento, v. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 233 e ss.

aggravamento della pena.²⁴⁸ In tale ottica, si comprenderebbe, anche, perché il legislatore non si sia soffermato sull'ipotesi della riqualificazione *in melius*: egli avrebbe saputo che, non essendovi alcun problema di *reformatio in peius*, sarebbe stato pienamente applicabile la regola generale *iura novit curia*. D'altronde, riconosciuto, pur se con dei limiti in favore dell'appellante, il potere di cambiare in peggio il titolo del reato, che senso avrebbe negare tale potere proprio quando si tratterebbe di esercitarlo *a beneficio* dell'imputato?²⁴⁹ Sarebbe tutto condivisibile se non fosse che anche l'attribuzione di un *nomen iuris* formalmente più tenue, può portare a conseguenze pregiudizievoli per l'imputato. Così, se effettivamente pare più logico ritenere che, in appello, la *riqualificazione in melius* - ma solo questa - debba essere ammessa senza particolari limitazione, il problema ritorna a spostarsi, una volta di più, sul terreno della tutela dei diritti di difesa, a riprova della necessità di assoggettare, in ogni caso, l'attività di riqualificazione giuridica al previo confronto dialettico tra le parti.

2.5.3. GIUDIZIO DI CASSAZIONE

Come visto, manca una norma che espressamente conferisca al giudice di legittimità il potere di riqualificare il fatto; si è altresì notato, però, quanto in giurisprudenza –meno, invero, in dottrina²⁵⁰ - non si dubiti circa la piena facoltà per la Suprema Corte di modificare il *nomen iuris* attribuito nella sentenza impugnata.²⁵¹ Sulla questione è inutile, ora, dilungarsi, essendoci, su di essa, già soffermati all'inizio di questo paragrafo ed intendendo, a breve, tornarvi per ulteriori aspetti. Preso atto, allora, che, seppur problematicamente, il potere di riqualificazione spetta anche ai giudici di più alto grado, rimane

²⁴⁸ Si è visto, tuttavia, come una simile tesi mal si sposi con un sistema, come il nostro, che non configuri l'appello come gravame puro ma che, invece, recepisca il canone del *tantum devolutum quantum appellatum*.

²⁴⁹ In questa prospettiva si potrebbe, forse, superare l'incongruenza segnalata in nota precedente e ritenere che la riqualificazione migliorativa condivida la stessa *ratio* del divieto di *reformatio in peius*, principio generale, mentre il potere di riqualificazione in *peius* tornerebbe al ruolo di deroga.

²⁵⁰ Non mancano, però, gli autori che concordano con l'impostazione e la conclusione della giurisprudenza; si veda, emblematicamente, FASSONE, *Sui poteri della Corte di cassazione in ordine alla qualificazione giuridica del reato e al divieto della reformatio in peius*, in Riv. Dir. Proc. Pen. 1966, 684: <<non è seriamente ipotizzabile che la Cassazione, suprema regolatrice del diritto, allorché sia investita della definizione giuridica di un fatto, non possa emendare l'errore che abbia riscontrato>>.

²⁵¹ In questo senso, da ultima, CASS. PEN. SEZ. VI, 11055/2008

impregiudicata la necessità di esaminare le modalità con cui tale prerogativa si estrinsechi, anche perché è stato proprio un caso di riqualificazione giuridica in Cassazione ad avere dato il là, come osservato, alla vicenda Drassich. Un dato è certo; ancor più che in appello, le caratteristiche peculiari del giudizio di legittimità ed il contenuto di talune previsioni che lo disciplinano, rendono la fisionomia del mutamento del titolo di reato in ultima istanza del tutto particolare, se paragonata ai precedenti gradi di giudizio.

Le questioni sul tappeto sono, essenzialmente, due, tra di loro strettamente connesse e, a loro volta, collegate alla problematica del fondamento giuridico del mutamento del *nomen iuris* in Cassazione. Ci si chiede, cioè, <<se la Corte abbia il potere di sindacare *ex officio* la qualificazione giuridica del fatto, indipendentemente dai motivi di ricorso, e quali siano i provvedimenti terminativi consentiti in correlazione con quel sindacato>>. ²⁵²

Sotto il primo profilo, non si dubita che la Cassazione possa conoscere della qualificazione giuridica attribuita al fatto nella sentenza impugnata, se la questione è stata *diretto* oggetto di ricorso ai sensi dell'art.606, I, lett. b) c.p.p.²⁵³ A tale riguardo, va premesso che, con previsione ancor più restrittiva rispetto all'art.597, I, c.p.p., l'art. 609 c.p.p. limita la *cognizione della Corte di Cassazione*²⁵⁴ ai motivi proposti, eccezion fatta, come si dirà meglio, per le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo e per <<quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello>>. A propria volta, l'art. 606 c.p.p. elenca in modo *tassativo*²⁵⁵ i motivi di ricorso per cassazione e tra essi, alla lett. b) del primo comma, menziona <<l'inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale>>. Orbene, è opinione ampiamente maggioritaria, anche se non del tutto incontrovertita,²⁵⁶ che in tale ipotesi possa essere fatta rientrare anche l'attribuzione al fatto di un erroneo *nomen iuris*²⁵⁷

²⁵² CAPONE, *op. cit.* p.121. Tale prospettiva di analisi è condivisa anche da QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 241 e ss.

²⁵³ In questo senso, CAPONE, *op. cit.* p.122. V. anche, *supra*, nel testo.

²⁵⁴ Questo il tenore letterale della rubrica.

²⁵⁵ Che i motivi di ricorso per cassazione siano un *numerus clausus*, è dato assolutamente pacifico. V., per tutti, BARGIS, *op. cit.*, p. 979.

²⁵⁶ Pur aderendo all'interpretazione di cui al testo, riferisce taluni profili problematici, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 244.

²⁵⁷ <<L'art. 606 lett. b) c.p.p., infatti, nell'individuare tra i motivi di ricorso per cassazione l'inosservanza o l'erronea applicazione della legge penale sostanziale, consente indubbiamente alle parti di sottoporre al vaglio del giudice della legittimità la questione della corretta qualificazione giuridica dei fatti accertati nella sentenza impugnata.>> Così, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 243.

da parte del giudice che abbia pronunciato la sentenza impugnata. Infatti, <<gli *errores in iudicando* evocati dalla lett. b) dell'art. 606 c.p.p. si riferiscono, genericamente, ad ogni vizio concernente “le premesse normative della decisione sul merito”, ossia ai casi di mancata o inesatta applicazione della legge penale>>.²⁵⁸ Come si è visto *supra*, la premessa maggiore della sentenza, ricostruita attraverso lo schema del sillogismo giudiziale,²⁵⁹ è costituita, proprio, dall'individuazione della norma penale incriminatrice ritenuta dal giudice applicabile; inoltre, i fatti integranti la premessa minore sono, a loro volta, *giuridicamente qualificati*, proprio alla stregua di tale norma. Il pubblico ministero prima ed il giudice poi, possono però, *errare* in tali attività e codesti *errores iuris* ben possono essere censurati in Cassazione. Il vero problema si pone, allora, quando – neppure *indirettamente* – i motivi di ricorso si riferiscano al titolo di reato. Similmente a quanto ci si è chiesti per l'appello, sorge spontaneo domandarsi se la Corte, in queste circostanze, possa attivarsi *ex officio* modificando, anche in *peius*, la qualificazione giuridica del fatto. La giurisprudenza è di gran lunga favorevole.²⁶⁰ Nelle poche sentenze che non si accontentano di invocare un generico “orientamento consolidato” in materia,²⁶¹ ma che, invece, si impegnano a ricercare la giustificazione di tale prerogativa officiosa, si fa, come già accennato, riferimento principalmente a due norme: l'art.65 l. Ord. Giud.²⁶² e l'art. 609, II, c.p.p.²⁶³ Da un lato, si suole dire che <<la funzione istituzionale della Cassazione, delineata dall'art.65 Ord. Giud., di assicurare l'esatta osservanza della legge, impone necessariamente il “più ampio e incondizionato potere di sindacato in relazione alla definizione giuridica del reato, non solo perché questa definizione rappresenta la più genuina espressione di attività giuridica, ma anche e principalmente perché costituisce il necessario e più ampio presupposto di ogni ulteriore applicazione della legge”>>.²⁶⁴ Dall'altro, non è raro rinvenire <<in alcune sentenze il passaggio attraverso il quale l'affermazione dell'ampliamento della cognizione della Suprema Corte oltre i

²⁵⁸ QUATTROCOLO, *ibidem*

²⁵⁹ Modello che, come si è visto, non è certo privo di limiti gnoseologici ma il ricorso al quale può risultare in taluni frangenti, come quello di specie, utile.

²⁶⁰ Non mancano però alcune pronunce di segno contrario, come CASS. PEN. SEZ. IV 11335/2008; CASS. PEN. SEZ. IV 19358/2007; CASS. PEN. SEZ. V, 41339/2006 .

²⁶¹ Tra queste figura l' analizzata (v. par.1.2) sentenza CASS. PEN. SEZ. VI 23024/2004, Drassich

²⁶² In questo senso, CAPONE, *op. cit.* p.126.

²⁶³ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 253.

²⁶⁴ CAPONE, *ibidem*.

soli motivi rappresentati nell'atto impugnativo verso questioni rilevabili d'ufficio porta a includere anche l'errore di diritto commesso dal giudice dell'impugnazione nella qualificazione del fatto>>.²⁶⁵ Entrambi gli argomenti, però, si espongono a critiche difficilmente superabili. Per quanto riguarda l'art. 65 r.d. 12/1941, infatti, se non è discutibile l'importanza della funzione nomofilattica esercitata dalla Cassazione, non è neppure dubbia la chiarezza della scelta compiuta dal nostro ordinamento, che <<"ha posto l'interesse privato a servizio dell'interesse pubblico", condizionando il controllo sull'errore di diritto all'apposita impugnazione delle parti>>.²⁶⁶ Detto altrimenti, la previsione di ordinamento giudiziario individua uno dei compiti della Cassazione ma rimette al legislatore ordinario, e cioè prioritariamente al codice di rito, la determinazione delle modalità mediante le quali tale funzione deve essere esercitata. Ancor meno convincente, il riferimento al secondo comma dell'art. 609 c.p.p. La norma si limita ad estendere la cognizione della Cassazione oltre ai motivi di impugnazione, ricomprendendovi, come già detto, le questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo, oltre a quelle che non sarebbe stato possibile dedurre in grado d'appello; essa, però, nulla dice su *quali* siano tali questioni e, senza dimostrare il *perché* fra di esse dovrebbe rientrare anche la erronea attribuzione del *nomen iuris*, invocare il 609, II, c.p.p. è una mera tautologia.²⁶⁷

In realtà il problema è, probabilmente, *metodologico*, nel senso cioè che la giurisprudenza tende - un po' come per il giudizio d'appello, secondo quanto visto - a forzare il dato normativo per trovare una giustificazione *ex post* all'affermazione del carattere *intrinseco* alla giurisdizione del potere di riqualificazione. In realtà, invece, similmente al giudizio di secondo grado, anche qui il testo positivo consente, se correttamente e sistematicamente interpretato, di conferire una certa qual ampiezza al potere di riqualificazione, pur senza attribuirgli quella omnicomprensività che la giurisprudenza pretende di assegnargli anche *praeter legem*. In primo luogo, l'art. 609, II, c.p.p. può ben essere invocato ma non per affermare che l'*error iuris* sia rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, bensì per sostenere che nei casi previsti dallo stesso art. 609, II, c.p.p. rientrano le ipotesi di cui all'art.129 c.p.p., per ravvisare la sussistenza delle quali, la Cassazione può officiosamente riqualificare il fatto. Detto altrimenti <<la Corte di Cassazione

²⁶⁵ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 253-254.

²⁶⁶ CAPONE, *ibidem*, citando Calamandrei.

²⁶⁷ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 253.

può [...] procedere alla corretta individuazione del *nomen iuris* ogni qualvolta dal sindacato sull'errore del giudice di merito, anche non denunciato nei motivi di ricorso, discenda la possibilità di dichiarare che manca una condizione di procedibilità, che il reato è estinto e, a monte, che il fatto non è previsto dalla legge come reato>>,²⁶⁸ cioè, appunto, le cause di non punibilità che, *espressamente*, l'art.129 c.p.p. qualifica come rilevabili in ogni stato e grado del processo. Proprio ciò che richiede l'art.609, II, c.p.p. In secondo luogo, seppur in modo un po' più malfermo,²⁶⁹ si potrebbe ritenere che la previsione di cui all'art. 619, III c.p.p., che consente alla corte di emanare sentenza di rettificazione²⁷⁰ in caso di legge più favorevole all'imputato, *anche preesistente al ricorso*, quando non siano necessari nuovi accertamenti di fatto, renda <<sempre possibile "migliorare" *extra petita* la sentenza impugnata>>²⁷¹ anche per ciò che riguarda il *nomen iuris*. Come si dirà, infatti, le sentenze di rettificazione servono fundamentalmente a correggere errori in cui sia incorso il giudice che abbia emanato la sentenza impugnata, quando, però, il ricorso debba essere rigettato; come si è visto, la riqualficazione giuridica del fatto altro non è se non, la "correzione" di eventuali errori nel procedimento di sussunzione in cui sia incorso il pubblico ministero, o, nei gradi successivi al primo, il giudice del grado precedente. Orbene, quando l'imputato impugni la sentenza in Cassazione ma, per qualche ragione, il suo ricorso debba essere rigettato, e cionondimeno il giudice di legittimità si accorga che, per errore, il giudice aveva sussunto il fatto in una fattispecie più grave di quella che si ritiene conferente, è sostenibile pensare che il giudice possa rettificare la sentenza e "correggere" l'*error iuris* ai sensi dell'art. 619, III, c.p.p. Più controverso, invece, se, in tale caso, si possa anche, direttamente, rideterminare la pena, riportandola entro la cornice edittale prevista dalla "nuova" fattispecie di reato individuata come applicabile.²⁷² Ammessa, pur se con qualche forzatura, la riqualficazione officiosa in *melius*, rimane da verificare in che termini sia possibile quella *in peius*, fuori dai casi in cui, ovviamente, la questione sia stata dedotta nei motivi di ricorso. A ben vedere, la problematica può essere correttamente affrontata richiamando i due principi del diritto delle impugnazioni già esaminati affrontando la tematica della riqualficazione in appello: la

²⁶⁸ CAPONE, *op. cit.* p.124.

²⁶⁹ In questo senso, CAPONE, *op. cit.* p.124-125.

²⁷⁰ Su cui *infra*.

²⁷¹ CAPONE, *op. cit.* p.125.

²⁷² Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 263.

connessione essenziale ed il divieto di *reformatio in peius*. Come, infatti, riconosce un minoritario ma condivisibile orientamento giurisprudenziale <<la legittimazione della Corte Suprema a imporre una diversa qualifica del fatto sussisterebbe esclusivamente quando i “motivi del ricorso abbiano investito la definizione giuridica del reato *anche se sotto profili di diritto non dedotti dal ricorrente* [corsivo nostro]>>. ²⁷³ Quindi, non solo quando la definizione sia stata direttamente oggetto dei motivi ma anche quando tale essa sia stata “chiamata in causa” indirettamente. E, pur se l’espressione non viene usata direttamente, sembra chiaro il riferimento all’istituto della connessione essenziale. ²⁷⁴ Così, ad esempio, qualora l’imputato abbia contestato l’illogicità della motivazione in relazione alla sussistenza del fatto, dovrebbe considerarsi possibile per il giudice modificare, anche in *peius*, il *nomen iuris* di quel fatto, purché non sia aggravata la pena. Naturalmente, poiché, come si è visto, il concetto di connessione essenziale può prestarsi alle letture esegetiche più ampie, tali da vanificare surrettiziamente il canone dell’effetto parzialmente devolutivo delle impugnazioni, ²⁷⁵ anche in tale contesto dovrebbe seguirsi, *mutatis mutandis*, l’interpretazione più rigorosa prospettata al precedente sottoparagrafo. Fuori dall’ambito di operatività della connessione essenziale, comunque, deve ritenersi inibita la riqualificazione giuridica officiosa del fatto in chiave peggiorativa ²⁷⁶.

Si passa, così, alla seconda questione e cioè all’individuazione della tipologia di sentenze adottabili dalla Corte di Cassazione allorché essa addivenga alla riqualificazione giuridica del fatto. Astrattamente sono ipotizzabili tre soluzioni: rettificazione, annullamento con rinvio, annullamento senza rinvio. ²⁷⁷ E’ necessario, però, premettere che nessuna delle opzioni prospettate può dirsi, in se, “corretta” o, al contrario, “erronea”; molto, infatti, dipende da *come* la Corte venga investita della questione ²⁷⁸ e da quali spazi si scelga di riconoscere al potere di riqualificazione officioso. Così, se il tema della riqualificazione è stato oggetto diretto o, secondo quanto prima precisato,

²⁷³ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 257.

²⁷⁴ Cfr. QUATTROCOLO, *ibidem*.

²⁷⁵ Operante anche in Cassazione, secondo QUATTROCOLO, *ibidem*. Conf. CAPONE, *op. cit.* p.122.

²⁷⁶ Tale tesi, del resto, è coerente con l’assunto per cui il punto della sentenza concernente il titolo di reato costituisce un punto autonomo della sentenza che, se non impugnato, sarebbe idoneo a passare in giudicato (sulla controversa teoria della formazione progressiva del giudicato, v. *supra*).

²⁷⁷ In questo senso QUATTROCOLO, *op. cit.*, p.259 e ss.

²⁷⁸ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 257.

indiretto, di ricorso, è chiaro che, un'eventuale sentenza di accoglimento, sarà necessariamente di annullamento, con o senza rinvio, ma non di rettificazione, visto che la rettificazione presuppone il rigetto del ricorso.²⁷⁹ Non vale, però, il contrario, nel senso che è tuttora controverso se la pronuncia con cui la Corte, senza essere stata investita della questione mediante il ricorso, disponga la riqualificazione, debba essere di rettificazione o di annullamento, con o senza rinvio. Iniziando dalla pronuncia di rettificazione, essa è astrattamente quella che meglio sembra attagliarsi alle caratteristiche del fenomeno che sta alla base della riqualificazione: un *error iuris*. Secondo quanto anticipato, infatti, è lo stesso art.619, I, c.p.p. che espressamente si riferisce ad “errori di diritto” che non abbiano avuto influenza decisiva sul dispositivo e che, dunque, la Corte può provvedere a correggere senza dover disporre l’annullamento della sentenza. Non stupisce, così, che, in relazione a tali pronunce, la dottrina abbia parlato di interventi a titolo didattico,²⁸⁰ e non sorprende ancor di più che, proprio per tali ragioni, questa tipologia di decisioni sia stata spesso usata per “ospitare” riqualificazioni officiose del fatto.²⁸¹ Il grande limite di tale ricostruzione è, però, proprio il suo presupposto, e cioè che il titolo del reato sia un aspetto della vicenda processuale meramente “scolastico”, formale, tutto sommato secondario. Si è, invece, visto, e si vedrà ancor meglio, quante e quali conseguenze derivino dal mutamento del *nomen iuris* e come tale componente, dell’accusa prima e della sentenza poi, non sia certo meno importante di quella fattuale. Inoltre, il mutamento di *nomen iuris*, può ben incidere sul dispositivo, come quando, ad esempio, occorra, lo si accennava *supra*, rideterminare la pena per condurla nella cornice edittale del “nuovo” reato. Ancora, e soprattutto, nel processo, secondo quanto si è cercato di dimostrare, *quaestio facti* e *quaestio iuris* si influenzano reciprocamente in un gioco di vicendevole rimodellamento tale per il quale, cambiato un polo della relazione dialettica, anche il secondo può essere influenzato; ciò significa che, se anche il fatto risulta invariato quanto a descrizione storica – presupposto fondamentale perché, come visto, si possa avere riqualificazione e non diversità del fatto - occorre verificare se, in base al nuovo paradigma normativo, tutti gli elementi del fatto divenuti giuridicamente rilevanti ai sensi

²⁷⁹ In questo senso, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 261. Conf. PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, II ed., Giuffrè Editore, Milano, 1965, p. 513 <<La sentenza di rettificazione in questione è, innanzitutto una sentenza di rigetto>>.

²⁸⁰ Il riferimento è a CORDERO, *Sub art. 619 c.p.p.*, in ID, *Codice di Procedura Penale*, Utet, Torino, 1992, p.739.

²⁸¹ Un caso emblematico, proprio la sentenza CASS. PEN. SEZ. VI 23024/2006, Drassich.

della nuova fattispecie, risultano anche *provati*. Nella struttura stessa del giudizio di Cassazione è, infatti, insito il rischio di <<scollamento rispetto alla ricostruzione in termini probatori di tutti gli elementi necessari della norma incriminatrice da ultimo individuata>>. ²⁸² Soprattutto per quest'ultima ragione, è finito per svilupparsi un diverso orientamento in forza del quale <<l'indicazione della diversa qualificazione giuridica del fatto viene recepita dalla Corte di Cassazione in una decisione di annullamento con rinvio>>. ²⁸³ Indubbiamente, il giudizio di rinvio riduce notevolmente il summenzionato rischio di "scollamento probatorio", perché il giudice, che è un giudice di merito, può verificare se gli elementi del fatto divenuti rilevanti, siano adeguatamente provati; ed a tale scopo egli, su istanza di parte o d'ufficio, può procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sul modello descritto dall'art. 603 c.p.p. ²⁸⁴ Ma soprattutto, lo strumento dell'annullamento con rinvio si rivela, rispetto alla rettificazione, di certo più garantista; senza anticipare riflessioni che saranno sviluppate in seguito, si può già dire, infatti, che così si da alle parti la possibilità di recuperare, seppur *ex post*, e quindi in modo non del tutto soddisfacente, quel confronto dialettico sul *nomen iuris* prima obliterato. ²⁸⁵

Rimane, infine da esaminare, l'ultima opzione: la sentenza di annullamento senza rinvio.

A dire il vero, tale ipotesi, più che alternativa rispetto alle altre, appare in un certo qual modo, residuale e complementare. Occorre premettere che l'art. 620 c.p.p. prevede alla lett. l) che la Cassazione pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio, tra l'altro, <<in ogni caso in cui la Corte ritenga superfluo il rinvio>>. Come è stato notato, trattasi di <<una norma di chiusura, che rinnega il carattere a prima vista tassativo dei casi di annullamento senza rinvio>>; ²⁸⁶ in sostanza la Cassazione <<non rinvia tutte le volte in cui gli elementi che emergono dagli atti processuali rendono superfluo un ulteriore giudizio di merito>>. ²⁸⁷ Si è dinnanzi, evidentemente, ad un novero di ipotesi ampio ed eterogeneo, tendenzialmente indeterminabile *ex ante*, tra cui, però, possono essere fatte rientrare taluni casi in cui, per le più diverse ragioni, la

²⁸² QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 266.

²⁸³ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 265.

²⁸⁴ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 266.

²⁸⁵ V. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 272. Sulla operatività del canone *iura novit curia* nel giudizio di rinvio, v. sottopar. successivo.

²⁸⁶ BARGIS, *op. cit.*, p. 1009.

²⁸⁷ BARGIS, *ibidem*.

riqualificazione officiosa renda inutile la celebrazione di un giudizio di rinvio. Si pensi, ad esempio, all'eventualità in cui si sia proceduto per un reato rispetto al quale non fosse necessaria lo svolgimento dell'udienza preliminare e poi la Cassazione riconduca quel fatto ad una fattispecie per la quale, invece, l'udienza sarebbe stata necessaria; qui l'unica soluzione in linea con le previsioni del codice di rito, in specie, l'art. 521 *bis* c.p.p., sarebbe il proscioglimento e la restituzione degli atti al pubblico ministero, obiettivi che la Corte può raggiungere, a ben vedere, proprio con l'annullamento senza rinvio. Sicuramente, poi, l'annullamento senza rinvio consentirebbe il massimo grado ipotizzabile di garantismo,²⁸⁸ perché, il precedente procedimento non eserciterebbe sul nuovo alcun vincolo promanante; anche se non può tacersi il carattere alquanto tranciante della soluzione che, <<riporta indietro le lancette del procedimento penale, talvolta addirittura ad una fase anteriore all'esercizio dell'azione penale>>.²⁸⁹

2.5.4. ALTRI CONTESTI GIURISDIZIONALI

Benché il problema della riqualificazione giuridica venga normalmente affrontato con esclusivo riferimento alle principali scansioni processuali²⁹⁰ - giudizio di primo grado, di appello e di Cassazione - il potere del giudice di attribuire al fatto un diverso *nomen iuris* può manifestarsi anche in altri contesti giurisdizionali, originando controversie teoriche e difficoltà pratiche, a volte non minori di quelle che si sono affrontate nelle pagine precedenti. Si tratta, è intuitivo, di ipotesi tra di loro affatto diverse e che, infatti, diverse questioni pongono; tutte, però, sono, accomunate dall'assenza di indici normativi espliciti che attribuiscano o regolino il potere di riqualificazione. Se, però, il problema del fondamento giuridico di suddetta potestà, salvo talune eccezioni che si vedranno, può considerarsi risolto, nel senso che il potere di riqualificazione sarebbe consustanziale alla giurisdizione,²⁹¹ il nodo della disciplina delle modifiche del *nomen iuris* in tali "altri" contesti procedurali non può essere sciolto con formule trancianti e va, piuttosto,

²⁸⁸ Non a caso tale soluzione viene invocata dagli autori più "garantisti". V., *infra*, cap. 3.

²⁸⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 271.

²⁹⁰ Costituisce, in questo senso, una lodevole eccezione il citato studio di QUATTROCOLO che, invece, dedica agli altri contesti giurisdizionali le pp.150 e ss del proprio testo.

²⁹¹ Almeno, a detta della giurisprudenza; v., *supra*, nel testo.

scandagliato, ermeneuticamente, tenendo presenti le peculiarità di ciascun ambito in cui la suddetta modifica avvenga.

Per continuità espositiva col precedente sottoparagrafo, si inizia dal giudizio di rinvio.

a) GIUDIZIO DI RINVIO

Qui pare necessario distinguere a seconda che il giudizio di rinvio sia stato disposto *proprio* per verificare la solidità del riscontro probatorio del fatto alla luce del nuovo *nomen iuris* individuato dalla Cassazione, oppure per qualsiasi altra ragione. Nel primo caso, sembrerebbe logico ritenere che il giudice del rinvio sia *vincolato* alla qualifica normativa stabilita dalla suprema Corte, se non altro per effetto del disposto dell'art.627, III, c.p.p. in forza del quale <<il giudice di rinvio si uniforma alla sentenza della Corte di Cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa>> e, sicuramente, il titolo del reato è una, anzi è *la*, questione decisa dalla sentenza di annullamento. A tale ricostruzione si potrebbe opporre che così si svilirebbero gli spazi del contraddittorio riconosciuti alle parti e per assicurare i quali, anzi, si sarebbe scelto di ripudiare la meno garantita via della rettificazione: che senso avrebbe disporre un nuovo giudizio avente ad oggetto la questione del *nomen iuris* se essa non potesse più essere discussa? A tale obiezione è, però, agevole controreplicare. A ben vedere, il giudizio di rinvio non avrebbe ad oggetto la questione della riconducibilità del fatto al *nomen iuris* individuato dalla Corte regolatrice ma piuttosto, presupposta ed ormai *immodificabile* la qualifica attribuita dalla Cassazione, la congruità del quadro probatorio alla luce di quella, *e non di altre*, qualifiche. Capovolgendo i termini del consueto dibattito in materia di diritti di difesa e potere di riqualificazione officiosa, qui il contraddittorio sarebbe *solo probatorio* e non dialettico. Con la conseguenza che, se tale verifica, anche dopo la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, di cui *supra*, desse esito negativo, non aparendo il “nuovo reato” come provato al di là di ogni ragionevole dubbio, l'imputato andrebbe assolto con sentenza, ovviamente, a sua volta ricorribile per Cassazione. E la stessa cosa dovrebbe dirsi se, all'esito della nuova eventuale istruzione, il fatto si appalesasse come diverso; infatti, secondo la dottrina e la giurisprudenza assolutamente maggioritarie, nel giudizio di rinvio i meccanismi modificativi

ed integrativi dell'imputazione di cui agli artt.516 e ss. c.p.p. sarebbero inapplicabili.²⁹²

Se, invece, il giudizio di rinvio fosse disposto in accoglimento del ricorso dell'imputato non vertente sul tema della qualificazione e nella sentenza non si facesse menzione alcuna della questione,²⁹³ occorrerebbe ulteriormente distinguere. Qualora il punto annullato della sentenza impugnata avesse connessione essenziale con quello della qualificazione giuridica, il giudice del rinvio potrebbe, effettivamente, considerare anche l'aspetto del *nomen iuris* e, se lo ritenesse opportuno, mutarlo; se, invece, il punto relativo all'individuazione del titolo di reato non avesse neppure indiretta attinenza al punto annullato (ad esempio, rinvio al giudice di merito solo per la rideterminazione della pena), la potestà di riqualificazione dovrebbe ritenersi preclusa al giudice del rinvio, in quanto il punto della sentenza impugnata, non cassato, sarebbe passato in giudicato, o, quantomeno, sarebbe insuscettibile di riconsiderazione.²⁹⁴ Varrebbe insomma, *mutatis mutandis*, lo stesso principio per cui il giudice del rinvio non potrebbe dichiarare la prescrizione del reato che sia intervenuta *dopo* il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento con rinvio, se tale pronuncia avesse lasciato impregiudicata la questione della penale responsabilità dell'imputato per quel fatto.

b) UDIENZA PRELIMINARE

L'attività di riqualificazione in udienza preliminare non dovrebbe presentare particolari problematiche rispetto al quadro descritto nel giudizio di primo grado. Infatti, nonostante l'assenza di una previsione analoga a quella di cui all'art. 521 c.p.p., la giurisprudenza ritiene esercitabile tale potere anche senza un'espressa norma attributiva, come, del resto, si è più volte visto. Piuttosto, la

²⁹² In questo senso, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 268

²⁹³ Se vi si facesse, opererebbe il meccanismo di cui all'art. 627, III, c.p.p. e la soluzione sarebbe quella, del vincolo, per il giudice del rinvio, al *nomen iuris* individuato dalla Cassazione.

²⁹⁴ Sull'annullamento parziale del capo di sentenza, v., per ampie considerazioni, CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 58 e ss. Il problema sta nell'esatto significato da attribuire al termine "parti" nell'art. 624, I, c.p.p. La norma prevede infatti che, <<se l'annullamento non è pronunciato per tutte le disposizioni della sentenza, questa ha autorità di cosa giudicata nelle parti che non hanno connessione essenziale con quella annullata>>. Orbene, per "parti" vanno intesi solo i capi o anche i punti? <<L'opinione più volte ribadita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è che siano parti [...] tanto i capi quanto i punti della sentenza e che in relazione ad entrambi i suddetti nuclei decisionale si formi il giudicato>>. Così, CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 59 pur critico verso tale esegesi.

problematica del fondamento del potere di riqualificazione giuridica merita di essere brevemente ripresa, in chiave *lato sensu* storica, perché l'orientamento sopra citato si deve, principalmente, ad una pronuncia della Cassazione che si è basata proprio sulla fisionomia dell'udienza preliminare, pur dovendo risolvere una questione concernente il procedimento incidentale *de libertate*.²⁹⁵ Il riferimento è, naturalmente, alla già citata²⁹⁶ sentenza S.U. 22/10/1996 n.16, Di Francesco. Effettivamente, prima di tale arresto giurisprudenziale, non era mancata qualche pronuncia delle sezioni semplici²⁹⁷ che in assenza di una previsione normativa esplicita analoga al 521, I, c.p.p., aveva negato al giudice il potere di riqualificare il fatto; ed anche in dottrina, all'orientamento maggioritario, incline invece a riconoscere questa prerogativa, si era contrapposta qualche voce critica.²⁹⁸ Le Sezioni Unite, richiamando espressamente la dottrina prevalente, rigettavano, tuttavia, fermamente tale tesi e, oltre a quanto a suo tempo ricordato, affermavano che se <<dare una diversa riqualificazione giuridica del fatto vuol dire, in ultima analisi, applicare esattamente la legge, vuol dire *jus dicere*, non può non riconoscersi, come ritengono numerosi voci della dottrina, che nella udienza preliminare debba farsi luogo all'interpretazione analogica della norma dell'art.521 c.p.p. in quanto tale norma esprime un valore che non può non essere di portata generale>>. Come si nota in letteratura, <<l'apparato argomentativo predisposto in quell'occasione dalla composizione plenaria del Supremo Collegio, pare aver efficacemente orientato le sezioni semplici nell'affrontare le successive questioni legate alla riqualificazione del fatto nell'udienza preliminare, perché non costano esempi di pronunce contrarie>>.²⁹⁹

c) PROCEDIMENTO *DE LIBERTATE*

²⁹⁵ Su cui, *infra*, lett. c) di questo sottopar.

²⁹⁶ V., *supra*, all'inizio di questo par.

²⁹⁷ Il riferimento è, principalmente, a CASS. PEN. SEZ. VI. 2826/1993

²⁹⁸ Emblematicamente, HINNA DANESI, *Rapporti tra il pubblico ministero ed il giudice per le indagini preliminari*, in Quaderni del CSM 1989, II, p. 276, per il quale <<al Giudice per l'udienza preliminare non è consentito, nel momento in cui emette il decreto che dispone il giudizio di mutare la qualificazione giuridica del fatto>>. Per altro anche tale A. riconosceva che <<analogo divieto non sussiste, qualora dalla diversa qualificazione giuridica scaturisca la sua incompetenza>>. Nello stesso senso MANZIONE, sub *art. 425 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Chiavario, IV, Utet, Torino, 1990, p. 656

²⁹⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 268

Quanto appena detto per l'udienza preliminare vale, *a fortiori*, per il procedimento *de libertate*; d'altronde, l'analizzata sentenza è stata resa – lo si è ricordato - proprio in sede di incidente cautelare. Eppure tuttavia, talune peculiarità di tale scansione procedimentale rendono necessarie, innanzitutto, due ulteriori considerazioni. Da un lato, l'individuazione del *nomen iuris* che dovesse essere fatta al termine di tale procedimento, eventualmente anche dalla Corte di Legittimità, non sarebbe idonea a vincolare, ed a rigore nemmeno ad influenzare, il giudice del merito, visto che sia l'oggetto del giudizio cautelare sia il materiale conoscitivo su cui il giudice della cautela delibera, sono diversi da quelli rilevanti nel processo principale;³⁰⁰ dall'altro, lo stesso giudice della cautela, di norma il giudice per le indagini preliminari, non è solitamente influenzato dalla cristallizzazione dell'accusa in un atto imputativo ma fa i conti con un addebito ancora fluido e tendenzialmente perfettibile.³⁰¹ Ciò detto, vanno distinti due diversi momenti in cui, astrattamente, la riqualificazione nella fase cautelare è possibile: quando il giudice per le indagini preliminari deve decidere sulla domanda di applicazione di misura cautelare proveniente dal pubblico ministero; quando il cd. tribunale della libertà sia chiamato a statuire sull'impugnazione presentata avverso il provvedimento del giudice che abbia applicato o meno la misura. In relazione al primo momento, il giudice, che deve deliberare in merito alla concessione della misura cautelare richiesta, <<nel verificare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza dovrà spingersi fino a controllare la corrispondenza tra i fatti allegati dal pubblico ministero ed una fattispecie che consente l'applicazione di una misura restrittiva>>.³⁰² Tuttavia, onde non consentire facili aggiramenti del principio della domanda cautelare, uno dei cui precipitati è il divieto per il giudice di applicare una misura più grave di

³⁰⁰ In questo senso appare non condivisibile la posizione assunta da CASS. PEN. SEZ. I 9091/2010 che ritiene rispettato il diritto dell'imputato ad interloquire sulla qualificazione giuridica del fatto, in ossequio ai principi statuiti dalla Corte EDU nel caso Drassich, poiché nel procedimento *de libertate* era stata prospettata la possibilità di sussumere il fatto entro la fattispecie che poi venne, effettivamente, ritenuta più congrua dal giudice del merito. Cautela e merito, sono, però, contesti così diversi che la garanzia della previa informazione e del contraddittorio dovrebbe essere garantita nel processo, a nulla rilevando gli spazi di interlocuzione aperti in altri contesti. In questo senso, *amplius*, SCULCO, *op. cit.*, p. 641-642.

³⁰¹ Ciò non toglie, v. cap. 1, che anche, se non soprattutto, durante le indagini preliminari i diritti di difesa della persona sottoposta all'indagine vadano tutelati e che dunque egli debba essere informato degli eventuali mutamenti dell'accusa per cui si proceda.

³⁰² QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 165. Conf. CASS. PEN. Sez. I 4033/1992

quella indicata dall'organo di accusa,³⁰³ non sembra che il meccanismo della riqualificazione possa essere usato per derogare al suddetto divieto. Detto altrimenti, se il pubblico ministero ha basato la propria richiesta sulla contestazione di un reato punito con una pena che non consente l'applicazione di una data misura, il giudice non potrebbe, ricondotto il fatto ad un illecito più gravemente sanzionato e per il quale dunque quella misura sarebbe teoricamente possibile, applicare la cautela suddetta. Per il resto, vista anche la genericità della terminologia usata dall'art. 291, I, c.p.p., che parla di "elementi su cui la richiesta si fonda" senza ulteriori specificazioni, il giudice procedente od il giudice per le indagini preliminari non dovrebbero soggiacere a vincoli di sorta nella <<indicazione delle norme di legge che si assumono violate>>.³⁰⁴ Lievemente più complicata è, invece, la seconda ipotesi. Infatti, se è vero che <<l' ampio effetto devolutivo che caratterizza i rimedi *de libertate*³⁰⁵ non potrà che riportare l'attenzione del tribunale della libertà sulla corretta sussunzione sotto fattispecie astratta>>,³⁰⁶ è anche vero che <<l'intervento giurisdizionale di riqualificazione p[uò] determinare in capo al destinatario della misura effetti negativi non contemplati dallo schema cautelare, regolato tanto in sede genetica quanto in sede impugnativa, dal principio della domanda cautelare>>.³⁰⁷ Il problema è particolarmente presente nel *riesame* in cui opera pacificamente il divieto di *reformatio in peius*.³⁰⁸ In tale sede, pertanto, se non può escludersi che il potere di qualificazione possa estrinsecarsi anche in senso peggiorativo, si deve ammettere che la qualifica più grave <<rimanga confinata nella sfera argomentativa del provvedimento senza poterne investire l'ambito dispositivo>>.³⁰⁹ Pur di un certo qual sapore compromissorio, tale soluzione sembra poter adeguatamente contemperare il potere di riqualificazione, e le istanze di legalità formale che esso sottende, ed i connotati garantistici del divieto di riforma peggiorativa giacché nel nostro ordinamento <<il divieto di

³⁰³ In questo senso, su tutti, GREVI, *Misure Cautelari*, in "Compendio di procedura penale", *op. cit.* p. 427.

³⁰⁴ Art. 292, II, lett. b)

³⁰⁵ Come ricorda, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 167, ciò non vale solo per il riesame, costruito come gravame puro, ma anche per l'appello cautelare, <<nel quale il *thema decidendum* è sì delimitato dall'iniziativa di parte, senza però vincoli derivanti dalle alternative proposte dall'appellante nei motivi formulati>>.

³⁰⁶ QUATTROCOLO, *ibidem*

³⁰⁷ QUATTROCOLO, *ibidem*

³⁰⁸ Cfr. GREVI, *Misure Cautelari*, *op. cit.* p. 473

³⁰⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 168

riforma in peggio si concentra sulle conseguenze immediate della decisione, ossia sul dispositivo, senza incidere sul compendio motivazionale, dal quale possono discendere effetti *lato sensu* peggiorativi>>.³¹⁰

d) PROCEDIMENTI SPECIALI

Un cenno conclusivo merita, infine, l'analisi del potere di riqualificazione nei procedimenti speciali. In tali contesti, infatti, codesta prerogativa, <<può assumere significati e conseguenze particolari, sia a causa delle preclusioni ai poteri di impugnazione frequentemente previste dal legislatore con riguardo ai riti alternativi, sia in virtù della potestà di controllo che il giudice spesso vanta sulla verifica dei presupposti per l'introduzione del giudizio speciale>>.³¹¹ Ciò premesso, va subito segnalato che i problemi maggiori sono posti da quei riti alternativi che prevedono la caducazione della fase dibattimentale, in quanto per i procedimenti speciali che, viceversa, saltano l'udienza preliminare per passare direttamente al dibattimento trova piena applicazione l'art. 521 c.p.p.

E' questo il caso del rito immediato e del giudizio direttissimo, per i quali, tuttavia, vanno fatte alcune ulteriori considerazioni.

Ai sensi dell'art. 453, I, c.p.p. condizione di ammissibilità del giudizio immediato è l'evidenza della prova, nella valutazione della quale nulla vieta al giudice per le indagini preliminari di procedere alla riqualificazione giuridica del fatto.³¹² In tal caso, però, il giudice dovrà verificare che cotanta evidenza probatoria concerna anche gli elementi del fatto che hanno assunto rilevanza *alla luce della nuova fattispecie* e che prima, cioè quando il pubblico ministero ha avanzato la richiesta con riferimento alla precedente qualifica normativa, erano giuridicamente irrilevanti. Se tale vaglio da esito positivo, il giudizio può essere senz'altro disposto, a meno che la nuova fattispecie non rientri nel novero di quei reati per i quali, ai sensi dell'art. 550 c.p.p. deve procedersi mediante citazione diretta a giudizio, nel qual caso, dovrà essere disposta restituzione degli atti al pubblico ministero perché questi eserciti l'azione penale nelle forme previste dal summenzionato art.550 c.p.p.

Per quanto attiene al rito direttissimo, presupposto fondamentale perché possa procedersi in tal senso è, ai sensi dell'art. 449, III, c.p.p., che l'arresto in

³¹⁰ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 169

³¹¹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 172-173

³¹² Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 174

flagranza di reato sia stato convalidato durante l'apposita udienza. Orbene, tale convalida può non avere luogo anche nel caso in cui il giudice ritenga che il fatto non rientri in una di quelle fattispecie menzionate dagli artt. 380 e 381 c.p.p., che consentono, appunto, di procedere all'arresto in flagranza. In questo caso, la misura precautelare non sarà convalidata ed il rito alternativo sarà inibito, a meno che l'imputato non presti il proprio consenso alla celebrazione del direttissimo. Ancora, qualora il giudice ritenga il fatto da qualificarsi come reato per cui l'arresto in flagranza è previsto solo come facoltativo ai sensi dell'art. 381 c.p.p., si dovrà verificare <<anche il rispetto dei criteri dettati dal legislatore per l'esercizio discrezionale del potere coercitivo, con possibile conclusione negativa sul punto>>.³¹³

Passando ad esaminare i riti alternativi che, a vario titolo, non prevedono la celebrazione del dibattimento, il primo punto di riferimento è il giudizio abbreviato. Qui, pur non essendovi una norma che ricalchi espressamente l'art. 521 c.p.p., esiste un indice testuale che consente, con sicurezza, di ritenere pienamente operativo il potere di riqualificazione: è l'art. 443, III. La norma prevede, infatti, che il pubblico ministero non possa appellare le sentenze di condanna a meno che non si tratti di sentenze modificative del *titolo del reato*. Per altro, anche in grado d'appello, il giudice potrà procedere a modificazione del *nomen iuris* sulla scorta delle previsioni di cui all'art. 597, III c.p.p.

Fisionomia del tutto peculiare assume invece il tema della qualificazione giuridica del fatto nel procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, nell'alveo, per altro, della rilevante eccentricità di questo rito alternativo. Qui, infatti, espressamente, l'art. 444, II, c.p.p. subordina la possibilità di emettere sentenza di cd. patteggiamento ad un previo vaglio sulla correttezza della qualificazione giuridica del fatto. E tuttavia, pur essendo tenuto al controllo sul punto, il giudice <<non vanta il potere di intervento diretto normalmente esercitato in sede di deliberazione nel giudizio ordinario>>.³¹⁴ Detto altrimenti, o il giudice ritiene corretta la qualificazione e, se non vi ostano le altre ragioni previste dall'art. 444 c.p.p., applica la pena, o, la reputa errata, e respinge il negozio processuale. *Tertium non datur. Il giudice non può riqualificare il fatto*. Pur dopo alcune incertezze giurisprudenziali,³¹⁵ si è ritenuto che sia di pertinenza anche della Corte di Cassazione, << il vaglio di legittimità sul *nomen iuris* inserito dalle parti

³¹³ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 178

³¹⁴ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 187

³¹⁵ Sul punto, v. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 191

nell'accordo deliberato dal giudice con la sentenza applicativa della pena stabilita richiesta>>.³¹⁶ Con sent. Cass. Sez. Un. 5/2000, la Suprema Corte ha, infatti, riconosciuto <<l' inderogabilità della funzione giurisdizionale di controllo sulla corretta sussunzione del fatto, essendo tale tema, in definitiva, sottratto alla libera negoziazione delle parti>>.

Soluzione non dissimile si ritiene, infine, essere operativa per il procedimento per decreto penale di condanna. Davanti alla richiesta del pubblico ministero, il giudice pare posto dinnanzi ad una secca alternativa: accoglierla, se ne condivide tutti gli elementi, compresa la qualificazione giuridica del fatto; rigettarla e restituire gli atti al pubblico ministero, qualora non aderisca a taluno di essi. Da ciò deriverebbe una radicale inibizione del potere di mutamento del *nomen iuris*. Sul punto la giurisprudenza pare così granitica da escludere addirittura che il giudice possa addivenire alla riqualificazione al fine di pronunciare declaratoria di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., norma pure espressamente richiamata dall'art. 459 c.p.p. Il rito monitorio pare, dunque, quello in cui maggiore sia la compressione del canone *iura novit curia*.³¹⁷

³¹⁶ QUATTROCOLO, *ibidem*

³¹⁷ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 191 e p. 197

3. LA RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO: INCERTEZZE E PROSPETTIVE DOPO IL CASO DRASSICH

La disciplina dell'attività di riqualificazione dimostra come, a tutt'oggi, ben poco sia lo spazio lasciato al confronto dialettico sulle modificazioni del *nomen iuris*. Se, infatti, si eccettua la possibilità di impugnare il punto di sentenza contenente la riconduzione del fatto ad una diversa fattispecie¹ davanti ad una *immutatio nominis* in sentenza all'imputato non residua alcun mezzo di tutela. In base a quanto notato a suo tempo,² tale quadro appare, però, scarsamente compatibile con i principi posti dall'art. 6 CEDU e dall'art. 111 Cost, i quali paiono richiedere la sottoposizione al previo contraddittorio non solo della *quaestio facti* ma anche della *quaestio iuris*.³ Quest'ultimo assunto, su cui si avrà modo di tornare ampiamente nel prosieguo di questo capitolo, risulta ancor più importante se solo si ponga mente agli effetti *lato sensu in malam partem* che derivano dalla attività di riqualificazione, anche nell'ipotesi, apparentemente innocua, di derubricazione.

3.1. PREGIUDIZI DERIVANTI ALL' IMPUTATO DALLA RIQUALIFICAZIONE DEL FATTO

Come anticipato, l'attività di riqualificazione è *ontologicamente o stricto sensu* pregiudizievole per l'imputato⁴ in un duplice senso: in primo luogo, perché davanti ad una imputazione giuridicamente erronea la soluzione in assoluto maggiormente garantista (ancorché scarsamente praticabile⁵) sarebbe l'assoluzione; in secondo luogo, poiché l'accusa è il parametro su cui si

¹ Possibilità del resto ontologicamente preclusa quando, come nel caso Drassich, la riqualificazione sia operata dal giudice di legittimità. V., *supra*, *ampilus*, cap. 1 e 2 e, specialmente, par. 2.5.

² V., *supra*, *ampilus*, cap. 1.

³ V., *supra*, *ampilus*, cap. 2.

⁴ In realtà, come si è fatto notare in dottrina, (DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in "Giurisprudenza europea e processo penale", a cura di Balsamo-Kostoris, Giappichelli, 2008, p. 227) «i mutamenti della qualificazione giuridica possono ledere anche le posizioni processuali del pubblico ministero (e della parte civile), le quali, ancorché non tutelate direttamente dall'art.6 CEDU, devono essere prese in considerazione se veramente si vuole realizzare una "parità delle armi" nel processo che non sia a senso unico a garanzia dell'imputato ma tuteli anche gli interessi (pubblici e privati) sottesi all'accertamento del reato». Conf. SCULCO, *op. cit.*, p. 641. Per coerenza con l'oggetto della presente ricerca, ci si limiterà, tuttavia, ad esaminare il pregiudizio che dall'attività di riqualificazione possa derivare all'imputato.

⁵ V., *supra*, *amplius* par.2.1.

costruisce la strategia processuale dell'accusato e <<l'esigenza della difesa dell'imputato [...] in tanto è soddisfatta in quanto egli sia in grado di conoscere preventivamente e tempestivamente non solo i fatti, ma le valutazioni che il giudice o il pubblico ministero emette sui medesimi>>. ⁶ Oltre a tali profili, tuttavia, la modifica officiosa ed a sorpresa del *nomen iuris* in sentenza può determinare per l'imputato anche ulteriori effetti *eventualmente* o *lato sensu* pregiudizievoli. Si tratta cioè di conseguenze che non discendono sempre, necessariamente e tutte insieme dalla riqualificazione ma che, a seconda delle peculiarità del caso concreto, possono variamente verificarsi. Esse non sono, però, meno significative sotto il profilo teorico o rilevanti da un punto di vista pratico; anzi, dimostrano quale importanza abbia in sede di giudizio l'individuazione, ed eventualmente la modificazione, del qualificante, *sub specie* di sussumente, normativo. Per maggiore chiarezza, sembra opportuno distinguere a seconda che la "nuova" fattispecie normativa sia più grave (nel senso di più gravemente punita) o meno grave della precedente, ribadendo, tuttavia, che ben spesso anche la cd. derubricazione non rappresenta affatto un vantaggio per l'imputato. ⁷

Partendo dalla cd. riqualificazione in *peius* ⁸ l'effetto negativo più ovvio e scontato è rappresentato da un aggravamento del trattamento sanzionatorio complessivamente inteso; non già, dunque, solo l'irrogazione di una pena principale più severa nel genere (detentiva in luogo di pecuniaria), nella specie (reclusione al posto dell'arresto), o nella quantità (es. 7 e non 6 anni di reclusione) ma anche l'applicazione di pene accessorie non comminate dal legislatore per il reato in principio contestato (es. interdizione perpetua dai pubblici uffici in luogo della interdizione temporanea) ed invece previste per quello ritenuto in sentenza.

A ben guardare, però, il problema "della pena più grave" non si ferma alle conseguenze immediate della pronuncia, perché dall'aggravamento del *nomen iuris* << può derivare una serie di ricadute a pioggia, più o meno strettamente collegate al profilo della pena>>. ⁹ Ad esempio, se l'imputato avesse riportato in precedenza una condanna per il reato x ed in un successivo processo l'imputazione y venisse riqualificata in x, in caso di affermazione di responsabilità per tale secondo reato, la recidiva da semplice diverrebbe

⁶ DE LUCA, *op. cit.*, p. 241

⁷ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 133

⁸ Per un'analisi dettagliata sugli effetti pregiudizievoli per l'imputato derivanti dalla riqualificazione in *peius* v. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 136 e ss.

⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 133

reiterata con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 99 c.p., l'aumento di pena non sarebbe di un terzo ma fino alla metà. Ancora, il più grave reato ritenuto in sentenza potrebbe impedire, ai sensi dell'art. 164, u.c., c.p. l'applicazione della sospensione condizionale della pena per superamento dei limiti stabiliti dall'art. 163 c.p. o, all'opposto, obbligare il giudice alla revoca di una sospensione condizionale precedentemente concessa per effetto della previsione di cui all'art. 168 c.p. Da ultimo, la riqualificazione potrebbe determinare la sussunzione del fatto in una fattispecie ostativa alla concessione di amnistia o indulto, applicabili, invece, per il reato originario.

Infine, connesso al profilo *lato sensu* sanzionatorio, è il piano dell'esecuzione penale in cui la sussunzione sotto diversa e più severa fattispecie può essere egualmente, o persino maggiormente, dannosa rispetto a quanto sinora visto. E' noto, difatti, come ai sensi dell'art. 656, V, c.p.¹⁰ il pubblico ministero che abbia emanato l'ordine di esecuzione debba contestualmente emettere decreto di sospensione di suddetto ordine allorquando si tratti di eseguire cd. pene detentive brevi, ovverossia pene privative della libertà personale per un periodo di tempo non superiore, a seconda dei casi dettagliatamente previsti da tale norma, ai 3, 4 o 6 anni di detenzione; il meccanismo è stato pensato dal legislatore onde consentire al condannato di richiedere l'accesso alle misure alternative alla detenzione previste dalla legge di Ordinamento Penitenziario¹¹ o dal Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope,¹² direttamente dallo *status libertatis*, senza costringerlo a fare ingresso nel circuito penitenziario e ad esporsi, così, al contagio criminoso che ivi sovente si produce.¹³ Tale congegno, tuttavia, non opera per i delitti contemplati dal comma 9, e cioè: per i reati in relazione ai quali l'articolo 4 *bis* l. Ord. Pen. subordina l'accesso alle misure detentive ad una serie di articolati e stringenti presupposti; per il delitto di incendio boschivo (art. 423 *bis* c.p.); per il delitto di furto pluriaggravato (comb. disp. art. 624 e 625 c.p.) e per i delitti di furto in abitazione e furto con strappo (art. 624 *bis* c.p.). Orbene, la riqualificazione *in peius*, a causa della quale l'imputato per un reato *non*

¹⁰ Nel testo riformato dalla l. 165/1998 e successive modificazioni.

¹¹ Il riferimento è, principalmente, all'affidamento in prova ai servizi sociali (art. 47 l. Ord. Pen.) ed alla detenzione domiciliare (art. 47 *ter* l. Ord. Pen.)

¹² Trattasi dell'affidamento in prova a comunità terapeutica per tossicodipendenti (art. 91 d.p.R. 309/1990)

¹³ In questo senso, CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 157; CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 243

ostativo si veda infliggere una pena detentiva¹⁴ per un reato *ostativo*, ha conseguenze dirompenti: essa significa, in concreto, aprire al condannato le porte del carcere. Meccanismo simile quanto agli effetti, si verifica pure nell'ipotesi in cui, a causa dell'aggravata qualificazione giuridica del fatto, il giudice irroghi una pena che superi i limiti quantitativi posti dal suddetto art. 656, V, c.p.p.; anche qui, niente sospensione dell'ordine di esecuzione e via libera alla carcerazione.

Passando ora ad esaminare profili diversi da quello propriamente sanzionatorio, si deve considerare come la riqualificazione in *peius* possa produrre ulteriori, e non meno perniciosi, effetti. Ad esempio, nel caso in cui il reato per cui si proceda sia perseguibile a querela della persona offesa e manchi tale condizione di procedibilità, il giudice ben potrebbe riqualificare a sorpresa il fatto e ricondurlo ad una fattispecie procedibile d'ufficio, condannando così l'ignaro imputato. Senza contare l'ipotesi, verificatasi proprio nel caso Drassich, in cui il reato originario sarebbe prescritto ma, in luogo della declaratoria di estinzione del medesimo, giunga la condanna per una più grave figura criminosa.

Se, però, tutto sommato, dalla riqualificazione *in peius*, ci si aspetterebbero ricadute come quelle appena sintetizzate, potrebbe apparire sorprendente notare come un non dissimile scenario riguardi anche l'ipotesi opposta, la cd. riqualificazione in *melius*. Ora, rispetto ad essa, sembrerebbe *prima facie* inusuale, se non illogico, parlare di effetti pregiudizievoli; d'altronde, si dice, a seguito di una derubricazione del reato il giudice è solito irrogare una pena più lieve. Ciò è senz'altro vero, ma il passaggio da un *nomen iuris* più grave ad uno *meno grave*, come può produrre conseguenze favorevoli all'imputato, altrettanto facilmente è in grado di far derivare esiti a lui svantaggiosi. Ad esempio, si ipotizzi la riqualificazione dell'accusa di concussione (art. 317 c.p.) in violenza sessuale (art.609 *bis*);¹⁵ essa sarebbe, teoricamente, una derubricazione, perché il primo delitto è punito con la reclusione da 6 a 12 anni ed il secondo con la reclusione da 5 a 10 anni; tuttavia una condanna per concussione non è ostativa alla concessione di misure alternative alla

¹⁴ Magari pure quantitativamente e qualitativamente eguale a quella che sarebbe stata irrogata per l'illecito di cui al capo di imputazione.

¹⁵ Non si tratterebbe di un'ipotesi così bizzarra come apparentemente potrebbe sembrare; secondo la giurisprudenza maggioritaria, infatti, tra le "altre utilità" che il pubblico ufficiale può costringere a farsi indebitamente dare o promettere dalla vittima, rientrano a pieno titolo le prestazioni sessuali. Sul punto v., *amplius*, ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, III ed. Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 122 e ss.

detenzione¹⁶ mentre una per violenza sessuale sì, essendo quest'ultimo reato espressamente menzionato dall'art. 4 *bis*, 1- *quater*, l. Ord. Pen. A rimanere nell'esempio, peraltro, anche il passaggio inverso potrebbe rivelarsi dannoso per l'imputato; infatti, pur consentendogli un accesso più facile agli istituti premiali, latamente intesi, previsti dalla legislazione penitenziaria, determinerebbe un aggravio di pena, sia quanto a sanzione principale (come visto, più alta, a meno che non si ritenesse integrata l'ipotesi aggravata di cui all'art. 609 *ter* c.p. il cui *excursus* edittale è identico a quello previsto dall'art. 317 c.p.) sia quanto a pena accessoria (interdizione perpetua dai pubblici uffici, mentre per la violenza sessuale l'interdizione sarebbe applicata solo nei riguardi del pubblico ufficiale che fosse un insegnante o un dipendente di istituzioni frequentate da minorenni e che nell'ambito di tale attività avesse commesso il reato ai sensi dell'art. 609 *nonies* c.p.). Ma, anche senza scomodare la disciplina dell'esecuzione penale, effetti peggiorativi della derubricazione sono più frequenti di ciò che si pensi. Si immagini la riconduzione del fatto, originariamente sussunto in una fattispecie delittuosa, ad una norma incriminatrice contravvenzionale; accanto alle indubbie conseguenze favorevoli al reo che si produrrebbero, (pena più tenue,¹⁷ termini di prescrizione più brevi,¹⁸ praticabilità dell'oblazione¹⁹) ve ne sarebbe anche uno potenzialmente nocivo: l'indifferenza dell'elemento soggettivo. Ai sensi dell'art. 42., IV, c.p., infatti, <<nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa *dolosa o colposa* [corsivo nostro]>>. Orbene, si ipotizzi che nel processo sia stato contestato all'imputato un delitto punibile esclusivamente a titolo di dolo ma il pubblico ministero abbia raggiunto la piena prova solo del carattere imprudente della condotta tenuta dall'accusato; questi non potrebbe che andare assolto... a meno che il giudice non riqualificasse il fatto e lo riconducesse ad una contravvenzione, punibile, invece, appunto, anche a titolo di colpa. E si potrebbero porre moltissimi altri casi. Si pensi all'ipotesi in cui <<la nuova fattispecie comporti degli obblighi risarcitori specifici; delle sanzioni accessorie non previste per il reato contestato in origine; delle ripercussioni

¹⁶ Visti i limi edittali l'accesso avverrebbe comunque dal carcere, quando il residuo di pena da scontare fosse inferiore ai 4 anni. V. art. 656 c.p.p.

¹⁷ Arresto, come pena detentiva; ammenda, come pena pecuniaria.

¹⁸ 4 anni, aumentabili a 5 in presenza di atti interruttivi.

¹⁹ Qualora la contravvenzione sia punita con la sola pena dell'ammenda (oblazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 162 c.p.) o con pena dell'ammenda alternativa a quella dell'arresto (oblazione facoltativa, ex art. 162 *bis* c.p.)

disciplinari che non sarebbero conseguite in caso di conferma della precedente imputazione>>>.²⁰ Infine un caso limite di riqualificazione *in melius* con effetti peggiorativi si verificherebbe ove in forza della *immutatio iuris* l'imputato venisse assolto con una formula proscioglitrice meno favorevole di quella cui avrebbe avuto diritto; ritornando all'esempio precedente del passaggio da delitto a contravvenzione, si ipotizzi che la suddetta contravvenzione si sia prescritta: l'imputato sarebbe comunque prosciolto ma con pronuncia deteriore rispetto a quella che vi sarebbe stata se il giudice avesse ravvisato la mancanza dell'elemento soggettivo doloso nel delitto.

Risulta allora di tutta evidenza che, sia per ragioni strutturali che per cause eventuali l'attività di riqualificazione non sia affatto neutra od asettica,²¹ come spesso ancora si dice, ma sia idonea ad incidere "sulla carne viva dell'imputato". E se ad essa non può rinunciarsi,²² diventa allora necessario ridurre il pregiudizio per la difesa entro un margine di tollerabilità, oggi ampiamente superato dalla disciplina vigente. L'unico modo per farlo è, evidentemente, assoggettare anche tale operazione, ed anche quando essa consista in una derubricazione,²³ al confronto dialettico tra le parti; renderla, cioè, oggetto di contraddittorio.

3.2. CONTRADDITTORIO E *IURA NOVIT CURIA*: UN CONTRASTO DAVVERO INSANABILE?

Occorre preliminarmente chiedersi se il tema della qualificazione giuridica del fatto possa, ontologicamente, essere oggetto di contraddittorio. E' di tutta evidenza, infatti, che se a questa domanda si fosse costretti a dare risposta

²⁰ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 134

²¹ In questo senso, v., *ex plurimis*, PARLATO, *op. cit.*, p.5

²² V. cap. 2

²³ Si consenta di mettere adeguatamente in luce l'importanza di questo inciso; in effetti, anche nella ultra rigorista impostazione seguita dalla "dottrina Lucchini" ad inizio '900 (v. cap. 2), l'unica forma di riqualificazione che si consentiva senza particolari problemi era quella cd. *in melius*. Secondo quanto si è visto, invece, non pare né utile né corretto diversificare il tenore delle garanzie in relazione alla maggiore gravità/tenuità della fattispecie ritenuta in sentenza. Anzi, a dirla tutta, pare che la stessa *summa divisio* riqualificazione in *peius* - riqualificazione *in melius*, sia non solo superflua ma edificata su basi malferme; invero, per affermare che una fattispecie è più grave di un'altra, si è accennato doversi guardare a quale delle due è più gravemente punita; ma non vi è accordo nel ritenere che, in questa valutazione, rilevi solo la pena base o piuttosto il trattamento sanzionatorio complessivamente inteso. E davvero poi potrebbero ignorarsi le previsioni, tanto importanti in concreto, della legge di Ordinamento Penitenziario o di altre norme speciali?

negativa, qualsivoglia ulteriore considerazione in materia di modifica officiosa del *nomen iuris* e garanzie dell'accusato diverrebbe un inane esercizio retorico e, in effetti, ci si dovrebbe rassegnare a ritenere che l'imputato, così come non può preventivamente sapere se verrà assolto o condannato, non potrebbe neppure sapere *per quale reato* rischia di essere condannato. D'altronde, in questa prospettiva, non manca chi è arrivato a dire che finanche l'idea <<di un contraddittorio avente ad oggetto il *nomen iuris* avrebbe un valore "sovversivo" della regola della soggezione del giudice soltanto alla legge>>. ²⁴ Gli elementi per stabilire se quella proposta sia davvero una tesi "sovversiva", o ad essere eversivo non sia piuttosto il protrarsi di una situazione di chiara inconciliabilità con i diritti umani, accertata dalla Corte EDU, ²⁵ sono invero stati individuati nei capitoli precedenti; per cui si tratta solo, adesso, di trarne le dovute conseguenze. Così, riassumendo quanto si è più ampiamente visto, l'idea tradizionale è che il giudice, perfetto conoscitore del diritto applicabile al caso concreto, possa, ed anzi debba, correggere l'erronea impostazione in diritto della domanda penale secondo il canone latino *iura novit curia*, principio a cui, del resto, si rifarebbero, più o meno direttamente, l'art. 101 Cost., l'art. 521, I, c.p.p. e l'art. 65 l. Ord. Giud. ²⁶ In questo contesto, non solo il contraddittorio sul *nomen iuris* non sarebbe necessario ma non avrebbe, a monte, neppure senso, essendo la *quaestio iuris* aliena all'orizzonte conoscitivo delle parti. ²⁷ Orbene, si è cercato di dimostrare come questa visione sia, quantomeno, semplicistica. ²⁸ Il brocardo *iura novit curia* pare avere una genesi, una storia,

²⁴ VELE, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e violazione del principio del contraddittorio*, in "Giur. It.", 2010, p. 683. Trattasi comunque di posizione assolutamente minoritaria; v. CAPONE, *op. cit.*, p.5

²⁵ V., *supra*, par. 1.2.

²⁶ V., *supra*, *ampilus*, cap. 2

²⁷ Esprimerebbe tale idea il brocardo latino *da mihi factum, tibi dabo ius*. <<Da mihi factum è espressione che presuppone uno stato di ignoranza del giudice, superabile grazie ai contributi probatori delle parti. *Dabo tibi ius* è espressione che presuppone nel giudice uno stato di perfetta conoscenza della norma sostantiva, rispetto alla cui individuazione nessun decisivo contributo parrebbe poter venire dalle parti>>. (ORLANDI, *op. cit.*, p. 473)

²⁸ Secondo, KOSTORIS, *op. cit.*, p. 2522, si tratterebbe di una <<concezione vetero-illuministica del giudizio, che, fondandosi sull'idea di una legge per definizione chiara, univoca e completa, porta a considerare l'opera del giudice di riconduzione del fatto alla norma come un'attività puramente meccanica, ricognitiva ed avalutativa; perciò del tutto prevedibile dal giurista, che sin dall'inizio sarebbe in grado di individuare la corretta qualificazione giuridica del fatto; con la conseguenza che eventuali suoi mutamenti operati d'ufficio dal giudice non sarebbero di per sé idonei ad impedire che ciascuna parte sia comunque posta in grado di tutelare adeguatamente i propri interessi>>. Nello stesso senso

un significato molto più complesso di quanto *prima facie* appaia;²⁹ il principio di legalità veicolato dall'art. 101 Cost. non sembra affatto postulare che al giudice venga attribuito il potere di riqualificare officiosamente il fatto ma solo gli impedisce di condannare l'imputato per un reato che egli ritenga non venire in rilievo nel caso di specie;³⁰ la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, infine, deve essere esercitata nelle forme e nei limiti individuati dalla normativa processuale.³¹ Ma soprattutto, è il postulato logico su cui si basa la visione più tradizionale a non parere in grado di reggere l'impatto della riflessione critica.³² <<La separazione fra *factum* e *ius* è assai più sfumata di quanto le citate formule [*iura novit curia* e *da mihi factum, tibi dabo ius*, ndr.] lascino intendere. Già da tempo si è posto l'accento sulla relazione di strutturale e reciproca dipendenza che intercorre fra *quaestio iuris* e *quaestio facti*>>.³³ Come dimostrato dall'ermeneutica giudiziale, il ragionamento del giudice ha carattere circolare e la tradizionale figura del sillogismo, pur continuando ad avere una parziale utilità per la ragion pratica, ha scarso valore gnoseologico. <<Il giudizio non è un percorso lineare che dalla premessa maggiore, certa e condivisa (vale a dire, la norma generale e astratta) previene alla conclusione (sentenza) passando per il termine medio (il fatto). Esso [è, ndr.] piuttosto il risultato di un progressivo raffronto tra il termine superiore e quello intermedio, un procedere per tentativi dove il fatto e la norma sono pensati insieme e si delimitano vicendevolmente; una sorta di *trial and error* dove la norma, almeno in prima battuta, è posta ipoteticamente per evidenziare gli aspetti rilevanti del fatto, mentre le conoscenze fattuali sono dal giudice impiegate per “trovare” – magari fra molte possibili – la “giusta” soluzione

CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris*, op. cit., p.169 secondo cui nell'art. 521 c.p.p. si coglierebbe <<una concezione meramente meccanicistica, avalutativa e meramente ricognitiva dell'operazione che il giudice compie, riducendo il fatto storico ad una previsione generale ed astratta prevista dal legislatore>>.

²⁹ V., *supra*, *ampilus*, par. 2.3.

³⁰ V., *supra*, *ampilus*, par. 2.1.

³¹ V., *supra*, *ampilus*, par. 2.1. e 2.5.

³² V., *supra*, *ampilus*, par. 2.2.

³³ ORLANDI, *ibidem*. Sul punto si v. anche, UBERTIS, op. cit., p. 70-76 per il quale <<se il giudizio sulla *quaestio facti* non può mai essere di “puro fatto” perché strutturato in riferimento a coordinate giuridiche, quello sulla *quaestio iuris* è necessariamente legato al “fatto” pure nella misura in cui, anche nella analisi della norma che si ritiene applicabile, si risente della “tensione” alla giustizia concreta propria dell'ordinamento. [...] Per la relazione tra [...] fatto e diritto, tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* si può parlare soltanto di una distinzione metodologica tra i due termini della coppia, funzionale alle varie esigenze che, in differenti momenti, vengono in rilievo nell'ambito processuale>>. In argomento, v. *ampilus*, par. 2.2

normativa>>.³⁴ A ciò si aggiunga che i fatti oggetto di una *quaestio facti* non sono bruti ma giuridicamente qualificati; essi non valgono in se ma per ciò che li fa valere il parametro giuridico di rilevanza: la norma.³⁵ Per riprendere una risalente esemplificazione kelseniana, se l'uccisione di un uomo a colpi di fucile sia un omicidio, l'esecuzione di una sentenza capitale o l'episodio di uno scontro bellico, possono dirlo solo e soltanto delle norme giuridiche. Se tutto questo è vero, appare perfino condivisibile riconoscere al giudice il potere di riqualificare il fatto, perché il confronto dialettico tra le parti potrebbe ben fare affiorare il carattere erroneo, latamente inteso, della determinazione giuridica effettuata dal pubblico ministero; ma è altrettanto evidente come non solo non sia eversivo ma anzi sia necessario ricondurre tale operazione al confronto dialettico tra le parti. Se si afferma, infatti, che fatto e diritto sono le volute di un'indissolubile spirale, non si può non <<ritenersi connaturata allo statuto del fatto giuridico, la facoltà delle parti di incidere direttamente sulla determinazione della sua qualificazione, quale profilo concettualmente autonomo, seppur non materialmente indipendente, dalla *quaestio facti*>>.³⁶ Del resto davanti allo <<straordinario susseguirsi di leggi penali, al continuo proliferare di fattispecie criminose, alla difficile delimitazione e alle parziali sovrapposizioni dell'ambito di applicabilità di molte fra queste>>³⁷ perché privare il giudice dell'apporto conoscitivo delle parti, anche in relazioni alla questione di diritto?³⁸ Fermo restando che, alla fine, spetterà al giudice, come è doveroso, l'ultima parola sulla individuazione della fattispecie applicabile, senza che nessun vincolo gli derivi dalla scelta compiuta dall'accusa o dalle argomentazioni delle parti.

Da questi dati risulta allora confermata l'ipotesi delineata all'inizio di tale ricerca e cioè che il canone del contraddittorio argomentativo previsto dall'art. 111, II Cost e 6 CEDU (quale aspetto del più ampio concetto di *fair hearing*)³⁹ si applica anche alla *queastio iuris*. Dunque, l'imputato dovrà essere messo

³⁴ ORLANDI, *ibidem*

³⁵ Sul punto, per tutti, TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* in "Trattato di diritto civile e commerciale", già diretto da Cicu – Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, 1992, p. 75, per il quale <<è la norma [...] che funziona come criterio di selezione nel senso di individuare tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono la rilevanza specifica per la sua applicazione>>.

³⁶ QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 67.

³⁷ ORLANDI, *ibidem*

³⁸ D'altronde, <<il giudice penale non tanto "sa" il diritto, quanto piuttosto lo deve "trovare" dopo aver diligentemente ascoltato le ragioni delle parti>> (ORLANDI, *op. cit.*, p. 61)

³⁹ V., *supra*, *amplius*, par. 1.2.

nelle condizioni di poter interloquire e confrontarsi dialetticamente in ordine al profilo giuridico dell'addebito, senza che il potere del giudice di riqualificare il fatto possa conculcare codesto diritto.⁴⁰ A ben vedere, inoltre, può desumersi una conclusione ulteriore, e forse ancor più pregnante, e cioè che nella tematica in esame il principio del contraddittorio rileva anche nel senso forte di cui all'art. 111, IV Cost, e cioè come *contraddittorio nella formazione della prova*. Infatti, come già ricordato,⁴¹ la sussunzione del fatto storico entro diversa fattispecie, potrebbe aprire orizzonti probatori prima del tutto inesplorati e ciò perché, anche il mutamento del solo titolo di reato comporta sempre che il fatto contestato sia visto, in alcuno dei suoi elementi, sotto una diversa luce, come non più costitutivo o diversamente costitutivo; e basterà l'alterazione delle connessioni funzionali tra gli elementi del fatto contestato per far guardare alla *res iudicanda* in una differente prospettiva, che condiziona le opzioni dell'approfondimento istruttorio e la lettura dei suoi risultati. Dati probatori indiscussi ma irrilevanti, quanto a contributo ricostruttivo, fin quando si verta su un certo *nomen iuris*, <<possono ben acquistate rilevanza probatoria rispetto al tessuto delle connessioni funzionali sotto le quali un altro *nomen iuris* è in grado di sintetizzare gli elementi dell'imputazione in fatto>>.⁴² Certo, nel processo penale oggetto di prova sono sempre e solo⁴³ fatti,⁴⁴ ma tali fatti sono, lo si è appena visto, fatti

⁴⁰ Diritto che, come si dirà, dovrà essere assicurato in ogni grado del processo. V., *infra*, *amplius*.

⁴¹ V., *supra*, *amplius*, par. 2.4.

⁴² RAFARACI, *op. cit.*, pp. 299-300. Nello stesso senso, con immagine evocativa, ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 786: <<la qualificazione dell'illecito rappresenta l'unità di misura, la lente attraverso cui avviene la determinazione del fatto principale [...] se si sostituisce la lente, cambiano pure i punti oggetto dell'indagine, con il risultato che temi secondari o inesplorati nell'ottica di un' imputazione, potrebbero assumere un' altra luce in un diverso contesto>>. Il passo è citato anche da CASIRAGHI, *op. cit.* p. 118. In senso analogo, KOSTORIS, *op. cit.* p. 2511: <<una modifica della qualificazione giuridica retroagisce (del tutto fisiologicamente) sulle componenti fattuali, nel senso che non può essere disgiunta da una nuova valutazione delle medesime, per verificarne la compatibilità con la nuova configurazione in punto di diritto; il che, verosimilmente, potrà aprire nuovi fronti di discussione su profili storici della medesima vicenda trascurabili e trascurati alla luce della precedente definizione giuridica, ma divenuti importanti alla luce della nuova>>In tema v. anche, *ex plurimis*, CAPONE, *op. cit.* p. 63 e ss.; QUATTROCOLO, *op. cit.* p. 67; CASIRAGHI, *ibidem*.

⁴³ La conoscenza dei fonti normative, intese quali disposizioni da cui ricavare norme, è infatti presupposta in capo al giudice penale. V. par.2.3.

⁴⁴ In particolare, ex art.187 c.p.p: <<sono oggetto di prova i fatti che si riferiscono all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena e delle misure di sicurezza. Sono, altresì, oggetto di prova i fatti da cui dipende l'applicazione di norme processuali. Se

giuridicamente rilevanti,⁴⁵ cioè fatti normativamente qualificati; inoltre e soprattutto, nel processo penale, la regiudicanda, ossia il tema del giudizio, si scompone in due sottotemi, dato che la colpevolezza implica valutazioni di fatto e di diritto: quello “storico” concernente il fatto attribuito all’imputato e quello di “valore giuridico” concernente la riconducibilità del fatto ad una fattispecie penale. Pertanto, <<il tema della prova nel processo penale, è il tema dell’accusa e, quindi, anche della qualificazione giuridica del fatto>>.⁴⁶ Se, dunque, in ogni caso di diversa qualificazione giuridica, pur avendo essa sempre ad oggetto le medesime circostanze di fatto contestate, si appalesa almeno un nuovo elemento costitutivo di una diversa fattispecie, che la parte non ha potuto contrastare con le opportune richieste di prova,⁴⁷ sarebbe riduttivo confinare il diritto di difesa alla mera interlocuzione *in iure*, senza accompagnarvi anche la possibilità di chiedere l’assunzione delle prove che si rendessero necessarie alla luce della nuova qualificazione.⁴⁸ Tutto ciò, allora, dimostra che nonostante le differenze che certamente esistono tra *factum* e *ius*, non si possa prescindere dalla adozione di un *metodo di accertamento* unitario: il contraddittorio. Piuttosto, tali diversità possono rilevare nelle individuazione delle *forme* e del *contenuto* con cui il confronto dialettico sul

vi è costituzione di parte civile, sono inoltre oggetto di prova i fatti inerenti alla responsabilità civile derivante da reato>>.

⁴⁵ Ciò vale, innanzitutto e prioritariamente per i fatti che si riferiscono all’imputazione, per i quali l’operatività del meccanismo di sussunzione descritto al par. 2.2 è di intuitiva evidenza; ma vale anche per le altre “tipologie” di fatti di cui al citato art. 187 c.p.p.; infatti tali fatti fanno ingresso nel processo e devono essere provati proprio perché giuridicamente rilevanti, in quanto, a seconda dei casi, richiamati, più o meno direttamente, dalle norme giuridiche che disciplinano gli istituti della punibilità, della dosimetria sanzionatoria, dell’applicazione delle misure di sicurezza, ecc.

⁴⁶ QUATTROCOLO, *op. cit.* pp. 67-68

⁴⁷ V. CAPONE, *op. cit.* p. 63.

⁴⁸ Cfr. KOSTORIS, *ibidem*. In argomento, v. anche SCULCO, *op. cit.*, p. 636 per la quale, <<la sentenza, così come l’atto di accusa costituisce il risultato di una valutazione nella quale accertamento del fatto e individuazione della norma, seppure elementi sceverabili, entrano in stretta correlazione dando luogo al giudizio complessivo che confluisce, appunto, nella decisione del giudice. Pertanto, detta diversità di disciplina non può ritenersi la soluzione più opportuna considerato che il diritto di difesa, per essere pienamente realizzato, deve potersi esercitare su ciascuno dei temi che formano oggetto della valutazione del giudice e non soltanto sulla ricostruzione del fatto contestato. Del resto, è quasi superfluo osservare come le argomentazioni difensive che è opportuno e utile spendere nel contraddittorio tra le parti non sono le medesime laddove, pur rimanendo invariato il fatto, muti il titolo di reato, potendosi invero valorizzare, a seconda del tema giuridico intorno al quale si verte, elementi di prova di volta in volta diversi>>.

profilo giuridico della regiudicanda deve essere realizzato.⁴⁹ In questo senso di grande interesse è esaminare le posizioni assunte sul punto dalla giurisprudenza, sia della Corte EDU che della Cassazione.

3.3. L'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

Secondo quanto osservato a suo tempo,⁵⁰ l'approccio della Corte al tema del contraddittorio sul *nomen iuris*, come ad ogni altra questione di diritto che essa si trova ad affrontare, è di tipo prettamente casistico; dovendo, cioè, relazionarsi con ordinamenti ispirati alle più diverse tradizioni giuridiche, la prima preoccupazione della Corte EDU, in ossequio del resto al proprio ruolo istituzionale, è verificare l'avvenuta violazione dei diritti convenzionali nella vicenda devoluta alla sua cognizione. E' dunque con estrema cautela che è possibile trarre dalle pronunce dei giudici di Strasburgo regole di portata generale, ed in ogni caso, anche laddove ciò sia possibile, è poi dovere dell'interprete calare il principio di diritto così enunciato nel peculiare contesto del proprio ordinamento. Ciò premesso, occorre subito sottolineare come, in tema riqualificazione giuridica del fatto, la sentenza *Drassich c. Italia* <<non costituisce un precedente isolato, né innovativo nel panorama dell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo>>,⁵¹ ponendosi, anzi, in linea di continuità con la decisione *Pelissier e Sassi c. Francia* del 25 marzo 1999.⁵² In quel caso la Corte EDU ebbe ad affermare che <<in materia penale, la precisa e completa informazione dei [*sic!*] capi d'accusa nei confronti dell'imputato, e dunque la qualificazione giuridica che il giudice potrebbe effettuare al riguardo, sia condizione essenziale dell'equo processo>>, aggiungendo, inoltre, che <<il diritto ad essere informato in materia alla natura ed alla causa dell'accusa debba essere considerato alla luce del diritto dell'imputato di preparare la sua difesa>>. Si tratta di affermazioni ribadite, quasi letteralmente, nella successiva sentenza *Drassich*⁵³ e che, comunque, discendono pianamente dalla formulazione dell'art. 6 CEDU. Ciò tuttavia non deve far credere che nella giurisprudenza di Strasburgo in materia

⁴⁹ Secondo la logica indicata da *UBERTIS, v., supra*.

⁵⁰ V. par. 1.3.

⁵¹ CORBO-FIDELBO, Rel. n. 13/2014 resa in Roma, il 17/02/2014, in www.cortedicassazione.it, p. 3

⁵² <<*Leading case* in tema di modifica della qualificazione giuridica del fatto>>, secondo QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 7

⁵³ V. par. 1.2.

di riqualificazione non si possano individuare anche questioni problematiche. In particolare, risulta controverso se un espresso contraddittorio sulla possibilità di adottare una diversa definizione giuridica del fatto sia necessario anche quando la riqualificazione appaia sufficientemente prevedibile. Ad eccezione di un orientamento più restrittivo che pare richiederlo *tout court* anche in tale eventualità,⁵⁴ sembra prevalere la tesi contraria che, però, fa della clausola di sufficiente prevedibilità un'esegesi alquanto riduttiva, escludendo, ad esempio, che possa rilevare la prospettazione di un differente *nomen iuris* avanzata da una parte privata diversa dall'imputato e non ripresa dalla pubblica accusa.⁵⁵ In sostanza sembra che, per la Corte, al contraddittorio possa derogarsi unicamente in due ipotesi, ovverossia quando il pubblico ministero nel corso del giudizio abbia, *re melius perpensa*, corretto l'inquadramento giuridico della domanda penale, prospettandone un altro rispetto a quello contenuto nell'atto di imputazione, oppure quando la riconducibilità del fatto ad un diverso sussumente sia stata indicata dalla stessa difesa.⁵⁶ Dovrebbe, infine, escludersi la sufficiente prevedibilità di una qualificazione giuridica che sia emersa in un contesto diverso da quello *stricto sensu* processuale,⁵⁷ quale, per esempio, un incidente cautelare.⁵⁸

Non è chiaro nemmeno se la mancanza del contraddittorio sul *nomen iuris* possa non ridondare in una violazione del principio del giusto processo qualora, secondo un giudizio che pare di prognosi postuma,⁵⁹ la riqualificazione a sorpresa non abbia in concreto inciso <<sulla fondatezza dei mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto invocare se avesse avuto la

⁵⁴ Il riferimento è alla sentenza I.H. c. Austria del 20 aprile 2006.

⁵⁵ In questo senso, oltre alla già citata pronuncia Pelissier e Sassi c. Francia, anche la decisione Varela Geis c. Spagna del 5 marzo 2013.

⁵⁶ Su tali profili, v., *amplius, infra*

⁵⁷ Un argomento, seppur indiretto, a favore di tale lettura è rinvenibile nella sentenza D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria del 24 luglio 2012 in cui si è esclusa la sufficiente prevedibilità della riqualificazione, operata dalla Suprema Corte bulgara, in un caso in cui tale possibilità era stata prospettata dallo stesso organo giurisdizionale in una precedente decisione di annullamento con rinvio. Si dovrebbe ritenere, dunque, *a fortiori*, che ancor meno prevedibile sia la riconduzione del fatto ad una fattispecie che era stata adombrata in una scansione del procedimento non processuale.

⁵⁸ Criticabile, quindi, come anticipato (v. par. 2.5.4), CASS. PEN. SEZ. I 9091/2010 che ritiene rispettato il diritto dell'imputato ad interloquire sulla qualificazione giuridica del fatto, in ossequio ai principi statuiti dalla Corte EDU nel caso Drassich, poiché nel procedimento *de libertate* era stata prospettata la possibilità di sussumere il fatto entro la fattispecie che poi venne, effettivamente, ritenuta più congrua dal giudice del merito.

⁵⁹ Utilizza espressamente questa espressione, PIERRO, *op. cit.*, p.1520

possibilità di discutere della nuova accusa formulata nei suoi confronti>>.⁶⁰ Il punto, accennato nella sentenza Drassich, era stato già affrontato – pur se in modo alquanto fugace - nella Pelissier e Sassi c. Francia in cui si era detto che <<la Corte non ha il compito di valutare il merito delle difese che i ricorrenti avrebbero potuto porre in essere qualora avessero potuto addurre argomentazioni in ordine all'accusa di concorso in bancarotta [la fattispecie originariamente individuata era bancarotta, *ndr.*]. La Corte si limita a notare che è plausibile che le difese sarebbero state diverse da come sono state elaborate in relazione all'imputazione originaria>>. La CEDU ha mostrato, cioè, di ritenere doveroso prendere in <<specifica considerazione gli elementi di diversità che la difesa dei ricorrenti avrebbe assunto se essi fossero stati messi preventivamente a conoscenza del possibile mutamento della qualificazione dei fatti loro imputati>>.⁶¹ Tale verifica non è stata, però, ripetuta in altri casi, come, in particolare, la decisione I.H. c. Austria, già citata.

Perplessità ancora maggiori circondano, poi, un'altra assai rilevante questione e cioè se il principio del necessario assoggettamento al contraddittorio del mutamento del *nomen iuris* valga in ogni grado del procedimento oppure solo se l'*immutatio* si verifichi durante il giudizio di ultima istanza. In effetti sia la sentenza Pelissier e Sassi che quella Drassich si riferivano proprio a quest'ultima eventualità, esprimendo una vera e propria regola generale per cui, allorché il mutamento di qualificazione avvenga nel grado di giudizio conclusivo, è imprescindibile un previo confronto dialettico.⁶² Discusso è, invece, appunto, se ciò sia necessario anche per le precedenti scansioni procedurali, in quanto, si dice, il contraddittorio, escluso nel singolo grado di giudizio, potrebbe essere recuperato attraverso l'*impugnazione*. In sostanza ci si chiede se un confronto dialettico *ex post* possa essere equipollente al mancato godimento della garanzia nell'ambito dello stesso grado di giudizio in cui si sia verificata la riqualificazione. A tale problema la Corte di Strasburgo sembra dare una risposta differenziata a seconda del regime di impugnabilità della decisione contenente la modifica del titolo di reato e, dunque, in relazione alle possibilità offerte all'imputato di contestare di la qualifica giuridica esercitando, seppur in modo postumo, i propri diritti di difesa. Così, se la decisione è ricorribile in appello ed al giudice di seconde cure è

⁶⁰ Sentenza Drassich c. Italia

⁶¹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 8

⁶² Cfr. CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 13

riconosciuta la prerogativa di <<esamina[re] il caso nella sua interezza, sia da un punto di vista sostanziale che procedurale>>, ⁶³ la Corte EDU tende decisamente a non ravvisare la violazione del diritto al *fair trial*. ⁶⁴ Più problematico l'atteggiamento dei giudici convenzionali nell'ipotesi in cui la sentenza contenente la riqualificazione possa essere impugnata solo davanti alla Corte Suprema nazionale, in quanto resa in appello oppure dichiarata inappellabile dall'ordinamento dell'Alta Parte Contraente; in questo caso, pare che un'importanza dirimente venga attribuita ai poteri del giudice di ultima istanza: se esso è in grado di procedere <<ad un controllo completo sia formale che sostanziale del caso del ricorrente>>, ⁶⁵ si ritiene non sussistere la violazione dell'art. 6 CEDU; se, invece, il rimedio impugnatorio <<non consente né un nuovo apprezzamento delle prove assunte in primo grado, né di ridiscutere l'interpretazione dei fatti accolta in sede di merito>>, ⁶⁶ il *vulnus* sembra esservi. Coerentemente con tale impostazione, nel caso in cui <<la riqualificazione è [...] operata da un giudice di merito la cui decisione è impugnabile solo a mezzo di rimedi straordinari>> ⁶⁷ la Corte EDU ravvisa l'inosservanza del diritto al *process equitabile*. ⁶⁸

Una distinzione che, invece, non sembrerebbe comparire nella giurisprudenza CEDU, è quella tra riqualificazione *in peius* ed *in melius*; ⁶⁹ ai fini della valutazione concernente la violazione del parametro convenzionale parrebbe, cioè, non avere rilievo la circostanza che l'accusa sia stata derubricata e che, in concreto, sia stata irrogata una pena più mite (vale a dire, che non si siano verificate quelle conseguenze *lato sensu* pregiudizievoli che possono prodursi in presenza di un alleggerimento del titolo di reato, come visto sopra). Il condizionale è d'obbligo perché, nonostante, nella sentenza Drassich, la corte dichiarò di dover valutare, ai fini dell'accertamento sull'inosservanza dell'art. 6 CEDU, anche <<le ripercussioni della nuova accusa sulla determinazione della pena del ricorrente>>, in due casi ⁷⁰ la Corte ha ravvisato l'ingiustizia del processo benché, a seguito della riqualificazione, la pena detentiva fosse stata ridotta, nel primo caso, da 4 ad 1 anno e, nel secondo da 20 a 7 anni. Quello

⁶³ Causa Zhupnik c. Ucraina decisa il 9 dicembre 2010

⁶⁴ In questo senso oltre al caso Zhupnik, v. anche le sentenze Mulosmani c. Albania dell'8 ottobre 2013 e Hoxha c. Albania, resa nella stessa data

⁶⁵ Sentenza Dallos c. Ungheria del 1 marzo 2001

⁶⁶ Sentenza .H. c. Austria, già citata.

⁶⁷ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 13

⁶⁸ In questo senso, sentenza Varela Geis c. Spagna, già citata.

⁶⁹ Cfr. CORBO-FIDELBO, *ibidem*

⁷⁰ Penev c. Bulgaria, deciso il 7 gennaio 2010 e D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, già citata.

del carattere peggiorativo o migliorativo della riqualificazione pare quindi un *argumentum a fortiori*, meramente indiziante circa la violazione del parametro convenzionale, nel senso che l'essere stata operata una derubricazione può *suggerire*, ma non da sola fondare, la valutazione di *non pregiudizievolezza* dell'operazione di mutamento officioso del *nomen iuris*.

Gli orientamenti giurisprudenziali ora accennati, suscitano più di un interrogativo. In particolare, sorge il sospetto che i riferimenti alle clausole della “sufficiente prevedibilità della riqualificazione”, dei “mezzi di difesa alternativi che si sarebbero potuti adottare” e della “presenza di un rimedio impugnatorio sufficientemente ampio”, siano legati da un unico, invisibile *file rouge*: la logica del *counterbalancing*.⁷¹ A ben vedere, infatti, dalla combinata operatività di tali deroghe alla regola dell'indefettibilità del contraddittorio sul *nomen iuris* deriverebbe il principio per cui <<nessuna violazione convenzionale può ravvisarsi se dalla riqualificazione operata non sia comunque derivato in capo all'accusato un effettivo pregiudizio>>.⁷²

Dovrebbero, dunque, bilanciarsi il dato formale dell'avvenuta inosservanza della prescrizione CEDU e la valutazione sostanziale, calata sulle specificità del singolo caso concreto, circa l'assenza di un *vulnus* effettivo al diritto di difesa. D'altronde, come ricordato,⁷³ la Corte è sempre ben attenta a sottolineare la stretta strumentalità del diritto ad una preventiva e completa informazione sulla natura dell'addebito rispetto al diritto di approntare un'adeguata difesa;⁷⁴ orbene se, per le contingenze della singola vicenda giudiziaria, dalla pur sussistente violazione della prima prerogativa non si siano riverberate significative conseguenze sull'esercizio della seconda, non sembra potersi giungere alla declaratoria di *unfairness* del processo. Ed infatti, come si è notato,⁷⁵ nelle pronunce di accoglimento dei ricorsi che lamentano la violazione del diritto all'equo processo, la Corte non si limita ad indicare quale specifica disposizione dell'art. 6 CEDU non sia stata osservata ma vi affianca la menzione dell'intero articolo che, dunque, pare assumere una dimensione in se autonoma e più ampia delle singole previsioni che lo compongono. A ben vedere, tale approccio è in linea con il *modus operandi* della Corte, a sua volta dipendente dal ruolo della CEDU nel sistema

⁷¹ Cfr., CENTAMORE, *op. cit.*, p.5

⁷² CENTAMORE, *ibidem*

⁷³ V. *amplius supra* par. 1.2.

⁷⁴ Sul punto v. *amplius supra* cap. 1

⁷⁵ V. cap. 1

multilivello di protezione dei diritti.⁷⁶ Infatti, quando i giudici di Strasburgo si accingono a giudicare sulla supposta violazione del canone del *fair trial*, questi guardano alla vicenda giudiziaria nel suo complesso, adottando un approccio sistematico, tale per il quale, <<in primo luogo, la violazione di un diritto procedurale non ridonda automaticamente in una violazione del diritto all'equo processo; in secondo luogo, un esame complessivo del caso è necessario al fine di determinare se il processo nel suo insieme possa essere considerato ingiusto>>.⁷⁷ Questa impostazione è, infine, a sua volta coerente con la peculiare configurazione giuridica delle sentenze che concludono il "processo convenzionale". Come anticipato,⁷⁸ in determinati casi, l'accertamento dell'assenza di *fairness* processuale può produrre in capo all'Alta Parte Contraente autrice della violazione l'obbligo di rimuoverla disponendo la riapertura del processo; ma questa è - lo si ricordava - una misura estrema e di grande incisività sugli equilibri degli ordinamenti interni, perché, a tacer d'altro, si tratta di rimettere in discussione un accertamento giudiziale passato in giudicato. Logico, dunque, che essa derivi da gravi difformità con il dettato CEDU ed altrettanto logico che, all'opposto, per violazioni di minore genere, tali cioè da non impegnare la complessiva equità del procedimento, la Corte non addivenga neppure ad una formale declaratoria di inosservanza dell'art. 6 CEDU.

3.4. GIURISPRUDENZA ITALIANA E CONTRADDITTORIO SUL *NOMEN IURIS* DOPO IL "CASO DRASSICH"

Il carattere dirompente, e per certi versi storico,⁷⁹ della sentenza Drassich, ha determinato nella giurisprudenza italiana di legittimità reazioni alquanto diversificate, tali da configurare un quadro molto frastagliato e di difficile lettura; ciò, principalmente, perché, trasferire coerentemente sul piano interno i risultati raggiunti dai giudici di Strasburgo a livello convenzionale, è operazione denotata da un intrinseco ed elevato tasso di complessità. Ciò nonostante, in relazione allo specifico tema del contraddittorio sul *nomen iuris*, pur con alcune incertezze, la Cassazione pare essersi orientata sulla falsariga della Corte EDU, nel senso di adottare soluzioni differenziate a seconda del contesto processuale in cui si sia verificata la riqualificazione, e di

⁷⁶ Su cui ancora, cap. 1

⁷⁷ SATZGER, *op. cit.*, p. 165

⁷⁸ V. par. 1.3.

⁷⁹ Cfr. par. 1.2.

ritenere, in linea generale adeguato, lo strumento di tutela impugnatorio. Tuttavia, se la Corte di Strasburgo ha sostanzialmente escluso⁸⁰ che il giudice nazionale di ultima istanza possa riqualificare il fatto in sentenza senza previo contraddittorio, la Cassazione in più di un caso ha affermato che per il giudice di legittimità sarebbe stato possibile modificare il titolo di reato, in quanto, tale operazione non avrebbe comportato, nelle specifiche vicende dedotte alla cognizione della Corte, alcun effetto pregiudizievole per il ricorrente⁸¹ o perché l'eventualità di una riqualificazione era stata prospettata dallo stesso imputato.⁸² In condivisibile controtendenza, però, in una recente pronuncia si è riconosciuto che il contraddittorio <<deve essere garantito anche là dove le disposizioni processuali riconoscano al giudice il potere di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'originaria imputazione>> e si è quindi stabilito che <<nel caso in cui la riqualificazione avvenga nel giudizio di cassazione occorre assicurare un momento di contraddittorio onde consentire alla difesa di poter interloquire sul punto>>.⁸³ Venendo alla riqualificazione officiosa in grado di appello, la giurisprudenza maggioritaria consente tale operazione senza particolari remore relative alla garanzia del contraddittorio.⁸⁴ A parte la prevalente, e discutibile,⁸⁵ affermazione per cui il potere di *immutatio iuris* sarebbe esercitabile, in *melius* come *in peius*, al di là del vincolo discendente dai motivi di appello, l'argomentazione più ricorrente nelle non molte sentenze che espressamente si interrogano sul problema, è che <<se il mutamento della qualificazione giuridica del fatto è operato in appello, le garanzie del contraddittorio è comunque consentita dalla possibilità per l'imputato di interloquire e contestare la nuova qualificazione mediante ricorso per cassazione>>.⁸⁶

⁸⁰ V. *supra* par. precedente

⁸¹ CASS. PEN SEZ. II 39841/2008; nel caso in esame l'affermazione suona, peraltro, alquanto speciosa perché <<la riqualificazione ha consentito di ritenere legittima l'applicazione, compiuta da parte del giudice del merito, delle pene previste per i reati di competenze del tribunale, invece che di quelle irrogabili per i reati di competenza del giudice di pace, e di rigettare conseguentemente il ricorso dell'imputato>>. (CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 17)

⁸² CASS. PEN SEZ. VI 14674/2010; anche in questo caso, comunque, la specificazione non sembra pertinente, perché se è vero che l'eventualità era stata effettivamente indicata dall'imputato, l'argomentazione difensiva in cui tale asserzione era stata inserita, era volta a dimostrare la diversità del fatto, diversità che invece il giudice di legittimità non ritenne sussistere. V. FIDELBO, *ibidem*

⁸³ CASS. PEN SEZ. III 34900/2011

⁸⁴ CORBO- FIDELBO, *op. cit.*, p. 19

⁸⁵ V. *supra* par. 2.5.

⁸⁶ CASS. PEN SEZ. II 21170/2013

Bisogna, tuttavia, riconoscere che, seppur non numerose, si riscontrano alcune pronunce che si spingono ad approfondire maggiormente il tema dei rapporti tra principio del contraddittorio e riqualificazione del fatto in appello. In particolare, in una di esse,⁸⁷ si è enunciato il principio di diritto per cui <<l'obbligo di informazione dell'imputato sussiste solo quando il titolo del reato ravvisato sia più grave, posto che solo in tal caso l'imputato viene a subire dalla modifica della definizione giuridica del fatto conseguenze sfavorevoli>>.⁸⁸ Benché quest'ultimo assunto non paia pienamente condivisibile,⁸⁹ certamente, però, tale sentenza ha il merito di confermare, *a contrario*, che, quando il titolo di reato ipotizzato dal giudice di appello sia più grave, l'imputato ha il diritto ad essere *informato* della possibilità di riqualificazione. Ancor più significativa, ed apprezzabile è, poi, una pronuncia del 2010 in cui, in modo chiaro, si asserisce: <<il diritto al contraddittorio e alla difesa anche in ordine alle questioni giuridiche di qualificazione del fatto deve essere garantito, normalmente, nella stessa fase in cui si verifica la modificazione dell'imputazione, considerato che l'impugnazione non sempre può avere un effetto equipollente al mancato contraddittorio [corsivo nostro]>>.⁹⁰ In sole due pronunce⁹¹ si arriva, infine, all'espressa affermazione per cui <<deve sempre ritenersi illegittima la riqualificazione operata di ufficio in sentenza da parte del giudice di appello senza il preventivo contraddittorio con l'imputato [corsivo nostro]>>,⁹² e colpisce, in particolare, la forza con cui la prima tra tali sentenze stabilisce che la disposizione contenuta nell'art. 521, I, c.p.p. <<deve essere letta in coordinazione con l'art. 6, comma 3, lett. a) e b) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, [che, ndr.] secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, esige che l'imputato, una volta informato dell'accusa, sia anche messo in condizione di poter discutere su ogni profilo che investe i fatti contestatigli e la qualificazione giuridica ad essi attribuita>>.⁹³

⁸⁷ CASS. Pen Sez. VI 24631/2012

⁸⁸ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 20

⁸⁹ V. *supra* par. precedente

⁹⁰ CASS. PEN. SEZ. VI 20500/2010.

⁹¹ CASS. PEN. SEZ. V 6487/2011 e CASS. PEN. SEZ. VI 10148/2012. Per altro quest'ultima sentenza è stata resa nell'ambito di un procedimento di prevenzione, a dimostrazione che, come si è detto nel precedente capitolo, il tema dei rapporti tra contraddittorio e riqualificazione giuridica del fatto, si pone anche in contesti extraprocessuali.

⁹² CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 23

⁹³ CASS. PEN. SEZ. V 6487/2011

Passando, da ultimo, a considerare gli orientamenti in tema di riqualificazione del fatto nel giudizio di primo grado, <<la gamma delle soluzioni risulta, anche in ordine a questa tipologia di vicende processuali, abbastanza articolato>>.⁹⁴ Peraltro, pure nel novero di tali ipotesi, pare emergere una sotto distinzione a seconda che <<la riqualificazione sia operata da un giudice di primo grado la cui decisione sia impugnabile in appello>>⁹⁵ oppure che <<la riqualificazione sia operata da un giudice di primo grado la cui decisione sia impugnabile solo davanti alla Corte di Cassazione>>.⁹⁶ Nella prima ipotesi, coerentemente con quanto fino ad ora si è detto, <<la giurisprudenza di legittimità in genere risulta orientata nel senso di escludere la sussistenza di invalidità processuali>>⁹⁷ a seguito dell'esercizio officioso, e naturalmente a sorpresa, del potere di *immutatio iuris*, che, dunque, non si ritiene dover essere assoggettato a forme di previa interlocuzione dialettica.⁹⁸ Nella seconda, invece, accanto ad una decisione che <<ha ritenuto la possibilità di procedere ad una nuova qualificazione del fatto direttamente in sentenza>>⁹⁹, si colloca una – fondamentale - pronuncia¹⁰⁰ da cui è possibile estrarre il seguente principio di diritto: <<è causa di nullità di ordine generale a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa, la riqualificazione dell'imputazione senza previo contraddittorio, per quanto più favorevole per l'imputato [corsivo nostro]>>.¹⁰¹ Vista la rilevanza di tale assunto, vale la pena soffermarsi brevemente sui passi motivazionali più importanti della decisione. La Corte, innanzitutto, prende atto che l'art. 111, III, Cost. , trasposizione dell'art. 6, III, lett. a) CEDU, sancisce il diritto della persona accusata di un reato ad essere informata della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico e sottolinea che il riferimento espresso alla natura

⁹⁴ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 24

⁹⁵ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 26

⁹⁶ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 24

⁹⁷ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 26

⁹⁸ In questo senso, CASS. PEN. SEZ. V 7984/2012 per la quale, <<il potere di riqualificazione giuridica del fatto “*ex officio*” è legittimamente esercitato quando l'imputato o il suo difensore abbia avuto nella fase di merito la possibilità comunque di interloquire ..., anche attraverso l'ordinario rimedio dell'impugnazione avverso la sentenza del primo grado [ovvero, *ndr.*] quando la diversa qualificazione giuridica appare come uno dei possibili epiloghi decisori del giudizio stante la riconducibilità del fatto storico ... ad una limitatissima gamma di previsioni normative alternative, per cui l'eventuale esclusione dell'una comporta, inevitabilmente, l'applicazione dell'altra>>.

⁹⁹ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 25

¹⁰⁰ CASS. PEN. SEZ. I 18590/2011

¹⁰¹ CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 24

dell'accusa fa sì che l'obbligo di informazione <<impon[ga] [...] pure la enunciazione giuridica dei fatti addebitati che necessariamente concorre a definire la natura>>. <<Solo così>> si afferma <<è assicurata nella sua interezza, la possibilità di un effettivo esercizio del diritto di difesa nel "giusto processo" attraverso il quale si attua la giurisdizione>>. La pronuncia osserva, poi, che l'art. 521 c.p.p., apparentemente dissonante dai principi appena enucleati, è, invece, suscettibile di interpretazione costituzionalmente orientata la quale <<escludendo la possibilità dell'attuazione "a sorpresa" del potere di nuova (e diversa) qualificazione della condotta, ne condiziona l'esercizio alla preventiva promozione a opera del giudice del contraddittorio tra le parti sulla *questio iuris* relativa>>. Da tali asserzioni la Corte fa discendere la conclusione per cui si verifica una violazione del diritto di difesa e si produce una nullità ex art. 178, I, lett. c) c.p.p. se la riqualificazione avviene a sorpresa, anche se si dovesse trattare di una derubricazione. In quest'ultimo caso, infatti, benché <<la posizione dell'imputato risulti meno gravata>>, residua il pregiudizio per il diritto di difesa; <<la difesa, infatti, ben può diversamente atteggiarsi (quanto alle opzioni strategiche) e modularsi (sul piano tattico), in rapporto alla differente qualificazione giuridica della condotta, rispetto alla quale, oltretutto, le emergenze processuali assumono, a loro volta, nuova e diversa rilevanza>>.

Orbene, volendo trarre qualche spunto di riflessione da un panorama giurisprudenziale così fluido, sono poche le sentenze che mostrano di aver completamente *metabolizzato* gli assunti della giurisprudenza CEDU in materia di riqualificazione, ben calandoli nella dimensione - in parte diversa, come si dirà subito - della legalità processuale nazionale. La maggior parte delle decisioni, invece, o pare rimasta sostanzialmente indifferente ai *dicta* dei giudici di Strasburgo o, al contrario, sembra rivelare un contegno di <<apertura incondizionata all'esterno>>,¹⁰² quasi che <<la soluzione europea sia così forte da imporsi [...] "costi quel che costi">>.¹⁰³ Entrambi gli atteggiamenti, però, seppure per motivi opposti, rischiano di essere forieri di gravi inconvenienti. Nel primo caso, si pone la concreta eventualità di future violazioni delle prescrizioni convenzionali, con pesanti conseguenze sia a livello generale, per lo Stato italiano, che individuale, per il soggetto leso nelle proprie prerogative;¹⁰⁴ nel secondo, il pericolo è di sacrificare eccessivamente

¹⁰² CAIANIELLO, *L'adeguamento alle sollecitazioni europee*, op. cit., p.5

¹⁰³ CAIANIELLO, op. cit., p.3

¹⁰⁴ V., *supra*, *amplius*, par. 1.3.

l'esigenza di legalità,¹⁰⁵ finendo, paradossalmente, con il pregiudicare lo stesso imputato, nella misura in cui la disciplina nazionale possa, *adeguatamente reinterpretrata*, come si dirà a breve, condurre ad un trattamento per costui addirittura più garantista di quello richiesto dalla CEDU. Quest'ultimo punto merita particolare attenzione. E' chiaro che le conclusioni a cui è pervenuta la giurisprudenza della Corte EDU in materia di riqualificazione del fatto (necessità di un previo confronto dialettico sul *nomen iuris*, ma mitigata da una serie di eccezioni) si giustificano pienamente solo considerando le peculiarità del modello di giustizia convenzionale; la Corte di Strasburgo guarda, cioè, alla *fairness* del processo, inteso come complessiva vicenda giudiziaria, verificando se, in un'ottica di insieme, i diritti sanciti dalla Convenzione possano dirsi rispettati. Differente dovrebbe, invece, essere l'approccio del giudice interno. <<Cassazione e Corte europea dovrebbero utilizzare "categorie giuridiche diverse": la prima deve basare il proprio giudizio sulle regole codicistiche e, riscontrata la difformità degli atti processuali rispetto alla loro fattispecie, eventualmente dichiararne l'invalidità; i giudici di Strasburgo hanno invece come unico faro il concerto di "equità", il cui contenuto per sua natura generale e relativo dipende dalla valutazione che ne dà la Corte europea e dai diritti che essa ritiene, per via interpretativa, essere implicitamente garantiti dall' art. 6 CEDU>>.¹⁰⁶ Detto altrimenti, <<la nostra Corte di legittimità è un giudice delle regole e non dei diritti: accertata la violazione di una regola processuale, posta a pena di invalidità, non ci si dovrebbe ulteriormente domandare se quella determinata inosservanza abbia leso in concreto, un qualche interesse, o diritto. Queste considerazioni sono state svolte a monte, dal legislatore, quando ha stabilito che la violazione di quella determinata regola avrebbe comportato un'invalidità>>.¹⁰⁷ A ciò si aggiunga un'altra fondamentale considerazione. Come si è accennato a suo tempo,¹⁰⁸ benché i testi degli artt. 6 CEDU e 111 Cost. siano quasi identici, il primo concepisce i principi del giusto processo quali diritti individuali fondamentali, la seconda quali principi regolatori della giurisdizione. La differenza, lo si è visto, non è di poco conto. Se, infatti, nella dimensione oggettiva è sicuramente ricompresa quella soggettiva, la prima

¹⁰⁵ Denuncia tale rischio, PIERRO, *op. cit.*

¹⁰⁶ CABIALE, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella CEDU) a strumento di legittimazione nella prassi (in Cassazione)*, in "Cass. pen." n. 1/2015, p. 224-225

¹⁰⁷ CABIALE, *op. cit.*, p. 225. Su tali temi so avrà modo comunque di tornare.

¹⁰⁸ V., *amplius*, par.1.1.

implica un *quid pluris*. Perché un processo possa dirsi oggettivamente giusto, infatti, vanno osservate *tutte* le regole da cui il predicato di giustizia dipende, senza che sia possibile effettuare una valutazione complessiva in un'ottica teleologico – funzionalistica e quindi ritenere complessivamente “indolore” la violazione di una tra esse. Applicando lo stesso *modus decidendi* della Corte di Strasburgo, cioè compiendo una “valutazione complessiva di giustizia”, *sub specie* di effettiva lesione al diritto di difesa, la Suprema Corte sembra, invece, avere trasposto tutte le deroghe al principio del previo contraddittorio sul *nomen iuris* ¹⁰⁹ - *in primis* la fungibilità tra contraddittorio preventivo e

¹⁰⁹ Senza considerare che la Cassazione pare impiegare la stessa logica anche quale strumento di legittimazione della prassi interna; particolarmente, in relazione alla controversa teoria funzionale del fatto ed all'esercizio, quantomeno *disinvolto*, del potere di riqualificazione (Cfr. CABIALE, *op. cit.*, p. 223 al quale si rinvia per ampie riflessioni sul tema). Sul punto sembra utile qualche breve considerazione, in quanto si tratta di temi che riguardano da vicino l'oggetto di questa ricerca Per teoria funzionale del fatto, si intende l'orientamento giurisprudenziale (aspramente criticato in dottrina per il suo carattere, almeno, *praeter legem*, e pregiudizievole per l'imputato) secondo il quale <<per aversi mutamento radicale 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 per il diritto di difesa*. [...] L'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto [di correlazione fra accusa e sentenza, *ndr.*] *non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza* perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, *la violazione è 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* [corsi nostri]>>. (Cass. S.U. 16/1996, Di Francesco). Orbene, quando, all'applicazione della teoria funzionale si somma un esercizio “disinvolto” del potere di riqualificazione, si dà vita al fenomeno del cd. “doppio scarto della sentenza dall'accusa” (l'espressione è di CAPONE, *op. cit.*, p.62) ancora più rischioso per l'imputato. Infatti, nel momento in cui, conformemente alla teoria funzionale del fatto, durante il dibattimento e senza alcuna nuova contestazione, il *thema decidendum* venga “alterato”, poiché ai fatti formalmente contestati si sostituisca un fatto diverso, <<l'imputato sa almeno che la fattispecie astratta costituisce l'esito terminale necessario di ogni inferenza probatoria>>; (CAPONE, *ibidem*) sa, cioè, che quel fatto diverso al quale si riferiscono gli elementi di prova formati in dibattimento, rileva in tanto in quanto esso integri la fattispecie incriminatrice originariamente contestatagli. Egli, quindi, può mirare a confutare la sussistenza di quel fatto, negando la connessione logica tra esso e gli elementi di prova suddetti, al fine di dimostrare la mancata verifica del reato delineato dalla norma sussistente. <<Ma quando si perde perfino il riferimento alla fattispecie astratta contestata, l'imputato si trova di fronte a una impossibilità logica e giuridica di difendersi>>. (CAPONE, *ibidem*) L'accusato, in pratica, non sa più entro quale fattispecie quel diverso fatto potrà essere sussunto ed è dunque costretto a difendersi “alla cieca”, potendo, per assurdo, finire egli stesso per suggerire al giudice, con le proprie argomentazioni, una fattispecie incriminatrice fino a quel momento neppure ipotizzata. Ciò, in particolare, rischierebbe di avvenire allorché il difensore cercasse, preventivamente, di smentire la riconducibilità del fatto a tutte le possibili norme penali astrattamente prospettabili ma così facendo fosse

contraddittorio successivo in sede di impugnazione - individuate dalla giurisprudenza convenzionale senza adeguatamente verificare la loro coerenza con l'assetto di tutele costituzionale sancito dall'art.111 Cost.¹¹⁰ In particolare occorre chiedersi se per la nostra Costituzione il potere di riqualificazione debba essere preceduto sempre, in *ogni grado* del giudizio, dal contraddittorio o, piuttosto, tale garanzia non sia *superflua* e dunque *obliterabile* quando la sentenza sia impugnabile (a sua volta distinguendosi, in qualche pronuncia, in base ai poteri del giudice di impugnazione).

3.5. L'ESEGESI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DELL'ART. 521, I, C.P.P.

A ben vedere, la soluzione a tale interrogativo discende direttamente dalla lettura che si proponga dell'articolo 111 della Costituzione. Riprendendo quanto più ampiamente detto a sui tempo,¹¹¹ se si ritiene che tale previsione: abbia positivizzato il principio per cui la natura ed i motivi vadano considerati quali oggetti indefettibili, ed *inseparabili*, del diritto di informazione sull'accusa; che il diritto di informazione sull'accusa sia strumentale all'esercizio del diritto di difesa; che il diritto di difesa abbia il proprio cardine fondamentale nel contraddittorio; che il contraddittorio sia, a sua volta, il perno su cui si regge il giusto processo; e che il giusto processo sia il metodo *oggettivo di esercizio della giurisdizione*,¹¹² allora non può non dedursi che il contraddittorio debba precedere ogni estrinsecazione del potere giurisdizionale che voglia qualificarsi come *giusta* e che esso debba concernere, senza distinzioni, *la natura ed i motivi dell'accusa*. Il confronto dialettico sulla riqualificazione giuridica del fatto va, dunque, garantito *in ogni fase del*

proprio lui a "ispirare" al giudice la qualificazione giuridica da attribuire in caso di condanna; senza contare che, ipotizzare un siffatto onere per il difensore, significherebbe rimanere <<ancorat[i] ad un'idea di fondo collaborativa della difesa, che può costringere ad una scelta tragica tra il rischio connesso ad un eccesso di prudenza e quello connesso ad un eccesso di diligenza>>. (CAPONE, *ibidem*) In sostanza, volendo sintetizzare, con la prassi del doppio scarto, <<il giudice, prima, costruisce un fatto "diverso" da quello ipotizzato dall'accusa e poi, in via di mera conseguenza, lo sussume in una fattispecie legale altrettanto "diversa">>. (CAPONE, *ibidem*)

¹¹⁰ V., *infra, amplius*, par. successivo

¹¹¹ V., *supra, amplius*, par. 1.1.

¹¹² Tutti assunti su cui l'accordo nella dottrina costituzionalistica e processualistica è massimo e che, del resto, sembrano trovare un solido ancoraggio teorico/dogmatico nelle riflessioni compiute nei precedenti capitoli.

procedimento in cui il giudice abbia il potere di modificare il *nomen iuris*¹¹³ ed, anzi, l'esercizio di tale prerogativa non può dirsi legittimo, se non preceduto proprio dal contraddittorio, essenza della funzione giurisdizionale.¹¹⁴ Allora, ciò che per la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, è sufficiente, e cioè che l'imputato abbia avuto almeno un'occasione per contraddire sul *nomen iuris*, durante tutto l'arco del processo, <considerato *as a whole*>>,¹¹⁵ non pare abbastanza per la Costituzione che sembra pretendere un *quid pluris*, ossia che ogni mutamento della qualificazione giuridica del fatto che avvenga in un contesto *giurisdizionale*, sia preceduto dal contraddittorio.¹¹⁶ L'assetto della disciplina costituzionale ora descritto porta a concludere che l'art. 111 Cost. pone una tutela dei diritti processuali *più capillare e pervasiva* dello stesso art. 6 CEDU, perché, avendo elevato a requisiti oggettivi della giurisdizione quelli che nella Convenzione sono "solo" diritti individuali, richiede il rispetto di codesti diritti in ogni momento in cui la *potestas iuris dicendi* si manifesta.¹¹⁷ Tale esito interpretativo è, del resto, coerente con la teoria del *minimum standard*,¹¹⁸ per cui la CEDU, pone un livello minimo di tutele innalzabile da

¹¹³ D'altronde <<mentre davanti al Collegio di Strasburgo si guarda al procedimento come un *unicum*, un insieme complessivo, senza tenere in considerazione la suddivisione in fasi, stati e gradi, ciò non appare praticabile quando si tratti di tradurre i principi espressi in quella sede all'interno della disciplina codicistica: qui le menzionate distinzioni [...] devono essere tenute ben presenti>> (CAIANIELLO, *op. cit.*, p.174-175)

¹¹⁴ In questo senso, SCULCO, *op. cit.*, p. 640 per la quale è <<fondamentale che, anche nei due gradi di merito, la sentenza sia sorretta, in ogni suo punto, dal corrispondente contraddittorio tra le parti>> D'altronde, nota, RAFARACI, *op. cit.*, p. 301 <<la funzione giurisdizionale proprio perché tale dovrebbe fondare ogni suo epilogo sulla premessa del contraddittorio>>.

¹¹⁵ GIUNCHEDI, *ibidem*

¹¹⁶ <<Non appa[re] ammissibile la modifica della qualificazione giuridica operata nella sentenza senza aver posto la difesa in grado di esercitare il contraddittorio, dal momento che, così facendo, si arriverebbe ad emettere un atto potenzialmente conclusivo del giudizio senza aver dato modo all'imputato di esercitare il diritto a tutelare la propria posizione>>. Così CAIANIELLO, *op.cit.*, p.175.

¹¹⁷ Cfr. SCOZZARI, *Brevi riflessioni in tema di qualificazione giuridica del fatto in sentenza alla luce del principio di correlazione tra accusa e sentenza*, in www.penale.it, p. 2. Secondo l'A. la mancata informazione sulla possibilità di riqualificazione dell'accusa determina violazione del <<diritto di difesa ex artt. 24 e 111 Cost., diritto che deve essere garantito in ogni stato e grado del procedimento, anche nel giudizio di primo grado>>. Del resto, se si ritenesse <<ammissibile la modifica della qualificazione giuridica operata nella sentenza senza aver posto la difesa in grado di esercitare il contraddittorio [...] si arriverebbe ad emettere un atto potenzialmente conclusivo del giudizio senza aver dato modo all'imputato di esercitare il diritto a tutelare la propria posizione>>. (CAIANIELLO, *op. cit.*,p.175)

¹¹⁸ V., *supra*, cap. 1

ciascuno Stato; sicché nulla vi sarebbe di eccentrico nell'affermare che un processo ben potrebbe dirsi giusto ai sensi del parametro convenzionale (art.6 CEDU) ed ingiusto per quello costituzionale (art.111 Cost.). E' necessario perciò, a questo punto, domandarsi se la legislazione positiva, che a tali principi storicamente non si è ispirata,¹¹⁹ consenta, tuttavia, attraverso una cd. interpretazione costituzionalmente orientata,¹²⁰ di recepire i dettami che discendono dall'art.111 Cost., prima ancora che dall'art. 6 CEDU,¹²¹ oppure se sia imprescindibile un apposito intervento additivo del Giudice delle Leggi.¹²²

¹¹⁹ Il che emerge chiaramente, come visto, la Relazione al progetto preliminare del codice.

¹²⁰ Cfr. PINO, *Limiti alla diversa definizione giuridica del fatto secondo interpretazione costituzionalmente orientata*, www.pandette.it, p.1 e ss.

¹²¹ In base a quanto detto finora, il piano dell'interpretazione costituzionalmente conforme va tenuto distinto da quello dell'esegesi convenzionalmente orientata. Si è detto, infatti, come, dinnanzi ad un mutamento in sentenza ed a sorpresa del *nomen iuris*, la Corte di Strasburgo ritenga sufficiente, perché non debba considerarsi violato il diritto al *fair trial*, che sia offerta all'imputato la possibilità di impugnare la sentenza operante la riqualificazione davanti ad un giudice di secondo grado dotato di ampi poteri di cognizione. Orbene, si è a suo tempo osservato come, *con certezza*, già adesso il nostro ordinamento consenta un consimile diritto all'imputato; chi, cioè, ai sensi dell'art. 521, I, c.p.p., si veda, senza preavviso, riqualificato il fatto in sentenza di condanna può, nei motivi di appello, tra l'altro, contestare la decisione del giudice di prime cure sul punto del titolo di reato. Pertanto, benché l'affermazione possa apparire *prima facie* paradossale, l'art. 521, I, c.p.p., *non ha bisogno di alcuna interpretazione convenzionalmente orientata perché la sua applicazione non determina alcun vulnus all'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo*. E, la stessa cosa, seppur con un minor tasso di sicurezza, viste le differenze tra cognizione del giudice di appello e del giudice di legittimità, può dirsi per l'art. 597 c.p.p.; anche qui, chi si veda modificato il *nomen iuris* dal giudice di seconde cure, può, tranquillamente, contestare questa decisione in Cassazione ai sensi dell'art. 606, I, lett.b), senza che si produca alcuna violazione dell'art. 6 CEDU. L'unico problema nei rapporti tra disciplina del processo penale interno e Convenzione, sta nella riqualificazione in Cassazione, perché, ovviamente, la decisione della Suprema Corte non è più utilmente impugnabile; in questi casi, tra cui non casualmente rientrava proprio la vicenda Drassich, è effettivamente necessario il previo contraddittori, ma semplicemente perché, in ultimo grado, il contraddittorio successivo non è ontologicamente possibile. Questa interlocuzione preventiva sul mutamento del *nomen iuris* in Cassazione, il nostro sistema non la consentiva e, a tutt'oggi, almeno stando al diritto positivo, non la consente e, perciò, l'Italia è stata condannata nel 2007 dalla Corte di Strasburgo. Solo, in tale contesto, allora, per ripristinare il pieno rispetto della Convenzione, è stata necessaria una lettura correttiva dell'art.521, I, c.p.p. all'esito della quale la Cassazione ha risolto il problema del contraddittorio sul *nomen iuris* nel grado di legittimità disponendo una nuova trattazione del ricorso (vicenda Drassich) o, in un altro caso, <<il rinvio a nuovo ruolo del giudizio [...] onde consentire la difesa anche in ordine all'ipotesi della riqualificazione giuridica del reato>> (CORBO-FIDELBO, *op. cit.*, p. 24. Il riferimento è a Cass. Pen. Sez. VI 4126/2013).

Ovviamente, però, tutto questo discorso non vale quando il parametro di riferimento per la valutazione della disciplina positiva cambi e, dall'art. 6 CEDU, si passi ad assumere come punto di riferimento l'art. 111 Cost. Infatti, come si è provato a dimostrare, nella prospettiva

Tale interrogativo si è effettivamente posto all'attenzione della Corte Costituzionale che si è pronunciata con sentenza 103/2010. Il giudice *a quo*¹²³ dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 424, 429 e 521, I, c.p.p., in riferimento all' art. 117 Cost. ed agli artt. 3, 24 e 111 Cost, <<nella parte in cui consentono al g.u.p. di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione ad un fatto qualificato, di ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza consentire il previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto, chiedendo al p.m. di modificare la qualificazione giuridica del fatto e, in caso di inerzia dell'organo di accusa, disponendo la trasmissione degli atti al medesimo p.m>>. ¹²⁴ Al di là delle specifiche problematiche inerenti al caso di specie,¹²⁵ riguardante, come evincibile dal citato dispositivo dell'ordinanza, il

della norma costituzionale, *il contraddittorio sul nomen iuris deve necessariamente precedere ogni sentenza*, indipendentemente dal grado in cui venga resa, che contenga una modificazione del *nomen iuris*. E allora sì che qui è necessario provare ad esperire una interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 521, I, Cost. perché, tale disposizione, oggi, un simile contraddittorio non lo prevede.

¹²² In questo senso v. CAIANIELLO, *op. cit.*, p.171 per il quale <<vi è forse da dubitare, alla luce del parametro costituzionale richiamato [art. 111, III, Cost., *ndr.*] della legittimità dell'art.521 c.p.p. nella parte in cui non impone all'autorità giudicante alcun dovere di previa comunicazione a favore dell'imputato, ove ritenga di dover cambiare la denominazione del fatto d'imputazione, né concede ad esso alcun termine per poter intervenire attivamente sul nuovo *thema decidendum* attraverso l'esercizio del contraddittorio>>. Conf. AIMONETTO, *op. cit.*, p. 1527: <<con la riscrittura dell'art.111 Cost. si è previsto [...] che il diritto alla conoscenza dell'accusa concerna anche il tema della qualificazione giuridica; e dunque la questione di legittimità potrebbe avere quale parametro diretto lo stesso art. 111 comma 3 Cost.>> Nel senso di cui al testo, ancor più nettamente ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 787: <<il parametro da far valere di fronte alla Consulta sarebbe, senz'altro, l'art. 111, comma 3, Cost.>>. Per l'A, comunque,<<si potrebbe fare leva *anche* sull'art.117, comma 1 Cost.>> Tranciante, infine, LOGRILLO, *op. cit.*, p. 2: <<l'articolo 521 c.p.p. [...] si pone in contrasto già con la nostra Carta Costituzionale violando l'art 111 Cost. così come modificato dalla legge costituzionale n.2 del 1999, modifica che ha elevato la regola del contraddittorio a rango costituzionale, dotandolo di un ruolo apicale all'interno dei principi che informano il processo penale>>.

¹²³ Tribunale di Lecce

¹²⁴ Ord. Trib. Lecce del 06/04/2009

¹²⁵ In estrema sintesi: il giudice dell'udienza preliminare aveva reputato scorretto l'inquadramento giuridico della domanda penale ed aveva esortato il pubblico ministero a "correggere il tiro" sussumendo il fatto sotto diversa e più congrua fattispecie; dinnanzi all'inerzia dell'accusa era stato lo stesso g.u.p. a provvedervi in sede di emanazione del decreto che dispone il giudizio. Nel giudizio di primo grado i difensori avevano denunciato l'abnormità del suddetto decreto in quanto, a loro detta, davanti all'inerzia del pubblico ministero successiva all'invito di modificare il *nomen iuris* rivoltagli dal g.u.p., tale operazione non avrebbe potuto esser compiuta dal giudice medesimo che avrebbe, invece, dovuto restituire gli atti, sulla falsariga di ciò che avviene nelle ipotesi di diversità del fatto (v. nel testo e *supra* par. 2.5) Il Tribunale di Lecce condivideva l'impostazione di fondo della

contesto dell'udienza preliminare, l'autorità giudiziaria remittente mostrava di reputare costituzionalmente illegittima la l'assenza nell'ordinamento di una norma che preveda come obbligatorio il confronto dialettico sul tema della qualificazione giuridica del fatto quale condizione per il legittimo esercizio del potere di *immutatio nominis* in sentenza ed invocava conseguentemente la parificazione dell'ipotesi nella quale il giudice ritenga essere il fatto diverso da come descritto nella richiesta di rinvio a giudizio a quella, rilevante nel caso di specie, in cui il fatto sia stato erroneamente qualificato.¹²⁶ In ambo i casi, per il giudice *a quo*, la legge avrebbe dovuto obbligare il g.u.p. ad invitare il pubblico ministero a correggere, in fatto od in diritto, l'atto di promovimento dell'azione penale e, in caso di inerzia dell'accusa, prevedere la restituzione degli atti allo stesso pubblico ministero. Come visto a suo tempo,¹²⁷ questa è oggi, dopo un travagliato confronto tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale, la soluzione affermata laddove in udienza preliminare il fatto risulti diverso; qualora, invece, il fatto sia solo giuridicamente male qualificato, l'applicazione analogica dell'art. 521 c.p.p. al contesto dell'udienza preliminare, priva di un'apposita disciplina in materia, fa sì che il g.u.p. possa ben riquilificare il fatto a sorpresa ed emanare il decreto che dispone il giudizio per un reato diverso da quello originariamente individuato dal pubblico ministero. Appunto questa è la disciplina che veniva sospettata di illegittimità costituzionale dall'autorità giudiziaria rimettente. La Corte Costituzionale pronunciava sentenza di inammissibilità per difetto di rilevanza, in quanto il giudice *a quo* non avrebbe sufficientemente motivato sul perché il fatto andasse considerato come diversamente qualificato e non come diverso. Ciò che però più rileva ai fini di questa ricerca è il prosieguo del ragionamento del Giudice delle Leggi perché questi scendeva a considerare taluni aspetti più specifici della problematica della riquilificazione, quantunque dalla scelta di usare una pronuncia di inammissibilità, trasparisse una <<sottintesa riluttanza della Corte ad impegnarsi nella'affrontare nel

doglianza difensiva ma riteneva che sul punto fosse necessario l'intervento del Giudice delle Leggi nei termini individuati nel testo.

¹²⁶ In questo senso, QUATTROCOLO, *Riquilificazione del fatto: una parola ma non conclusiva, della corte costituzionale*, in "Legislazione penale", 2010, 3, p. 2. Per completezza c'è da dire che il giudice *a quo* ipotizzava nell'ordinanza anche una soluzione alternativa e cioè che potesse essere previsto per il g.u.p. l'obbligo di procedere alla riquilificazione del fatto direttamente in corso di udienza prima della decisione; lo stesso Tribunale di Lecce, però, subito dopo, scartava la soluzione ritenendo che essa avrebbe violato i principi di terzietà ed imparzialità del giudice.

¹²⁷ Par. 2.5.

merito una questione sicuramente spinosa>>.¹²⁸ Il collegio riteneva che il giudice rimettente avesse sollecitato <<una pronuncia additiva, non avente carattere di soluzione obbligata, ma rientrante nell'ambito di scelte discrezionali riservate al legislatore>>; soluzione, che, per altro, non sarebbe stata <<l'unica possibile>> e che, comunque, avrebbe comportato, se accolta, <<la parificazioni di situazioni processuali tra loro non omogenee, quali l'accertamento che un fatto debba essere diversamente qualificato e la constatazione che il fatto è differente da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio >>. La Corte concludeva ritenendo che la <<la decisione richiesta [...] coinvolgendo scelte relative alla conformazione della disciplina processuale, [sarebbe] rientrata nella discrezionalità del Parlamento>> come sarebbe stato dimostrato proprio dalla più volte citata Relazione preliminare al codice di procedure penale nella quale – come si ricorderà - il legislatore della riforma aveva valutato, per poi scartarle, una serie di alternative a quella che sarebbe divenuta la disciplina della riqualificazione in primo grado. Orbene, come è evidente dal breve riepilogo dei passi più significativi della pronuncia, la Corte tace sul nodo più importante e cioè se sia costituzionalmente compatibile una disciplina che non preveda un previo contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto come preconditione per una *immutatio nominis* in sentenza.¹²⁹ Il Giudice delle Leggi si limita solo a dire, invero condivisibilmente, che le esigenze garantistiche evidenziate dall'ordinanza di rimessione, possono essere soddisfatte senza necessariamente addivenire ad un intervento additivo della Corte che parifichi situazioni processuali effettivamente non omogenee – fatto diverso e fatto diversamente qualificato; l'omologazione, infatti, non sarebbe <<l'unica soluzione possibile>>. Peraltro, pur se ponendosi in linea di continuità con l'indirizzo tradizionale della giurisprudenza italiana, la Corte non sembra *chiudere la porta* ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 521, I, c.p.p. che, senza intaccare il potere del giudice di qualificare il fatto, lo subordini a forme di tutela dei diritti di difesa. Anzi, dal riferimento alla Relazione ed alla <<discrezionalità del legislatore>>, pare quasi che il Giudice delle Leggi, presa coscienza del problema del contraddittorio sul *nomen iuris*, pur,

¹²⁸ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 4

¹²⁹ In questo senso anche BIONDI, *op. cit.*, p.11 <<il giudice delle leggi, senza “spendere neppure un argomento in ordine alla questione della conformità della disciplina interna ai principi affermati dalla Corte EDU in tema di modifiche giuridiche dell'imputazione rispetto all'equità processuale, che costituiva il punto centrale della questione di legittimità costituzionale sottoposta alla sua attenzione>>.

evidentemente, non ritenendolo di particolare “gravità costituzionale”, auspichi - molto velatamente, è da dire - proprio un intervento del legislatore che “ripensi” le scelte del 1988. Ed è proprio analizzando le alternative ipotizzate nella Relazione preliminare al codice di procedura penale che può darsi risposta positiva all’interrogativo formulato poco sopra, e cioè se sia possibile un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 521, I, c.p.p. A tale riguardo va innanzitutto ricordato come la Relazione avesse preso in considerazione o la possibilità di parificare la disciplina delle modificazioni *in facto* a quelle *in iure* oppure <<la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica, consentendo *la discussione* sul punto>> Orbene, la prima opzione, scartata dal legislatore e non auspicata, si è visto, neppure dalla Corte costituzionale, viene salutata con favore da parte della dottrina che sottolinea come <<si offrirebbe, così, una tutela effettiva e concreta all’accusato, il quale potrebbe disporre di termini a difesa, chiedere nuove acquisizioni probatorie, ovvero, nei limiti consentiti scegliere un rito premiale in ordine al diverso addebito>>¹³⁰ Ed in effetti, ragionando in astratto, non v’è dubbio che la soluzione più garantista sia questa. Tuttavia vi sono almeno tre ragioni che sconsigliano di propendere per l’applicazione della disciplina concernente il fatto diverso all’ipotesi di riqualificazione. Innanzitutto, non sembra una scelta sufficientemente rispettosa del canone di ragionevole durata del processo. Ora, come detto,¹³¹ il legislatore del 1988 ha enfatizzato in modo probabilmente eccessivo questa preoccupazione, finendo per mantenere, a causa del timore di dilatare eccessivamente i tempi della giustizia, lo *status quo ante*; ciononostante, l’economia processuale è pur sempre un valore costituzionale - oggi espressamente tutelato dall’art. 111, II, Cost. - di cui occorre avere riguardo quando vi sia la possibilità di scegliere tra due opzioni che forniscano *entrambe* sufficienti garanzie di tutela del contraddittorio, ma una, pur se in se preferibile, leda maggiormente il canone della speditezza.¹³² In secondo luogo, la tesi della parificazione non sembra del tutto coerente con i presupposti teorici relativi alla *quaestio facti* e *quaestio iuris*; essa, cioè, esaspera

¹³⁰ ZACCHÈ, *op. cit.*, p. 787. Conf. SANTORIELLO, *op. cit.* p.9

¹³¹ V., *supra*, *amplius*, cap. 2

¹³² <<La regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari, per quanto sistematicamente ineccepibile, rischia di entrare in lotta di collisione, di diritto (in relazione all’art. 111, II, Cost.) e di fatto (per la drammatica situazione in cui versa l’amministrazione della nostra giustizia) con l’esigenza di assicurare una ragionevole durata del processo>> CAPONE, *op. cit.*, p. 79.

eccessivamente le pur corrette critiche alla impostazione tradizionale della netta separazione tra fatto e diritto, finendo per omologare concetti che, seppur fortemente intersecati, sono e devono rimanere distinguibili.¹³³ In terzo ed ultimo luogo, soprattutto, questa soluzione ben difficilmente potrebbe essere accolta in via ermeneutica, mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata di cui adesso si sta trattando, necessitando di un espresso intervento normativo, esattamente come segnalato dalla Corte Costituzionale. Sul punto occorre precisare che certamente un provvedimento del legislatore in materia di modifiche del *nomen iuris* e tutela del diritto di difesa sarebbe auspicabile in quanto, a tacer d'altro, <<solo con un intervento normativo [...] il contraddittorio sulla riqualificazione della fattispecie da mera eventualità lasciata alla discrezionalità del giudice, assurgerebbe a garanzia effettiva>>.¹³⁴ Tuttavia, fintantoché tale intervento non arrivi – e si può ragionevolmente dubitare che ciò avvenga a breve¹³⁵ – è necessario fare i conti con la normativa vigente, cercando di renderla il più possibile coerente con le previsioni costituzionali. E, scartata per le ragioni appena esposte, la tesi della parificazione tra modificazioni in fatto e in diritto, l'unica via che pare percorribile è quella per seconda individuata dalla Relazione: <<la preventiva informazione dell'accusato sulla riqualificazione giuridica>>.¹³⁶ Tale soluzione, infatti, <<non sembra che necessiti di un'implementazione

¹³³ Su tali punti ci si è ampiamente soffermati al par. 2.2. ed anche in questo capitolo. Basti solo ricordare, quindi, che questa è la prospettiva seguita, su tutti, da RAFARACI, *op. cit.*, p.292-293 per il quale è <<possibile distinguere con sufficiente sicurezza il giudizio di fatto da quello di diritto, considerandoli l'uno all'altro avvinti nella "sintesi" della decisione>>.

¹³⁴ PARLATO, *op. cit.* p.1592. L'A. prosegue affermando che <<in mancanza di una riforma in materia, il giudice medesimo rimarrebbe legittimato dal nostro ordinamento a percorrere nuovamente la stessa strada interpretativa [...] censurata dalla Corte europea e, secondo il principio di legalità processuale, non sarebbe tenuto a seguire altre soluzioni la cui scelta resterebbe ancora affidata esclusivamente alla prassi>> Nello stesso senso, RAFARACI, *op. cit.*, p.303 per il quale <<si può pertanto legittimamente indicare nella prassi ciò che, tuttavia, soltanto una norma *ad hoc* potrebbe richiedere in termini di dovere>>.

¹³⁵ D'altronde, il precedente della (mancata) introduzione di uno strumento volto a consentire la rimozione del giudicato formatosi all'esito di un processo dichiarato *unfair* dalla Corte di Strasburgo, non è tranquillizzante.

¹³⁶ CENTAMORE, *op. cit.*, p. 14. Secondo l'A. <<la soluzione che – allo stato della normativa vigente – meglio concilierebbe l'esigenza di garantire la compatibilità convenzionale [ma per quanto detto sarebbe forse meglio parlare di compatibilità costituzionale] del sistema italiano sarebbe forse quella di garantire l'effettività del contraddittorio attraverso il modulo operativo che costituirebbe la sua applicazione logica naturale: la preventiva informazione dell'accusato sulla riqualificazione giuridica>>. Esprime perplessità, che però non sembrano insuperabili, su tale soluzione AIMONETTO, *op. cit.*, p. 1526.

legislativa, essendo già attuabile dal sistema vigente>>,¹³⁷ secondo quanto ha mostrato di ritenere la stessa Corte di Cassazione nell'ambito della vicenda Drassich.¹³⁸ Come si ricorderà, difatti, in quell'occasione il Supremo Collegio ebbe ad affermare¹³⁹ che la previsione di cui all'art.521, I, c.p.p. <<va applicata e interpretata nel senso che la qualificazione giuridica del fatto diversa da quella attribuita nel giudizio di merito, riconducibile a una funzione propria della Corte di cassazione, richiede, però, una condizione imprescindibile per il suo concreto esercizio: l'informazione di tale eventualità all'imputato e al suo difensore, informazione che, qualora manchi una specifica richiesta del pubblico ministero, va formulata dal Collegio con un atto che ipotizzi tale eventualità>>.¹⁴⁰

In questo senso, si è pronunciata la Suprema Corte anche in ulteriore circostanza.¹⁴¹ Dopo aver constatato che l' art. 111, III, Cost. costituisce <<la trasposizione, pressoché letterale, della corrispondente disposizione contenuta nell'art.6, comma 3, lett. a), della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali>>,¹⁴² la Cassazione ha osservato che <<l'inequivocabile tenore della formulazione esclude che l'informazione possa essere limitata ai meri elementi fattuali posti a fondamento dell'accusa e impone, invece, pure la enunciazione della qualificazione giuridica dei fatti addebitati che necessariamente concorre a definirne la "natura" dell'addebito, alla quale l'ordinamento riconnette, in esito all'accertamento giudiziario, le conseguenze sanzionatorie>>.¹⁴³ Di talché, si pone ineludibile la necessità di vagliare la compatibilità tra il potere del giudice di dare al fatto una diversa definizione giuridica da quella contenuta nel capo di imputazione ed il diritto dell'imputato all'informazione sull'accusa sancito dalle disposizioni precedentemente citate; al riguardo, la Corte ha ritenuto che <<*il contemperamento è, certamente, possibile, attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 521 c.p.p. comma 1* la quale, escludendo la possibilità dell'attuazione "a sorpresa" del potere di nuova (e diversa) qualificazione della condotta, ne condiziona l'esercizio alla preventiva

¹³⁷ CENTAMORE, *ibidem*

¹³⁸ V., *amplius, infra*, par. 1.2.

¹³⁹ Con quella che CAPONE, *op. cit.*, p. 74, definisce come <<una sorta di direttiva interpretativa>>.

¹⁴⁰ CASS. PEN. SEZ. VI n. 45807/2008.

¹⁴¹ Il riferimento è alla già citata, v. *supra*, CASS. PEN. SEZ. I n. 18590/2011

¹⁴² CAPONE, *op. cit.*, p. 82

¹⁴³ CASS. PEN. SEZ. I n. 18590/20011

promozione a opera del giudice del contraddittorio tra le parti sulla *quaestio juris* relativa [corsivo nostro]>>. ¹⁴⁴ Sulle modalità e le forme con cui realizzare il contraddittorio preventivo sul *nomen iuris*, però, le ricostruzioni prospettate dalla dottrina sono diverse ed a volte contrastanti. ¹⁴⁵

3.6. (SEGUE) FORME E MODALITA' POSSIBILI DEL PREVIO CONTRADDITTORIO SUL *NOMEN IURIS*

In dottrina si registra ormai un discreto consenso alla tesi della preventiva informazione sulla eventualità di una riqualificazione come valido strumento per promuovere il contraddittorio sul *nomen iuris*.¹⁴⁶ Alquanto diverse sono, tuttavia, lo si è appena anticipato, le proposte in merito a come concretamente realizzare un consimile avviso e su come il confronto dialettico potenzialmente successivo dovrebbe articolarsi. Per altro, le varie soluzioni, pur partendo da alcuni punti comuni, si differenziano a seconda delle peculiarità delle singole scansioni procedurali; da ciò, l'utilità di un'analisi diversificata per ciascun grado del giudizio.

3.6.1. GIUDIZIO DI PRIMO GRADO

In relazione al giudizio di primo grado, tra i nodi più delicati da sciogliere vi è, in primo luogo, quello delle tempistiche entro le quali il giudice dovrebbe addivenire a formulare l'avvertimento, perché, ad esempio, mentre c'è chi ritiene che <<l'esercizio del potere del giudice di dare al fatto una definizione giuridica diversa andrebbe [...] al più tardi collocato entro il termine perentorio della discussione delle questioni preliminari di cui all'art. 491>>¹⁴⁷, non manca chi, all'opposto, afferma che il giudice debba <<provvedervi a dibattimento avanzato>>, ¹⁴⁸ senza contare una serie di ulteriori soluzioni divergenti sia quanto all'individuazione del momento iniziale sia quanto alla determinazione del limite ultimo, a partire dal quale e non oltre il quale, codesto potere andrebbe esercitato. In linea generale pare quasi che ogni ipotesi, nello sciogliere un nodo problematico, apra al contempo un fronte di

¹⁴⁴ CASS. PEN. SEZ. I n. 18590/20011

¹⁴⁵ Ne da conto in tono critico AIMONETTO, *ibidem*.

¹⁴⁶ Cfr. CAPONE, *ibidem*

¹⁴⁷ CAPONE, *op. cit.*, p. 82

¹⁴⁸ RAFARACI, *ibidem*

criticità difficilmente superabile ed in questo quadro risulta estremamente arduo poter dire quale soluzione contempererà al meglio gli interessi in gioco. Così, secondo una prima tesi, la via preferibile sarebbe <<ipotizzare che, a dibattimento chiuso, e quindi in fase oramai deliberativa, il giudice pronunci un'ordinanza con cui, evidenziata la possibilità di attribuire al fatto un diverso *nomen iuris*, sospenda la decisione, dando alle parti la possibilità di chiedere i termini a difesa e una nuova udienza in cui rassegnare nuove conclusioni ed eventualmente indicare nuove prove rilevanti in relazione alla fattispecie criminosa>>. ¹⁴⁹ Questa soluzione avrebbe il pregio di assicurare adeguatamente sia il contraddittorio argomentativo che quello probatorio sul nuovo *nomen iuris*, nella dimensione su esposta, e consentirebbe, altresì, al giudice di prospettare la fattispecie alternativa dopo aver ben ponderato tutti gli aspetti della vicenda processuale dedotta alla sua cognizione. Quest'ultimo dato costituirebbe, però, al contempo, un pericolo da non sottovalutare, perché la biasimevole teoria del doppio scarto tra accusa e sentenza ¹⁵⁰<<rischierebbe di essere definitivamente legittimata da un avvertimento del giudice formulabile a istruzione finita [...] nel quale i profili di fatto e di diritto rischierebbero inevitabilmente per confondersi>>. ¹⁵¹ Paradossalmente, poi, la soluzione in commento, nata proprio per valorizzare al massimo grado i canoni del processo accusatorio, potrebbe, invece, rinverdire <<uno schema più antico: una partita a due nella quale l'imputato [...] si trova nella scomoda posizione di doversi difendere da una precisazione dell'accusa formulata direttamente dal giudice che di fatto rappresenta uno schema anticipato di sentenza>>. ¹⁵² Detto altrimenti, il timore è che il principio del contraddittorio, lungi dall'essere pienamente attuato, finisca col venire <<sostanzialmente tradito>> ¹⁵³ nella misura in cui esso è funzionale <<in primo luogo a garantire l'imparzialità del giudice>>, ¹⁵⁴ imparzialità che qui, invece, verrebbe meno <<perché – senza ipocrisie – è chiaro che la preventiva “informazione” da parte del giudice circa la eventualità che egli stesso si appresti a dare al fatto una diversa qualificazione giuridica altro non è se non la manifestazione del proprio convincimento>>. ¹⁵⁵ Sulla scorta di tali riflessioni, parte della

¹⁴⁹ KOSTORIS *op. cit.*, p. 2524

¹⁵⁰ Su cui v., *supra amplius* in nota

¹⁵¹ CAPONE, *op. cit.*, p. 82

¹⁵² CAPONE, *op. cit.*, p. 76

¹⁵³ CAPONE, *ibidem*

¹⁵⁴ CAPONE, *ibidem*

¹⁵⁵ CAPONE, *op. cit.*, p. 77

dottrina¹⁵⁶ ha addirittura paventato in tali casi il rischio di riconsunzione ex art.37, lett.b) c.p.p.¹⁵⁷ in quanto <<ipotizzare una diversa qualificazione dei fatti implicherebbe un giudizio in termini quanto meno di verosimiglianza dei fatti stessi come descritti nell'imputazione>>.¹⁵⁸ Proprio per ovviare a queste ed altre controindicazioni, si è così proposto di collocare il potere di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica diversa <<entro il termine perentorio delle discussioni delle questioni preliminari di cui all'art.491 c.p.p.>>,¹⁵⁹ inibendo successivamente ogni prerogativa di *immutatio nominis*. Tale soluzione dovrebbe evitare che <<la modifica d'ufficio dell'accusa, avendo come premessa i risultati dell'acquisizione delle prove, [...] costitui[sca] un progetto anticipato di sentenza [...] e presenterebbe senza dubbio alcuni vantaggi>>¹⁶⁰ tra cui, soprattutto, il riportare l'attività di modifica del titolo di reato nell'alveo suo proprio di pura <<correzione accademica [da effettuarsi, ndr.] sulla base della mera descrizione del fatto imputato e non della valutazione dei risultati dell'istruzione>>.¹⁶¹ Infine, si sostiene, in questo modo si <<consentirebbe di rendere congruenti fin dall'inizio [...] le scelte istruttorie delle parti con l'ipotesi di reato che costituirà oggetto della decisione>>.¹⁶²

Orbene, come anticipato, nessuna delle due tesi risulta immune da rilievi critici, anche se si ha l'impressione che la seconda, al fine di ovviare ai pur indubbi inconvenienti della prima, finisca per porre problemi senz'altro diversi ma non certo minori. Il punto di fondo è che per evitare il rischio, sicuramente reale, che la riqualificazione sia usata per coprire immutazioni del fatto,¹⁶³ non pare teoricamente corretto anticipare tale attività ad un momento anteriore alla discussione finale; una simile prospettiva sarebbe condivisibile solo se

¹⁵⁶ AIMONETTO, *ibidem*; CAPONE, *ibidem*; DE MATTEIS, *op. cit.*, pp. 229-230.

¹⁵⁷ Ai sensi del quale <<il giudice può essere riconsunto dalle parti [...] se nell'esercizio delle funzioni e prima che sia pronunciata sentenza, egli ha manifestato indebitamente il proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione>>.

¹⁵⁸ AIMONETTO, *ibidem*.

¹⁵⁹ CAPONE, *op. cit.*, p. 82

¹⁶⁰ CAPONE, *ibidem*

¹⁶¹ CAPONE, *ibidem*

¹⁶² CAPONE, *op. cit.*, pp. 82-83

¹⁶³ <<Il pericolo che il giudice usi lo strumento della riqualificazione giuridica per evitare la restituzione degli atti in casi di vera e propria diversità del fatto è stato denunciato spesso dalla dottrina>> (CAPONE, *op. cit.*, p. 83) che, del resto, come si è ricordato, <<non ha mai dubitato che la diversa definizione giuridica non possa servire a coprire mutamenti surrettizi del fatto>>. (CALAMANDREI, Iolanda *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in " Riv.it.dir.proc.pen", 1996, p. 654)

l'intervento del giudice sul *nomen iuris* avesse, *unicamente*, valore emendativo di un precedente errore del pubblico ministero nella individuazione della norma penale incriminatrice, come, del resto, afferma la stessa dottrina che propone suddetta soluzione. Ma questa è solo una, e neppure la più probabile, delle due situazioni che giustificano una riqualificazione *a fatto invariato*; l'altra, come visto, si verifica quando il pubblico ministero non operi una *qualificazione errata* ma solo una *qualificazione forzata*, spinto, magari da esigenze repressive.¹⁶⁴ E però, per capire che quel fatto, e quello stesso fatto, va ragguagliato ad un più congruo sussunto, il giudice deve prima osservarne la sua *piena ricostruzione dibattimentale* e solo poi, verificato che il fatto non è diverso da quello descritto dal capo di imputazione, ma solo sussunto in una fattispecie inconfidente, mutare il qualificante. D'altronde, mentre il pubblico ministero, nell'atto di promovimento dell'azione penale, qualifica un fatto che egli ha solo *ipotizzato* essere avvenuto, il giudice, nella sentenza, riqualifica un fatto che egli ritiene, *oltre ogni ragionevole dubbio*, essere accaduto; anzi, lo stesso presupposto logico della riqualificazione è il previo accertamento del fatto. Questa ultima notazione sembra, però, avvalorare il ragionamento che vede nel previo avvertimento una anticipazione del giudizio. Tale tesi coglie senz'altro alcuni profili di verità ma, probabilmente, non va troppo esasperata. Innanzitutto, nonostante il legislatore del 1988 si sia ispirato ad un modello tendenzialmente accusatorio,¹⁶⁵ non mancano nella disciplina del processo momenti di "intrusione" giudiziale nella dinamica dibattimentale come quelli delineati dagli articoli 506 e 507 c.p.p.;¹⁶⁶ quella in esame, dunque, non sarebbe una soluzione del tutto avulsa dalla logica del giudizio se si considera che << tra i compiti del giudice rientra senza dubbio quello di reindirizzare le parti verso il corretto tema giuridico con riferimento al quale spiegare le proprie argomentazioni >>.¹⁶⁷ In secondo luogo, qui il giudice non starebbe,

¹⁶⁴ V., *amplius*, par. 2.4.

¹⁶⁵ Sul punto, per tutti, ILLUMINATI, *Giudizio*, *op. cit.*, p.765 e ss.

¹⁶⁶ In sintesi, ai sensi dell'art.506, I, c.p.p. il presidente, al termine dell'istruttoria dibattimentale ed in base agli esiti della stessa, può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame; in base al secondo comma del suddetto articolo, poi, sempre il presidente può rivolgere domande alle persone esaminate, per quanto spetti sempre alle parti concludere l'esame. Infine l'art. 507 c.p.p. prevede in capo al giudice, terminata l'acquisizione delle prove, il potere di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova, se risulta assolutamente necessario. Su tali profili, v. ILLUMINATI, *Giudizio*, *op. cit.*, p. 831 e ss.

¹⁶⁷ SCULCO, *op. cit.*, p. 640

prima della sentenza, dicendo quale sarà la qualificazione giuridica del fatto (la qual cosa presupporrebbe effettivamente un “pregiudizio” sulla commissione del fatto e sulla colpevolezza dell’imputato) ma facendo una mera ipotesi su di una possibile riconduzione del fatto, qualora esso dovesse essere ritenuto sussistente, ad una fattispecie incriminatrice diversa da quella individuata dal pubblico ministero. Certo, sarebbe ipocrita negare che, in questi casi, il giudice lascerebbe trapelare una propria inclinazione sfavorevole all’imputato e, sicuramente, nella pratica, un tale comportamento metterebbe in allarme i difensori dell’imputato; e però, se ben si ragiona, ciò potrebbe essere persino un vantaggio per quest’ultimo. Infatti, oggi, se il giudice si convince della colpevolezza per un titolo di reato diverso da quello contestato, egli procede alla condanna con riqualificazione, senza che l’imputato qualcosa possa prevedere e qualcosa possa fare per scongiurare tale sorte; nell’ipotesi di un previo avvertimento che giungesse dopo la conclusione del dibattimento, invece, la difesa, subodorando il probabile esito sfavorevole del processo, avrebbe una *chance estrema*, di cui oggi non gode, “per provare ad evitare l’inevitabile”, adducendo argomentazioni volte a dimostrare la non riconducibilità del fatto a *nessuna* delle fattispecie prospettate (nulla infatti vieterebbe al giudice di condannare per il primo *nomen iuris* anche dopo l’avvertimento che avesse proposto il secondo). Neppure lo sbarramento rappresentato dall’art. 37 lett.b) c.p.p. sembra poi così insuperabile come *prima facie* appare. La norma, infatti, non vieta *tout court* al giudice di manifestare il proprio convincimento sui fatti oggetto dell’imputazione prima della sentenza ma di farlo *indebitamente*, cioè senza una giustificazione di ordine giuridico; orbene, se si ritiene che l’anticipazione, sempre che di essa si tratti,¹⁶⁸ sia volta a conformare in via

¹⁶⁸ La giurisprudenza della Corte di Cassazione è infatti alquanto restia a ravvisare l’ipotesi *de qua*. Si veda, a titolo d’esempio, Cass. Sez. II 4965/1993 per la quale <<il giudice può essere ricusato [solo, *ndr.*] allorquando [...] manifesti indebitamente il proprio pensiero sui fatti oggetto del procedimento, e cioè esprima opinioni sulla colpevolezza o innocenza dell’imputato [...] *senza alcuna necessità e fuori da ogni collegamento o legame con l’attività giurisdizionale* [corsivo nostro]>>. Orbene, anche a voler ammettere, in modo alquanto forzato, che prospettare una qualificazione giuridica alternativa del fatto equivalga ad esprimere “opinioni sulla colpevolezza o innocenza dell’imputato”, non potrebbe certo dirsi che ciò avverrebbe “*senza alcuna necessità e fuori da ogni collegamento o legame con l’attività giurisdizionale*” poiché sarebbe proprio la necessità di interpretare in modo costituzionalmente orientato una norma giuridica, l’art.521 c.p.p., ad indurre il giudice ad ipotizzare l’eventualità di una *immutatio nominis*.

ermeneutica l'art. 521, I, a Costituzione, non pare proprio che si possa parlare di manifestazione *indebita*.¹⁶⁹

Oltre a questi argomenti, si aggiunga che, a ritenere preclusa l'attività di riqualificazione oltre il termine delle questioni preliminari, si produrrebbero ulteriori conseguenze incoerenti con l'attuale assetto del processo penale. In particolare, rimarrebbe non chiaro cosa accadrebbe se il giudice dovesse ritenere, dopo il limite fissato dall'art. 471 c.p.p., il fatto commesso dall'imputato penalmente illecito ma secondo un titolo di reato diverso da quello individuato dal pubblico ministero. Come sempre si porrebbe la duplice alternativa, già analizzata, tra assoluzione dell'imputato e condanna per un *nomen iuris* diverso da quello corretto e, si è visto, come, *de iure condito*, nessuna delle due alternative risulti praticabile. Soprattutto, se, come fa la giurisprudenza, si ritiene il potere di mutazione del titolo di reato connaturato all'attività giurisdizionale, non sembrerebbe coerente scindere l'atto di riqualificare da quello di *iuris dicere*, nel senso che la decisione di cambiare il *nomen iuris* dovrebbe potere essere assunta solo quando il giudice si sia "ritirato per deliberare in camera di consiglio". Appare, invece, possibile sottoporre il potere di riqualificazione ad una *condizione modale*: la preventiva informazione. Ciò, però, significherebbe, regredire dalla fase della decisione a quella del dibattimento, il che, parrebbe, apparentemente, in contrasto con quanto previsto dall'art. 525 c.p.p. che pone il principio di "immediatezza della deliberazione". Ad uno sguardo più attento, tuttavia, neppure quest'ostacolo si mostra insormontabile, in quanto, secondo la consolidata giurisprudenza della Cassazione, il principio per cui la sentenza è deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento <<non significa che il giudice, una volta entrato in camera di consiglio, debba necessariamente uscirne con la sentenza già deliberata. Infatti [...] le citate disposizioni [art. 525, III, c.p.p., ndr.] non escludono che il giudice possa adottare una deliberazione diversa dalla sentenza che definisce il giudizio, pronunciando un'ordinanza con la quale disponga una ulteriore attività dibattimentale, quale

¹⁶⁹ In questo senso, SCULCO, *op. cit.*, p. 640 << né si ritiene insuperabile l'obiezione per cui, attuando, un simile meccanismo il giudice manifesterebbe indebitamente il proprio convincimento, prima del momento deliberativo, legittimando la ricusazione art. 37, comma 1 lett. b) c.p.p. Ciò innanzitutto perché non si tratterebbe qui di manifestazione del proprio convincimento, ma del corretto inquadramento normativo dei fatti oggetto di prova in dibattimento, sulla cui fondatezza o meno il giudicante non si sarebbe, ancora, pronunciato; in secondo luogo, la riqualificazione giuridica del fatto ad opera del giudice sarebbe tutt'altro che indebita essendo, al contrario, giustificata dall'esigenza di tutelare il diritto di difesa e di attuare il pieno contraddittorio, nonché connaturata alla stessa funzione giurisdizionale>>.

l'assunzione di nuove prove, di confronti fra testi già sentiti, l'espletamento di una perizia, la rinnovazione di una citazione che sia risultata nulla, ecc>>. ¹⁷⁰ E' di palmare evidenza, allora, come la Corte di Cassazione interpreti con particolare larghezza la clausola di assoluta impossibilità di cui all'art. 525, III, consentendo al giudice di riaprire il dibattimento per un'ampia serie di ragioni, non certamente tassative, come dimostra l' "eccetera" che chiude l'elencazione riportata nel passo della citata sentenza; orbene, non si vede perché, tra queste ipotesi, non potrebbe rientrare anche la necessità di avvisare le parti (imputato, pubblico ministero ed eventuali parti private) della possibilità di una riqualificazione del fatto, al fine di porre le medesime in condizione di contraddire sul punto. ¹⁷¹ Infine va considerato che la soluzione della previa informazione sull'eventualità di un cambiamento del *nomen iuris* è ben radicata nella tradizione di molti ordinamenti europei tra cui spiccano quello tedesco e spagnolo, modelli che potrebbero fungere da utile fonte di ispirazione sia in un'ottica *de iure condito* che *de iure condendo*. ¹⁷²

¹⁷⁰ CASS., 14 gennaio 1993, Pereira. Conf. CASS. SEZ. III 7886/2012; CASS. SEZ. IV 27370/2005

¹⁷¹ In questo senso, DE MATTEIS, *op. cit.*, p. 230, nt. 36 per il quale la necessità di riqualificare il fatto rientrerebbe nei casi di assoluta impossibilità di procedere alla deliberazione

¹⁷² Secondo, PARLATO, *op. cit.*, p.1592, <<una riforma si potrebbe ispirare al sistema tedesco per il quale, ex par. 265 StPO l'accusato non può essere giudicato in base a un'imputazione formulata giuridicamente in modo diverso rispetto a quanto già contestato, senza che sia stato avvisato e posto in condizioni di difendersi in ordine al nuovo inquadramento normativo della fattispecie. Oltre a prevedere un obbligo di informazione (*Hinweispflicht*) sulla modifica, prima che essa venga tenuta in considerazione ai fini della decisione, la norma stabilisce il rinvio del dibattimento, sia su richiesta di parte (e, in special modo, su istanza dell'accusato medesimo che lamenti di non avere potuto predisporre la propria difesa in relazione a una fattispecie incriminatrice più severa poi contestata), sia d'ufficio (quando il giudice lo reputi opportuno per adeguare, rispetto alla variazione dell'addebito, il corredo probatorio dell'accusa o della difesa)>>. E' noto, per altro (v. *amplius*, par.2.3.) come fin dal codice di rito penale del 1879, la problematica della riqualificazione giuridica del fatto sia affrontata in Germania in modo molto garantistico. Non si tratta, comunque, di un'eccezione, perché anche la *Ley de enjuiciamiento criminal* spagnola (risalente, per altro a quegli anni, essendo del 1882) ha un approccio al tema assai attento al diritto di difesa. In particolare, l'art. 733 di tale legge prevede che <<il giudice che abbia dei dubbi sulla correttezza della qualificazione giuridica dei fatti data dalle parti nelle proprie "memorie di difesa" sottopone loro, prima di ritirarsi in camera di consiglio per emettere la sentenza, la possibilità di una qualificazione alternativa. Solo se la tesi del giudice viene sostenuta da uno degli accusatori, mediante modifica della propria "memoria di qualificazione", il giudice potrà emettere sentenza di condanna per il nuovo reato>> Così, FALZEA, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2008, p.798 al quale si rinvia per un'approfondita trattazione sul punto. In argomento, sia sulla soluzione spagnola che su quella tedesca, v. anche, ORLANDI, *L'attività argomentativa*, *op. cit.*, p. 64

3.6.2. GIUDIZI DI IMPUGNAZIONE

Le soluzioni finora esaminate attengono specificamente al giudizio di primo grado, ma, come si è ampiamente notato, l'attività di riqualificazione giuridica del fatto è possibile (o, almeno, viene dalla giurisprudenza ritenuta possibile senza particolari vincoli) anche negli altri gradi del procedimento; indi per cui, anche con riferimento ad essi, si pone il tema della garanzia dei diritti di difesa, e su tutti del contraddittorio. Anzi - lo si ricorda ancora - la vicenda giudiziaria che ha contribuito a "ridestare l'attenzione" sul sopito tema della modificazione officiosa ed a sorpresa del *nomen iuris*, il caso Drassich, atteneva proprio ad una ipotesi di *immutatio nominis* in Cassazione; ed è proprio per il grado di legittimità che la Corte EDU ritiene quale indefettibile presupposto per l'esercizio del potere di riqualificazione il previo contraddittorio. Per il giudizio d'appello, invece,¹⁷³ in teoria, almeno secondo la prospettiva convenzionale, potrebbe essere sufficiente la sola tutela impugnatoria, costituita dal ricorso per cassazione; ma si è altresì detto come, da una corretta esegesi dell'art. 111, III, Cost., discenda il principio, ancor più garantista rispetto a quello affermato dalla CEDU, per cui ogni sentenza in cui si riscontra la modifica del profilo giuridico dell'addebito deve sempre e necessariamente essere preceduta dal previo contraddittorio. Sicché, in sintesi, anche in appello ed in cassazione l'attività di riqualificazione officiosa non può prescindere da un preventivo confronto dialettico tra le parti, a cui possa, eventualmente, far seguito anche un approfondimento istruttorio. Ovviamente, pure qui, le peculiarità del giudizio di impugnazione riverberano effetti interessanti sulla configurazione delle modalità prospettabili per assicurare la garanzia del previo contraddittorio. Così, pare sensato ritenere che, qualora l'impugnazione abbia avuto direttamente ad oggetto (anche) il punto della sentenza gravata concernente la qualificazione giuridica del fatto od un punto ad esso connesso (purché della connessione si dia quell'interpretazione rigorosa e non largheggiante a suo tempo segnalata¹⁷⁴), il problema in esame non si ponga, semplicemente perché la riqualificazione non sarebbe "a sorpresa", e dunque imprevedibile, bensì richiesta dall'imputato; nel giudizio di impugnazione, sulla questione del titolo di reato, vi sarebbe lo stesso confronto dialettico che si svolgerebbe in relazione alle altre doglianze

¹⁷³ V. *supra*

¹⁷⁴ V. par. 2.5.

denunciate nel gravame. Certo, come già segnalato, il giudice potrebbe non aderire né alla prospettazione *in iure* del ricorrente né a quella del giudice di grado inferiore ma individuare un “terzo” *nomen iuris* fino a quel momento mai “venuto alla luce”; ma questa eventualità dovrebbe rientrare nella legittima alea di rischio che l’imputato si accolla quando decide di impugnare, senza contare, che, in questi casi, è ragionevole ritenere che la “terza via” seguita dal giudice avrebbe le sue basi proprio sulle argomentazioni fornite dall’impugnante nel proprio ricorso. Rimane fermo comunque, nei casi previsti dalla legge, il divieto di *reformatio in peius*, tale per il quale, se ad impugnare fosse il solo imputato, dall’eventuale aggravamento del *nomen iuris* in sentenza, che in se non dovrebbe costituire una riforma peggiorativa, non potrebbe discendere un irrigidimento del trattamento sanzionatorio latamente inteso. Se tutto ciò è vero, allora, il problema del previo contraddittorio sul titolo del reato si pone proprio in quei casi in cui è quanto meno dubbio che il giudice dell’impugnazione possa modificare il *nomen iuris*, ossia quando il punto di sentenza non sia stato attinto, nemmeno indirettamente, dai motivi d’appello o del ricorso per cassazione. La via più piana sarebbe allora escludere in tali ipotesi la legittimità della riqualificazione.¹⁷⁵ Visto, però, che è assai improbabile che la giurisprudenza “si converta” sulla via del pieno rispetto del canone del effetto devolutivo delle impugnazioni, è dovere dell’interprete cercare una soluzione che garantisca il più possibile l’imputato anche davanti alla riqualificazione a sorpresa nell’ambito delle impugnazioni. Le differenze tra grado di appello e di legittimità suggeriscono, peraltro, una trattazione nuovamente distinta.

a) GIUDIZIO DI APPELLO

Orbene, per quanto riguarda il giudizio di appello, sicuramente inadeguata è la soluzione, pure proposta da parte della dottrina,¹⁷⁶ del contraddittorio postergato in Cassazione, attivato mediante ricorso ai sensi dell’art. 606, lett. b) . Come detto, infatti, l’art. 111, III, Cost. impone un contraddittorio *preventivo* sul *nomen iuris*, senza contare che nel giudizio di legittimità,

¹⁷⁵ Sul punto v., *amplius*, par. 2..5. Qui basti ricordare la condivisibile opinione di CAPONE, *op. cit.*, p. 142, per il quale <<nelle impugnazioni [...] la massima *iura novit curia*, come affermava già Calamandrei, sembra avere un campo d’azione assai limitato nel senso che può discostarsi tanto dal *nomen iuris* accolto nella sentenza impugnata, quanto da quello proposto nei motivi, soltanto il giudice cui sia stata devoluta la relativa questione>>.

¹⁷⁶ In questo senso ad esempio, QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 239

secondo quanto si vedrà a breve, potrebbe svolgersi solo un confronto di tipo dialettico, mentre la riconduzione del fatto, lo si è più volte specificato, apre nuovi orizzonti probatori che vanno esplorati nel pieno contraddittorio tra le parti.

A ben vedere, allora, non rimangono molte strade oltre a quella di ritenere possibile replicare un meccanismo analogo a quello descritto per il giudizio di primo grado:¹⁷⁷ dunque, ordinanza che riapre il dibattimento e, eventualmente, rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Neppure questa soluzione pare, però, pienamente soddisfacente, per almeno tre ragioni. Innanzitutto, l'art. 603 c.p.p. subordina l'ammissione di nuove prove ad un criterio ben più stringente rispetto a quello previsto dall'art. 190 c.p.p.¹⁷⁸ ed è dunque fondato il timore che i temi istruttori collegati alla diversa fattispecie prospettata in appello possano divenire difficilmente indagabili a detrimento dell'imputato. In secondo luogo se è vero che il previo contraddittorio sul *nomen iuris* deve essere garantito in tutti i gradi del procedimento <<parrebbe squilibrata la previsione normativa che consenta di mutare il *nomen iuris* nel corso del processo, sottraendo all'imputato gradi di giudizio durante i quali avrebbe potuto compiutamente difendersi dalla diversa accusa>>,¹⁷⁹ qualora, dunque, si volesse mantenere il potere di riqualificazione nel giudizio di appello, bisognerebbe trovare, come si dirà subito, un rimedio che non privi l'imputato di un grado di merito. In terzo luogo, infine, non va dimenticato che <<la qualificazione giuridica dell'accaduto rappresenta la stella polare nella definizione della strategia difensiva, di modo che la modifica della stessa – quale che sia la fase in cui si verifichi – determina un cambiamento delle regole del gioco>>¹⁸⁰; pertanto, sarebbe opportuno che l'imputato venisse "riportato" ad un momento della vicenda procedimentale che gli consentisse di ripensare, almeno in parte, le proprie scelte processuali. L'insieme di queste considerazioni dovrebbe indurre, allora, a prospettare una soluzione più garantista, consistente nell'applicazione analogica dell'art. 604, I, c.p.p. in tutte le ipotesi in cui il giudice di seconde cure ritenga errato il *nomen iuris*

¹⁷⁷ KOSTORIS *op. cit.*, p. 2524

¹⁷⁸ Nel primo caso, dovrà trattarsi di prove in assenza delle quali il giudice ritenga di <<non essere in grado di decidere allo stato degli atti>>; nel secondo di prove, non vietate dalla legge e che non siano manifestamente superflue o irrilevanti.

¹⁷⁹ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 294. Nello stesso senso, CAIANIELLO, *op. cit.*, p.175

¹⁸⁰ SANTORIELLO, *op. cit.*, p.7. Sul punto v., comunque, *amplius* i capitoli precedenti.

attribuito nella sentenza di primo grado;¹⁸¹ il giudice dovrebbe cioè comportarsi come se in primo grado vi fosse stata condanna per un fatto diverso: declaratoria di nullità della sentenza di primo grado e trasmissione degli atti a questo giudice.¹⁸² Neppure questa soluzione sarebbe, però, *re melius perpensa*, immune da profili critici. Innanzitutto, e banalmente, si tratterebbe di una tesi “forte”¹⁸³ <<con pesanti incidenze sul profilo della durata complessiva del processo>>;¹⁸⁴ la qual cosa, da un punto di vista pratico, visto lo stato attuale della giustizia penale italiana, non sarebbe certo irrilevante, anche a non considerare la costituzionalizzazione del principio di ragionevole durata del processo. Inoltre, non sembra probabile che, anche per le ragioni di diseconomicità appena descritte, una codesta esegesi possa affermarsi, *de lege lata*, nella ondivaga prassi giurisprudenziale; potrebbe dunque essere una lettura del dato normativo a rischio di scarsa effettività. Da ultimo, e soprattutto, si è ampiamente visto come fatto diverso e diversa qualificazione giuridica del fatto siano fenomeni strutturalmente differenti e, pertanto, meritevoli di un differente trattamento, mentre qui, come detto, si avrebbe la parificazione processuale di tali ipotesi. Al fine di tenere il più possibile in conto i limiti delle tesi finora prospettate, si potrebbe provare, allora, ad avanzare una “soluzione mista”, che combini potere di riqualificazione in appello ed annullamento della sentenza gravata, nel seguente modo. Allorquando il giudice di seconde cure dovesse sospettare che il *nomen iuris* della decisione impugnata fosse scorretto, dovrebbe, come visto, con ordinanza, riaprire il dibattimento e provocare il contraddittorio sulle diverse fattispecie incriminatrici prospettabili. A questo punto, potrebbero porsi varie evenienze: se all’esito del confronto dialettico il giudice “ritornasse sui propri passi” e ritenesse il primo *nomen iuris* corretto, *nulla questio*, egli potrebbe tranquillamente pronunciare sentenza di conferma o di riforma a seconda delle specificità del caso concreto; se, invece, si convincesse che, effettivamente, il sussumente più congruo fosse quello da lui

¹⁸¹ Secondo QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 294-295 il ragionamento che vede il contraddittorio preventivo come condizione indefettibile per l’esercizio del potere di riqualificazione <<portato alle logiche conseguenze, imporrebbe di determinare una regressione processuale in tutti i casi in cui il giudice ritenga erronea la sussunzione dei fatti sotto fattispecie astratte>>.

¹⁸² In questo senso, CAIANIELLO, *ibidem*, sebbene l’autore si riferisca al limitrofo ma diverso problema dell’annullamento della sentenza di primo grado che abbia riqualificato il fatto a sorpresa. Sul punto v., *amplius*, paragrafo successivo

¹⁸³ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 295

¹⁸⁴ QUATTROCOLO, *ibidem*

prospettato in via ipotetica, dovrebbe ulteriormente distinguersi: se il contraddittorio fosse rimasto confinato alla dimensione argomentativa e nessuna parte processuale avesse richiesto nuove prove, egli potrebbe riqualificare il fatto in sentenza, perché, non si porrebbero (o comunque si porrebbero in modo meno “drammatico”) alcune delle problematiche sopra esposte, quali la perdita di un grado di giudizio, il differente regime di valutazione dell’ammissibilità delle prove delineato dagli artt. 190 c.p.p. e 603 c.p.p., la violazione (potenziale) dell’art. 3 Cost., ecc...; se invece tali richieste istruttorie vi fossero, non rimarrebbe altra soluzione che quella di pronunciare ex art. 604, I, c.p.p. la nullità della sentenza di primo grado, in modo da consentire all’imputato di godere dei consueti due gradi di giudizio di merito, con pieno diritto alla prova. Naturalmente, anche questa soluzione presenta degli inconvenienti; essa appare non troppo lineare e, soprattutto, rischia “di mettere le sorti del processo in mano al solo imputato” che potrebbe, a fini dilatori, avanzare richieste istruttorie temerarie al solo scopo di “costringere” il giudice di appello a far regredire il procedimento. Certo, si potrebbe immaginare che l’obbligo di pronunciare sentenza ai sensi dell’art. 604 c.p.p. scatti solo se le richieste di prova venissero ritenute ammissibili secondo il parametro dell’art. 603 c.p.p. o quantomeno dell’art.190 c.p.p., ma anche queste soluzioni potrebbero dare adito a problemi, in un vortice potenzialmente infinito di questioni.¹⁸⁵ Il vero problema è che solo un

¹⁸⁵ Più in generale, enfatizza i problemi derivanti dal tentativo di applicazione in via ermeneutica del *dictum Drassich* al giudizio di primo grado e di appello, PIERRO, *op. cit.*, p.1522-1523. L’A sostiene che <<il rimedio ermeneuticamente forgiato dalla Corte regolatrice per il giudizio in Cassazione [la previa informazione da parte del giudice sulla possibilità di riqualificazione, *ndr.*], non è sicuramente idoneo ad essere automaticamente impiegato quando l’applicazione dell’art. 521, comma 1, c.p.p. abbia luogo nel giudizio di primo grado o di appello. Anche a volere superare questa prima e non certo semplice difficoltà, una miriade di dubbi concatenati renderebbe, peraltro, sempre più oscuro ed indecifrabile lo scenario successivo>>. E segue una lunga elencazione di quesiti in cui si compendiano i suddetti dubbi; la folla di domande, aggiunge l’A., <<potrebbe indefinitamente continuare>>. Orbene, certamente l’A coglie nel segno quando evidenzia il carattere potenzialmente sterminato delle perplessità che l’attività di interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 521, I, c.p.p. (e più in generale, del potere di riqualificazione), può generare. Tuttavia, tale constatazione non può essere un alibi per esimersi dal provare a ricondurre il diritto positivo vigente nell’alveo della compatibilità a Costituzione e (in parte) alla CEDU) ma dimostra quanto si afferma nel testo e si auspica spesso in dottrina, e cioè che il legislatore intervenga sul punto, ripensando le scelte del 1988 in tema di modifiche del *nomen iuris*.

intervento del legislatore potrebbe mettere ordine alla materia, per ora “governata” da una ridda di contrastanti orientamenti giurisprudenziali.¹⁸⁶

b) GIUDIZIO DI CASSAZIONE

Discorso non dissimile vale, *mutatis mutandis*, per l’attuazione del contraddittorio sul *nomen iuris* nel giudizio di legittimità. In argomento, è utile rammentare sinteticamente alcune considerazioni sviluppate a suo tempo. Innanzitutto qui il punto di vista convenzionale e costituzionale coincidono perfettamente: il previo contraddittorio è condizione necessaria per il legittimo esercizio del potere di riqualificazione. In secondo luogo, proprio in quanto il problema si situa nel carattere “a sorpresa” della *immutatio nominis, nulla quaestio* se la Cassazione sia investita della cognizione del titolo di reato contenuto nella sentenza gravata per tramite, diretto o indiretto, di un ricorso basato sull’art. 606, I, lett. b) c.p.p. In terzo luogo, il giudizio di legittimità è *per definitionem* inadatto ad ospitare un “contraddittorio sul fatto” che, quando necessario, andrebbe evidentemente svolto davanti ad un diverso giudice.

Orbene, ciò premesso, una prima, ovvia soluzione per uscire dalla *impasse* sarebbe negare il potere di riqualificazione officiosa in Cassazione ma, come si è ormai ripetuto più volte, la giurisprudenza è granitica nel ritenere codesto potere consustanziale alla giurisdizione, nonostante contrari indici formali; sicché, questa via è preclusa *ab imis*.

Il secondo, e, salvo quanto si preciserà, convincente, percorso è offerto dalla stessa Cassazione nella già esaminata sentenza 45807/2008, Drassich. In quella sede, come si ricorderà, il Collegio aveva affermato che la previsione contenuta nell’art. 521, I, c.p.p., <<va applicata e interpretata nel senso che la qualificazione giuridica del fatto diversa da quella attribuita nel giudizio di merito, riconducibile a una funzione propria della Corte di cassazione, richiede, però, una condizione imprescindibile per il suo concreto esercizio: l’informazione di tale eventualità all’imputato e al suo difensore, informazione che, qualora manchi una specifica richiesta del pubblico ministero, va formulata dal Collegio con un atto che ipotizzi tale eventualità>>.¹⁸⁷ La Corte, aveva, poi, concluso, ricordano come tale lettura della disposizione codicistica si <<ponesse in linea>> con la previsione del codice di rito civile contenuta all’art. 384, III c.p.c. in forza della quale <<se ritiene di porre a fondamento

¹⁸⁶ V., *supra*, par. 2.4.

¹⁸⁷ CASS. PEN. SEZ. VI n. 45807/2008. Sul punto v., *amplius*, par. 1.2.

della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione>>. Ora, al netto delle specificità del caso concreto,¹⁸⁸ l'esegesi compiuta dalla Corte consente certamente di soddisfare il diritto sancito dall'art. 6 CEDU al contraddittorio argomentativo quale naturale punto di confluenza delle prerogative delineate dall'art. 6, §3 lett. a) e b) CEDU.¹⁸⁹ Nella prospettiva convenzionale, infatti, come ricordato, il confronto dialettico <<sul nuovo tema può essere esercitato nelle più svariate forme: ad esempio, nella discussione orale, qualora la difesa sia stata edotta preventivamente del profilarsi di una nuova denominazione in diritto, o, ancora, in una memoria scritta presentata a seguito della modifica *in iure* dell'addebito>>.¹⁹⁰ Il problema, però, è che la nostra carta costituzionale accanto a questa dimensione del contraddittorio ne prevede un'altra ancora più pregnante: quella nella formazione della prova (art.111, IV, Cost.).¹⁹¹ Orbene, più volte si è notato come sia ben possibile che <<a seguito della modifica della qualificazione giuridica del fatto [possa, *ndr.*] seguire l'esigenza di verificare temi probatori non considerati o, comunque, non adeguatamente approfonditi nei precedenti gradi>>, e ciò semplicemente perché, non esistono, nel nostro ordinamento, due fattispecie penali identiche e la configurazione di un nuovo reato pone l'intrinseca necessità di verificare se il compendio probatorio sia idoneo a dimostrare la sussistenza di tutti gli elementi di quel nuovo reato, e, se del caso, di svolgere adeguati approfondimenti istruttori.¹⁹² E' evidente che le caratteristiche morfologiche del giudizio di Cassazione non consentano simili operazioni.¹⁹³ Da qui la, parziale, inadeguatezza del rimedio escogitato dalla sentenza 45807/2008, Drassich, e la necessità di "implementarlo" con un congruo seguito. In questo senso parte della dottrina ha immaginato una soluzione *sui generis*. <<Una volta indicato da parte della Corte il nuovo

¹⁸⁸ Sul punto v., *amplius*, par. 1.2.

¹⁸⁹ V. *amplius*, par. 1.2.

¹⁹⁰ LONATI, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte Europea Dei Diritti Dell' Uomo. Nota a Cass. Pen. Sez. VI n. 36323/2009, op. cit., p.270*

¹⁹¹ V. *amplius*, par. 1.1.

¹⁹² V. *amplius*, par. 2.5.3 e 2.5.4.

¹⁹³ In Cassazione, <<non è [...] possibile (né concepibile) alcuna istruzione probatoria>>. (KOSTORIS, *op. cit.*, p. 2524)

nomen iuris, e data la possibilità alle parti di ottenere una nuova udienza per le loro conclusioni, si potrebbe ipotizzare che, ove le medesime non intendessero limitarsi a svolgere un'attività meramente argomentativa, ma chiedessero anche l'ammissione di nuove prove, si rinvii al giudice di merito (potrebbe trattarsi della Corte d'appello) per la loro raccolta, in un'apposita udienza in camera di consiglio, secondo la procedura dell'art. 127 c.p.p.>>. ¹⁹⁴ Si ha cura di precisare che quello che si ipotizza non costituirebbe <<né un annullamento con rinvio né un annullamento senza rinvio ma semplicemente una decisione della Corte di Cassazione proceduta dal contraddittorio, compresa un'eventuale integrazione probatoria eccezionalmente "gestita" di fronte ad un giudice di merito attivato *ad hoc*>>. ¹⁹⁵ Certamente tale soluzione ha il pregio di focalizzare adeguatamente l'attenzione sulle ricadute "di merito" dell'attività di riqualificazione e potrebbe, in futuro, costituire un utile spunto per un'eventuale, ed auspicabile, riforma legislativa in materia; tuttavia essa, *de iure condito*, presta il fianco a due obiezioni difficilmente superabili. Innanzitutto, e banalmente, è quantomeno dubbio che, a diritto positivo vigente, una tale frammistione di piani tra giudizi di diverso grado possa realizzarsi ed in ogni caso sarebbe difficile ricostruire con precisione la disciplina dei singoli passaggi in cui dovrebbe dipanarsi questo "approfondimento istruttorio". ¹⁹⁶ In secondo luogo, e soprattutto, questa tesi non tiene conto di un dato già messo in luce a proposito del contraddittorio sul *nomen iuris* in appello e cioè che la necessità di svolgere valutazioni in fatto, dovrebbe razionalmente condurre a garantire all'imputato il doppio grado di giurisdizione di merito se non si vuole discriminarlo, con possibile lesione dell'art. 3 Cost., a causa di quelli che, in fondo, sono errori o comunque opinabili scelte della pubblica accusa nella costruzione del tema giuridico della domanda penale. Se a ciò si aggiunge che <<la qualificazione dell'illecito rappresenta l'unità di misura, la lente attraverso cui avviene la determinazione del fatto principale che, pur sostanziale... è comunque un fatto a fini processuali, frutto d'un processo di astrazione>>, ¹⁹⁷ ben si

¹⁹⁴ KOSTORIS *ibidem*

¹⁹⁵ KOSTORIS *op. cit.*, p. 2525

¹⁹⁶ Va comunque precisato che la prospettiva in cui si pone KOSTORIS è quella *de lege ferenda*, visto che l'A. auspica un <<doppio intervento normativo: per dotarci di uno strumento che consenta di adeguarci alla condanna di Strasburgo; per assicurare il contraddittorio quando venga modificata la qualificazione giuridica del fatto>>. (KOSTORIS *op. cit.*, p. 2514, indice sommario)

¹⁹⁷ ZACCHE', *op. cit.*, p. 786

comprende perché, parte della dottrina¹⁹⁸ ritenga <<più opportuno un annullamento senza rinvio, con restituzione degli atti al pubblico ministero in vista dell'eventuale riproposizione dell'azione penale>>.¹⁹⁹ Per i suoi sostenitori tale soluzione <<oltre a garantire la coerenza del sistema e l'osservanza dei suoi principi, [...] avrebbe due ulteriori pregi. In ossequio al canone di legalità, si manterrebbe fermo il precetto secondo cui “i giudice sono soggetti soltanto alla legge” [...], per cui in sede di decisione, l'organo giudicante rimarrebbe pienamente libero di modificare il *nomen iuris* prospettato dalla pubblica accusa. D'altra parte, [...] l'imputato godrebbe delle più ampie garanzie difensive in ordine al “nuovo” *thema decidendum*, sottoposto *ex novo* al giudice di merito>>.²⁰⁰ A parte il forse eccessivo riferimento al principio di legalità, è difficile non ammettere che, astrattamente, questa soluzione sarebbe quella più garantista e più coerente con i principi logici, teorici, storici, costituzionali e convenzionali, a suo tempo esposti. Tuttavia, un po' come per la tesi dell'assoluzione a causa dell'errato inquadramento giuridico della domanda penale,²⁰¹ anche tale opzione pare, *mutatis mutandis*, troppo “tranciante”²⁰² e gravemente lesiva del canone di ragionevole durata del processo; difatti, <<le lancette [del procedimento penale, *ndr.*] continuerebbero a scorrere sul piano del tempo “ordinario”, rischiando di far segnare lo scadere della prescrizione, prima della conclusione del nuovo giudizio>>.²⁰³ Sicché in una prospettiva adeguatamente realistica, che tenga conto del processo per come esso è e non solo per come esso dovrebbe essere, un compromesso tutto sommato soddisfacente pare quello dell'annullamento con rinvio, del resto ipotizzato, in un interessante *obiter dictum*, dalla sentenza che ha chiuso – per adesso?– l' *affaire* Drassich.²⁰⁴

Eccettuando le peculiarità della concreta vicenda e la soluzione data al caso,²⁰⁵ la Corte aveva, nella pronuncia *de qua*, ricordato come il nuovo giudizio di

¹⁹⁸ Su tutti, non a caso, proprio lo stesso ZACCHÈ, *op. cit.*, pp. 786-788. Conf., pare, SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁹ CAPONE, *op. cit.*, p. 130.

²⁰⁰ ZACCHÈ, *op. cit.*, pp. 788.

²⁰¹ Su cui, *amplius*, tra l'altro, par.2.1

²⁰² QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 271

²⁰³ QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 271-272

²⁰⁴ CASS. PEN. SEZ. II n.37413/2013

²⁰⁵ Su cui, v. *amplius*, par. 1.2. Qui ci si limita a notare come, non condivisibilmente, secondo quanto si è visto, la Corte avesse affermato che <<non sussiste violazione del diritto

Cassazione ottenuto per rescissione del giudicato ex art. 625bis c.p.p. e nel quale era stata discussa la possibilità di riqualificare il fatto ai sensi dell'art. 319ter c.p., <<avrebbe potuto avere qualsiasi esito, anche quello [...] di un annullamento con rinvio, per mettere in condizioni l'imputato di chiedere nuove prove specificamente indicate e ritenute in ipotesi essenziali al fine di contestare la diversa qualificazione giuridica del fatto>>. ²⁰⁶ La Corte aveva poi aggiunto che, qualora l'imputato non voglia vedersi rigettata la richiesta di annullamento con rinvio <<per genericità>>, questi deve indicare << i nuovi elementi di fatto, non valutati dal giudice di merito e non prospettati perché attinenti alla originaria qualificazione, che consentirebbero di escludere la diversa e nuova qualificazione>>. ²⁰⁷

La soluzione dell'annullamento con rinvio è salutata con favore da parte della dottrina ²⁰⁸ che sottolinea come essa <<tutela non soltanto il diritto al contraddittorio "minimale" sul nuovo *nomen iuris*, ma consente, in via tendenziale, anche l'espletamento di attività probatoria a riguardo>>. ²⁰⁹ Peraltro, nella definizione delle concrete modulazioni del rimedio, risultano particolarmente utili gli spunti di riflessione desumibili sia dal passo della citata sentenza sia dalla menzionata proposta alternativa della "parentesi istruttoria" davanti ad un giudice del merito. ²¹⁰ Così, dalla lettura della pronuncia si desume come l'annullamento con rinvio presupponga che l'imputato abbia chiesto <<nuove prove specificamente indicate e ritenute in ipotesi essenziali al fine di contestare>> ed abbia indicato <<i nuovi elementi di fatto [...] che consentirebbero di escludere la diversa e nuova qualificazione>>; ancora, dalla tesi della "parentesi di merito" si evince che la necessità di addivenire all'"approfondimento istruttoria" si produrrebbe solo allorché le parti <<non intendessero limitarsi a svolgere un'attività meramente argomentativa, ma chiedessero anche l'ammissione di nuove prove>>. Ciò significa, che l'annullamento con rinvio potrebbe non essere un esito sempre e necessariamente connesso all'emersione di un'*immutatio iuris* in Cassazione ma solo una conseguenza possibile. Detto altrimenti, allorché la Corte - senza essere stata neppure indirettamente investita della questione con i motivi di

al contraddittorio quando l'imputato abbia avuto modo di interloquire in ordine alla nuova qualificazione giuridica attraverso l'ordinario rimedio dell'impugnazione>>.

²⁰⁶ CASS. PEN. SEZ. II n.37413/2013

²⁰⁷ CASS. PEN. SEZ. II n.37413/2013

²⁰⁸ Cfr. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 272. Conf. CAIANIELLO, *op. cit.*, p.176

²⁰⁹ QUATTROCOLO, *ibidem*

²¹⁰ E' la tesi di KOSTORIS, v. *supra* in questo stesso par.

ricorso, lo si ribadisce - reputi errato il *nomen iuris* adottato nella sentenza impugnata, essa non può procedere *tout court* alla riqualificazione ma deve suscitare il contraddittorio sul punto. All'esito del confronto dialettico all'uopo verificatosi, ed in base a quelle che sono state le richieste delle parti, l'esito del procedimento potrebbe essere il più vario. In particolare, quando la Corte, *re melius perpensa*, "ritorni sui propri passi" e, convinta dalle argomentazioni delle parti, si allinei al *nomen iuris* ritenuto dal giudice del merito, la sentenza impugnata potrà essere confermata od annullata, a seconda che il ricorso venga o meno accolto; invece, se la Corte si rafforza nella propria convinzione e ritiene errato il *nomen iuris* può: annullare senza rinvio se, come visto a suo tempo,²¹¹ per qualsivoglia ragione essa ritenga <<superfluo il rinvio>> ai sensi dell'art. 620, I, lett.1) c.p.p.; annullare con rinvio se le parti hanno avanzato le summenzionate richieste istruttorie oppure se essa ritenga necessario che un giudice del merito debba verificare l'adeguatezza del compendio probatorio a dimostrare la sussistenza degli elementi costitutivi della nuova fattispecie;²¹² rettificare la sentenza qualora non vi siano state richieste istruttorie, non vi sia la necessità di compiere il menzionato vaglio di adeguatezza del compendio probatorio (perché magari la sussistenza dell'elemento costitutivo del "nuovo" reato non sia contestata o, *ictu oculi*, emerga provata *ex actis*, senza bisogno di alcuna indagine di merito), ed il ricorso debba, per altre ragioni, essere rigettato. Come si nota, questa soluzione ambisce ad essere coerente con il rimedio che si è provato faticosamente a delineare per la riqualificazione in appello, anche se, come in quel caso, non possono essere eliminate tutte le "controindicazioni della cura", quali una certa complessità e, soprattutto, la possibilità che l'imputato con richieste di prova "temerarie", avanzate per fini dilatori, "costringa" il giudice di legittimità a rinviare nel merito (si potrebbe allora, pure qui, ipotizzare un preventivo vaglio di ammissibilità delle prove, del resto adombrato dalla stessa Cassazione 37413/2013 quando fa riferimento a <<nuove prove [...] ritenute in ipotesi essenziali al fine di contestare la diversa qualificazione giuridica del fatto>>.) Più in generale, comunque, queste ultime riflessioni testimoniano ancor di più quanto sia auspicabile un provvedimento organico ed auspicabilmente chiarificatore da parte del legislatore.²¹³ Anzi, a tal

²¹¹ Par. 2.5.3

²¹² Sul punto, v. *amplius*, par. 2.5.3 e 2.5.4

²¹³ Ad esempio, un altro punto oscuro che, magari potrebbe essere chiarito da una futura normativa, concerne l'esatta individuazione del giudice del rinvio, nelle ipotesi che si sono

proposito, un eventuale intervento *de iure condendo* non potrebbe esimersi dall'affrontare un ulteriore ed altrettanto caotico aspetto del problema di cui qui ci si occupa, ovverossia le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo del previo contraddittorio sulle modifiche del *nomen iuris*. Non essendosi, fino ad ora, verificato nulla di tutto ciò, anche tale aspetto della complessa problematica della riqualificazione giuridica del fatto dovrà, invece, essere scandagliato in via ermeneutica.

3.7. CONSEGUENZE DELLA RIQUALIFICAZIONE “A SORPRESA”

Se si ritiene che in ogni grado del processo l'attività di riqualificazione debba essere preceduta da una preventiva informazione sulla possibilità che il *nomen iuris* venga modificato in sentenza, in modo da consentire la piena espansione del contraddittorio argomentativo e, eventualmente, probatorio, è inevitabile interrogarsi sulle conseguenze che possano prodursi in caso di inosservanza di tale obbligo informativo. Non sembra, infatti, né ragionevole né coerente con quanto detto finora, affermare che la mancata sollecitazione di un confronto dialettico sul punto della qualificazione giuridica del fatto possa ritenersi *tamquam non esset*; anzi, se l'inerzia del giudice rimanesse non sanzionata, la stessa lettura costituzionalmente orientata dell'art. 521, I, c.p.p. rischierebbe di essere poco più che un mero *flatus vocis*. Innanzitutto, occorre tenere nettamente distinti due profili che, come si vedrà, indubbiamente si intersecano, ma che sono, al contempo, molto diversi: il piano delle conseguenze interne sotto il profilo della legalità processuale ed il piano delle conseguenze esterne sotto il profilo della giustizia convenzionale. Ora, non v'è

appena esaminate. *Rebus sic stantibus*, coerenza vorrebbe che, per non far perdere all'imputato un grado di merito e consentire il più completo approfondimento istruttorio, questi fosse il giudice di prima cure; ma non si nasconde che una consimile esegesi potrebbe stridere con il principio di ragionevole durata del processo e “suggerire”, dunque la via del rinvio al giudice d'appello.

Soprattutto, però, l'intervento del legislatore sembrerebbe necessario per chiarire con quali forme e modalità realizzare il previo contraddittorio sul *nomen iuris* in tutti i contesti procedurali, diversi dal giudizio di primo e secondo grado e da quello di legittimità, in cui opera la massima *iura novit curia* (v., *amplius, supra*, par. 2.5.4) ; in quest'ambito, infatti <<l'incertezza e il disorientamento si accrescerebbero a dismisura, sol che si tentasse di trasferire l'interpretazione adeguatrice proposta dalla Cassazione>> (PIERRO, *op. cit.*, p. 1523). Proprio per tali ragioni, si è ritenuto incompatibile con i limiti metodologici di tale ricerca gettarsi in un sforzo ricostruttivo che, su questo punto, avrebbe rasentato il carattere della libera creazione interpretativa del diritto.

dubbio che – lo dimostra la sentenza Drassich - la mancata osservanza delle prescrizioni contenute nell'art. 6 CEDU possa rendere il processo interno *unfair*, con tutto ciò che questo comporta.²¹⁴ Se, però, è la stessa disciplina interna, opportunamente interpretata, a rendere doverosa l'applicazione, *in tutti i segmenti procedurali*, delle summenzionate garanzie, allora, ancor prima ed a prescindere dalla *fairness convenzionale*, è il valore della *legalità processuale* a venire in rilievo, perché, nel nostro ordinamento, la mancata conformità di un atto processuale allo schema legale tipico ne determina l'imperfezione e, in determinate ipotesi, l'*invalidità*, ossia l'*inattitudine a produrre effetti giuridici*.²¹⁵ Nel caso di specie, ad essere potenzialmente invalida sarebbe la sentenza che operasse la riqualificazione a sorpresa, senza essere cioè sorretta dal previo contraddittorio sulla *quaestio iuris*. Infatti, se si afferma che l'art. 521, I, c.p.p. interpretato alla luce dell'art. 111, III, Cost.(e, per certi versi, dell'art.117, I, Cost.) imponga che ogni provvedimento giurisdizionale decisorio contenente una modifica del *nomen iuris* debba essere necessariamente preceduto dal preventivo avvertimento sulla possibilità di una *immutatio nominis*, non può non trarsi la conclusione che la mancanza di tale avvertimento faccia venire meno un elemento costitutivo della fattispecie legale dell'atto, la sentenza appunto, determinandone l'imperfezione. La preventiva informazione è pertanto condizione indefettibile per il legittimo esercizio del potere di riqualificazione in sentenza, sentenza che, sia nelle statuizioni in fatto che nelle asserzioni in diritto, deve reggersi sul confronto dialettico, secondo quanto prescritto dall'art. 111 Cost. Impostato il discorso nei termini ora descritti, ovverossia in una rigorosa ottica di legalità processuale, perde di consistenza una delle più ricorrenti obiezioni alla teoria della invalidità per mancata informazione sulla possibile riqualificazione: la confusione tra disciplina interna e giustizia convenzionale. In dottrina, infatti, si stigmatizza il tentativo di creare un <<trasformatore permanente di violazioni convenzionali in vizi processuali>>²¹⁶ e di favorire <<una pericolosa osmosi tra l'antiformalismo tipico dei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani e la tassatività che presiede, in linea generale, ai nostri meccanismi di invalidità processuale>>.²¹⁷ Orbene, non solo questi

²¹⁴ V., *supra*, *amplius*, cap. 1 e, *infra*, questo stesso par.

²¹⁵ Cfr. VOENA, *Atti*, *op. cit.*, p. 276.

²¹⁶ QUATTROCOLO, *La "vicenda Drassich" si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, *op. cit.*, p.166.

²¹⁷ QUATTROCOLO, *La "vicenda Drassich" si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, *op. cit.*, p.167.

rischi sono più che concreti ma anzi è proprio al fine di non sovrapporre piani diversi, che si ritiene fondamentale ribadire come l'(eventuale) invalidità processuale di cui si discute non sia né possa essere fondata sulla violazione di una prescrizione CEDU e neppure, direttamente, di una previsione costituzionale ma di una norma di legge ordinaria, l'art. 521, I, c.p.p. interpretata in senso costituzionalmente (e convenzionalmente) orientato.

Ciò chiarito, occorre verificare se effettivamente la difformità della sentenza dal suo schema legale, costituisca una mera irregolarità o dia causa ad una invalidità. Come è noto, la categoria della mera irregolarità si ricava per esclusione, nel senso che <<le restanti difformità [cioè quelle diverse dalle invalidità, ndr] dallo schema tipico, escluse ovviamente le specifiche ipotesi di inammissibilità e di inutilizzabilità, non possono che essere riportate alla tipologia della mera irregolarità [...] a meno che [...] non debbano ricondursi in via interpretativa alla specie più grave d'invalidità ravvisabile nell'inesistenza giuridica>>. ²¹⁸

Sicuramente, il campo può essere sgombrato da quest'ultima ipotesi; l'*inesistenza giuridica* comprende, infatti, <<quei vizi tanto macroscopici da indurre il legislatore a non ipotizzarne neppure l'eventualità e l'interprete a negarne la collocazione nell'ambito degli atti giuridici>>²¹⁹ ed è chiaro che una sentenza che operi una riqualificazione senza previo contraddittorio rimanga pur sempre un atto giuridico. Altrettanto può dirsi, ovviamente, per l'*inutilizzabilità*, categoria di invalidità che si riferisce solo alle prove ai sensi dell'art. 191 c.p.p. e per l'*inammissibilità* che attiene <<alle domande di parte o di chi si fa parte>>. ²²⁰ Sicché, come anticipato, l'alternativa astrattamente prospettabile è appunto tra invalidità, *sub specie* di *nullità*, ²²¹ e mera irregolarità. Ora, per comprendere se la violazione dell'art.521, I, c.p.p., letto *sub specie Constitutionis*, dia luogo ad invalidità *stricto sensu* intesa, occorre in primo luogo ricordare che l'intero sistema delle nullità ruota attorno al

²¹⁸ VOENA, *op. cit.*, p. 282.

²¹⁹ VOENA, *ibidem*

²²⁰ VOENA, *op. cit.*, p. 277

²²¹ Specie di invalidità sono infatti: l'inesistenza, l'inammissibilità, l'inutilizzabilità, l'abnormità e la nullità. In teoria, perciò, rimarrebbero "ancora in campo" queste ultime ipotesi, ma già ad un rapido sguardo, anche l'abnormità "esce di scena", perché questa è l'invalidità che colpisce un atto che, pur idoneo ad integrare lo schema normativo minimo, <<si caratterizzi per il suo contenuto del tutto estemporaneo sia sul piano strutturale che su quello funzionale>> (VOENA, *op. cit.*, p. 277) ed è palese che una sentenza contenente una riqualificazione a sorpresa sia funzionalmente e strutturalmente un atto non certo "estemporaneo".

principio di tassatività²²² sancito dall'art. 177 c.p.p. ed in forza del quale <<l'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento è causa di nullità soltanto nei casi previsti dalla legge>>. Tali casi possono essere individuati in via generale, parlandosi così di *nullità di ordine generale*, oppure con apposite disposizione, nella quale ipotesi si tratterà di *nullità speciali*. E' evidente che, nel caso di specie, quest'ultima tecnica di previsione non potrà rilevare, poiché nell'originaria scelta codicistica del 1988 il modulo d'esercizio del potere di riqualificazione era quello "a sorpresa" più volte descritto, senza alcun obbligo di previo contraddittorio e senza, ovviamente, alcuna conseguente sanzione processuale per l'inosservanza di codesto obbligo. Di tal ché rimane da verificare la riconducibilità di suddetta violazione nell'alveo di una delle categorie generali previste dall'art. 178 c.p.p.. L'esito di tale operazione sembra dover essere positivo. Come ricordato, la Corte di Cassazione ha affermato che <<è causa di nullità generale a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa, la riqualificazione dell'imputazione operata in sentenza senza il previo contraddittorio, per quanto sia favorevole all'imputato>>. ²²³ A rilevare sarebbe, dunque, l'ipotesi di cui alla lett. c) del primo comma dell'art. 178 c.p.p. sotto il profilo dell'<<intervento dell'imputato>>. La soluzione è stata favorevolmente accolta dalla maggioranza della dottrina ²²⁴ che non ha mancato di far notare come <<l'inosservanza del dovere coinciderebbe con l'omissione del provvedimento dell'avvertimento da parte del presidente del collegio: basterebbe dunque rilevare la differenza fra la qualifica giuridica assunta nell'imputazione e quella dedotta nella sentenza per constatare la sussistenza della causa di nullità>>. ²²⁵ Sotto il profilo del trattamento, come anticipato, si tratterebbe di una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180 c.p.p.; il vizio, pertanto, potrà essere rilevato dal giudice anche d'ufficio ma, se attiene alla sentenza di primo grado, non potrà più essere né rilevato né dedotto dopo la deliberazione della sentenza di appello. ²²⁶ Dalla

²²² Sul punto, per tutti, VOENA, *op. cit.*, p. 280 e ss.

²²³ CASS. PEN. SEZ. I 18590/2011. Conf. CASS. PEN. SEZ. V 6487/2011

²²⁴ Favorevoli, con varietà d'accenti, KOSTORIS, *op. cit.*, p. 2524; CAIANIELLO, *op. cit.*, p. 175; ORLANDI, *op. cit.*, p. 474; SCOZZARI, *op. cit.*, p. 2; BIONDI, *op. cit.*, p. 9. *Contra*, invece, QUATTROCOLO, p. 167-168

²²⁵ ORLANDI, *op. cit.*, p. 474, nt.120

²²⁶ Sullo statuto giuridico delle nullità a regime intermedio, v. VOENA, *op. cit.*, p. 288 e ss. Per altro, benché il punto non sia totalmente pacifico, <<la nullità [...] tempestivamente dedotta, ma non dichiarata dal giudice, risulta in via automatica devoluta al giudice

configurazione dell'invalidità di cui si tratta come nullità a regime intermedio discende, infine, il regime giuridico applicabile allorché il giudice di appello ne ravvisi la sussistenza; ai sensi dell'art. 604, IV, c.p.p. questi <<la dichiara con sentenza e rinvia gli atti al giudice che procedeva quando si è verificata la nullità>>. Qualora l'invalidità sia stata tempestivamente dedotta ma non rilevata dal giudice di seconde cure, è certamente esperibile ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 606, I, lett. c)²²⁷ (inosservanza di norme processuali stabilite a pena di nullità); se accoglie il ricorso, ai sensi del comb. disp. art. 185, III, c.p.p. ed art. 623, I, lett. b) c.p.p., la Corte dispone l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice di primo grado.²²⁸ Similmente procede la Cassazione quando la riqualificazione officiosa senza previo contraddittorio sia stata operata in grado d'appello; qui, naturalmente, il giudice del rinvio sarà un'altra sezione della corte di appello o della corte d'assise d'appello, secondo quanto previsto dall'art. 623, I, lett. c) c.p.p.²²⁹

Problemi, invece, sensibilmente diversi pone, come si accennava, la riqualificazione officiosa operata dal giudice di legittimità; sebbene, infatti, la sentenza recante tale operazione debba considerarsi viziata anche in tale ipotesi, l'inimpugnabilità delle decisioni rese dalla Suprema Corte, con

dell'impugnazione, senza che debba formare oggetto dei relativi motivi (c.d. *perpetuatio nullitatis*)>>. (VOENA, *op. cit.*, p. 289)

²²⁷ Due precisazioni: per il fenomeno della *perpetuatio nullitatis* si dovrebbe ritenere che la Cassazione possa rilevare tale nullità anche d'ufficio anche se non denunciata nei motivi di ricorso, purché tempestivamente dedotta (v. nota precedente); qualora l'imputato non contesti solo le modalità dell'operazione di riqualificazione ma il merito della stessa (cioè la riconduzione del fatto entro una fattispecie reputata inconferente) il ricorrente potrà affiancare un ulteriore motivo di ricorso, fondato, però, sull'art. 606, I, lett. b) c.p.p. *sub specie* di erronea applicazione della legge penale. (v., *supra, amplius*, par. 2.5.3)

²²⁸ L'art. 623, I, lett. b) fa, infatti, esplicito riferimento alle sole ipotesi contemplate dall'art. 604, I c.p.p., ma <<si è osservato, in dottrina, come la categoria dei *vitia in procedendo*, che possono portare all'annullamento con rinvio, non si esaurisca in quelli enunciati dall'art.604 comma 1°, richiamato dall'art. 623 lett. b, ma ricomprenda tanti casi quante sono le nullità degli atti a funzione propulsiva>>. Così, BARGIS, *op. cit.*, p. 1013

²²⁹ Tale soluzione, pur formalmente corretta, rischierebbe, però, di essere fortemente diseconomica. Come ricordato nel par. precedente, infatti, all'esito del confronto dialettico sul *nomen iuris* in grado d'appello, il giudice potrebbe essere costretto a disporre la trasmissione degli atti al giudice di primo grado, con un grande dispendio di tempo e risorse. Non sembra, però, possibile ipotizzare che nei casi di riqualificazione a sorpresa operata in secondo grado la Cassazione possa direttamente far regredire il processo fino al primo grado, sia per i contrari indici normativi citati sia perché, secondo quanto appena ricordato, non necessariamente al giudice di appello è preclusa la modificazione del *nomen iuris* in sentenza (v., *amplius*, par. precedente)

conseguente passaggio in giudicato²³⁰ della pronuncia, non consente la rilevazione dell'invalidità dinnanzi a nessuna autorità giurisdizionale interna. In tali ipotesi, all'imputato non rimane altra via se non il ricorso alla Corte di Strasburgo: esattamente quanto verificatosi nella vicenda Drassich. In base all'orientamento della giurisprudenza EDU in materia²³¹ pare, peraltro, ragionevole prospettare che la lagnanza avrebbe ottime probabilità di essere accolta giacché, ontologicamente, il contraddittorio in ultima istanza non potrebbe essere che preventivo; *ergo*, se la modifica del *nomen iuris* fosse stata a sorpresa, l'imputato sarebbe stato privato di ogni possibilità di difesa, in netto contrasto con quanto previsto dall'art.6 CEDU.²³² Nel caso di accoglimento del ricorso si porrebbe allora il complesso problema della *restitutio in integrum*, già ampiamente affrontato.²³³ Così, in particolare, occorrerebbe interrogarsi sullo strumento all'uopo più adatto per consentire la riapertura del processo ingiusto, contendendosi il campo tendenzialmente due opzioni: la cd. revisione europea ed il ricorso straordinario per errore di fatto nella lettura "analogica" svolta dalla giurisprudenza.²³⁴ Non v'è dubbio che, se ad essere censurata dalla Corte EDU fosse un'operazione di riqualificazione a sorpresa in grado di merito,²³⁵ la prima soluzione sarebbe l'unica adatta a restituire il privato nelle garanzie violate; nel nuovo giudizio di merito, questi, infatti, potrebbe esercitare pienamente il proprio diritto al contraddittorio argomentativo e, se del caso, probatorio. Se, invece, a cadere sotto gli strali dei dai giudici di Strasburgo, fosse una *immutatio nominis* in sede di legittimità,²³⁶ si ritiene più congruo il secondo rimedio. Infatti, come si è cercato di

²³⁰ Cfr. art. 648 c.p.p.

²³¹ V., *supra*, *amplius*, par. 3.3

²³² Più incerta sarebbe, invece, la sorte di un ricorso che denunciasse la violazione del diritto al *fair trial* causata da una *immutatio nominis* operata in grado di merito. Come si è visto, infatti, la Corte di Strasburgo è incline a ritenere sufficiente il rimedio impugnatorio ed il contraddittorio postergato; sicché, davanti ad una riqualificazione a sorpresa, l'imputato potrebbe (e, nel suo interesse, dovrebbe) contestare sia il "metodo" dell'operazione (cioè, appunto, il carattere improvviso dell'*immutatio nominis*) sia il "merito" della stessa (ossia, la scelta di un determinato *nomen iuris* in luogo di un altro) Sul *come* farlo si è detto in questo capitolo.

²³³ V., *supra*, *amplius*, par. 1.3

²³⁴ V., *supra*, *amplius*, par. 1.2. e, sulla perdurante attualità della soluzione giurisprudenziale "creativa" (riguardo l'applicazione analogica dell'art. 625 *bis*), pur dopo la sentenza costituzionale 113/2011, par.1.3.

²³⁵ Eventualità, però, alquanto improbabile, visto l'orientamento maggioritario della Corte EDU sull'idoneità del rimedio impugnatorio a tutelare il diritto di difesa; v *supra*, *amplius*, par. 3.3.

²³⁶ Ipotesi, invece, ben probabile, secondo quanto visto nel testo e, *supra*, *amplius*, al par. 3.3.

dimostrare, non necessariamente, l'attività di riqualificazione in grado di legittimità, deve condurre ad una regressione procedimentale, essendo questo un esito che dipenderà dalla presenza di eventuali richieste istruttorie o dalla necessità di valutare la corrispondenza tra il compendio probatorio e gli elementi costitutivi della nuova fattispecie entro la quale il giudice di legittimità, dopo avere ascoltato le argomentazioni di parte, ritenga di sussumere il fatto; orbene, il ricorso straordinario per errore di fatto, come ricordato dalla stessa Cassazione,²³⁷ consentendo la celebrazione di un nuovo giudizio di legittimità, e quindi riportando l'imputato al momento in cui i suoi diritti furono conculcati, fa sì che il tema della qualificazione giuridica possa essere ampiamente discusso, consentendo alla Corte, all'esito del "giudizio *bis*" di disporre, se del caso, un annullamento con rinvio.

3.8. LA DIRETTIVA 2012/13/UE SUL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI

Il quadro delle tutele da garantire in occasione di operazioni di riqualificazione giuridica del fatto, per come lo si è provato a ricostruire nelle pagine precedenti, potrebbe essere significativamente rafforzato ed implementato dall'entrata in vigore della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali. Finora, si è ampiamente segnalata l'importanza, nell'alveo del sistema multilivello di tutela dei diritti umani, dell'apporto convenzionale, mettendosi anzi in evidenza come sia stata proprio una pronuncia della Corte di Strasburgo a gettare nuova luce su di una tematica che per decenni era finita nel cono d'ombra dell'attenzione di dottrina e giurisprudenza: la potenziale lesività per l'imputato delle modiche a sorpresa del *nomen iuris* in sentenza. La vicenda Drassich ha così rappresentato una svolta "storica", ma essa, in quanto storia, è, ormai passato; il futuro, in tema di diritti di difesa e riqualificazione, potrebbe, invece, essere rappresentato proprio "dall'entrata in scena" del diritto dell'Unione Europea attraverso il menzionato atto normativo euro unitario.²³⁸ Onde inquadrare correttamente la

²³⁷ CASS. PEN. SEZ. II n.37413/2013

²³⁸ In questo senso, BIONDI, *op. cit.*, p.12; secondo l'A. <<su questo tema [diritto di difesa e riqualificazione del fatto, *ndr.*] significative novità sono oramai sopraggiunte nuovamente dall'Europa, questa volta dalla c.d. piccola Europa (cioè l'Unione Europea) in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona>>. La terminologia "grande Europa" (ossia il Consiglio d'Europa) e "piccola Europa" (appunto l'Unione Europea) è stata coniata da

tematica, occorrono, però, alcune brevi ma necessarie premesse. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,²³⁹ ed il superamento della cd. divisione in pilastri che aveva caratterizzato il processo di integrazione europea dopo il Trattato di Maastricht,²⁴⁰ anche la materia della cooperazione giudiziaria in materia penale,²⁴¹ parte integrante dell'ex terzo pilastro (giustizia ed affari interni) è stata, almeno formalmente, sottratta al cd. metodo intergovernativo²⁴² ed è divenuta potenziale oggetto della cd. procedura legislativa ordinaria (ovverossia la cd. codecisione che vede partecipi, su un piede di parità, Parlamento e Consiglio²⁴³). La cooperazione giudiziaria in materia penale si fonda, ai sensi dell'art.82§1 TFUE, sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ed include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. In particolare, l'art. 82 §2 TFUE prevede che, <<laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo ed il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive, secondo la procedura legislativa ordinaria>>. Trattasi di quella che è stata efficacemente definita in dottrina come “cooperazione mediante approssimazione delle legislazioni nazionali”,²⁴⁴ in ideale contrapposizione alla “cooperazione senza approssimazione”. E' evidente che la prima forma di ravvicinamento tra ordinamenti risulti astrattamente più efficace per il pieno conseguimento delle finalità perseguite a livello unionale; essa, tuttavia, determina una marcata intrusione nei margini di pertinenza degli Stati membri in settori, quali specialmente il diritto e la procedura penale, che sono più diretta emanazione

VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in “Europa e giustizia penale”, inserto speciale di Dir. Pen. Proc., 2011, p.4.

²³⁹ Il Trattato, firmato il 13 dicembre 2007, è entrato in vigore l'1 dicembre 2009 dopo un tortuoso percorso di ratifica. (l'Italia ha proceduto alla ratifica con l.130/2008)

²⁴⁰ Cfr. BIONDI, *op. cit.*, p.13. Il Trattato di Maastricht era entrato in vigore il 1 novembre 1993.

²⁴¹ Art. 82 e ss. TFUE

²⁴² V. BIONDI, *ibidem*

²⁴³ << La procedura legislativa ordinaria, consistente nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione, è regolata dall'art. 294 TFUE>>. Così, VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, II edizione riveduta e aggiornata, Cacucci Editore, Bari, 2011, p. 206

²⁴⁴ Cfr. SATZGER, *op. cit.*, p.128

della sovranità nazionale.²⁴⁵ Sicché lo stesso art. 82 TFUE limita la citata previsione del secondo paragrafo a quattro aree ben specificate tra cui spiccano, alla lett. b), <<i diritti della persona nel processo penale>>.²⁴⁶ In applicazione dell'art. 82, § 2, lett. b) è stata così adottata la citata direttiva 2012/13/UE, in seno ad un più ampio piano d'azione, il cd. Programma di Stoccolma,²⁴⁷ con cui sono state messe in cantiere una serie di direttive che dovranno incidere in ciascuna delle aree summenzionate.²⁴⁸ Concentrando ora l'attenzione su quella 2012/13/UE,²⁴⁹ ai fini di questa ricerca rilevano eminentemente l'art. 6 e taluni *considerando*, previsioni, queste ultime, prive di diretta forza precettiva ma di grande interesse sotto il profilo interpretativo. L'articolo 6, rubricato *Diritto all'informazione sull'accusa* obbliga, al primo paragrafo, gli Stati membri ad assicurare alle persone indagate o imputate tempestive ed adeguate informazioni sul reato che le stesse sono sospettate o accusate di aver commesso; in particolare, tali informazioni devono essere così dettagliate da poter consentire <<l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti della difesa>>. Dopo aver dedicato al secondo paragrafo una specifica previsione agli arrestati o detenuti,²⁵⁰ il terzo paragrafo impone ai Paesi UE di far sì <<che, al più tardi al momento in cui il merito dell'accusa sia sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria, siano fornite informazioni

²⁴⁵ <<L'approssimazione della legge processuale penale deve rimanere "l'ultima risorsa" (*ultima ratio*) per implementare la cooperazione giudiziaria in materia penale giacché i sistemi giuridici penali nazionali vanno trattati secondo il principio della "minima invasività">> (SATZGER, *ibidem*)

²⁴⁶ Per completezza le altre aree sono: <<l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri (a); i diritti delle vittime della criminalità (c); altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione per adottare [la quale, *ndr.*] il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo>>.

²⁴⁷ Il piano è stato approvato dal Consiglio Europeo il 10 dicembre 2009 ai sensi dell'art.68 TFUE. Trattasi di un programma d'azione quinquennale <<che definisce gli orientamenti della programmazione legislativa ed operativa nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia>> Così, BIONDI, *op. cit.*, p.15, al quale si rinvia per una dettagliata analisi delle tappe in cui il programma si articola.

²⁴⁸ Oltre a quella in esame si segnalano altresì la direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali e la direttiva 2012/29/UE sulla posizione della vittima nel processo penale

²⁴⁹ Per un'analisi dettagliata del testo normativo e della sua "difficile gestazione" si rinvia a CIAMPI, *La direttiva del Parlamento e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it

²⁵⁰ <<Gli Stati membri assicurano che le persone indagate o imputate, che siano arrestate o detenute, siano informate dei motivi del loro arresto o della loro detenzione, e anche del reato per il quale sono indagate o imputate>>.

dettagliate sull'accusa, inclusa la natura e la qualificazione giuridica del reato, nonché la natura della partecipazione allo stesso dell'accusato>>. Si prevede, infine, all'ultimo paragrafo, che <<gli Stati membri garantiscano che le persone indagate o imputate, siano tempestivamente informate di ogni eventuale modifica alle informazioni fornite a norma del presente articolo, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equità del procedimento>>. Come risulta evidente già da una prima sommaria lettura, tali disposizioni riecheggiano da vicino quelle, a suo tempo analizzate,²⁵¹ dell'art. 6 CEDU e dell'art. 111 Cost., anche se con la maggiore dovizia di particolari che si confà ad una norma di rango primario, inevitabilmente più dettagliata rispetto alle sintetiche previsioni di principio che albergano nella Convenzione e nella Costituzione. Così, innanzitutto, da molteplici indici testuali tra cui, su tutti, il riferimento a <<persone indagate o imputate>>²⁵² si evince, senza dubbio, che lo spettro applicativo dell'art. 6, e più in generale, della direttiva, <<comprende l'intero procedimento penale, dall'iniziale fase d'indagine ai gradi di impugnazione, sino al giudicato>>.²⁵³ Ne deriva come logica conseguenza che il compendio informativo succitato debba essere fornito all'interessato ben prima che l'addebito si sia cristallizzato in un formale atto imputativo ma già al momento delle investigazioni, compatibilmente, però, con le esigenze di riservatezza che contraddistinguono questa fase. Tale esegesi è confortata dal *considerando* 28 in forza del quale <<le informazioni fornite alle persone indagate o imputate relative al reato che sono sospettate o accusate di aver commesso dovrebbero essere fornite in modo tempestivo, al più tardi anteriormente al loro primo interrogatorio da parte della polizia o di altra autorità competente e senza pregiudicare lo svolgimento delle indagini in corso>>. Un altro dato che si ricava pacificamente è che, anche nella prospettiva della Direttiva, il diritto all'informazione si lega indissolubilmente al diritto di difesa, risultando il primo direttamente funzionale al secondo ed il secondo naturale estrinsecazione del primo; in questo senso, depone ancora il *considerando* 28 in base al quale, <<una descrizione dei fatti, compresi, se noti, l'ora e il luogo, [...] e la possibile qualificazione giuridica del presunto reato, dovrebbero essere fornite con sufficiente dettaglio tenendo conto della fase del procedimento penale in cui è fornita tale descrizione, al fine di salvaguardare l'equità del procedimento e di consentire un esercizio effettivo

²⁵¹ V., *supra*, *amplius*, par.1.1

²⁵² Nel testo inglese, si usa l'analoga formula *suspects or accused persons*.

²⁵³ CIAMPI, *op. cit.*, p.5

dei diritti della difesa>>.²⁵⁴ Il dato forse più importante è, però, quello della parificazione della dimensione fattuale e di quella giuridica dell'addebito che dimostra, una volta di più, come nella prospettiva sovranazionale si tenda a non operare alcuna discriminazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* o, comunque, a non fare discendere da questa controversa distinzione teorica conseguenze pratiche sfavorevoli per l'imputato o l'indagato. Un espresso riferimento alla *qualificazione giuridica* dei fatti addebitati quale oggetto dell'informazione figura, difatti, sia nell'art. 6 che nel *considerando* 28. Un'ultima sottolineatura, non meno importante, attiene alla dimensione diacronica del diritto *de quo*; come si è ricordato a suo tempo,²⁵⁵ in effetti, l'informazione sull'accusa risulterebbe del tutto insufficiente, ai fini della preparazione di un'adeguata difesa, se l'indagato o l'imputato non venisse prontamente reso edotto sui mutamenti, tanto giuridici quanto fattuali, dell'addebito, potendo egli, solo così, contrapporre all'asserto accusatorio adeguate contromisure. Non è un caso, dunque, che sia l'ultimo paragrafo dell'art. 6 che il *considerando* 29²⁵⁶ sembrano affermare il principio della continua corrispondenza fra accusa comunicata ed accusa per cui si procede. Sarebbero dovuti bastare solo questi dati, così sinteticamente riassunti, ad indurre il legislatore italiano "a cogliere al volo" l'occasione, approfittando della necessità di attuare la direttiva²⁵⁷ per introdurre la tanto sperata riforma organica dell'attività di riqualificazione,²⁵⁸ o, almeno, una disposizione che preveda che <<la garanzia del contraddittorio sia attuata con tempestività nella fase di merito anche in ordine alla qualificazione giuridica del fatto>>.²⁵⁹ Ancora una volta, invece, le cronache hanno registrato poco più che

²⁵⁴ A riguardo, v., anche, il *considerando* 27 per il quale <<le persone accusate di aver commesso un reato dovrebbero ricevere tutte le informazioni sull'accusa necessarie per consentire loro di preparare la difesa e garantire l'equità del procedimento>>.

²⁵⁵ V., *supra*, *amplius*, par.1.1

²⁵⁶ <<Qualora, nel corso del procedimento penale, i particolari concernenti l'accusa cambino in modo tale da ripercuotersi in modo sostanziale sulla posizione delle persone indagate o imputate, ciò dovrebbe esser loro comunicato ove necessario per salvaguardare l'equità del procedimento e a tempo debito per consentire un esercizio effettivo dei diritti della difesa>>.

²⁵⁷ Cosa che si sarebbe dovuta fare entro il 2 giugno 2014.

²⁵⁸ V., *supra*, *amplius*, per una sintetica carrellata delle ragioni che renderebbero auspicabile un intervento in materia; tra gli A., auspicano, a vario titolo, un provvedimento normativo, ad esempio, ZACCHÈ, *op. cit.* p.786; AIMONETTO, *op. cit.*, p.1527; PARLATO, *op. cit.*, p. 1592; KOSTORIS, *op. cit.*, p.2514

²⁵⁹ *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto (in particolare lo stato della giurisprudenza)*, in www.magistraturademocratica.it, p.15

un'“occasione persa”, visto che il d.lgs. 101/2014²⁶⁰ di attuazione della Direttiva 2012/13/UE ha inteso adottare un approccio, quanto meno, “minimalista” al problema. Benché, infatti, la stessa relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo,²⁶¹ ribadisca che <<il nostro ordinamento riconosce rilievo costituzionale al diritto della persona accusata di un reato di essere, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa, ai sensi dell'art. 111 commi primo e terzo>> e noti come <<il cd. giusto processo non possa prescindere dal diritto della persona accusata di essere tempestivamente informata dei diritti e delle facoltà concesse dall'ordinamento processuale, al fine di comprendere appieno l'addebito e di disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa>>,²⁶² tutto ciò si traduce in alcuni, seppur apprezzabili, “ ritocchi normativi” agli artt. 293, 294, 369 *bis*, 386 e 391 c.p.p.

Così, in particolare, si introduce <<un nuovo adempimento in capo all'ufficiale, ovvero all'agente, delegato ad eseguire l'ordinanza di custodia cautelare, e cioè la consegna all'imputato, oltre che della copia del provvedimento, anche di una comunicazione scritta [...] reda[tta] [...] in una lingua comprensibile al medesimo [ed avente, *ndr.*] la finalità [...] di informare il soggetto dei propri diritti nonché delle facoltà>>²⁶³ di cui egli gode. Si prevede, inoltre, che, allorquando tale comunicazione scritta non dovesse essere subito disponibile, o almeno disponibile in una lingua comprensibile all'interessato, le prescritte informazioni vadano rese a questi verbalmente, salva la successiva consegna del documento non appena esso fosse approntato. In capo al giudice rimane, comunque, l'obbligo di verificare che il prescritto compendio informativo sia stato opportunamente trasmesso all'interessato, provvedendo egli stesso, nell'ipotesi in cui tale verifica desse esito in tutto o in parte negativo, alle opportune integrazioni.²⁶⁴ Il d.lgs.101/2014 ha, infine, esteso le predette garanzie anche <<ai soggetti

²⁶⁰ Emanato l'1 luglio 2014 - e quindi con un ritardo di circa un mese sul termine ultimo di attuazione delle direttiva - sulla base della legge di delegazione europea 96/2013.

²⁶¹ Disponibile sul sito Internet www.governo.it

²⁶² Inoltre si ricorda, alquanto pletoricamente, che <<la disposizione generale contenuta nell'art.61 del codice di procedura penale [...] estende i diritti e le garanzie dell'imputato alla persona sottoposta alle indagini>>

²⁶³ BIARELLA, *Procedimenti penali, diritto all'informazione: attuazione Direttiva 2012/13/UE* in www.altalex.com, p.2 Tra tali diritti e facoltà l'A. segnala il diritto all'assistenza tecnica e, nei casi previsti dalla legge, al gratuito patrocinio, il diritto all'assistenza medica ed il diritto ad avvisare i propri familiari.

²⁶⁴ Cfr. BIARELLA, *ibidem*

destinatari del mandato di arresto europeo o di altro provvedimento di consegna tra Paesi membri>>,²⁶⁵ modificando la l.69/2005.

Come si può agevolmente notare da questo rapidissimo *excursus* e dalla lettura delle norme citate, le previsioni concernenti il potere di riqualificazione del fatto non sono state minimamente interessate dall'intervento normativo. Il problema di fondo è che il legislatore, non si sa quanto consapevolmente, ha letto, come si anticipava, in modo molto riduttivo la Direttiva 2012/13/UE, mostrando di cogliere, in particolare, solo la prima delle tre accezioni in cui l'atto normativo euro unitario pare aver declinato il diritto all'informazione nei procedimenti penali²⁶⁶ Accanto, infatti, alla pur fondamentale componente <<dell'informazione su prerogative processuali, come garanzie, poteri, diritti e facoltà riconosciuti all'accusato>>,²⁶⁷ la Direttiva dedica particolare attenzione al diritto dell'indagato/imputato <<a conoscere gli estremi dell'addebito, secondo un grado di precisione direttamente proporzionale allo stato di avanzamento del rito>>,²⁶⁸ nonché al <<diritto d'accesso al materiale probatorio raccolto dagli inquirenti>>.²⁶⁹ Ed è proprio la prima di queste due ulteriori dimensioni del diritto di informazione quella a cui l'art.6 della Direttiva si riferisce ed in relazione alla quale il nostro ordinamento giuridico avrebbe avuto bisogno di uno "sforzo di conformazione" che, invece, non è stato profuso. Il legislatore nazionale non sembra, difatti, aver prestato particolare attenzione al fatto che il diritto all'informazione sull'addebito si pone su un <<piano prospettico, contiguo ma non sovrapponibile a quello [...] dell'informazione sulle prerogative processuali delle persone coinvolte in un procedimento penale>>,²⁷⁰ meritando, perciò, specifica attenzione. Ciò nonostante, le affermazioni contenute nell'art. 6 Dir. 2012/13/UE, interpretate alla luce dei menzionati *considerando*, rivestono un ruolo fondamentale per il tema oggetto della presente ricerca.²⁷¹ Esse, innanzitutto, confermano la correttezza dell'esegesi degli articoli 6 CEDU e 111 Cost. che si è, a suo tempo,²⁷² proposta in via ipotetica, avvalorando, in particolare, i seguenti

²⁶⁵ BIARELLA, *ibidem*

²⁶⁶ CIAMPI, *ibidem*

²⁶⁷ CIAMPI, *ibidem*

²⁶⁸ CIAMPI, *ibidem*

²⁶⁹ CIAMPI, *ibidem*

²⁷⁰ CIAMPI, *op. cit.*, p.5

²⁷¹ <<E'indubbio che, sul tema della riqualificazione giuridica del fatto, l'entrata in vigore della Direttiva 2012/13/UE potrebbe aprire scenari del tutto nuovi>>. (BIONDI, *op. cit.*, p.15)

²⁷² V., *supra*, *amplius*, par.1.1

assunti²⁷³: il diritto all'informazione deve avere ad oggetto sia il profilo fattuale che giuridico dell'addebito; il diritto all'informazione è strumentale al diritto di difesa (una cui componente fondamentale è il contraddittorio) ed il diritto di difesa presuppone un'adeguata informazione; il diritto all'informazione deve essere garantito, nei limiti in cui ciò non pregiudichi le esigenze investigative, anche durante la fase delle indagini preliminari; ogni variazione della natura o dei motivi dell'accusa deve essere prontamente ed esaustivamente comunicata all'interessato. In secondo luogo è probabile - ed a questo punto, si oserebbe dire auspicabile - che le previsioni della Direttiva orientino l'incerta giurisprudenza italiana, di merito e di legittimità, a propendere definitivamente per la lettura più garantistica delle norme che disciplinano, espressamente o implicitamente, il potere di riqualificazione: l'*immutatio nominis* in sentenza sarebbe, perciò, consentita, purché preceduta dal previo contraddittorio all'uopo suscitato dal giudice e ciò, in ogni grado del processo. Infine, e soprattutto, grazie all'art.6 Dir. 2012/13/UE la questione dell'esegesi dell'art.521, I, c.p.p. verrebbe letta sotto una luce giuridico formale del tutto diversa; alla necessità di esperire un'interpretazione costituzionalmente o convenzionalmente orientata, secondo quanto ampiamente visto, si affiancherebbe, cioè, in via prioritaria, l'obbligo di ricercare un senso della disposizione compatibile col contenuto della fonte euro unitaria,²⁷⁴ con tutto ciò che questo comporta. In particolare, ove tale sforzo ermeneutico desse esito infruttuoso, <<il giudice sarebbe legittimato a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 521, primo comma, c.p.p., per contrasto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione al parametro interposto, rappresentato dall'art. 6 della Direttiva 2012/13/UE>>.²⁷⁵

L'impressione è che, comunque, vuoi attraverso la via dell'interpretazione (costituzionalmente, convenzionalmente o euro unitariamente) orientata, vuoi attraverso l'arresto di un'alta giurisdizione (Cassazione, Corte Costituzionale, Corte EDU, Corte di Giustizia) vuoi attraverso un'espressa riforma legislativa,

²⁷³ Di cui si da conto in sintesi rinviano al par.1.1. per gli opportuni approfondimenti.

²⁷⁴ In tale attività il giudice potrebbe giovare di <<un'utile e potenzialmente proficua interlocuzione con la Corte di Giustizia UE, eventualmente sollecitata in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE>>. (BIONDI, *op. cit.*, p.19) In particolare, il giudice nazionale potrà (e dovrà, se giudice di ultima istanza, ai sensi dell'art. 267, § 3 TFUE) rivolgersi alla Corte di Lussemburgo, mediante lo strumento di cui all'art. 267, § 2 TFUE.

²⁷⁵ BIONDI, *op. cit.*, p.20. Ovviamente, l'art. 117, I, Cost. rilevarebbe nella parte in cui fa riferimento <<ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario [oggi, dell'Unione Europea, ndr.]>>.

il valore del previo contraddittorio sul *nomen iuris* sia, prima o poi, destinato ad affermarsi definitivamente. Ma solo un *nuovo caso Drassich* potrà dirlo, perché, in fondo, <<la storia della libertà è stata in gran parte la storia del rispetto delle garanzie procedurali>>.²⁷⁶

²⁷⁶ Felix Frankfurter *Mc Nabb vs. United States* 318 U.S. 332 (1943)

BIBLIOGRAFIA

SENTENZE:

- CASS. FIRENZE 3 marzo 1860
- CASS. FIRENZE 7 agosto 1861
- CASS. ROMA, 8 giugno 1881, Gariglio e Geido
- CASS. Pen. SEZ. II, 20 dicembre 1910, Gerardi.
- CASS. PEN. Sez. I 4033/1992
- CASS., 14 gennaio 1993, Pereira
- CORTE COST. 10/1993
- CASS. PEN. SEZ. VI. 2826/1993
- Corte EDU Papamichalopoulos c. Grecia (1995)
- CASS. Pen. Sez. Un. 22/10/1996, Di Francesco
- UK: *Regina v. Chalkley e Jefferies* (1998)
- Corte EDU Pelissier e Sassi c. Francia (1999)
- UK: *Regina v. Togher, Doran e Parson* (2001)
- UK: *Regina v. Davis, Rowe e Johnson* (2001)
- Corte EDU Dallos c. Ungheria (2001)
- Cass. Pen. Sez. IV 23024/2004, Drassich
- Cass. Pen. Sez. I 23215/2005
- CASS. SEZ. IV 27370/2005
- Cass. Pen. Sez. V 23546/2006
- Cass. Pen. Sez. I, 23547/2006
- Corte EDU I.H. c. Austria (2006)
- CASS. PEN. SEZ. I 32678/2006,
- CASS. PEN. SEZ. V, 41339/2006
- CASS. PEN. SEZ. IV 19358/2007
- Corte EDU, Drassich c. Italia (2007)
- CASS. PEN SEZ. II 39841/2008

- Cass. Pen. Sez. VI n. 45807/2008, Drassich
- CASS. PEN. SEZ. VI, 6453/2008
- CORT. COST. 129/2008
- CASS. PEN. SEZ. VI, 11055/2008
- CASS. PEN. SEZ. IV 11335/2008
- Cass. Pen. Sez. VI n. 36323/2009, Drassich
- Corte EDU Penev c. Bulgaria (2010)
- CASS. PEN. SEZ. I 9091/2010
- CASS. PEN SEZ. VI 14674/2010
- CASS. PEN. SEZ. VI 20500/2010
- Corte EDU Zhupnik c. Ucraina (2010)
- Cass. Pen. Sez. I 171/2011
- CASS. PEN. SEZ. V 6487/2011
- CASS. PEN. SEZ. I 18590/2011
- CASS. PEN SEZ. III 34900/2011
- CORT. COST. 113/2011
- Corte EDU D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria (2012)
- CASS. SEZ. III 7886/2012
- CASS. PEN. SEZ. V 7984/2012
- CASS. PEN SEZ. VI 10148/2012
- CASS. Pen Sez. VI 24631/2012
- Cass. Pen. Sez. II n. 1625/2013
- Corte EDU Varela Geis c. Spagna (2013)
- Corte EDU Mulosmani c. Albania (2013)
- Corte EDU Hoxha c. Albania (2013)
- CASS. PEN SEZ. II 21170/2013
- Cass. Pen. Sez. II n.37413/2013, Drassich
- CORT. COST. 49/2015.

TESTI:

- AA.VV., *Compendio di procedura penale*, VI Edizione, CEDAM, 2012

- AA.VV. *Dieci lezioni introduttive ad un corso di diritto privato*, UTET, Roma, 2006,
- AA.VV. , *Dizionario costituzionale*, a cura di Michele Ainis, Editori Laterza, Roma - Bari, 2000
- AA.VV. *La prova nel dibattimento penale*, III Edizione, G. Giappichelli Editore – Torino, 2007
- BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un' introduzione teorica*, G. Giappichelli Editore, Torino, III ed., 2008
- CALOGERO, *La logica del giudice ed il suo controllo in Cassazione*, CEDAM, Padova, 1964
- CANEPA – MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Editore, Milano, 2010
- CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica nel processo penale*, CEDAM, 2010
- CAPRIOLI - VICOLI, *Procedura penale dell' esecuzione*, G. Giappichelli Editore – Torino, II ed., 2011
- CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, G. Giappichelli Editore – Torino, 2011,
- CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, VIII Ed., Napoli, 2010
- CORDERO, *Sub art. 619 c.p.p.*, in ID, *Codice di Procedura Penale*, Utet, Torino, 1992,
- DIJON, “*Méthodologie juridique. L' application de la norme à la rencontre du droit*, Bruxelles, 1990
- FALZEA, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, 2008
- FARANDA, *Il titolo del reato. Parte prima. L' azione*, Tipografia C. Galatola, Catania, 1885
- FERRUA, *Il “giusto processo”*, Zanichelli, Bologna, III ed., 2012
- GEMBILLO, *Le polilogiche della complessità. Metamorfosi della Ragione da Aristotele a Morin.*, ed. Le Lettere, Firenze, 2008
- GUASTINI, *Le fonti del diritto e l' interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993
- HÉLIE, *Traité de l' instruction criminelle*, III, tr. it. Palermo – Napoli, 1863
- LEONE,G., *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961,
- MANZINI, *Manuale di procedura penale*, 1912

- MODUGNO, (a cura di) “Lineamenti di diritto pubblico” , G.Giappichelli Editore -Torino, II ed., 2010
- MORTARA – ALOISI, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino, 1922,
- MOSCARINI, *Principi delle prove penali*, G. Giappichelli Editore - Torino, 2014
- NOBILI, Massimo, *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989,
- QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene Editore, Napoli, 2011
- PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, II ed., Giuffrè Editore, Milano, 1965,
- PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè Editore, III Ed., 2013,
- PUNZI, Antonio, *Diritto In.formazione*, G.Giappichelli Editore - Torino, 2011
- PUNZI, Carmine, *Iura novit curia*, Giuffrè Editore, Milano, 1965
- RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996
- RAFARACI, “*Vis modica*” e altri espedienti. *La polemica sugli interrogatori duri al processo per la morte di Annarella Bracci*, in *Diritti individuali e processo penale nell’ Italia repubblicana*, a cura di Daniele Negri e Michele Pifferi, 2010, Giuffrè Editore
- ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, III ed. Giuffrè Editore, Milano, 2013
- SALUTO, *Commenti al codice di procedura penale*, IV, Torino, 1878
- SATZGER, *International and European Criminal Law*, C.H. Beck · Hart · Nomos, München, 2012, p. 162
- SCAPARONE, *Procedura penale*, II ed. Giappichelli, Torino, 2008
- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici* in “Trattato di diritto civile e commerciale”, già diretto da Cicu – Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, 1992,
- TRENDELENBURG, *Diritto naturale*, Jovene, Napoli, 1873 (ed. italiana su originale tedesco del 1860)
- VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione Europea*, II edizione riveduta e aggiornata, Cacucci Editore, Bari, 2011,
- VISENTINI, *Lezioni di teoria generale del diritto*, III ed., CEDAM, 2010

DOCUMENTI, ARTICOLI DI RIVISTA E PERIODICI, RISORSE
INFORMATICHE:

- APRILE, *I meccanismi di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in www.ordineavvocaticce.it
- AUTORE IGNOTO, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto (in particolare: lo stato della giurisprudenza)*, in www.magistraturademocratica.it
- BIARELLA, *Procedimenti penali, diritto all'informazione: attuazione Direttiva 2012/13/UE* in www.altalex.com
- BIONDI, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici che provengono dal diritto europeo. Uno sguardo alla direttiva 2012/13/UE sul diritto all' informazione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it
- BOSSI, *Impossibile per la Cassazione procedere alla riqualificazione giuridica del fatto*, in "Diritto e Giustizia", 04/12/2014
- BRUNI, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. VI, 19 febbraio 2010, N. 205000*, in "Cassazione Penale", fasc.5,2011, p.1836A
- CABIALE, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella CEDU) a strumento di legittimazione nella prassi (in Cassazione)*, in "Cassazione penale" n. 1/2015
- CAIANIELLO, *Terzo e quarto grado. Ovvero, quando c' è chi cassa la Cassazione. L' adeguamento italiano alle sollecitazioni europee in materia penale. Brevi cenni introduttivi*, in www.camerepenali.it
- CAIANIELLO, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte Europea Dei Diritti Dell' Uomo*, in "Cassazione Penale", n. 4, 2009, pp.1465-1473
- CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell' accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili*

ripercussioni sul sistema italiano, in “ La giustizia penale”, 2007, pp. 165-170

- CALAMANDREI, Iolanda *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in “ Riv.it.dir.proc.pen”, 1996
- CARLIZZI, *Ragionamento giudiziario e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in “ Cassazione Penale”, Giuffrè, 2006
- CARTABIA, *La CEDU e l' orientamento italiano, rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in www.amicuscuriae.it
- CASIRAGHI, *Corte Europea dei Diritti dell' uomo e iura novit curia*, in “Processo penale e giustizia” vol. 2, fasc. 6, 2012
- CENTAMORE, *L' applicazione dei principi dell' art. 6 CEDU in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti “tradizionali” e nuove prospettive. Nota a Cass. Pen. Sez II, n. 1625/2013, Pres. Macchia, Rel. Rago*, in www.penalecontemporaneo.it
- CIAMPI, *La direttiva del Parlamento e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in www.penalecontemporaneo.it
- CONTI, *Mutamento della qualificazione giuridica del fatto. Il canone iura novit curia*, in www.treccani.it
- CORBO-FIDELBO, *Orientamento di giurisprudenza. Relazione n. 13/2014*, in www.cortedicassazione.it
- CRUDO, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza. Il caso Drassich e la giurisprudenza interna*, in www.duitbase.it
- DE LUCA, *Intorno all' art. 477 c.p.p.*, in “Scuola positiva”, 1964,
- DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in “Giurisprudenza europea e processo penale”, a cura di Balsamo-Kostoris, Giappichelli, 2008, p. 227
- DE LONGIS, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza CEDU*, in www.duitbase.it
- DI PAOLA, *L' incidenza delle sentenze della Corte europea dei diritti dell' uomo sul giudicato penale italiano*, tesi di dottorato discussa presso Università degli Studi Milano-Bicocca
- DURANTE, *Garanzie difensive a fronte della riqualificazione giuridica dell'imputazione penale: un problema ancora irrisolto nella giurisprudenza della Suprema Corte*, in www.sentenzeitalia.it

- ESCOBEDO, *I diritti della difesa dell'imputato nel giudizio di primo grado ed in appello*, in "Giustizia penale", 1899
- ESCOBEDO, *Sulla modificabilità del titolo di imputazione in primo grado e in appello*, in "Giust. Pen.", 1911
- FASSONE, *Sui poteri della Corte di cassazione in ordine alla qualificazione giuridica del reato e al divieto della reformatio in peius*, in Riv. Dir. Proc. Pen. 1966,
- FERRUA, *Difesa (diritto di)*, voce in "Digesto penale", III ed. , Torino, 1986
- FOSCHINI, Gaetano, *Il "novum" in Cassazione* in " Riv. It. dir. pen.", 1951
- FOTI, *Quali sono i limiti del potere di controllo del Giudice per le indagini preliminari sull' operato del Pubblico Ministero?* In "Diritto e giustizia", 16/05/2014
- FURFARO, "Il mito del giudicato ed il dogma della legge, la precarietà della certezza giuridica", in www.archiviopenale.it
- GASPARRE, *Incendio o danneggiamento seguito da incendio: la facoltà di qualificare il fatto sotto la scure della giustizia europea*, in www.dirittoegiustizia.it
- GIALUZ, *Esclusa la riapertura del processo in assenza di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it
- GIOSTRA, *Contraddittorio, (principio del)*, in "Enciclopedia Giuridica Treccani", Agg. X, Roma, 2002
- GIUNCHEDI, *Il giudice nazionale tra sistemi multilivello ed interpretazione conforme(a proposito del caso Drassich)*, in "Giurisprudenza italiana", 2014, n. 1, UTET
- GRILLI, *Difetto di correlazione tra imputazione contestata e sentenza:criteri di verifica a confronto*, in "Cassazione penale" fasc.5,2008, p. 1975
- GUAZZAROTTI, – COSSIRI, *L' efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell' uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it
- HINNA DANESI, *Rapporti tra il pubblico ministero ed il giudice per le indagini preliminari*, in Quaderni del CSM 1989, II,
- IACOBACCI, *Le Nuove Frontiere del giudicato penale: la Convenzione europea quale modello codificatorio*, in www.neldiritto.it

- ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, Giur. It., 2008, 2,
- ILLUMINATI, *I riflessi della stagione di “mani pulite” sulla procedura penale degli anni novanta*, in *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, a cura di Negri e Pifferi, 2010, Giuffrè Editore
- KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in “Giurisprudenza italiana”, 2009, p.2514
- LIVA, *Il iudex pedaneus nel Processo privato romano: dalla procedura formulare alla cognitio extra ordinem*, EDU Catt., Milano, 2012,
- LOASSES, *Della definizione giuridica del fatto – reato e suoi effetti*, in “Rivista penale”, 1948
- LOGRILLO, *La diversa definizione del fatto nel giudizio di Cassazione e il metodo del contraddittorio*, in www.treccani.it
- LONATI, *La Corte Costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte Europea: un nuovo caso di revisione per vizio processuali*, in www.penalecontemporaneo.it
- LONATI, *Il “caso Drassich”: continua l’ opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte Europea Dei Diritti Dell’ Uomo. Nota a Cass. Pen. Sez. VI n. 36323/2009*, in “Cassazione Penale”, fasc. 1, 2011, p. 263-276
- LUCCHINI, Luigi, *Elementi di procedura penale*, Firenze, 1895
- LUCCHINI, *Il nuovo codice di procedura penale. Impressioni e appunti*, in “Riv. Pen.”, LXXVII, 1913,
- MANISCALCO, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in udienza preliminare e restituzione degli atti al p.m.*, in www.personaedanno.it
- MANZIONE, sub art. 425 c.p.p., in AA.VV, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, diretto da Chiavario, IV, Utet, Torino, 1990,
- MARCOLINI, , *Inammissibile l’ incidente di esecuzione volto a paralizzare l’ esecuzione di un giudicato penale asseritamente contrario alla Convenzione europea dei diritti dell’ uomo*, in www.penalecontemporaneo.it
- MASERA, *La Cassazione applica in un caso di giudizio abbreviato incondizionato i principi della sentenza Drassich della Corte EDU in*

tema di riqualificazione giuridica del fatto, in www.penalecontemporaneo.it

- MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle questioni di <<quaestio facti>> e <<quaestio iuris>>*, in “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, 1992,
- MAZZARESE, *Termini per una crisi del sillogismo giudiziale*, in www.openfiler.jus.unibs.it
- MONTELEONE, *Principio del contraddittorio e nuove contestazioni: tra interpretazione funzionale e tutela del diritto di difesa*, in www.archiviopenale.it
- ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, fasc.2, 1998, p.452
- ORLANDI, *I riflessi della stagione di “mani pulite” sulla procedura penale degli anni novanta*, in *Diritti individuali e processo penale nell’Italia repubblicana*, a cura di Negri e Pifferi, 2010, Giuffrè Editore
- PARLATO, *La revisione del giudicato penale a seguito di pronuncia della Corte europea dei diritti dell’ uomo. (II) L’ esperienza della Repubblica Federale Tedesca e di altri Paesi dell’ Europa continentale*, in “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, fasc.3, 2006, p.1010
- PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica “viziata” del nomen iuris*, in “Diritto penale e processo”, 2008, 12, p. 1584
- PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in “Diritto penale e processo”, 12/2009, p. 1515
- PINO, *Limiti alla diversa definizione giuridica del fatto secondo interpretazione costituzionalmente orientata*, in www.pandette.it
- PIZZORUSSO, voce “*Iura novit curia*”. *Ordinamento italiano*, in “Enciclopedia giuridica”, XVIII, Roma, 1990
- QUATTROCOLO, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione del fatto in sentenza*, in “Cassazione penale”, vol . 53, fasc. 6, 2013
- QUATTROCOLO, *La Corte Costituzionale ancora alle prese con i rapporti tra potere di riqualificazione del fatto e principi generali*, in “Legislazione penale”, Vol. 30, num. 4, 2010
- QUATTROCOLO, *Giudicato interno e condanna della Corte Europea dei Diritti dell’ Uomo: la Corte di Cassazione “inaugura” la fase*

rescissoria. Nota a Cass. Pen. Sez. VI n. 36323/2009, in -“Cassazione Penale”, fasc. 7-8, 2010, p.2622-2634

- QUATTROCOLO, *La “vicenda Drassich” si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, Nota a Cass. pen., sez. II, 12 settembre 2013, n. 37413 in www.penalecontemporaneo.it
- ROTOLO, – VIDA, *Ragionamento giuridico*, in www.cirsfid.unibo.it
- RUPERTO, *La legalità costituzionale*, Discorso letto nella sala della Provincia autonoma di Bolzano il 17/11/2001 e reperibile in www.archivio.rivistaaic.it
- SANTORIELLO, *Il <<caso Drassich>> ancora in cerca di soluzione: la S.C. sorda alle censure di Strasburgo*, in “ Archivio Penale” , n. 3, 2013
- SCOZZARI, *Brevi riflessioni in tema di qualificazione giuridica del fatto in sentenza alla luce del principio di correlazione fra accusa e sentenza*, in www.penale.it
- SCULCO, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e prerogative difensive*, in “Cassazione Penale”, n.2, 2011, pp.633-642
- TEGA , *Il seguito delle sentenze di condanna della Corte dei diritti di Strasburgo: è nato un quarto grado di giudizio?*, in www.forumcostituzionale.it
- UBERTIS, *Diritti umani e mito del giudicato*, in www.penalecontemporaneo.it
- VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in “Europa e giustizia penale”, inserto speciale di Dir. Pen. Proc., 2011
- ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich* , in “ Diritto penale e processo”, 2009, 6, p. 781