

Corso P21083

**INCOLPAZIONE PRELIMINARE ED IMPUTAZIONE:  
IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE SULLE ATTIVITA' DI IN MERITO  
ALL'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE**

**Il controllo dell'imputazione nelle indagini preliminari e nei riti alternativi al dibattimento**

Relatore : Egle Pilla

Giudice del Tribunale del Riesame di Napoli

**Premessa: L'imputazione e l'addebito provvisorio**

L'art.50 c.p.p.<sup>1</sup> stabilisce che il pubblico ministero esercita l'azione penale ove manchino i presupposti per richiedere l'archiviazione.

L'art.326 c.p.p. dispone che il pubblico ministero e la polizia giudiziaria nell'ambito delle rispettive attribuzioni, svolgono le indagini preliminari per le determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale.

L'art.405 c.p.p. elenca la tipologia di atti che sostanziano l'esercizio dell'azione penale, esercizio doveroso in assenza delle condizioni per la richiesta di archiviazione.

La linea normativa segnata, dunque, dai tre articoli suindicati permette di evidenziare che, anteriormente all'esercizio dell'azione penale, le esigenze investigative impediscono la formulazione di una vera e propria imputazione; e, anche quando si è in presenza di un bisogno di contestazione, come ad esempio per la vicenda cautelare, esso si risolve in un provvedimento caratterizzato dalla provvisorietà e dalla fluidità e come tale suscettibile di sviluppi in ragione del progredire delle indagini.

La differenza si coglie agevolmente proprio dal dettato codicistico: nel disciplinare l'avviso di conclusione delle indagini (art.415 bis c.p.p.), la comunicazione al difensore e all'indagato deve riguardare soltanto "*l'enunciazione sommaria del fatto*"; l'art.292 comma 2 lett. b) c.p.p., nell'indicare i requisiti che deve contenere l'ordinanza cautelare, richiede "*la descrizione sommaria del fatto*" con la indicazione delle norme di legge che si assumono violate.

La formulazione della imputazione è "*spostata in avanti*", quale adempimento del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, fonte essenziale della garanzia del Pubblico Ministero.<sup>2</sup>

Lo dimostra la scelta di distinguere tra "*contestazione del fatto*", che è l'espressione utilizzata nell'art.65 c.p.p. (Interrogatorio nel merito della persona sottoposta alle indagini), "*sommaria enunciazione del fatto*", che è l'espressione utilizzata dagli artt.415 bis c.p.p. e 375 c.p.p.( avviso di conclusione delle indagini preliminari e invito a presentarsi a rendere interrogatorio) e la differente espressione "*imputazione*", che è l'espressione utilizzata dagli artt. 405 e 409 c.p.p.( esercizio dell'azione penale e imputazione coatta) per comprendere la specifica funzione della imputazione, quale richiesta di un giudizio costruito sulla scorta dell'intero compendio delle risultanze della fase investigativa.<sup>3</sup>

*"L'imputazione costituisce pertanto lo spartiacque tra giurisdizione di garanzia e giurisdizione di accertamento, tra procedimento per l'azione e processo per il giudizio e proprio per questo, essa*

<sup>1</sup> Sulla nozione di imputazione, V.MAFFEO, *Imputazione*, dir. proc. pen., in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007; G.INZERILLO, *Imputato e imputazione*, in *Dig. Ipert*, I agg.,2005.

<sup>2</sup> Corte Cost. n.420/1995, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it);

<sup>3</sup> G.DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in G.DI CHIARA-G. FIANDACA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli 2003, p.243 e ss.

*deve contenere una rappresentazione del fatto sufficientemente delineata quanto ai connotati di verifica dell'accadimento reale contestato*".<sup>4</sup>

La tipicità degli atti mediante i quali viene formulata la imputazione consente di escludere da tale concetto ogni momento procedimentale che precede il formale esercizio dell'azione penale; pur essendo possibile che sia la persona sottoposta alle indagini a sollecitare la formulazione della imputazione, proponendo un accordo ai sensi dell'art.447 c.p.p., l'assunzione della qualità di imputato è pur sempre conseguente ad una formale contestazione dei fatti, ancorché il più delle volte coincidente con un addebito provvisorio già formulato in ragione di un atto precedentemente conosciuto quale ad esempio la informazione di garanzia, l'avviso di proroga delle indagini o un provvedimento cautelare.

La imputazione, una volta cristallizzata:

- preclude la proponibilità della richiesta di archiviazione;
- attribuisce il potere dovere del giudice di decidere sul merito della vicenda;
- conferisce al destinatario la qualità di imputato;
- costituisce il presupposto per le pronunzie sulla competenza con incidenza sul processo in corso;<sup>5</sup>
- consente di verificare il fenomeno della litispendenza e di ricorrere ad una pronunzia di impromovibilità dell'azione penale;<sup>6</sup>
- orienta le attività probatorie dal momento che ai sensi dell'art.187 c.p.p. possono costituire oggetto di prova i fatti che si riferiscono alla imputazione;
- limita il potere decisorio del giudice.

Coerentemente con il ruolo centrale della imputazione, l'art.417 comma 1 lett. a) e b) c.p.p. prevede che nella richiesta di rinvio a giudizio il Pubblico ministero è tenuto alla compiuta descrizione del fatto e degli elementi che concorrono alla sua penale rilevanza. In particolare il fatto deve essere espresso in forma chiara e precisa e deve essere accompagnato dalla enunciazione delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza con la indicazione dei relativi articoli di legge.

I requisiti della chiarezza e della precisione operano su fronti semantici diversi anche se collegati: la chiarezza evita l'ambiguità della imputazione, la precisione evita la genericità della stessa.

## **Parte I**

### **I poteri di controllo del giudice nelle indagini preliminari**

#### **1. L'addebito provvisorio nella fase delle indagini e i poteri di controllo del giudice**

Nella fase delle indagini preliminari il controllo che il giudice esercita sull'operato del Pm, che è il vero dominus della fase, è un controllo limitato prevalentemente a singoli atti.

---

<sup>4</sup> V.MAFFEO, *op.cit.*, p.2.

<sup>5</sup> Prima dell'esercizio dell'azione penale le decisioni sulla competenza hanno efficacia limitata soltanto al provvedimento richiesto perché il giudice delle indagini preliminari interviene episodicamente ed esplica un controllo sul singolo atto posto in essere dal Pubblico ministero il quale conserva comunque la titolarità della fase procedimentale rimanendo libero a fronte di una decisione di incompetenza, di proseguire nelle indagini. L'assenza di un effetto vincolante sull'intero procedimento si spiega in ragione del carattere parziale della cognizione del giudice che esercita i suoi poteri sulla base dei soli atti prodotti con la domanda incidentale. In tal senso F. RUGGERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano 1996, p.209.

<sup>6</sup> Cass. sez. un. 28.6.2005, Donati ed altri n.34655, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it) secondo la quale: "*Le situazioni di litispendenza, non riconducibili nell'ambito dei conflitti di competenza di cui all'art. 28 c.p.p., devono essere risolte dichiarando nel secondo processo, pur in mancanza di una sentenza irrevocabile, l'impromovibilità dell'azione penale in applicazione della preclusione fondata sul principio generale del ne bis in idem, semprechè i due processi abbiano ad oggetto il medesimo fatto attribuito alla stessa persona, siano stati instaurati ad iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero e siano devoluti, anche se in fasi o in gradi diversi, alla cognizione di giudici della stessa sede giudiziaria.*"

Stabilisce, infatti, l'art. 328 cod. proc. pen., che il giudice per le indagini preliminari provvede sulle richieste del pubblico ministero, delle parti private e della persona offesa «*nei casi previsti dalla legge*». Compiti, dunque, non soltanto limitati, ma anche tassativamente tipizzati.

Non esiste, infatti, nel sistema, nè un principio generale di "sindacabilità" degli atti del pubblico ministero, nè un altrettanto generalizzato compito di "garanzia" affidato al giudice per le indagini preliminari. Si tratta, infatti, di un giudice "per" le indagini, e non "delle" indagini preliminari, il quale - proprio per impedire la riproduzione di funzioni "istruttorie" - non governa l'attività di indagine né è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni, si è detto, "intermittenti", che sono soltanto quelle previste dall'ordinamento.

Si è detto<sup>7</sup> che prima dell'esercizio dell'azione penale il giudice delle indagini preliminari esercita due forme di giurisdizione:

-la *iurisdictio ad acta* che si realizza attraverso quegli innumerevoli interventi a carattere incidentale in cui l'organo giurisdizionale con conoscenza solo parziale degli atti, decide in ordine ad un singolo determinato provvedimento.

-la giurisdizione sui risultati in occasione della proroga delle indagini, di riapertura delle indagini o dell'archiviazione allorché il giudice con cognizione piena dell'attività del Pm si pronunzia sulla legittimità del suo operato.

Lo spazio del controllo del giudice, inoltre, è stato calibrato sui singoli atti di indagine che per la loro struttura hanno capacità invasiva nelle sfere di libertà dei soggetti coinvolti. Nella categoria dei poteri della giurisdizione di garanzia sono stati così collocati gli atti di controllo sulle iniziative degli inquirenti che attengono alle libertà fondamentali e cioè la libertà personale e patrimoniale che può essere limitata con misure precautelari e cautelari e le libertà morali, quali la riservatezza della corrispondenza e delle comunicazioni.

Il giudice dunque svolge la funzione di controllo sull'operato del pubblico ministero e di garanzia della persona sottoposta alle indagini per assicurare il rispetto di determinati canoni normativi nella fase delle indagini e il rispetto della riserva di legge per la compressione delle libertà fondamentali.<sup>8</sup> Con riferimento all'argomento oggetto della presente relazione va evidenziato che l'altro campo in cui il controllo del giudice deve operare nella fase delle indagini preliminari, in assenza di una formale imputazione, è quello sulle scelte di qualificazione giuridica che il PM opera sul fatto oggetto della *notitia criminis*.

Le indagini preliminari in cui appunto non è stata ancora formulata la imputazione sono caratterizzate da addebiti sommari e provvisori (cd. Imputazioni preliminari) che svolgono una funzione orientativa sin dalla emersione della notizia di reato.

Dalle scelte di qualificazione giuridica del fatto dipendono maggiori o minori possibilità investigative; proprio in forza della fattispecie normativa di riferimento contenuta nell'iscrizione della notizia di reato derivano, ad esempio, diversi tempi di durata delle indagini o la possibilità di ricorrere a strumenti di investigazione di particolare efficacia, quali ad esempio le intercettazioni telefoniche, o ancora la possibilità di applicazione di misure cautelari personali.

## **2. La notitia criminis e la sua iscrizione**

La prima forma embrionale di addebito è rappresentata dalla *notitia criminis* e dalla iscrizione che della stessa opera il PM nel registro generale delle notizie di reato offrendo di quel fatto una prima qualificazione giuridica. Il codice non contiene una definizione di *notitia criminis*. Può dirsi rilevante al momento della iscrizione la sola descrizione dell'episodio storicamente verificatosi.

Grazie alla tempestiva iscrizione della *notitia criminis* e, dal momento in cui risulta, del nome della persona indiziata di reato, è possibile garantire la decorrenza dei tempi delle indagini.

E' ormai indirizzo consolidato e costante della giurisprudenza di legittimità che, sul presupposto che l'obbligo di iscrizione a carico di una persona sorga sulla base di specifici elementi indiziati e

<sup>7</sup> F. RUGGERI, *op. cit.*, p.13 e ss.

<sup>8</sup> Spunti di riflessione in M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice delle indagini preliminari*, Padova, 2006, pp.39 e ss.; V. MAFFEO, *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari; l'incertezza del controllo*, Bari, 2020, p.16 e ss.

non di meri sospetti, l'apprezzamento della tempestività della iscrizione rientra nella esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero, sottratta in ordine all'*an* e al *quando* al controllo del giudice.<sup>9</sup> Le Sezioni Unite hanno successivamente precisato che il PM è tenuto a procedere alla iscrizione senza soluzione di continuità e senza alcuna sfera di discrezionalità seppure con l'avvertenza che il codice non prevede un luogo e una procedura deputati alla verifica giudiziale di quel dovere.<sup>10</sup> In più occasioni, infatti, diverse autorità giudiziarie hanno sospettato di illegittimità costituzionale la disciplina dei termini delle indagini, nella parte in cui non è prevista la possibilità di far retroagire la decorrenza degli stessi nei casi in cui sia stata indebitamente ritardata la iscrizione del nominativo dell'indagato nell'apposito registro delle notizie di reato di cui all'art. 335 cod. proc. pen.

Sul versante costituzionale la problematica connessa alla mancata previsione di specifici rimedi processuali atti a "correggere" l'eventuale ritardo nella iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., agli effetti della individuazione del *dies a quo*, dal quale far decorrere i termini i durata delle indagini preliminari, resta ancora questione "aperta."

*"(..)L'enunciato che contraddistingue la disciplina introdotta dall'art. 335 del codice di rito è, infatti, univoco nel suo valore e significato precettivo. Il compito della "iscrizione" è, infatti, soggettivamente demandato al pubblico ministero, cui pertanto viene conferito il relativo munus, senza che il disposto normativo consenta di intravedere altre figure, del processo o delle indagini, legittimate a surrogare il "ritardato" esercizio di tale potere-dovere(..).<sup>11</sup>"*

La vaghezza dei parametri identificativi del "momento" di insorgenza dell'obbligo di procedere agli adempimenti previsti dall'art. 335 cod. proc. pen. è per certi aspetti ineludibile e scaturisce, a ben guardare, dalla stessa scelta del legislatore di configurare l'iscrizione come un atto a struttura "complessa": una componente oggettiva quale la configurazione di un determinato fatto ("notizia") come sussumibile nell'ambito di una determinata fattispecie criminosa ("di reato", con un suo *nomen iuris* ben definito come risulta evidenziato dalla circostanza che «*se nel corso delle indagini preliminari muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente circostanziato, il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni...*»); nonché di una componente "soggettiva", rappresentata dal nominativo dell'indagato.

L'improprio richiamo ad un concetto di "discrezionalità" evidenzia e richiama un aspetto tuttavia esistente, quale è quello rappresentato dalla naturale "fluidità" che presenta lo scrutinio dei fatti che concretamente possono determinare la insorgenza dell'obbligo di iscrizione. Il codice, infatti, non somministra una definizione normativa di ciò che è "notizia di reato": certamente, l'espressione evoca un *quid minus* di ciò che rappresenta la base fattuale per elevare l'imputazione; ma è anche un *quid pluris* rispetto ad una indefinita "ipotesi" di reato, che la giurisprudenza della Corte individua nella figura del semplice sospetto. Tra questi due termini, in ipotesi estremi, regna, però, un'area, tutta da esplorare sul piano contenutistico, giacché è evidente che la configurabilità, anche solo in termini di "notizia di reato," di una complessa fattispecie associativa, può comportare spazi temporali non comparabili rispetto a quelli che, invece, consuetamente richiedono fatti immediatamente sussumibili nell'ambito di una determinata fattispecie di reato. Ancor più il discorso vale per la individuazione della persona cui il reato deve essere attribuito; al punto che è lo stesso legislatore, stavolta, ad aver espressamente previsto che l'obbligo di iscrizione del relativo nominativo debba avvenire soltanto «dal momento in cui [esso] risulta»: quando, cioè, la identificazione del soggetto e la attribuibilità a questi del reato, assume una certa pregnanza.

D'altra parte, la sostanziale "fluidità" dei parametri alla stregua dei quali definire il momento di acquisizione della notizia di reato e l'identificazione del relativo "responsabile", è, per certi aspetti, desumibile dallo stesso quadro normativo di riferimento. Stabilisce, per esempio, l'art. 109 disp. att. cod. proc. pen., che la segreteria del pubblico ministero annota sugli atti «che possono contenere

<sup>9</sup> Cass. sez. un. 21 giugno 2000 n.17, Tammaro, in *Cass. pen.*2000, 3259.

<sup>10</sup> Cass. sez. un. 24 settembre 2009 n.40538, Lattanzi, in *Penale.it* .

<sup>11</sup> Cass. sez. un. 24 settembre 2009 n.40538, cit.

notizia di reato» la data e l'ora in cui sono pervenuti, e li «sottopone immediatamente» al pubblico ministero «per l'eventuale iscrizione nel registro delle notizie di reato». E' evidente, quindi, che, per un verso, lo "scrutinio" di ciò che è o non è notizia di reato può apparire in concreto problematico; dall'altro, che tale "scrutinio" è normativamente riservato al pubblico ministero.

Resta peraltro aperto il problema delle possibili "patologie" e dei correttivi interni al sistema, giacchè gli eventuali ritardi rispetto all'obbligo di procedere "immediatamente" alle iscrizioni delle notizie di reato, richiederebbero, quale efficace rimedio, la individuazione di un giudice e di un procedimento che consentisse l'adozione di un qualche provvedimento "surrogatorio," che la legge non ha previsto.

Un intervento sostitutivo del giudice, proprio in tema di "iscrizioni" nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., è espressamente previsto in tema di archiviazione nei procedimenti a carico di ignoti, giacchè l'art. 415, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. pen., stabilisce che - in presenza di richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto - il giudice per le indagini preliminari, ove invece ritenga che il reato sia da attribuire a persona già individuata, ordina che il nome di questa sia iscritto nel registro delle notizie di reato. Ma proprio tale previsione dimostra, da un lato, che i poteri di intervento del giudice sono tipici e nominati e, dall'altro, che un simile intervento "sostitutivo", non si giustifica in funzione del controllo circa la tempestività e completezza delle "iscrizioni", ma sul diverso versante - costituzionalmente presidiato dall'art. 112 Cost. - della necessità di sottoporre al sindacato giurisdizionale la domanda di "inazione" che il pubblico ministero promuove, attraverso la richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto.

Per poter configurare un sindacato giurisdizionale sulla tempestività delle iscrizioni operate dal pubblico ministero, occorrerebbe, dunque, una espressa previsione normativa che disciplinasse non soltanto le attribuzioni processuali da conferire ad un determinato organo della giurisdizione, ma anche il "rito" secondo il quale inscenare un simile accertamento "incidentale".

### **La riforma “Cartabia”**

L'esigenza di una disposizione di legge che intervenga sulla criticità della assenza di effettivi rimedi per le ipotesi di ritardi nella iscrizione nel registro delle notizie di reato, è rinvenibile nella l.27 settembre 2021 n.134 di “*delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*” (cd. Riforma Cartabia) al punto 9 (lett. Q e R) ha così stabilito:

*q) prevedere che il giudice, su richiesta motivata dell'interessato, accerti la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale della notizia di reato e del nome della persona alla quale lo stesso è attribuito e la retrodati nel caso di ingiustificato e inequivocabile ritardo; prevedere un termine a pena di inammissibilità per la proposizione della richiesta, a decorrere dalla data in cui l'interessato ha facoltà di prendere visione degli atti che imporrebbero l'anticipazione dell'iscrizione della notizia a suo carico; prevedere che, a pena di inammissibilità dell'istanza, l'interessato che chiede la retrodatazione dell'iscrizione della notizia di reato abbia l'onere di indicare le ragioni che sorreggono la richiesta;*

*r) prevedere che il giudice per le indagini preliminari, anche d'ufficio, quando ritiene che il reato è da attribuire a persona individuata, ne ordini l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale, se il pubblico ministero ancora non vi ha provveduto;*

Sarà interessante verificare come le indicazioni contenute sullo specifico punto nella legge delega verranno tradotte in precetti normativi.

E' sempre la giurisprudenza di legittimità ad evidenziare che è frutto del potere discrezionale del PM la qualificazione giuridica del fatto narrato nella *notitia criminis* in sede di iscrizione trattandosi di “una discrezionale valutazione demandatagli in via monopolistica dall'ordinamento”<sup>12</sup> anche se in realtà l'operazione del PM è apprensione del narrato e qualificazione giuridica dello stesso.

<sup>12</sup> Cass. sez. VII, 24 gennaio 2017, n.10333, Procario.

### 3. Addebiti provvisori ed intercettazioni telefoniche

Come evidenziato in precedenza, seppure in assenza di una formale imputazione, la individuazione di un addebito provvisorio nella fase delle indagini e la sua qualificazione giuridica appare quanto mai rilevante in materia di intercettazioni telefoniche.

A tal proposito possono essere affrontate diverse questioni:

- 1) se il Gip possa autorizzare o convalidare le intercettazioni per una fattispecie di reato diversa o ulteriore rispetto a quella ipotizzata dal PM, ma comunque evincibile dalla descrizione dei fatti operata da quest'ultimo e rilevabile dagli atti prodotti dallo stesso, nonchè ricompresa nel catalogo dell'art.266 c.p.p.

La questione non pone particolari problemi dal momento che si tratta di stabilire se il giudice possa o meno procedere alla corretta qualificazione giuridica dei fatti su cui il PM fonda la richiesta.

Sembra potersi rispondere in senso affermativo: se nei fatti descritti nella richiesta a sostegno del PM, il Gip ravvisi fattispecie di reato diverse ed anche più gravi di quelle ipotizzate dall'inquirente ovvero ulteriori, purchè rientrino tra quelle per le quali è possibile autorizzare le intercettazioni, ben potrà autorizzare il mezzo di ricerca della prova in relazione al fatto reato dallo stesso diversamente qualificato.<sup>13</sup>

- 2) Se siano utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte per un titolo di reato che le consente, qualora, all'esito delle stesse o di ulteriori indagini, integrino una fattispecie che non le avrebbe consentite (reati sotto soglia);

La questione è un po' più complessa ma allo stesso possiamo egualmente fornire risposta affermativa.

Peraltro vi sono delle recentissime sentenze che si esprimono in tal senso:

- Cass., sez.I, n. [12749](#) del 19/03/2021 Ud. (dep. 02/04/2021) Rv. 280981 (*In tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, sono utilizzabili i risultati delle operazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le stesse sono consentite, anche quando vi sia stata una successiva diversa qualificazione giuridica del fatto.*)

Le operazioni di intercettazioni erano state autorizzate con riferimento alle indagini in corso per il delitto di incendio ai sensi dell'art. 423 cod. pen., delitto che le consente.

Il fatto che, al termine delle indagini, il Pubblico Ministero abbia diversamente qualificato la condotta non determina la inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni: in effetti, le cause di inutilizzabilità sono tassativamente indicate dall'art. 271 cod. proc. pen. e la diversa qualificazione giuridica nella fase successiva all'esecuzione delle operazioni non rientra tra queste (Sez. 1, Sentenza n. 24163 del 19/05/2010 Ud. (dep. 23/06/2010) Rv. 247943; Sez. 6, Sentenza n. 50072 del 20/10/2009 Cc. (dep. 31/12/2009) Rv. 245699)

- Cass. Sez.VI, n.23148 del 20.1.2021 ud ( dep. 11.6.2021) n.23148<sup>14</sup>

*In caso di modifica a seguito delle captazioni della qualificazione giuridica del fatto reato originariamente autorizzato dal giudice in altro non autorizzabile, l'inutilizzabilità delle intercettazioni opera solo se i presupposti per disporre il mezzo di ricerca della prova mancassero già al momento in cui il procedimento autorizzativo si è compiuto e perfezionato, restando i risultati immuni rispetto al fisiologico sviluppo del procedimento.*

La sentenza in esame è particolarmente interessante perché chiarisce che l'ipotesi di specie è una ipotesi differente da quella presa in considerazione dalla pronuncia a sez. un. "Cavallo"<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Cass. sez. II, 21 aprile 1997, n.2873, Viveri.

<sup>14</sup> Cass. Sez.VI, n.23148 del 20.1.2021 in *Sistemapenale.it* 10.9.2021 con nota di D. ALBANESE, *La Cassazione chiarisce la portata del principio di diritto affermato dalle sezioni unite cavallo: nessun limite all'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in caso di riqualificazione giuridica del fatto oggetto di autorizzazione.*

<sup>15</sup> Cass. Sez. Un. 28 novembre 2019-2 gennaio 2020, n.51, Cavallo, RV277395-01 per le quali va enunciato il seguente principio di diritto: «Il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di

Nella pronuncia delle sezioni unite la ipotesi era quella per cui, autorizzate le intercettazioni per un fatto-reato, ne emergevano di nuovi ed ulteriori rispetto a quelle eseguite e rispetto ai quali occorreva interrogarsi rispetto all'operare di uno dei criteri di connessione ai sensi dell'art. 12 c.p.p..

Nel caso di derubricazione del fatto per come originariamente qualificato non vi è un nuovo reato che si aggiunge al primo ma è lo stesso fatto reato sin dall'inizio autorizzato e poi diversamente qualificato.

Accade infatti che il giudice per le indagini preliminari su conforme richiesta del PM autorizzi le intercettazioni ravvisando la gravità indiziaria rispetto ad un titolo di reato che soddisfi i parametri dettati dall'art.266 c.p.p. e che tuttavia all'esito delle indagini il Pm eserciti l'azione penale per un titolo di reato diverso da quello originariamente autorizzato e il quale non sia ricompreso nel catalogo dei reati di cui all'art. 266 c.p.p.

In questi casi la giurisprudenza<sup>16</sup> ha sempre conformemente ritenuto che i risultati delle intercettazioni disposte *ab origine* per un titolo consentito sono utilizzabili anche con riferimento alla successiva diversa qualificazione giuridica e la mutazione in un titolo di reato sotto soglia.

Siffatta impostazione è stata oggetto di riserve ravvisando in essa la possibilità di un aggiramento dei limiti fissati dall'art.266 c.p.p. in tema di intercettazioni e sul fatto che l'iniziale qualificazione giuridica era fondata su di una errata qualificazione giuridica del fatto. L'obiezione si può però respingere se solo si pensa che il mutamento del titolo di reato non è necessariamente riconducibile ad un errore del giudice che ha autorizzato la intercettazione quanto piuttosto ai successivi approfondimenti investigativi o ad una diversa interpretazione anche in diritto dei fatti che hanno condotto a rappresentare giuridicamente fatti e imputazioni in termini diversi da quelli inizialmente ravvisati.

L'assunto è che l'art.266 c.p.p., nell'elencare le fattispecie per le quali è ammessa l'intercettazione si rapporta al momento in cui l'ipotesi e l'addebito sommario è configurato dal PM e dunque al momento della richiesta e della relativa autorizzazione.

3) Se sia legittimo l'accoglimento di una richiesta di autorizzazione alle intercettazioni telefoniche formulata dopo il rigetto di una precedente richiesta, in assenza di nuovi elementi, ma in base ad una diversa qualificazione giuridica del fatto.

Sez. 2 - , **Sentenza n. 14500** del 04/03/2020 Cc. (dep. 11/05/2020 ) Rv. 279196 - 01

*E' legittimo l'accoglimento di una richiesta di autorizzazione alle intercettazioni telefoniche formulata dopo il rigetto di una precedente richiesta, in assenza di nuovi elementi ma in base ad una diversa qualificazione giuridica del fatto, sempre che si tratti di elementi idonei a configurare una fattispecie di reato per la quale esse sono consentite. (Fattispecie in cui la richiesta di intercettazioni telefoniche era stata inizialmente ricondotta al delitto di cui all'art. 316-ter cod. pen. e, successivamente, a quello di truffa aggravata ex art. 640-bis cod. pen.).*

Nella ipotesi di specie le fattispecie erano "confinanti" e il medesimo "fatto" storico ben è suscettibile di essere ricondotto ad altra fattispecie qualora la medesima condotta sia idonea ad integrare (anche) gli "artifici e raggiri" da cui derivi la "induzione in errore" dell'ente.

Non è prevista da alcuna norma di natura processuale, il divieto di reiterare la richiesta di autorizzazione alle intercettazioni telefoniche sulla scorta dei medesimi elementi ma in base ad una diversa qualificazione giuridica del fatto. Quel che rileva, tuttavia, è che le intercettazioni siano state autorizzate dal GIP sulla scorta della presentazione di elementi indiziari idonei a configurare, allo stato, gli elementi propri di una fattispecie di reato per la quale esse sono consentite.

### **3.a Gli addebiti associativi**

---

*conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge".*

<sup>16</sup> Cass., sez.I, 20.2.2009 n.19852; Cass. Sez. I ,19.5.2010 n.24163.

Un'attenzione particolare in tema di controllo del giudice va volta agli addebiti associativi.

La notizia di reato relativa alla contestazione associativa risponde a logiche peculiari dal momento che necessita della ricostruzione di un contesto entro il quale valutare il significato indiziario di alcuni elementi di fatto ed alcune condotte le quali, isolatamente considerate, non assumerebbero un'autonoma rilevanza penale. Come ad esempio le cointeressenze economiche, le frequentazioni, la natura di alcuni rapporti personali.

Vi può essere dunque il rischio che le difficoltà investigative possano determinare l'attivazione degli strumenti di indagine e di mezzi di ricerca della prova particolarmente invasivi quali le intercettazioni per ricercare ed elaborare la notizia stessa.

Sicuramente "lo sbarramento agli eccessi imputativi"<sup>17</sup> è assicurato dal controllo che il giudice compie sul materiale investigativo nel momento in cui è richiesto di un'autorizzazione alla intercettazione in relazione a siffatti reati.

Tuttavia, alla luce delle esperienze concrete e della prassi, una riflessione va operata sulla osservazione in base alla quale "il controllo del giudice chiamato ad autorizzare l'espletamento delle operazioni in questa fase, finisce con l'essere in qualche modo condizionato dalle necessità delle investigazioni".<sup>18</sup>

Dunque di fronte a fattispecie criminose particolarmente complesse nella loro ricostruzione in ragione della preponderanza degli elementi normativi sugli elementi naturalistici, l'attività di controllo del giudice diventa particolarmente difficile.

#### **4. Addebiti provvisori e misure cautelari**

La vicenda cautelare si caratterizza quale "finestra di giurisdizione" in un procedimento che sino a quel momento si è svolto *inaudita altera parte* senza potersi giovare degli apporti cognitivi e dialettici della difesa.<sup>19</sup>

L'incidente cautelare sicuramente nella fase delle indagini rappresenta uno dei momenti più significativi e rilevanti tra le "finestre di giurisdizione" che si aprono sulle indagini.

Il potere di controllo del giudice per le indagini preliminari nel delicatissimo campo delle misure cautelari è quanto mai rilevante.

L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale ha portato a riconoscere un potere al giudice di assegnare al fatto l'esatta qualificazione giuridica, quale espressione di un principio generale trasfuso nell'ordinamento processuale. Anche in un sistema accusatorio, esso corrisponde ad una autonoma ed indeclinabile operazione essenziale alla giurisdizione, non suscettibile neppure nella fase delle indagini preliminari di vincoli e condizionamenti derivanti dalle richieste e dalle iniziative assunte dall'ufficio del PM.

E' evidente che proprio in ragione dell'ambito in cui si muove il giudice e cioè quello della limitazione delle libertà fondamentali, in assenza di una formale imputazione, appare quanto mai necessario confrontarsi con un addebito provvisorio con contenuti descrittivi che, seppure meno precisi della imputazione, consentano all'indagato di conoscere il tenore delle accuse mosse nei suoi confronti.

L'art. 292 c.p.p. al comma 2 lett. B. stabilisce che l'ordinanza del giudice deve contenere a pena di nullità:

***b) la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate***

Quali siano codesti contenuti minimi lo hanno spiegato più volte le Sezioni Unite della Suprema Corte: "l'ordinanza che dispone la misura cautelare richiede, ai sensi di legge, soltanto ... una

<sup>17</sup> Così V. MAFFEO, *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari; op. cit.* p.126.

<sup>18</sup> Così V. MAFFEO, *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari; op. cit.* p.126. Sull'argomento G.SANTALUCIA, *Il potere del pubblico ministero di ricerca delle notizie di reato tra principi costituzionali e legge processuale*, in *Riv.it. dir. e proc. Pen.*, 2002,p.150.

<sup>19</sup> Sul Punto S.RICCIO, con specifico riferimento alle misure interdittive e al novum normativo, in AA.VV *Il rinnovamento delle misure cautelari*, a cura di T.BENE, Giappichelli, Torino 2015, p.143 e ss.

*sintetica e sommaria precisazione delle linee esterne della contestazione, atta a consentire all'indagato di conoscere il fatto nelle sue linee generali e di esercitare il diritto di difesa" (sent. n. 9 del 25/03/1998, D'Abramo); ed ancora: "il requisito della descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate ... ha la funzione di informare l'indagato o l'imputato circa il tenore delle accuse che gli vengono mosse, al fine di consentirgli l'esercizio del diritto di difesa: ne consegue che esso può dirsi soddisfatto quando i fatti addebitati siano indicati in modo tale che l'interessato ne abbia immediata e compiuta conoscenza, a nulla rilevando che risultino richiamati esclusivamente gli articoli di legge relativi all'oggetto della contestazione" (sent. n. 16 del 14/07/1999, Ruga).*

A questo aggiungasi, che - a differenza di quanto previsto dall'art. 417 c.p.p. per la richiesta di rinvio a giudizio, o dall'art. 552 c.p.p. per il decreto di citazione diretta a giudizio - nessuna norma indica con precisione il contenuto della contestazione cautelare da parte del pubblico ministero.

L'art. 291 c.p.p., comma 1, infatti, prevede solamente che il PM esponga al giudice "gli elementi su cui la richiesta si fonda", senza alcun obbligo di descrizione del fatto nè, ancor meno, di indicazione del titolo di reato.

Si segnala al riguardo tuttavia una recentissima giurisprudenza secondo la quale:

Cass., sez. VI, n. 15959 del 02/03/2021 Cc. (dep. 27/04/2021) Rv. 281662 - 01

*In tema di applicazione delle misure cautelari, il principio della domanda cautelare enunciato dall'art. 291, comma 1, cod. proc. pen. impone che il pubblico ministero prospetti espressamente al giudice gli elementi sui quali la richiesta si basa e le esigenze di cautela da assicurare, senza che alcuno spazio possa al riguardo attribuirsi a richieste implicite, trattandosi di norma di stretta interpretazione, per le sue immediate incidenze sul bene della libertà personale. (Fattispecie in cui il tribunale del riesame ha ritenuto la carenza della domanda cautelare relativamente alle imputazioni non indicate nella richiesta cautelare ed allegate dal pubblico ministero solo in un secondo momento, mediante una nota integrativa inviata al giudice per le indagini preliminari contenente l'indicazione di ulteriori fatti di reato).*

Secondo la Corte di legittimità, in tema di applicazione delle misure cautelari, infatti, la norma disegnata nell'art. 291, comma 1, cod. proc. pen. ha posto la regola secondo la quale non possono essere adottate misure cautelari prescindendo dalla richiesta del P.M., tenuto a prospettare al giudice gli elementi sui quali la richiesta si basa e le ragioni per le quali essa si profila come necessaria per ragioni probatorie ovvero di tipo social preventivo, senza che alcuno spazio possa al riguardo attribuirsi a misure cautelari "implicitamente" richieste.

Norma, quella testé richiamata, «di stretta interpretazione, per le sue immediate incidenze sul bene della libertà personale, che non tollera applicazioni analogiche od estensive, impropriamente surrogazione di una volontà del procedente p.m. ("domanda"), che deve essere enunciata *expressis verbis* ed in assenza della quale non possono offrirsi, per supposta continenza logica, sincopate letture retrospettive» (cfr., in motivazione, Sez. 6, n. 29593 del 04/07/2011, Starita, Rv. 250742).

Appare quindi evidente come l'ambito entro il quale possa muoversi il giudice della cautela, in materia di valutazione dei fatti portati a sua conoscenza e di qualificazione giuridica degli stessi, sia ben più ampio di quello a disposizione del giudice del dibattimento, nonché delimitato da confini meno netti.

La pietra angolare della costruzione giurisprudenziale nella materia è rappresentata certamente dalla **sentenza delle Sezioni Unite del 22 ottobre 1996, n. 16**, ric. Di Francesco<sup>20</sup>, che non solo ha tracciato i limiti del difetto di correlazione tra contestazione e decisione, ma - per la parte che qui più interessa - ha riconosciuto, anche in capo al giudice delle misure cautelari, il potere di riquilibrare i fatti, purché immutati.

---

<sup>20</sup> La sentenza è riportata in *Foro It.* 1997, II, 78 e ss.

La massima: "Al giudice per le indagini preliminari, in sede di applicazione della misura cautelare ai sensi dell'[art. 292 c.p.p.](#), ed al tribunale, in sede di riesame o di appello ai sensi degli [artt. 309 e 310 c.p.p.](#), è consentito modificare la qualificazione giuridica data dal pubblico ministero al fatto per cui si procede".

Hanno spiegato, dunque, le Sezioni Unite che "la definizione giuridica del fatto non è il fatto e che modificare la definizione giuridica del fatto non solo non significa modificare il fatto, ma non significa neppure modificare la imputazione (...) nella fase delle indagini preliminari - il giudice - il giudice per le indagini preliminari, il tribunale in sede di riesame o in sede di appello - non ha, oltre tutto, dinanzi a sè una imputazione formulata dal pubblico ministero, ma, una richiesta contenente spesso, addebiti provvisori e anche sommari, richiesta per il cui controllo il pubblico ministero deve trasmettere al giudice, insieme con la stessa, tutti gli elementi sui quali si fonda, dai quali il giudice può legittimamente dedurre che quel fatto, tradotto in una certa fattispecie astratta, corrisponde, in verità, ad un'altra fattispecie astratta, anche se - e questo vale, ovviamente, per tutti i procedimenti de libertate - la correzione della qualificazione giuridica non va oltre il procedimento incidentale de libertate. (...)".

Sul riconoscimento anche al giudice della cautela di un generale potere di autonoma qualificazione giuridica dei fatti, non sembrano ormai esservi più dubbi nemmeno in dottrina, ove si è evidenziato come tale potere, benché non sancito da alcuna norma del codice di rito, comunque si ricavi dalla necessità per il giudice di verificare la propria competenza ([art. 291 c.p.p., comma 2](#)), di accertare se e quale misura sia applicabile ([ex artt. 280 e 287 c.p.p.](#)), di stabilire il relativo termine di durata ([artt. 303 e 308 c.p.p.](#)), di indicare nell'ordinanza le "norme di legge che si assumono violate" ([art. 292 c.p.p., comma 1](#), lett. b).

Peraltro, se il giudice può escludere la rilevanza penale del fatto, per l'effetto respingendo la richiesta del pubblico ministero, ben potrà anche soltanto riqualificarlo.

Numerose, infatti, sono state le pronunce a sezioni semplici, che si sono collocate nel solco tracciato dalla "sentenza Di Francesco": in altri termini, il giudice cautelare è vincolato al fatto materiale contestato, ma resta *dominus* del *nomen juris* ai fini e per gli effetti del procedimento incidentale.

Foriero di significative ricadute pratiche è il tema delle possibili interferenze, per quel che attiene alla qualificazione giuridica dei fatti che ne sono oggetto, tra procedimento cautelare e processo di cognizione. La questione - come s'è visto - è stata affrontata dalle Sezioni Unite nella sentenza "Di Francesco", che si è espressa in termini di assoluta autonomia, sul punto, da parte del giudice cautelare, sebbene la pronuncia in questione si è curata di precisare che la relativa decisione spiega comunque i suoi effetti esclusivamente nell'ambito del procedimento incidentale

Nell'ipotesi in cui una condanna non sia ancora intervenuta e sia, dunque, in corso il giudizio di primo grado, chi intendesse valorizzare il principio della autonomia del procedimento incidentale cautelare da quello principale di cognizione (sostenuto dalle stesse Sezioni Unite anche in relazione a profili diversi da quello in esame: cfr., [sent. n. 14 del 23/06/2000](#), Piscopo, in materia di cause di inefficacia della misura cautelare) dovrebbe coerentemente ritenere che, in caso di diversa qualificazione giuridica dei fatti, il titolo di reato sul quale si fonda la misura sia esclusivamente quello ritenuto dal giudice cautelare (giudice per le indagini preliminari o tribunale della libertà), ancorché, in ipotesi, più grave rispetto a quello consacrato nell'imputazione formale. Per converso, la funzione anticipatoria della misura cautelare rispetto al giudizio di colpevolezza, nonché la natura incidentale del procedimento cautelare rispetto a quello principale, dovrebbero condurre logicamente a concludere che la editio actionis riverberi i suoi effetti sulla misura cautelare, in termini di qualificazione giuridica dei fatti, già prima della eventuale sentenza di condanna non definitiva, se non altro quando - in ossequio al generale principio del favor rei - il titolo di reato per il quale è stato disposto il giudizio sia meno grave rispetto a quello posto a fondamento della misura.

#### 4.1 La "sentenza Drassich" della C.E.D.U. (Sez. 2, 11 dicembre 2007)

Possono essere in questa sede operate, brevemente e senza pretesa di esaustività, delle riflessioni in relazione all'addebito cautelare e ai principi fissati dalla giurisprudenza convenzionale europea.

Secondo la giurisprudenza della CEDU, la nozione di "accusa", ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, ricomprende anche gli addebiti preliminari alla formulazione della imputazione in senso proprio, e riguarda non soltanto il fatto, inteso nella sua materialità, ma anche la qualificazione giuridica di esso: di entrambi tali aspetti, dunque, l'accusato dev'essere informato nel più breve tempo possibile, per preparare le sue difese (per la verità, non sempre la CEDU ha recepito la nozione di accusa comprensiva della qualificazione giuridica del fatto, limitando invece la stessa ai soli fatti materiali, allorquando, ad esempio, per effetto di una diversa qualificazione giuridica di essi, si sarebbe potuto pervenire ad un'elusione del principio del ne bis in idem (vds. Grande Camera, 10/02/2009, Zolotukhin c/ Russia).

In applicazione di tale generale principio, nella sentenza Drassich è stato, dunque, stabilito che i giudici dello Stato, là dove il diritto interno riconosca loro il potere di riqualificare i fatti, debbano informare l'imputato, in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica da loro impressa, e debbano farlo in tempo utile per consentire a costui di apprestare, in maniera concreta ed effettiva, le proprie difese.

Si è, inoltre, affermato che tali garanzie difensive non sono rispettate, qualora non sia "sufficientemente prevedibile", per il ricorrente, che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti possa essere riqualificata. In applicazione di tali principi, con due sentenze pressoché coeve, la Suprema Corte ha quindi affermato, in generale, che *"la garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione"* (Cass, Sez. 6, n. [20500 del 19/02/2010](#), Fadda, Rv. 247371); ed ha specificato che detta garanzia risulta assicurata *"quando l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento, ed in particolare anche nell'ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale de libertate"* (Cass., Sez. 1, n. [9091 del 18/02/2010](#), Di Gati e altri, Rv. 246494: fattispecie relativa alla derubricazione del reato, ad opera del giudice di appello, da partecipazione ad associazione mafiosa in favoreggiamento aggravato; tale ultima qualificazione giuridica, in precedenza, era stata prospettata dal pubblico ministero nel ricorso per cassazione proposto avverso la decisione del tribunale del riesame che aveva annullato la misura cautelare applicata per il reato associativo; inoltre, in una memoria presentata dalla difesa nel corso del giudizio di merito, erano state richiamate decisioni del tribunale del riesame che avevano qualificato analoghe condotte come favoreggiamento).

È difficile che un siffatto apparato di garanzie informative possa trovare spazio con riferimento alla ordinanza impositiva di una misura cautelare: non solo perché essa, almeno secondo quanto di solito avviene, non è preceduta da alcun momento di interlocuzione con l'indagato (salvo i casi dell'interrogatorio preventivo di cui all'[art. 289 c.p.p.](#), [comma 2](#), [art. 391 c.p.p.](#), [comma 3](#) e [art. 313 c.p.p.](#), [comma 1](#)); ma anche in ragione del fatto che si tratta di un atto necessariamente a sorpresa, il quale finirebbe ovviamente per rimanere frustrato, se si imponesse al giudice di informare preventivamente il destinatario dei fatti posti a fondamento e della diversa qualificazione giuridica degli stessi, che esso giudice intende dare, rispetto a quanto ipotizzato dal pubblico ministero richiedente. Una diversa soluzione, invece, potrebbe prospettarsi per il procedimento di riesame o di appello, essendovi, in tali casi, la necessità del contraddittorio con il destinatario della misura.

Con particolare riguardo alle ipotesi di convalida della misura precautelare e successiva emissione del titolo cautelare, nulla esclude che, in ragione della riconosciuta "autonomia valutativa" tra la fase della convalida e quella, ancorché contestuale, di applicazione della misura cautelare, il giudice della cautela proceda ad un giudizio discrezionale in ordine alla qualificazione giuridica del fatto idoneo a determinarne un suo mutamento rispetto al momento in cui è stata adottata la misura precautelare.

E ciò anche in considerazione del fatto che la pronuncia sulla convalida inerisce ad un giudizio ex ante sull'operato delle forze di polizia e sulla ricorrenza dei presupposti dell'adozione della misura interinale mentre la pronuncia sulla misura cautelare attiene ad un giudizio ex post che ben può risentire delle valutazioni operate in conseguenza dell'audizione del soggetto provvisoriamente in vinculis e della possibile diversa ricostruzione anche di elementi fattuali, operazione che deve necessariamente lasciare "libero" il giudice nel suo ampio potere di riqualificazione della condotta. Da qui l'assenza di contraddittorietà tra un provvedimento che da un lato giustifica la misura precautelare sotto una figura di reato e, dall'altro, applica la misura cautelare per altro e diverso titolo di reato ancorché inerente la medesima condotta in contestazione, trattandosi di provvedimento pienamente giustificabile sulla base dell'accertamento in fatto che il giudice della cautela è tenuto a compiere e del tutto conforme a logica.

Sul tema del controllo operato dal giudice in materia cautelare e sui poteri allo stesso riconosciuti è interessante riportare i più recenti arresti giurisprudenziali che forniscono un quadro delle principali questioni e problemi applicativi presentatisi

#### **4.2 Rassegna di giurisprudenza di legittimità**

Sez. 6 - , **Sentenza n. 16202** del 11/03/2021 Cc. (dep. 28/04/2021) Rv. 280900 - 02

**Presidente: BRICCHETTI RENATO GIUSEPPE. Estensore: BASSI ALESSANDRA. Relatore: BASSI ALESSANDRA. Imputato: VOZA ANGELO. P.M. DE MASELLIS MARIELLA. (Conf.)**

Rigetta, TRIB. LIBERTA' SALERNO, 03/12/2020

664 MISURE CAUTELARI - 001 IN GENERE

MISURE CAUTELARI - IN GENERE - Riqualificazione del reato contestato - Rilevanza limitata alla fase incidentale - Calcolo del termine di prescrizione - Riferimento al titolo di reato originario.

*In tema di misure cautelari, la diversa qualificazione giuridica del fatto da parte del giudice per le indagini preliminari o del tribunale, in sede di riesame o di appello, dà luogo ad una modifica avente effetto limitato al procedimento incidentale "de libertate", sicché, fin quando la diversa veste giuridica non sia stata recepita in un atto del procedimento principale, per stabilire il tempo necessario a prescrivere occorre avere riguardo alla fattispecie oggetto della originaria qualificazione oggetto di iscrizione.*

La sentenza ribadisce la autonomia del procedimento incidentale de libertate rispetto al procedimento principale in tema di prescrizione.

Sez. 2 - , **Sentenza n. 9948** del 23/01/2020 Cc. (dep. 12/03/2020) Rv. 279211 - 02

**Presidente: CAMMINO MATILDE. Estensore: DI PAOLA SERGIO. Relatore: DI PAOLA SERGIO. Imputato: P. P.M. MIGNOLO OLGA. (Conf.)**

Annulla con rinvio, TRIB. LIBERTA' BARI, 10/09/2019

664 MISURE CAUTELARI - 083 provvedimenti - IN GENERE

MISURE CAUTELARI - PERSONALI - PROVVEDIMENTI - IN GENERE - Potere del giudice di dare una diversa qualificazione giuridica del fatto - Sussistenza - Limiti.

*In tema di misure cautelari personali, il giudice, sia in sede di applicazione della misura che in sede di riesame o di appello, può modificare la qualificazione giuridica attribuita dal pubblico ministero al fatto, fermo restando che l'eventuale modifica non produce effetti oltre il procedimento incidentale. (In motivazione la Corte ha escluso che ricorra alcuna violazione dell'art. 521 cod. proc. pen., del contraddittorio e del diritto di difesa quando siano assicurate la tempestiva conoscenza e la completa valutazione del materiale sottoposto al giudice della cautela e degli ulteriori elementi prodotti con l'impugnazione o nel corso dell'udienza, attesa, altresì, la possibilità di contestare in sede di legittimità la diversa qualificazione giuridica operata).*

La sentenza è particolarmente interessante in relazione al richiamo alla normativa convenzionale europea e al principio convenzionale dell'art. 6 par.3 lett.a) e b) della CEDU. Nella motivazione infatti evidenzia che in sede cautelare il richiamo a siffatto principio avuto riguardo alla regola di giudizio fissato dall'art.521 c.p.p. nella correlazione tra accusa e sentenza è *“improprio in quanto dà per equiparabili situazioni processuali che al contrario si pongono su piani del tutto distinti ( la pronuncia della sentenza all'esito del giudizio, il controllo in sede incidentale sulla legittimità dell'applicazione delle misure cautelari)”*.

Sez. 6 - , **Sentenza n. [46497](#)** del 05/11/2019 Cc. (dep. 15/11/2019) Rv. 277410 - 01

**Presidente: RICCIARELLI MASSIMO. Estensore: DE AMICIS GAETANO. Relatore: DE AMICIS GAETANO. Imputato: KIMAOUI MAROUANE. P.M. ANGELILLIS CIRO. (Conf.)**

Dichiara inammissibile, TRIB. LIBERTA' BOLOGNA, 24/05/2019

664 MISURE CAUTELARI - 028 termini di durata massima della custodia cautelare - IN GENERE MISURE CAUTELARI - PERSONALI - ESTINZIONE - TERMINE DI DURATA MASSIMA DELLA CUSTODIA CAUTELARE - IN GENERE - Sentenza di condanna - Modificazione della qualificazione giuridica del fatto in senso favorevole all'imputato - Effetti sul termine di durata della custodia cautelare delle fasi esaurite - Esclusione.

*La modifica della qualificazione giuridica del fatto in senso favorevole all'imputato, operata nella sentenza di condanna pronunciata all'esito del giudizio di primo grado, non incide retroattivamente e, pertanto, non determina riduzione del termine di durata massima della custodia cautelare relativo alla fase conclusasi con la suddetta pronuncia. (In motivazione, la Corte ha precisato che i termini di custodia cautelare per la fase di primo grado vanno commisurati in relazione alla qualificazione giuridica del fatto contenuta nel provvedimento che dispone il giudizio, mentre il contenuto del dispositivo della sentenza di primo grado rileva ai fini della commisurazione della custodia cautelare per quel che attiene alla fase successiva).*

Sez. 6 - , **Sentenza n. [16020](#)** del 13/03/2019 Cc. (dep. 11/04/2019) Rv. 275602 - 01

**Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI. Estensore: CAPOZZIANGELO. Relatore: CAPOZZI ANGELO. Imputato: CALANNA GRAZIANO. P.M. ANIELLO ROBERTO. (Diff.)**

Annulla senza rinvio, TRIB. LIBERTA' CATANIA, 21/12/2018

664 MISURE CAUTELARI - 055 decisione - IN GENERE

MISURE CAUTELARI - PERSONALI - IMPUGNAZIONI - RIESAME - DECISIONE - IN GENERE - Riesame - Potere del giudice di dare una diversa qualificazione senza modificare la struttura fattuale del reato - Violazione - Conseguenze - Nullità per difetto dell'iniziativa del pubblico ministero - Fattispecie.

*Il tribunale del riesame può confermare il provvedimento applicativo della misura cautelare sulla base di una differente qualificazione giuridica, ma non può formulare autonome ipotesi ricostruttive sulla base di dati di fatto diversi, risultando altrimenti nulla la decisione per difetto dell'iniziativa del pubblico ministero. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza del tribunale del riesame che confermava la misura cautelare emessa in relazione al reato di cui all'art. 322, comma quarto, cod. pen., individuando una condotta contraria ai doveri di ufficio diversa da quella indicata nell'imputazione provvisoria).*

Sez. 2 - , **Sentenza n. [25163](#)** del 06/02/2019 Ud. (dep. 06/06/2019) Rv. 276919 - 01

**Presidente: GALLO DOMENICO. Estensore: TUTINELLI VINCENZO. Relatore: TUTINELLI VINCENZO. Imputato: PG C/ GRINER FILIPPO. P.M. SPINACI SANTE. (Parz. Diff.)**

Annulla in parte con rinvio, CORTE APPELLO BARI, 05/05/2018

664 MISURE CAUTELARI - 054 riesame - IN GENERE

MISURE CAUTELARI - PERSONALI - IMPUGNAZIONI - RIESAME - IN GENERE - Provvedimento cautelare emesso dal giudice per le indagini preliminari ex art. 328 cod. proc. pen. - Riesame - Conferma del provvedimento - Riqualficazione del fatto - Esclusione dei reati di cui all'art. 51, comma 3-bis cod. proc. pen. - Declaratoria di incompetenza - Esclusione - Ragioni - Fattispecie.

*Nel procedimento "de libertate", la diversa qualificazione giuridica operata dal tribunale del riesame, che, confermando il provvedimento impugnato, abbia escluso la riconducibilità dei fatti alle ipotesi criminose ricomprese nell'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. e, quindi, alle attribuzioni ex art. 328 cod. proc. pen. del giudice per le indagini preliminari del tribunale del capoluogo del distretto in cui ha sede il giudice competente, non comporta una pronuncia di incompetenza, perché le valutazioni in sede cautelare sono formulate allo stato degli atti e non incidono sulla competenza relativa al processo principale. (Fattispecie in cui la Corte, in applicazione del principio, ha ritenuto infondata l'eccezione di nullità del decreto di giudizio immediato in conseguenza dell'esclusione, in sede di riesame, dell'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203).*

Sez. 2 - , **Sentenza n. 7315** del 10/01/2019 Cc. (dep. 18/02/2019 ) Rv. 276093 - 01

**Presidente: PRESTIPINO ANTONIO. Estensore: ALMA MARCO MARIA. Relatore: ALMA MARCO MARIA. Imputato: SILVANI ALESSANDRO. P.M. CARDIA DELIA. (Diff.)**

Annulla senza rinvio, TRIB. LIBERTA' COMO, 10/10/2018

664 MISURE CAUTELARI - 132 riesame - IN GENERE

MISURE CAUTELARI - REALI - IMPUGNAZIONI - RIESAME - IN GENERE - Conferma del provvedimento sulla base di fatto diverso da quello ipotizzato - Legittimità - Esclusione - Fattispecie.

*In sede di riesame, il tribunale può confermare il provvedimento di sequestro anche sulla base di una diversa qualificazione giuridica del fatto in relazione al quale è stato ravvisato il "fumus commissi delicti", ma non può porre a fondamento della propria decisione un fatto diverso. (Fattispecie in cui la Corte ha censurato l'ordinanza del tribunale del riesame che, nel confermare il decreto di sequestro probatorio per il reato di riciclaggio, riteneva, quale reato presupposto, l'esistenza di una associazione a delinquere, anziché il reato di contrabbando contestato dal pubblico ministero).*

La sentenza in esame si occupa di una ipotesi di un decreto di sequestro probatorio ed anche in riferimento a siffatto provvedimento adotta il medesimo ragionamento sin qui riservato alle misure cautelari personali quanto al riconoscimento al giudice della cautela in sede di controllo unicamente di un potere di qualificazione giuridica del fatto.

Sez. 2, **Sentenza n. 40265** del 08/07/2014 Cc. (dep. 29/09/2014 ) Rv. 260852 - 01

**Presidente: Gentile M. Estensore: Pellegrino A. Relatore: Pellegrino A. Imputato: Mare e altro. P.M. Cesqui E. (Diff.)**

(Rigetta, Trib. Milano, 05/04/2014)

664 MISURE CAUTELARI - 008 esigenze cautelari

MISURE CAUTELARI - PERSONALI - DISPOSIZIONI GENERALI - ESIGENZE CAUTELARI - Convalida ed applicazione di misura cautelare - Autonomia valutativa del giudice - Sussistenza - Fattispecie.

*In tema di misure cautelari personali, il giudice della cautela non è vincolato alla valutazione, ancorché contestuale, espressa nella fase di convalida dell'arresto o del fermo e può, quindi, autonomamente attribuire al fatto descritto nella contestazione una diversa qualificazione o definizione giuridica rispetto a quella formulata al momento in cui è stata adottata la misura precautelare. (Fattispecie in cui, dopo la convalida del fermo per il reato di ricettazione,*

*è stata ritenuta legittima nei confronti degli indagati l'applicazione della custodia cautelare in carcere per il reato di furto)*

## **Parte II**

### **Controllo della imputazione nei riti alternativi al dibattimento**

Solo l'intervenuto esercizio dell'azione penale consente di ricorrere al termine "imputazione" e di verificare quali siano i limiti e gli strumenti affidati al giudice in relazione al controllo dell'atto imputativo.

Considerando che la fisiologica sequenza procedimentale prevede che l'esercizio dell'azione penale si eserciti attraverso la richiesta di rinvio a giudizio con conseguente fissazione della udienza preliminare e che la sede naturale per l'innesto dei riti speciali sia proprio l'udienza preliminare, è necessario affrontare le questioni più delicate che attengono al controllo dell'imputazione da parte del giudice dell'udienza preliminare.

#### **6) Udienza preliminare e controllo dell'imputazione**

Non è questa la sede per soffermarsi sul tema complesso e centrale della attuale natura e fisionomia dell'udienza preliminare in ragione delle numerose modifiche normative che l'hanno interessata nel corso degli anni e delle indicazioni che sono provenute dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

Resta però sempre sul fondo e con non poche ricadute concrete, la definizione della sua esatta natura, sospesa tra una natura formalmente processuale e quella sostanzialmente di merito e di giudizio. Il giudice dell'udienza preliminare vive in maniera irrisolta la tensione tra l'esigenza che l'udienza preliminare deflazioni il giudizio dibattimentale e quella contrapposta in virtù della quale il dibattimento rappresenta una fase sempre e comunque utile proprio perché caratterizzata dal contraddittorio nella formazione della prova.<sup>21</sup>

Con riguardo allo specifico tema del controllo sull'atto imputativo, è indispensabile operare una premessa e cioè che il controllo giurisdizionale operato in sede di udienza preliminare investe il rispetto di due distinti doveri del pubblico ministero:

- Quello di descrivere con chiarezza e precisione il fatto contestato;
- Quello, solo dopo che il primo requisito sia soddisfatto, di contestare un fatto la cui enunciazione corrisponda a quanto emergente dal fascicolo.<sup>22</sup>

Dunque il controllo giurisdizionale si deve svolgere in due momenti distinti sia logicamente che metodologicamente.

Ed infatti precisione e correttezza nella descrizione della imputazione non sono la stessa cosa della correttezza contenutistica della imputazione medesima.

Le modalità con cui il giudice procede al controllo dell'atto imputativo sono state individuate nella famosissima sentenza delle sez. Unite "Battistella".<sup>23</sup>

La sentenza, nota a tutti, va comunque sia pure brevemente richiamata e analizzata alla luce anche degli anni trascorsi.

La pronuncia fornisce alcune indicazioni fondamentali.

---

<sup>21</sup> Sul punto F.CASSIBA, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *Arch. Pen.* 2019 n.3, p.2 e ss.

<sup>22</sup> In tal senso F. CASSIBA, *op. cit.*, p.3.

<sup>23</sup> La sentenza Cass. Sez. Un. è stata più volte commentata dalla dottrina in prevalenza critica. E' rinvenibile in *Cass. Pen.* 2008, con nota di L.PISTORELLI e C. MARINELLI; in *Cass.pen.* 2009 con nota di L. LOMBARDO; in *Riv.dir. proc.pen.* 2008 con nota di O. MAZZA e 2010 con nota di G. LOZZI, in *Riv. Dir. Proc.* 2009 con nota di F.CALASOLE

La prima: è abnorme il provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare restituisce gli atti al pubblico ministero per «la sommarietà e la genericità della descrizione del fatto» contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio. La Suprema corte ha sottolineato come l'inosservanza dell'obbligo di «enunciazione chiara e precisa del fatto» ex art. 417, comma 2°, lett. b), c.p.p., introdotto dall'art. 18 della l. 16 dicembre 1999 n. 479, non sia stato sanzionato con una specifica previsione di nullità dall'art. 416 c.p.p.; inoltre è mutata la fisionomia dell'udienza preliminare, che, proprio a seguito delle modifiche apportate da quella legge, è divenuta «segmento di uno sviluppo procedimentale in cui [...] è stimolata la valutazione del «merito» circa la consistenza dell'accusa, in base ad una prognosi sulla possibilità di successo nella fase dibattimentale».

Da qui, per la Corte discende il dovere del giudice dell'udienza preliminare di assicurare la corrispondenza dell'imputazione a quanto emerge dagli atti.

A sostegno di tali affermazioni vengono richiamate alcune importanti pronunce della Corte costituzionale<sup>24</sup>, che, interpretando l'art. 423, comma 1°, c.p.p. in modo estensivo, applicano il meccanismo di specificazione ed integrazione dell'accusa ivi disposto anche al caso di richiesta di rinvio a giudizio formulata genericamente. Ad ulteriore avallo di questa prospettazione, viene citata, infine, la direttiva n. 66.6 del Progetto di legge delega della Commissione Riccio, che prevedeva espressamente, in difetto di un'enunciazione chiara e precisa del fatto, il dovere del giudice di invitare il pubblico ministero alla precisazione dell'imputazione, con correlativa concessione di un termine a difesa, rinunciabile dall'imputato, prima di restituirgli gli atti per esercitare nuovamente l'azione penale.

Nel periodo antecedente l'intervento delle Sezioni Unite in giurisprudenza si contrapponevano due opposti orientamenti: quello prevalente, a cui aderisce la sentenza in esame, propendeva per l'abnormità del provvedimento con il quale il giudice dell'udienza preliminare restituiva gli atti al pubblico ministero per la genericità della richiesta di rinvio a giudizio; quello minoritario, invece, affermava che il giudice dovesse rinviare gli atti al pubblico ministero qualora l'imputazione fosse priva dei requisiti stabiliti dalla legge.

Il primo indirizzo richiamava a sostegno delle proprie ragioni anzitutto l'art. 416 c.p.p., il quale, anche a seguito delle modifiche apportate dalla l. 15 dicembre 1999 n. 479, non annovera tra le ipotesi che comportano la nullità della richiesta di rinvio a giudizio la mancata formulazione dell'imputazione in forma chiara e precisa ex art. 417, lett. b), c.p.p. In secondo luogo, tale orientamento richiamava ed applicava in via analogica il disposto dell'art. 423 c.p.p. – che consente la modifica dell'imputazione nel corso dell'udienza quando il fatto risulti diverso da come descritto nell'accusa, o emerga un reato connesso ex art. 12, lett. b), o una circostanza aggravante – per individuare un più generale potere dovere del giudice di sollecitare in udienza il pubblico ministero alla precisazione dell'imputazione.

Il provvedimento del giudice di rinvio degli atti al pubblico ministero perchè eserciti nuovamente l'azione penale veniva, di conseguenza, definito come abnorme sotto il profilo funzionale, in quanto tale da comportare un'indebita regressione del procedimento, in violazione, altresì, del principio di irretrattabilità dell'azione penale e del principio di ragionevole durata del processo.

---

<sup>24</sup> Corte cost., ordinanza 14 aprile 1995, n. 131, in *Cass. pen.* 1995, 2088 s., che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 417 c.p.p., in riferimento agli artt. 24, 111, 112 Cost., in quanto basata «sull'erroneo presupposto che sia precluso al giudice (per l'udienza preliminare) di sollecitare il pubblico ministero a procedere alle necessarie integrazioni e precisazioni dell'imputazione medesima»; Corte cost., sentenza 7 marzo 2004, n. 88 in *Cass. pen.* 1994, 1797 s., con nota di A.MACCHIA, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 424 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 97 e 112 Cost., dal momento che, di fronte ad una imputazione generica, il giudice delle indagini preliminari (oggi dell'udienza preliminare) può «emettere un provvedimento caratterizzato dall'esigenza che il pubblico ministero precisi ulteriormente, o modifichi, il fatto enunciato nella richiesta di rinvio a giudizio (sia che ne individui la fonte normativa nell'art. 521, ovvero nell'art.423)»

L'opposto indirizzo, invece, sottolineava da un lato come l'inosservanza di uno dei requisiti posti dall'art. 417 c.p.p. potesse configurare un'ipotesi di nullità di ordine generale; dall'altro come, specialmente a seguito delle modifiche apportate dalla legge 479 del 1999, rientrava tra i poteri del giudice dell'udienza preliminare verificare la correttezza della richiesta di rinvio a giudizio. Conseguentemente, non riteneva abnorme né sotto l'aspetto strutturale, né sotto quello funzionale il provvedimento con il quale il giudice restituiva gli atti al pubblico ministero, bensì lo considerava legittimo, in quanto espressione di un preciso potere del giudice stesso.

La dottrina<sup>25</sup> ha sin dai primi commenti fortemente criticato la soluzione proposta dalle Sezioni Unite con le seguenti argomentazioni:

- nessuna norma prevede che il giudice possa restituire gli atti al pubblico ministero nel corso dell'udienza preliminare perché riformuli l'imputazione, a meno che non ne dichiari la nullità.
- Prima di applicare analogicamente a situazioni non facilmente sovrapponibili norme codicistiche, sembrerebbe opportuno escludere la possibilità di applicare altre disposizioni; nel caso di specie, la disciplina delle nullità di ordine generale. Le Sezioni Unite, infatti, hanno tralasciato di verificare se la violazione dell'art. 417, lett. b), c.p.p. non possa rientrare in una delle ipotesi di nullità previste dall'art. 178 c.p.p. Secondo alcuni autori, una compiuta enunciazione del fatto di reato sembrerebbe anzitutto indispensabile ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti, con la conseguenza che, in caso di imputazione generica, sarebbe violata una norma a tutela dell'intervento e dell'assistenza dell'imputato (art. 178 lett. c c.p.p.). Basti pensare alle difficoltà che può incontrare la difesa di fronte ad una richiesta di rinvio a giudizio non chiara e precisa, in ordine alla possibilità di sollevare eccezioni di incompetenza, o di eccepire la sussistenza di un precedente giudicato; senza dimenticare, oltretutto, che nell'udienza preliminare l'imputato potrebbe optare per il giudizio abbreviato e per l'applicazione della pena su richiesta delle parti, scelte che sembrerebbero essere «seriamente compromesse, quando non addirittura vanificate, dalla genericità o insufficienza dell'accusa». Secondo altra parte della dottrina, l'inosservanza dell'art. 417, lett. b), configurerebbe non solo una nullità a regime intermedio, ex artt. 178, lett. c), e 180 c.p.p., ma anche una nullità assoluta ex art. 179 c.p.p., concernendo l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale. Ritenendo l'imputazione formulata in modo generico nulla ex art. 178, lett. c), naturalmente, viene meno la prospettiva di poter considerare abnorme il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero.

La seconda indicazione fornita dal celebre arresto delle Sezioni Unite: il giudice dell'udienza preliminare può porre in essere, per ovviare a carenze dell'atto imputativo, un meccanismo «a due tempi». Il primo rimedio è interno alla fase e consiste nell'applicare «il meccanismo d'integrazione e specificazione predisposto per la diversità del fatto dall'art. 423, comma 1°, c.p.p., nella lettura estensiva che di tale disposizione normativa offre [...] la giurisprudenza costituzionale». Al riguardo è bene chiarire che, nel regolare i casi in cui nel corso dell'udienza il fatto risulti diverso da come è descritto nell'imputazione, o in cui emergano un reato connesso ex art. 12, lett. b), c.p.p. o una circostanza aggravante, l'art. 423, comma 1°, c.p.p. si riferisce, in realtà, a un'imputazione che risponde al modello contenutistico tracciato dal legislatore, ma che in un secondo momento non è più corrispondente, almeno in parte, a quanto emerge degli atti processuali, integrati anche dalle risultanze dell'udienza stessa.

In altri termini, nelle situazioni prese in esame dall'art. 423, comma 1°, c.p.p. la richiesta di rinvio a giudizio originariamente era completa, chiara e precisa.

---

<sup>25</sup> Si rinvia ai commenti degli autori indicati nella nota 24).

Proprio perchè l'udienza preliminare è il luogo in cui si «cristallizza» l'accusa nei confronti dell'imputato, appare coerente la scelta del legislatore di consentire al pubblico ministero di apportarvi delle modifiche al fine di rendere l'imputazione aderente ai fatti così come ricostruiti. L'emersione di fatti diversi è altra cosa rispetto a un'imputazione generica; qui ad essere incerto e non definito è proprio il *thema decidendum*.

Proprio in ragione di ciò e della diversità ontologica delle due situazioni il meccanismo individuato è stato oggetto di riserve<sup>26</sup>: estendendo analogicamente l'art. 423, comma 1°, c.p.p., appare evidente il *vulnus* al diritto di difesa dell'imputato, dal momento che la disposizione in questione non riconosce a quest'ultimo neppure un termine a difesa. Lo confermerebbe indirettamente anche la proposta contenuta nel progetto di riforma del codice di procedura penale elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Riccio, citato dalla stessa Corte di cassazione a sostegno della propria decisione, che, pur nell'ottica di formalizzare normativamente un percorso del tipo di quello suggerito dalle Sezioni Unite, prevede invece proprio la possibilità di un termine a difesa.

Lo strumento individuato per dare attuazione al dettato dell'art. 423, comma 1°, c.p.p è un'ordinanza interlocutoria e motivata del giudice, che indica “gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche del vizio”.

Il secondo, ed eventuale, rimedio che le Sezioni Unite accordano al giudice dell'udienza preliminare è rappresentato dalla restituzione degli atti al pubblico ministero perchè riformuli l'imputazione, qualora quest'ultimo, pur invitato a farlo, non abbia provveduto alle necessarie integrazioni all'interno dell'udienza stessa. Tale soluzione sarebbe «marginale ed eccezionale, prefigurandosi come *extrema ratio* in perfetta coerenza, d'altra parte, con le esigenze di economia e di ‘ragionevole durata’ del processo».

Dunque il percorso della sentenza Battistella che continua ad essere quello suggerito dalla successiva giurisprudenza di legittimità, legittima il medesimo giudice ad invitare il Pubblico ministero a modificare la imputazione direttamente in udienza non solo quando occorra adeguarne il contenuto fattuale in coerenza con quello che emerge dagli atti (fatto diverso o connesso) ma anche quando occorre colmare una imputazione genericamente e enunciata.

### 6.1 Le possibili ricadute critiche

Ferme le riserve provenienti soprattutto dalla dottrina, la soluzione giurisprudenziale fornita dalle sezioni unite pone alcune criticità da risolvere.

- A) L'imputazione è generica o indeterminata quando il Pubblico ministero nel formularla abbia ricalcato pedissequamente la norma incriminatrice senza provvedere ad attualizzarne tutti gli elementi o a descrivere specificatamente la condotta l'evento o gli altri elementi costitutivi in concreto verificatisi. Altra è la situazione che ricorre allorquando la imputazione non contenga tutti gli elementi costitutivi di talchè il fatto contestato non possa sussumersi nelle fattispecie di reato previste dalla legge. Possiamo in tal caso parlare di nullità assoluta ex art.178 lett.b) comma 1 e 179 comma 1 in ragione della sostanziale mancanza di iniziativa del PM.<sup>27</sup>

E ancora una volta ricorre **la criticità della imputazione associativa**.

Penso, ad esempio, ad una contestazione di cui agli artt. 416 bis c.p. e/o 74 Dpr 309/90 a carico di numerosi imputati laddove vi è la specifica descrizione dei ruoli svolti da ciascun associato quali partecipi o promotori o organizzatori. Che cosa accade qualora per alcuni imputati non sia affatto descritta la singola condotta o il singolo ruolo: può ritenersi siffatta imputazione, con riferimento al singolo imputato per il quale non è stato descritto il ruolo, “specificabile” in udienza dal PM o va questa imputazione ritenuta radicalmente nulla?

E' un interrogativo a cui non è facile poter fornire una risposta.

<sup>26</sup> Si rinvia a quanto indicato alla nota sub.24)

<sup>27</sup> In tal senso L.LOMBARDO in *Restituzione degli atti al PM disposta dal GUP per indeterminatezza della imputazione* in *Cass.pen.*2009, p.635

Ancora: La delimitazione temporale dell'imputazione associativa contestata e l'identificazione del 'periodo di consumazione' oggetto del giudizio.

Se è vero che l'associazione camorristica è considerata unanimemente in giurisprudenza come reato 'permanente' (con protrazione dell'offesa al bene protetto per tutto il periodo consumativo), atteso che l'accordo associativo, accompagnato dal necessario substrato organizzativo, è **di per sé finalizzato a durare nel tempo** per l'attuazione del programma delinquenziale, salvo il **subentrare** di una **precisa ed univoca volontà contraria**, che conduca al **recesso** del singolo o allo **scioglimento** dell'intero gruppo (cfr., tra le altre, Cass. Sez. I, 22.4.'85 *Fallica*, Cass. Sez. V, 1.7.'96 *Aiello*, Cass. Sez. VI, 21.5.'98 *Caruana*), ciò non esime il giudicante da una serie di verifiche dimostrative, anche in rapporto alle concrete modalità di esercizio dell'azione penale ed alla identificazione dell'oggetto del giudizio.

In particolare, il necessario confronto con la regola processuale dell'articolo **521** c.p.p. (principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) pone al centro dell'interesse del giudice – delimitandone i poteri – la necessità di comprendere **quale sia** il 'gruppo associativo' oggetto di giudizio (per come descritto, in sede di prospettazione, dalla pubblica accusa) e **quali siano i confini spazio-temporali** di operatività di tale gruppo su cui è stato chiesto il giudizio..

Ciò è di **vitale importanza** nel settore dei reati associativi posto che la segnalata 'elasticità' del dato normativo di riferimento (art.416 bis c.p.) potrebbe determinare pericolosi 'scivolamenti' in imputazioni affette da genericità descrittiva, tali da menomare in modo irreparabile le facoltà di esercizio del diritto di difesa e la stessa possibilità di un corretto svolgimento dell'istruttoria.

Non può infatti ritenersi 'valida', sul piano processuale, una contestazione che non ponga gli attori del processo in grado di comprendere i riferimenti 'storici' e 'soggettivi', essenziali per orientare qualsiasi potere ricostruttivo di eventi passati.

Il giudice dell'udienza preliminare deve dunque sottoporre a scrutinio l'imputazione associativa 'estraendo' dalla stessa, con sufficiente chiarezza, i riferimenti **spaziali, temporali e soggettivi** idonei ad identificare correttamente il 'gruppo criminoso' oggetto della ricostruzione.

Va dunque qui **ribadito** che il giudice è chiamato ad identificare un preciso agglomerato delinquenziale identificato (dall'accusa) come '**clan**' i cui riferimenti soggettivi di 'vertice' comportano una **riferibilità certa** (ed incrementata dalla lettura delle contestazioni di cui ai capi successivi) ad un inequivoco **momento storico**.

Siffatto accadimento è da ritenersi – di fatto – quale *dies a quo* della contestazione operata dalla pubblica accusa.

Non può dubitarsi, infatti, che nonostante l' Ufficio di Procura in sede di esercizio dell'azione penale possa non indicare espressamente sul piano temporale- il '**momento finale**' dell'imputazione associativa, al fine di comprendere il '**momento iniziale**' della condotta contestata (questione di non scarso rilievo sul piano giuridico e della stessa regolarità del processo) e di identificare il conseguente '**periodo di consumazione**' del reato contestato va considerata **l'imputazione nel suo complesso** e, pertanto, sia le forme sintattico-espressive adoperate per la descrizione dell'agglomerato associativo che le (sottostanti) 'scelte' di inclusione o esclusione di determinati soggetti dalla indicazione dei 'promotori'.

E' pacifica, infatti, in giurisprudenza (cfr., tra le altre, Cass. 5.10.'99 *Morbidelli* e da ultimo Cass. 2.3.2020, *Latini* ) l'affermazione per cui '*..in tema di enunciazione del fatto nel decreto di rinvio a giudizio non sussiste nullità quando nel medesimo fatto contestato – che pure non rechi una specifica indicazione di luogo e data – è possibile rilevare un riferimento, sia pure indiretto, a circostanze spazio/temporali che consentano la facile individuazione di quegli elementi..*'<sup>28</sup>; dunque, secondo tale condivisibile impostazione, l'imputazione, una volta formulata, si 'obiettivizza' in rapporto alla complessiva descrizione dei fatti operata dall'organo dell'accusa e, lì dove vi siano sufficienti elementi descrittivi, sia il giudice che la difesa sono posti in condizione di orientare i propri poteri.

---

<sup>28</sup> Il principio risulta più che mai consolidato nella giurisprudenza di legittimità Cass, sez. V, del 4.6.2020 n. **16993 in CED Cass. n. 279090**.

Dunque nella ipotesi di una contestazione associativa nella quale non sia individuato il *dies a quo*:

- le espressioni utilizzate dalla pubblica accusa nel descrivere l'associazione oggetto del giudizio, l'identificazione nominativa del gruppo come 'clan' sono tutti elementi di fatto (e processuali) che in modo del tutto pacifico, sia sul piano dell'analisi logica del linguaggio, sia sul piano della regolarità processuale, conducono ad 'estrarre' dall'imputazione un **preciso dies a quo**.

Da tale considerazione, frutto della **obiettiva modalità espressiva** utilizzata dall'accusa nell'introdurre il tema del giudizio, derivano importanti effetti giuridici:

- a) il periodo temporale **antecedente a quella data** è '**esterno alla contestazione**', fermo restando che, trattandosi di periodo 'caratterizzato' dall'operatività del gruppo, lo stesso ha un **elevatissimo interesse istruttorio**, atteso che i fatti umani sono tra loro sempre concatenati e non sarebbe possibile comprendere i fatti oggetto del processo senza conoscere la realtà in cui sono venuti a maturazione e le decisioni giurisdizionali ad essa relative;
- b) parimenti, stante la mancanza di '**chiusura dell'imputazione** ad un momento storico ben preciso e formalmente **apposto** dall'accusa, **il periodo successivo agli anni indicati va ricompreso nella contestazione**,

Su tale secondo aspetto, in particolare, è opportuno soffermarsi ulteriormente, per i motivi che seguono:

- la giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. Un., 13.7.'98, n.11021, *Montanari*)<sup>29</sup> ha ritenuto possibile tale 'estensione di effetti': ciò può accadere sempre e **solo** nell'ipotesi in cui l'atto di esercizio dell'azione penale sia formulato come '**contestazione aperta**', nel senso che il P.M. abbia indicato la **sola data iniziale** (o quella del primo accertamento) e **non anche quella finale**, lasciando così intendere una precisa **volontà** di ritenere ricompresa la cd. condotta 'perdurante', sino alla pronuncia della sentenza;
- diversamente allorquando la contestazione è '**chiusa**' sotto il profilo temporale, e, in mancanza un atto di volontà 'estensiva' del titolare dell'organo dell'accusa in dibattimento; in tal caso il giudice non potrebbe certo compiere *ex officio* una simile estensione dei propri poteri, stante il divieto espresso proprio dal ricordato articolo **521** c.p.p. (norma riferibile al principio di ripartizione dei poteri processuali tra accusa e organo giudicante, con 'riserva' all'accusa del monopolio sulla contestazione, ai sensi dell'articolo **112** della Costituzione).

In altre parole, ciò che rileva – anche in ipotesi di contestazione di un reato *permanente* – è sempre la **volontà** dell'organo dell'accusa tesa a delimitare, in via obiettiva, l'oggetto del giudizio ed il relativo 'periodo di consumazione', atteso che anche nell'ipotesi in cui la sentenza di primo grado diventa il momento 'finale' dell'accertamento, ciò **non accade certo per una autonoma 'scelta' dell'organo giudicante**, ma – si ribadisce – esclusivamente per il **modo** in cui la contestazione è **formulata** dal Pubblico Ministero (nel senso che la contestazione cd. 'aperta', **di per sé** è tesa a ricomprensione anche il periodo di trattazione del processo, senza interventi 'manipolatori' dell'organo giudicante).

Tale approdo, detto per inciso, è quello cui è pervenuta anche la citata giurisprudenza di legittimità (si veda, oltre alle Sezioni Unite del '98, che ben evidenziano la differenza di effetti tra le possibili 'modalità' di formulazione dell'imputazione, anche Cass. Sez. I, 21.4.'95 *Carminati* : ..in tema di reato permanente, quando l'ipotesi di incolpazione sia formulata a 'contestazione chiusa', il protrarsi dell'offesa al di là dei limiti temporali fissati **impone** un'ulteriore specifica incolpazione, perché costituisce fatto diverso..).

Ora se l'organo dell'accusa opta per una contestazione temporalmente aperta, anche in chiave di garanzia, va ricordato che la natura 'permanente' del reato associativo non significa certo '*meccanicità*' di future contestazioni e (meno che mai) di future condanne per i periodi temporalmente successivi a quelli oggetto del giudizio, stante la possibilità di atti di recesso volontario da parte dei singoli associati (anzitutto..) e stante la ovvia necessità, in chiave di onere

<sup>29</sup> In *Foro Italiano* Vol. 122, N. 7/8, 1999, pp. 451 e ss.

probatorio, per la pubblica accusa, di dimostrare (in ogni caso) la ‘permanenza’ di una simile struttura associativa e la ‘perduranza di apporto’ dei singoli soggetti, non potendosi certo ricorrere a inaccettabili presunzioni di ‘continuità’.

➤ **Fino a che punto può spingersi il giudice dell’udienza preliminare in questo suo controllo e sino a che punto può autonomamente incidere sul capo di imputazione come formulato dal PM?**

La giurisprudenza di legittimità<sup>30</sup> ritiene che la disciplina di cui all’art.423 c.p.p. non preclude al giudice di attribuire al fatto oggetto della contestazione una diversa qualificazione giuridica, trattandosi di un’applicazione del principio di legalità che sorregge l’ordinamento e l’attività giurisdizionale, in analogia del resto a quanto previsto dall’art.521 c.p.p., che è disposizione espressiva di un valore di portata generale che impone di accertare che fatto e schema legale coincidano e dunque di modificare se occorre la qualificazione giuridica del fatto come prospettata dal PM. In questa prospettiva non vengono alterati i tratti essenziali dell’addebito inteso quale episodio naturalistico e concreto che viene soltanto rapportato alla fattispecie astratta ritenuta giuridicamente più corretta.

Nel ripercorrere l’iter argomentativo delle due pronunzie alcuni passaggi meritano di essere evidenziati:

- Si trattava di ipotesi in relazione alle quali il giudice con il suo intervento non ha inciso sulla descrizione dei comportamenti individuati come illeciti ma solo sull’elemento psicologico e sulla sussistenza delle circostanze aggravanti;
- La norma di cui all’art.423 c.p.p. riguarda unicamente le modifiche del fatto inteso come dato empirico, dato della realtà, accadimento, episodio della vita umana e dunque la fattispecie concreta e non la fattispecie astratta;
- L’attività del giudice è limitata alla diversa qualificazione giuridica e dunque alla sussunzione in una fattispecie astratta differente rispetto a quella indicata dall’organo dell’accusa risolvendosi nella corretta applicazione della legge e nel controllo di legalità connesso alla funzione giurisdizionale.

*“(..) Ne discende la possibilità per il giudice dell’udienza preliminare che dissenta dalla definizione giuridica del fatto assegnata dal PM, di individuare gli articoli di legge violati dal comportamento tenuto dall’imputato come emerso dal materiale probatorio ottenuto dalle indagini e di inserirli nel decreto che dispone il giudizio in luogo di quelli individuati con l’atto imputativo nonché di descrivere con la completezza che ritiene necessaria il fatto storico oggetto dell’accusa (...).”*

Nelle udienze relative a reati di criminalità organizzata le situazioni più frequenti possono riguardare come già detto:

-La sussistenza/assenza della circostanza di cui all’art.416bis1 c.p.

Al riguardo la giurisprudenza di legittimità<sup>31</sup> ha ritenuto possibile che il giudice per l’udienza preliminare in sede di emissione del decreto che dispone il giudizio escluda dal capo di imputazione siffatta circostanza aggravante. La Cassazione in questa ipotesi si è pronunziata definendo abnorme il provvedimento del giudice dibattimentale che, investito del giudizio in ordine al reato depurato della circostanza aggravante, dichiara la nullità del decreto che dispone il giudizio e restituisca gli atti al giudice dell’udienza preliminare sull’erroneo presupposto che detto giudice non abbia il potere di sindacare la sussistenza delle circostanze aggravanti.

- La diversa qualificazione giuridica di una condotta sussunta nell’imputazione come fattispecie di cui all’art.416bis c.p in un ipotesi di concorso esterno o in un ipotesi di favoreggiamento aggravato.

<sup>30</sup> Cass., sez. I, 13.12.2017 nn. 21732 e 21733, con nota di R. LUCEV, *La Cassazione sul processo Eternit bis: al Giudice per l’udienza preliminare è consentita la riqualificazione del fatto contenuto nella imputazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018.

<sup>31</sup> Cass., Sez. VI, 5.6.2012 n. 21840 in *CED Cass.* n.252792

Anche questa può essere una ipotesi in cui la condotta naturalisticamente intesa e descritta nella imputazione possa essere diversamente qualificata dal GUP anche in sede di emissione del decreto che dispone il giudizio.

Colpisce comunque l'idea che il Giudice possa "materialmente" intervenire sul capo di imputazione come scritto e redatto dal Pubblico ministero dal momento che in queste ipotesi è difficile immaginare che la descrizione del fatto contenuta nel capo di imputazione possa rimanere inalterata e l'unica modifica attenga alla indicazione degli articoli di legge che sin intendono violati. A ciò si aggiunga che anche in questa ipotesi la diversa qualificazione giuridica può determinare i suoi effetti in punto di competenza del giudice dibattimentale, di individuazione del PM che dovrà sostenere l'accusa in dibattimento, di termini di prescrizione.

- B) Altro problema è legato all'ipotesi in cui l'organo inquirente non abbia risposto agli inviti del giudice il quale abbia quindi restituito agli atti all'ufficio di procura: ci si chiede se può immaginarsi un dovere del PM di adeguarvisi una volta riesercitata l'azione penale.

La giurisprudenza ha affermato al riguardo che il PM cui siano rimessi gli atti ai sensi dell'art.521 comma 2 c.p.p., pur essendo libero nelle determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale, una volta che debba reinvestire nuovamente il giudice deve strettamente attenersi alla configurazione del fatto come definito dall'organo giudicante valendo l'ordinanza emessa a norma di detto articolo a costituire una preclusione processuale alla riproduzione della originaria imputazione, ferma restando la facoltà della impugnazione della sentenza dibattimentale anche in punto di definizione del fatto.

- C) Sull'eventuale incompatibilità del Gup che abbia pronunciato l'ordinanza interlocutoria in relazione alla generica o diversa imputazione.

La questione è già stata oggetto di ben due questioni di legittimità costituzionale risolte dalla Consulta con sentenze interpretative di rigetto.<sup>32</sup>

Nella prima sentenza (**n.18 del 2017**) la Corte ha chiarito che, affinché possa configurarsi una situazione di incompatibilità – nel senso dell'esigenza costituzionale della relativa previsione, in funzione di tutela dei valori della terzietà e dell'imparzialità del giudice –, è necessario che la valutazione "contenutistica" sulla medesima regiodicanda si collochi in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella della quale il giudice è attualmente investito. È del tutto ragionevole, infatti, che, all'interno di ciascuna delle fasi – intese come sequenze ordinate di atti che possono implicare apprezzamenti incidentali, anche di merito, su quanto in esse risulti, prodromici alla decisione conclusiva – resti, in ogni caso, preservata l'esigenza di continuità e di globalità, venendosi altrimenti a determinare una assurda frammentazione del procedimento, che implicherebbe la necessità di disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi quanti sono gli atti da compiere (*ex plurimis*, [sentenze n. 153 del 2012](#), [n. 177](#) e [n. 131 del 1996](#); [ordinanze n. 76 del 2007](#), [n. 123](#) e [n. 90 del 2004](#), [n. 370 del 2000](#), [n. 232 del 1999](#)). In questi casi, «*il provvedimento non costituisce anticipazione di un giudizio che deve essere instaurato, ma, al contrario, si inserisce nel giudizio del quale il giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato: anzi è la competenza ad adottare il provvedimento dal quale si vorrebbe far derivare l'incompatibilità che presuppone la competenza per il giudizio di merito e si giustifica in ragione di essa*»)

---

<sup>32</sup> Corte Cost. n.18 del 24 gennaio 2017 in <https://www.giurcost.org/decisioni/2017/0018s-17.html>; Corte Cost. n.66 del 23 gennaio 2019 in *Consulta online*. Si rinvia altresì al commento delle richiamate decisioni: A.PASTA, *Poteri del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione, incompatibilità e non prevedibili privilegi*, in *Cass.pen.*, 2017, p.2940 e ss.; S.QUATTROCOLO, *Ancora sull'imparzialità del Gup: La Corte Costituzionale non ha dubbi in merito alla dottrina Battistella*, in *Giur. Cost.* 2019, 2, p.887 e ss.

In tale prospettiva, l'invito a modificare l'imputazione non risulta affatto assimilabile all'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero. Come già ricordato, quest'ultima determina la regressione del procedimento: la fase in corso davanti al giudice che l'ha emessa si chiude, e la fase che si aprirà all'esito delle iniziative del pubblico ministero – il quale dovrà esercitare nuovamente l'azione penale, sempre che ne ravvisi i presupposti – sarà, in ogni modo, anche se omologa, una fase distinta e ulteriore, rispetto alla quale la valutazione di merito insita nel precedente provvedimento potrà assumere una valenza “pregiudicante”. All'opposto, l'invito a modificare l'imputazione rappresenta un rimedio “endofasico”: dalla sua formulazione non deriva, dunque, alcuna incompatibilità del giudice all'ulteriore trattazione della medesima fase.

L'invito con cui il giudice si fa promotore di una *mutatio libelli* – la quale non prelude necessariamente ad una pronuncia sfavorevole per l'imputato – viene, tra l'altro, impartito, in via di principio, a conclusione dell'udienza preliminare, dopo che il confronto dialettico fra le parti e l'eventuale attività di integrazione probatoria si sono già svolti. È vero bensì che, sollecitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione per diversità del fatto, il giudice esterna un convincimento sul merito della regiudicanda: ma lo fa come momento immediatamente prodromico alla decisione che è – legittimamente – chiamato ad assumere in quello stesso contesto; segnatamente, per evitare di doversi pronunciare su una imputazione che reputa non aderente alla realtà storica emersa dagli atti processuali. Resta dunque esclusa la configurabilità di una menomazione dell'imparzialità del giudice, atta a rendere costituzionalmente necessaria l'applicazione dell'istituto dell'incompatibilità.

La Consulta è stata nuovamente investita della questione dal medesimo giudice sulla base di diversi parametri normativi di riferimento e di una diversa motivazione (**n.66 del 2019**).

Il giudice a quo ha sollevato nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., in parte qua, per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, paragrafo 1, CEDU.

Il contrasto denunciato si apprezzerrebbe sotto un duplice profilo.

Per un verso, infatti, la penetrante delibazione del merito della medesima regiudicanda, insita nel provvedimento adottato dal giudice dell'udienza preliminare, comporterebbe il rischio che la valutazione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato sia, o possa apparire, condizionata dalla propensione del giudice a confermare una propria precedente decisione: situazione nella quale – alla luce della consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo – l'imparzialità del giudice deve ritenersi compromessa, indipendentemente dal fatto che la decisione sia intervenuta nella medesima o in altra fase processuale.

In secondo luogo, poi, invitando il pubblico ministero a modificare l'imputazione per ritenuta diversità del fatto, il giudice concorrerebbe all'esercizio della funzione tipica dell'accusa nel processo penale, di contestazione del fatto. Si determinerebbe, in tal modo, una commistione di ruoli parimente idonea, secondo la Corte EDU, a minare l'imparzialità dell'organo giudicante.

Anche in tal caso la Corte ha ritenuto la questione non fondata.

Ha introdotto in primo luogo un tema che ai fini della presente relazione merita un particolare rilievo quanto ai rapporti tra diritto interno e normativa convenzionale.

Così infatti si è espressa la Corte Costituzionale:

**“Al riguardo, va osservato che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha escluso in più occasioni che le garanzie in tema di equo processo, di cui all'evocato art. 6, paragrafo 1, CEDU, siano riferibili all'udienza preliminare prevista dalla legge processuale italiana, fatto salvo il caso in cui vengano adottati riti alternativi che conferiscano al giudice di tale udienza il potere di pronunciarsi sul merito delle accuse.**

*In proposito, la Corte EDU ha ribadito la propria costante giurisprudenza, secondo la quale, se pure l'art. 6 CEDU può venire in rilievo anche prima che sia adito il giudice del merito, tale disposizione ha, per finalità principale, nel campo penale – conformemente al suo tenore letterale – quella di assicurare un equo processo di fronte a un «tribunale» competente a decidere «sulla fondatezza di ogni accusa penale»: e, cioè – in particolare per quanto attiene alla garanzia dell'imparzialità – a stabilire se l'imputato sia colpevole o innocente ([decisione 12 febbraio 2004, De Lorenzo contro Italia](#)).*

*Nei casi sottoposti all'esame della Corte europea, per contro, il giudice dell'udienza preliminare si era limitato a decidere – in conformità alla funzione istituzionale di tale udienza – se l'imputato dovesse essere, o non, rinviato a giudizio (ossia se dovesse essere giudicato da un «tribunale»), senza affatto pronunciarsi sulla sua innocenza o colpevolezza”.*

La circostanza che in determinate ipotesi – e segnatamente quando siano richiesti riti alternativi (giudizio abbreviato o “patteggiamento”) – il giudice dell'udienza preliminare possa spingersi ad esaminare il merito delle accuse, resta priva di rilievo – sempre secondo la Corte EDU – laddove la predetta evenienza non si sia in concreto verificata.

La Consulta ha quindi introdotto la distinzione in ordine ai criteri generali di valutazione dell'imparzialità del giudice, richiesta dall'art. 6, paragrafo 1, CEDU, secondo la giurisprudenza ampiamente consolidata della Corte di Strasburgo.

L'imparzialità “deve essere apprezzata secondo due criteri: soggettivo e oggettivo.

*Il criterio soggettivo consiste nello stabilire se dalle convinzioni personali e dal comportamento di un determinato giudice si possa desumere che egli abbia una idea preconcepita rispetto a una particolare controversia sottoposta al suo esame. Da questo punto di vista, l'imparzialità del giudice è presunta fino a prova contraria.*

*Il criterio oggettivo, che rileva in questo caso, impone di valutare se, a prescindere dalla condotta del giudice, esistano fatti verificabili che possano generare dubbi, oggettivamente giustificati, sulla sua imparzialità. Sotto questo aspetto, anche le apparenze possono avere una certa importanza: in altre parole, «non si deve solo fare giustizia, ma si deve anche vedere che è stata fatta». È in gioco, infatti, la fiducia che i tribunali in una società democratica debbono ispirare nel pubblico e, nel processo penale, anzitutto nell'accusato (ex plurimis, tra le più recenti, [Corte EDU, sentenze 16 ottobre 2018, Daineliene contro Lituania](#); [31 ottobre 2017, Kamenos contro Cipro](#); [20 settembre 2016, Karelin contro Russia](#); [Grande Camera, 23 aprile 2015, Morice contro Francia](#); [15 gennaio 2015, Dragojević contro Croazia](#))”.*

A quest'ultimo riguardo, la Corte di Strasburgo è costante nell'affermare che «[i]l semplice fatto che il giudice investito del processo abbia già adottato delle decisioni preprocessuali sulla causa, comprese decisioni in materia di custodia cautelare, non può di per sé giustificare timori sulla sua imparzialità; solo speciali circostanze possono giustificare una diversa conclusione [...]. Ciò che conta è la portata e il carattere delle misure preprocessuali disposte dal giudice» ([sentenza 15 gennaio 2015, Dragojević contro Croazia](#); in senso analogo, tra le molte, [sentenze 22 aprile 2004, Cianetti contro Italia](#); [6 giugno 2000, Morel contro Francia](#)).

Si ha mancanza di imparzialità oggettiva, in specie, quando la valutazione richiesta al giudice, o le espressioni concretamente utilizzate, implicino una sostanziale anticipazione di giudizio (in questo senso, tra le altre, [sentenze 22 aprile 2004, Cianetti contro Italia](#); [25 luglio 2002, Perote Pellon contro Spagna](#)), autorizzando a pensare che il giudice si sia già fatta una opinione sull'esistenza del delitto e la colpevolezza dell'imputato ([sentenza 22 luglio 2008, Gomez de Liaño y Botella contro Spagna](#)), essendosi pronunciato sugli elementi costitutivi dell'illecito ([sentenza 24 giugno 2010, Mancel e Branquart contro Francia](#)).

Non constano, in ogni caso secondo la Corte pronunce della Corte EDU che abbiano ravvisato la lesione del principio di imparzialità in fattispecie analoghe a quella che qui interessa: quella, cioè, di un invito a modificare l'imputazione, rivolto dal giudice al pubblico ministero non solo

nell'ambito della medesima fase processuale, ma anche «come momento immediatamente prodromico alla decisione che è – legittimamente – chiamato ad assumere in quello stesso contesto» ([sentenza n. 18 del 2017](#)) e, per giunta, non in vista di una pronuncia in ordine alla colpevolezza dell'imputato (essendo la potestà decisoria del giudice dell'udienza preliminare ristretta, di norma, all'alternativa tra sentenza di non luogo a procedere e rinvio a giudizio). Il che non consente di affermare che – alla luce della giurisprudenza della Corte europea (che per assumere rilievo ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. deve risultare consolidata, nei sensi precisati dalla [sentenza n. 49 del 2015](#) di questa Corte) – la norma convenzionale evocata accordi al diritto della persona da giudicare, in rapporto alla specifica evenienza di cui si discute, una tutela più ampia di quella prefigurata dalla norma costituzionale interna – gemellare nell'ispirazione – di cui all'art. 111, secondo comma, della Carta fondamentale.

L'altro tema interessante affrontato dalla Consulta e che aveva proposto il giudice remittente attiene ad una possibile “commistione” tra la funzione del giudice e quella del PM.

*“Secondo la giurisprudenza della Corte europea, la confusione tra le funzioni inquirenti e giudicanti è effettivamente idonea a minare l'imparzialità del giudice (per tutte, tra le ultime, [sentenza 31 ottobre 2017, Kamenos contro Cipro](#)): e ciò anche quando essa si realizzi all'interno della stessa fase del giudizio.*

*Di là, peraltro, dal caso particolare del giudice che abbia deciso di perseguire, giudicare e punire fatti di oltraggio commessi in suo danno in udienza (ipotesi “aggravata” dal fatto che, in essa, il giudice è anche persona offesa dal reato) ([Grande Camera, sentenza 15 dicembre 2005, Kyprianou contro Cipro](#)), il fenomeno che, per questo verso, è venuto segnatamente all'attenzione della Corte europea – e al quale si riferisce l'unica pronuncia richiamata dal rimettente ([sentenza 20 settembre 2016, Karelin contro Russia](#)) – è quello della totale assenza di un rappresentante dell'accusa in dibattimento (o in una parte rilevante delle relative udienze): assenza a fronte della quale i relativi compiti, anzitutto in tema di formazione della prova a carico dell'accusato, erano stati integralmente assunti, in sua vece, dal giudice (oltre alla pronuncia dianzi citata, [sentenze 27 gennaio 2011, Krivoshapkin contro Russia; 18 maggio 2010, Ozerov contro Russia](#)). Dunque, una ipotesi di commistione particolarmente significativa.*

*Il caso oggi in esame è, ictu oculi, sensibilmente distante da un simile paradigma. Nella specie, il giudice si limita a riscontrare, a conclusione dell'udienza preliminare, che il fatto risultante dagli elementi probatori adottati dalle parti è – per certi aspetti – diverso da come descritto nel capo di imputazione, e a invitare conseguentemente il pubblico ministero a esercitare il suo potere-dovere di modifica dell'imputazione nella stessa udienza preliminare (udienza che si caratterizza per la “fluidità” dell'imputazione, avendo, tra le sue funzioni, proprio quella di “cristallizzare” il tema d'accusa). Ciò, nell'ottica di evitare la regressione del procedimento, in ossequio – nella visione delle sezioni unite della Corte di cassazione – a canoni di economia e concentrazione processuale.*

*Il pubblico ministero, dal canto suo – serbando intatto il suo ruolo di dominus del tema d'accusa – resta pienamente libero di aderire, o non, all'invito.*

*Anche per questo verso, dunque, il rimettente non ha indicato, né emergono, pronunce della Corte di Strasburgo che ravvisino la carenza di imparzialità in fattispecie analoghe a quella in esame, sì da poter concludere che – alla luce della consolidata giurisprudenza di tale Corte – la disciplina nazionale oggetto di censura risulti non in linea con il quadro delle garanzie apprestato dalla norma convenzionale.”*

D) La disposizione di cui all'art.429 comma 2 bis c.p.p.

*2-bis. Se si procede per delitto punito con la pena dell'ergastolo e il giudice dà al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, tale da rendere ammissibile*

*il giudizio abbreviato, il decreto che dispone il giudizio contiene anche l'avviso che l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla lettura del provvedimento o dalla sua notificazione. Si applicano le disposizioni dell'articolo 458<sup>(4)</sup>.*

Va richiamata siffatta disposizione come introdotta dalla l.33/2019 che ha precluso l'accesso al giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.<sup>33</sup>

La disposizione fornisce al giudice dell'udienza preliminare il potere di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica e di rimettere l'imputato nella facoltà di richiedere il giudizio abbreviato.

Come si evince dalla stessa disposizione la novella riguarda i casi di emendatio iuris e non di emendatio libelli. Una diversa qualificazione giuridica consentirà all'imputato entro 15 giorni dalla emissione del decreto che dispone il giudizio con la diversa qualificazione, l'eventuale accesso al rito abbreviato.

## **6.2 Rassegna di giurisprudenza di legittimità**

Sul tema del controllo operato dal giudice in udienza preliminare e sui poteri allo stesso riconosciuti è interessante riportare i più recenti arresti giurisprudenziali che forniscono un quadro delle principali questioni e problemi applicativi presentatisi.

Sez. 1, **Sentenza n. 30062** del 29/09/2020 Cc. (dep. 29/10/2020 ) Rv. 279729 - 01

**Presidente: IASILLO ADRIANO. Estensore: BONI MONICA. Relatore: BONI MONICA. Imputato: PMT C/ BIANCO GIUSEPPE. P.M. PINELLI MARIO MARIA STEFANO. (Conf.)**

Annulla senza rinvio, GIUDICE UDIENZA PRELIMINARE NOLA, 05/11/2019

661 IMPUGNAZIONI - 147 provvedimenti abnormi

IMPUGNAZIONI - PROVVEDIMENTI IMPUGNABILI - PROVVEDIMENTI ABNORMI - Richiesta di rinvio a giudizio - Riqualficazione del fatto in reato procedibile a citazione diretta a giudizio e restituzione degli atti al pubblico ministero - Ordinanza del giudice per le indagini preliminari - Abnormità – Sussistenza.

*È abnorme, in quanto determina una indebita regressione del processo, il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare il quale, investito della richiesta di rinvio a giudizio per un reato che prevede la celebrazione dell'udienza preliminare, disponga, previa riqualficazione giuridica del fatto, la restituzione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 33-sexies cod. proc. pen., affinché si proceda con citazione diretta.*

Sez. 6, **Sentenza n. 28262** del 10/05/2017 Cc. (dep. 07/06/2017 ) Rv. 270521 - 01

**Presidente: Paoloni G. Estensore: Giordano EA. Relatore: Giordano EA. Imputato: Tosi. P.M. Di Nardo M. (Conf.)**

(Dichiara inammissibile, G.i.p. Trib. Cagliari, 23/06/2016)

680 UDIENZA PRELIMINARE - 082 modificazione dell'imputazione - IN GENERE

UDIENZA PRELIMINARE - UDIENZA - MODIFICAZIONE DELL'IMPUTAZIONE - IN GENERE - Decreto che dispone il giudizio - Diversa qualificazione giuridica del fatto rispetto alla richiesta del P.M. - Abnormità ed eccesso di potere - Esclusione - Ragioni - Fattispecie.

*Non incorre in abnormità, sotto il duplice profilo strutturale e funzionale, né in eccesso di potere il decreto con cui il giudice per l'udienza preliminare dispone il giudizio modificando la qualificazione giuridica del fatto posta dal pubblico ministero nella propria richiesta, atteso che lo "ius variandi" in punto di diritto è potere tipico attribuito al giudice in ogni fase e grado del procedimento, il cui esercizio non incide sull'autonomo potere - riservato in via esclusiva al*

<sup>33</sup> Sul Punto G. SPANGHER, *Esclusi dall'abbreviato i reati puniti con l'ergastolo*, in *Il Processo*, fasc.2, giugno 2019

*pubblico ministero - di modificare il fatto contestato e di procedere a nuova contestazione qualora esso risulti diverso da come è descritto nell'imputazione. (Fattispecie in cui il G.U.P., previa modifica, in assenza di richiesta del P.M., dell'imputazione contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio per tentata estorsione continuata ex artt. 81 cod. proc. pen., 56 e 629 cod. pen., aveva disposto il giudizio per l'ipotesi meno grave di esercizio arbitrario delle proprie ragioni in continuazione ex artt. 81 e 393 cod. pen.).*

Sez. 6, **Sentenza n. [53968](#)** del 26/10/2016 Cc. (dep. 20/12/2016 ) Rv. 268584 - 01

**Presidente: Ippolito F. Estensore: Bassi A. Relatore: Bassi A. Imputato: P.M. in proc. Bellomo e altri. P.M. Fodaroni MG. (Parz. Diff.)**

(Annulla in parte con rinvio, G.u.p. Trib. Firenze, 10/03/2016)

680 UDIENZA PRELIMINARE - 022 RICHIESTA DI RINVIO A GIUDIZIO - IN GENERE

UDIENZA PRELIMINARE - RICHIESTA DI RINVIO A GIUDIZIO - IN GENERE -  
Genericità o indeterminatezza del capo d'imputazione - Pronuncia di sentenza di non luogo a procedere - Possibilità - Esclusione - Restituzione degli atti al pubblico ministero - Condizioni.

*In caso di genericità o indeterminatezza del capo d'imputazione, il giudice dell'udienza preliminare non può pronunciare sentenza di non luogo a procedere, ma deve chiedere al pubblico ministero di precisare o integrare l'atto imputativo nonché, ove quest'ultimo non vi provveda, deve disporre la restituzione degli atti al P.M., in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 521, comma secondo, cod. proc. pen.*

Sez. 4, **Sentenza n. [41395](#)** del 15/09/2016 Cc. (dep. 03/10/2016 ) Rv. 268339 - 01

**Presidente: D'Isa C. Estensore: Cappello G. Relatore: Cappello G. Imputato: Mucilli e altro. P.M. Baldi F. (Conf.)**

(Dichiara inammissibile, G.u.p. Trib. Chieti, 22/10/2015)

666 NULLITA' - 002 ATTI ABNORMI

NULLITÀ - ATTI ABNORMI - Segnalazione di un errore non determinante nella formulazione della imputazione nel decreto che dispone il giudizio - Abnormità - Esclusione.

*Non è abnorme, perché non determina una stasi del processo ovvero una indebita regressione del procedimento, il decreto che dispone il giudizio in cui si segnali nella parte motiva un errore nella formulazione dell'imputazione, non tale da determinare una diversità del fatto oggetto di contestazione.*

Secondo la Cassazione l'atto non può considerarsi strutturalmente o funzionalmente abnorme e rimanendo, in ogni caso, intatta la possibilità per il P.M. di modificare l'imputazione, eventualmente accogliendo le segnalazioni espresse dal GUP nella parte motiva del decreto, tenuto conto che alcuna manipolazione dell'imputazione è stata operata, né peraltro dedotta.

Sez. 5, **Sentenza n. [42996](#)** del 14/09/2016 Cc. (dep. 12/10/2016 ) Rv. 268202 - 01

**Presidente: Lapalorcia G. Estensore: De Marzo G. Relatore: De Marzo G. Imputato: P.M., P.C. in proc. Ciancio Sanfilippo. P.M. Di Leo G. (Conf.)**

(Annulla con rinvio, G.i.p. Trib. Catania, 21/12/2015)

680 UDIENZA PRELIMINARE - 092 provvedimenti del giudice - IN GENERE

UDIENZA PRELIMINARE - UDIENZA - PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE - IN  
GENERE - Sentenza di non luogo a procedere per l'originaria imputazione contestata - Fatto diversamente qualificabile - Conseguenze.

*Va annullata con rinvio la sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal G.u.p. all'esito dell'udienza preliminare con riferimento all'imputazione elevata dal pubblico ministero, qualora i medesimi fatti siano diversamente qualificabili in altra ipotesi di reato per la quale sussistono i presupposti per il rinvio a giudizio, dal momento che il giudice, nell'assumere i provvedimenti conclusivi di cui all'art. 424 cod. proc. pen., può conferire al fatto contestato una diversa qualificazione giuridica.*

Ne discende che il proscioglimento deve essere, dal giudice dell'udienza preliminare, pronunciato solo se ed in quanto l'inidoneità delle prove a condurre ad una pronuncia di condanna sia ritenuta non superabile in dibattimento dall'acquisizione di nuove prove o da una diversa e possibile rivalutazione degli elementi di prova già acquisiti (Sez. 4, n. 43483 del 06/10/2009, Pontessilli, Rv. 245464). In definitiva, il quadro probatorio e valutativo delineatosi all'udienza preliminare deve essere ragionevolmente ritenuto immutabile (Sez. 6, n. 10849 del 12/01/2012, Petramala). Tali considerazioni, fondate sul tenore letterale dell'art. 425, comma 3, cod. proc. pen., valgono in relazione all'accertamento dei fatti e non, come è evidente, per le qualificazioni giuridiche e l'interpretazione delle norme, rispetto alle quali il giudice dell'udienza preliminare, ai sensi del comma 1 del medesimo art. 425 del codice di rito, dispone dello stesso ambito di potere giurisdizionale di ogni giudice penale (Sez. 3, n. 124 del 03/07/2013 - dep. 07/01/2014, Dispenza, Rv. 258014, in motivazione).

Sez. 6, **Sentenza n. 36676** del 07/05/2015 Cc. (dep. 10/09/2015 ) Rv. 264579 - 01

**Presidente: Conti G. Estensore: Fidelbo G. Relatore: Fidelbo G. Imputato: Pmt in proc. Serino e altro. P.M. D'Ambrosio V. (Conf.)**

(Annulla con rinvio, Gip Trib. Roma, 14/11/2014)

680 UDIENZA PRELIMINARE - 092 provvedimenti del giudice - IN GENERE

UDIENZA PRELIMINARE - UDIENZA - PROVVEDIMENTI DEL GIUDICE - IN GENERE - Sentenza di non luogo a procedere per l'originaria imputazione contestata - Fatto diversamente qualificabile - Conseguenze - Fattispecie.

*Va annullata con rinvio la sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal G.u.p. all'esito dell'udienza preliminare con riferimento all'imputazione elevata dal pubblico ministero, qualora i medesimi fatti siano diversamente qualificabili in altra ipotesi di reato per la quale sussistono i presupposti per il rinvio a giudizio, dal momento che il giudice, nell'assumere i provvedimenti conclusivi di cui all'art. 424 cod. proc. pen., può conferire al fatto contestato una diversa qualificazione giuridica. (Fattispecie in cui il G.u.p., esclusa la sussumibilità dei fatti nel reato di induzione indebita a dare o a promettere utilità di cui all'art. 319 quater cod. pen., aveva emesso la sentenza di non luogo a procedere benché l'ipotesi potesse essere qualificata come delitto di abuso di ufficio).*

### **La Riforma Cartabia e la modifica della imputazione nella udienza preliminare**

L'esigenza di una disposizione di legge che intervenga sulle criticità evidenziate, è anche in tal caso rinvenibile nella l.27 settembre 2021 n.134 di “*delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*” (cd. Riforma Cartabia) al punto 9 ( lett. N) ha così stabilito:

*n) prevedere che, in caso di violazione della disposizione dell'articolo 417, comma 1, lettera b), del codice di procedura penale, il giudice, sentite le parti, quando il pubblico ministero non provvede alla riformulazione dell'imputazione, dichiarare, anche d'ufficio, la nullità e restituisca gli atti; prevedere che, al fine di consentire che il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, nonché i relativi articoli di legge, siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, il giudice, sentite le parti, ove il pubblico ministero non provveda alle necessarie modifiche, restituisca, anche d'ufficio, gli atti al pubblico ministero;*

Le indicazioni appaiono chiaramente il frutto del dibattito sviluppatosi intorno ai rimedi endofasici suggeriti dalle sez. un. Battistella. Sarà interessante verificare anche in tal caso come le indicazioni contenute sullo specifico punto nella legge delega verranno tradotte in precetti normativi.

### **7) Il giudizio abbreviato**

In tema di giudizio abbreviato il tema delle vicende modificative dell'atto imputativo è strettamente legato alle ipotesi di incremento conoscitivo del giudice:

- a) a seguito della celebrazione del giudizio abbreviato condizionato di cui all'art.438 comma 5 c.p.p.;
- b) b)a seguito dell'esercizio di poteri istruttori ufficiosi esercitati dal Giudice ai sensi dell'art.441 comma5 c.p.p.

Dalla lettura delle norme dunque si ricava, in sede di giudizio abbreviato, uno spazio residuale per il PM per procedere ad eventuali interventi correttivi o additivi rispetto alla imputazione come originariamente formulata.

Quali siano poi le eventuali conseguenze di un'operazione di intervento sull'atto imputativo, si ricava dalla formulazione dell'art.441 bis c.p.p.

*Se nei casi disciplinati dagli articoli 438, comma 5, e 441, comma 5, il pubblico ministero procede alle contestazioni previste dall'articolo 423, comma 1, l'imputato può chiedere che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie.*

*1-bis. Se, a seguito delle contestazioni, si procede per delitti puniti con la pena dell'ergastolo, il giudice revoca, anche d'ufficio, l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato e fissa l'udienza preliminare o la sua eventuale prosecuzione. Si applica il comma 4.*

*2. La volontà dell'imputato è espressa nelle forme previste dall'articolo 438, comma 3.*

*3. Il giudice, su istanza dell'imputato o del difensore, assegna un termine non superiore a dieci giorni, per la formulazione della richiesta di cui ai commi 1 e 2 ovvero per l'integrazione della difesa, e sospende il giudizio per il tempo corrispondente.*

*4. Se l'imputato chiede che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie, il giudice revoca l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato e fissa l'udienza preliminare o la sua eventuale prosecuzione. Gli atti compiuti ai sensi degli articoli 438, comma 5, e 441, comma 5, hanno la stessa efficacia degli atti compiuti ai sensi dell'articolo 422. La richiesta di giudizio abbreviato non può essere riproposta. Si applicano le disposizioni dell'articolo 303, comma 2<sup>(4)</sup>.*

*5. Se il procedimento prosegue nelle forme del giudizio abbreviato, l'imputato può chiedere l'ammissione di nuove prove, in relazione alle contestazioni ai sensi dell'articolo 423, anche oltre i limiti previsti dall'articolo 438, comma 5, ed il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria.*

Le disposizioni di legge richiamate hanno nella loro applicazione concreta evidenziato possibili difficoltà interpretative a cui la giurisprudenza ha cercato di fornire una risposta univoca.

Può essere interessante prendere le mosse da una recente pronunzia delle Sezioni Unite<sup>34</sup>:

Sez. U - , **Sentenza n. 5788** del 18/04/2019 Ud. (dep. 13/02/2020)

Rv. 277706 **Presidente: CARCANO DOMENICO. Estensore: DE CRESCIENZO UGO. Relatore: DE CRESCIENZO UGO. Imputato: HALAN ANDRIY. P.M. FIMIANI PASQUALE.** (Parz. Diff.)

Annulla senza rinvio, CORTE ASSISE APPELLO PERUGIA, 18/10/2017

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 002 GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE - Integrazione probatoria ex artt. 438, comma 5, e 441, comma 5, cod.proc.pen. - Modifica dell'imputazione - Ammissibilità - Limiti.

*Nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell'art. 438, comma 5, cod. proc. pen. o nel quale l'integrazione probatoria sia stata disposta a norma dell'art. 441, comma 5, dello stesso codice è possibile la modifica dell'imputazione solo per i fatti emergenti dai predetti esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall'art. 423 cod. proc. pen.*

<sup>34</sup> In *Sistemapenale.it*, 19.5.2020 con nota di V.GRAMUGLIA, *L'oggetto probatorio delle contestazioni suppletive nel giudizio abbreviato a prova integrata.*

Le Sezioni Unite ripercorrono i termini del contrasto, partendo dall'orientamento favorevole all'ammissibilità delle contestazioni suppletive relative a circostanze note anche successivamente all'instaurazione del giudizio abbreviato condizionato.

La sentenza ric. Squillante del 2017 affermava *“che in sede di giudizio abbreviato condizionato la contestazione suppletiva per circostanze già desumibili dagli atti sarebbe comunque legittima, perché la regola contenuta nell'art. 423 cod. proc. pen. (...omissis) pur se riferita solo all'udienza preliminare, deve ritenersi estesa, valendo gli stessi criteri, anche nelle ipotesi di giudizio abbreviato condizionato, non ricorrendo nella specie alcuna lesione del diritto di difesa”*.

L'orientamento contrario poneva una serie di obiezioni.

In primo luogo, quanto ritenuto possibile nell'abbreviato condizionato, certamente non lo è nell'abbreviato “secco”. In secondo luogo, la soluzione cui accede l'orientamento segnalato per primo si porrebbe “in contrasto con quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza 140/2010”. Se i fatti erano conosciuti o conoscibili ex actis, il negozio processuale abdicativo non sarebbe rinunciabile in seguito a “nuove” contestazioni: queste ultime, infatti, sarebbero solo una nuova formulazione giuridica di accuse già svolte.

Infine, “le deroghe alla disciplina generale introdotte dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (artt. 438 comma 5 e art. 441 comma 5 cod. proc. pen.), devono essere interpretate e considerate come eccezione al regime ordinario dettato dall'art. 441 comma 1 cod. proc. pen. con la conseguenza che dette eccezioni non sono estensibili oltre il sistema specifico di riferimento.”

Conclusione necessitata, a partire dalle indicate premesse, è che le contestazioni suppletive, in sede di rito abbreviato condizionato, possono essere formulate solo in seguito all'emergere di fatti nuovi in seguito all'istruttoria. Un tanto sarebbe giustificato dall'ampliamento della base cognitiva determinata dalle nuove prove e si resterebbe nell'ambito delle c.d. contestazioni suppletive fisiologiche.

Le S.U., preso atto del quesito posto, argomentano la propria decisione a partire dal disposto dell'art. 441 Cod. proc. pen.

La norma ultima citata prevede l'applicazione della disciplina dell'udienza preliminare al rito abbreviato, fatta eccezione per gli artt. 422 e 423 Cod. proc. pen., con conseguente preclusione, per il Pubblico ministero, di modifica dell'imputazione originaria dal momento in cui l'imputato ha optato per il rito abbreviato. Tale preclusione opera anche per le imputazioni c.d. patologiche, ossia quelle contraddistinte da errori o omissioni desumibili ex actis e di cui sono chiari esempi l'omessa contestazione di reati connessi o di circostanze aggravanti.

Il fatto che il disposto dell'art. 441, comma 1, Cod. proc. pen. non abbia subito modifiche da parte della l. 479/1999 determina la correttezza del filone giurisprudenziale che individua una nullità di ordine generale a regime intermedio ex art. 178, comma 1, lett. c), nella modificazione dell'imputazione in violazione dell'art. 441 Cod. proc. pen. stesso. «anche in assenza di integrazioni probatorie disposte dal giudice e sulla base di fatti e circostanze già in atti e noti all'imputato».

La Corte costituzionale, nel dichiarare infondata la questione, aveva aggiunto che non “si comprende sotto quale profilo i principi e i connotati del «giusto processo» (art. 111 Cost.) – tantomeno quello della «lealtà processuale delle parti», che il giudice a quo assume insito negli enunciati costituzionali – possano ritenersi vulnerati dalla preclusione in esame, la quale risulta anzi coerente con essi, impedendo ad una delle parti di mutare e imporre unilateralmente il tema del giudizio abbreviato” (Corte cost., sent. 140/1999).”

Le Sezioni Unite proseguono quindi con il vaglio del regime del rito abbreviato in seguito alle possibilità di integrazione probatoria introdotte dalla l. 479/1999, affermando che la soluzione al quesito posto deve essere ricercata attraverso una lettura sistematica delle disposizioni dettate in subjecta materia ed alla luce delle coordinate ermeneutiche fornite dalla Corte costituzionale.

Affermano, pertanto, che la questione oggetto di vaglio non può essere risolta sulla base del solo art. 423 Cod. proc. pen., in quanto la locuzione “nel corso di giudizio” risulta “vaga e non idonea a far univocamente ritenere se le contestazioni suppletive debbano riguardare unicamente fatti nuovi o possano ritenersi estensibili anche a fatti già noti, in atti e non regolarmente contestati”. Il risultato

dialettico è che la “vaghezza” così evidenziata si connota fino ad ottenere contorni precisi solo se si prende in considerazione tutto il contesto normativo del rito abbreviato, in cui l’abbreviato “condizionato” resta un rito allo stato degli atti, premiale e determinato da una scelta dell’imputato, differenziato dall’abbreviato “secco” per il solo accrescimento della base gnoseologica dell’apparato probatorio.

Il binomio inscindibile tra procedimento allo stato degli atti e scelta dell’imputato determina, a contrario, il regime dell’imputazione. La scelta processuale di essere giudicati allo stato degli atti - anche con limitato ampliamento del thema probandum - è effettuata in relazione all’accusa mossa dal Pubblico ministero tramite l’imputazione; quest’ultima, quindi, non potrà essere modificata ad libitum.

In conclusione, la sola risposta razionale al quesito posto alle Sezioni Unite è quella che vede un regime di preclusioni unico per rito abbreviato “secco” e condizionato, senza sfumature e “giochi” su apparenti ambiguità normative, peraltro tali solo se ci si riferisce al dato meramente letterale, escludendo quello sistematico.

Le Sezioni Unite, nel dare una lettura sistematica e costituzionalmente orientata della disciplina delle contestazioni suppletive nel rito abbreviato condizionato, specificano in maniera precisa come debba essere trattato l’istituto e quali formulazioni accusatorie suppletive risultino corrette e quali, al contrario, siano affette da nullità ex art. 178, comma 1, lett. c) Cod. proc. pen.

Le contestazioni suppletive del Pubblico ministero, a regime, possono riguardare solo *“fatti nuovi o nuove circostanze emerse a seguito della modificazione della base cognitiva conseguenti all’attivazione dei meccanismi di attivazione probatoria”*. Non solo, dopo l’ammissione del rito, il Pubblico ministero potrà comunque provvedere a *“mere rettifiche di imprecisioni contenute nell’atto di accusa e che non incidano sugli elementi essenziali dell’addebito in considerazione dei quali l’imputato ha compiuto le sue scelte difensive. Va infine affermato che è legittima la formulazione di una contestazione suppletiva da parte del pubblico ministero anche successivamente alla richiesta dell’imputato di ammissione al rito speciale, quando questa non sia stata ancora disposta dal giudice con ordinanza; infatti, prima della formale instaurazione del rito speciale deve ritenersi che è ancora in corso l’udienza preliminare e l’imputato può pur sempre revocare la scelta processuale precedentemente compiuta”*.

Il principio di diritto, quindi, è il seguente: *“nel corso del giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria a norma dell’art. 438, comma 5, cod. proc. pen. o nel quale l’integrazione sia stata disposta a norma dell’art. 441, comma 5, dello stesso codice è possibile la modifica dell’imputazione solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori ed entro i limiti previsti dall’art. 423 cod. proc. pen.”*.

### **7.1. Il potere di riqualificazione in sede di giudizio abbreviato e la giurisprudenza convenzionale**

Il tema del rapporto delle garanzie convenzionali e i riti alternativi ed in particolare del diritto alla corretta informazione dell’accusa da parte dell’imputato è sicuramente rilevante ed è stato oggetto anche di recenti pronunzie di legittimità avuto riguardo alla ipotesi di mutamento della qualificazione giuridica *in peius* ad opera del giudice dell’abbreviato in ipotesi di abbreviato incondizionato.

Si riporta la massima della sentenza:

*Sez. 2 - , **Sentenza n. 38821** del 25/06/2019 Ud. (dep. 20/09/2019 ) Rv. 277047 - 01*

*Presidente: DE CRESCIENZO UGO. Estensore: DE SANTIS ANNA MARIA. Relatore: DE SANTIS ANNA MARIA. Imputato: UTILE CESARE GIUSEPPE. P.M. DALL'OLIO MARCO. (Diff.)*

*Annulla senza rinvio, CORTE APPELLO NAPOLI, 16/05/2017*

677 SENTENZA - 015 CORRELAZIONE TRA ACCUSA E SENTENZA - IN GENERE

SENTENZA - CORRELAZIONE TRA ACCUSA E SENTENZA - IN GENERE -

Giudizio abbreviato incondizionato - Riqualficazione in termini di reato consumato della contestazione di reato tentato - Violazione del principio di correlazione tra imputazione e sentenza – Configurabilità - Condizioni.

*Viola il principio del giusto processo, sotto il profilo del diritto alla difesa e al contraddittorio, ex artt. 111 Cost. e 6 CEDU, la riqualficazione, all'esito del giudizio abbreviato incondizionato, dell'originaria imputazione di reato tentato in consumato se essa non sia stata, in concreto, prevedibile per l'imputato. (In motivazione, la Corte ha altresì osservato che il vizio in questione non è emendabile attraverso la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello).*

Interessanti sono le indicazioni che la Corte fornisce nella motivazione.

In primo luogo la Corte affronta il rapporto tra i principi fissati dall'art.111 Cost e art. 6 CEDU rispetto alla scelta di giudizio abbreviato incondizionato.

Secondo la Corte *“Il tema della riqualficazione giuridica del fatto all'esito del giudizio di primo grado non può prescindere dalla valutazione di compatibilità di siffatta operazione con i principi direttivi fissati dall'art. 111 della Costituzione e dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di diritto al contraddittorio e salvaguardia dei diritti della difesa nonché dal loro particolare atteggiarsi in ipotesi di accesso dell'imputato al giudizio abbreviato incondizionato. La Corte di legittimità, a seguito alla pronuncia della Corte Edu nel caso Drassich v. Italia, ha dato corso ad una radicale rimediazione degli indirizzi ermeneutici in materia al fine di individuare regole processuali capaci di conformare gli istituti di diritto interno agli orientamenti interpretativi degli organismi convenzionali. Come condivisibilmente evidenziato da Sez. 2, n. 47413 del 17/10/2014, Grasso, Rv. 260960, la giurisprudenza in detto contesto è approdata ad "una visione complessa del diritto individuale di difesa potenzialmente lesa dalla riqualficazione in base alla quale l'entità della lesione deve essere verificata in concreto, attraverso l'analisi di una serie di indicatori individuati nella prevedibilità della riqualficazione, nella effettiva possibilità di reazione al nuovo inquadramento e nelle eventuali conseguenze sfavorevoli da esso scaturenti in materia di trattamento sanzionatorio e di computo dei termini di prescrizione”.*

In siffatta prospettiva si apprezzano casi in cui il diritto all'impugnazione è stato reputato idoneo a soddisfare le esigenze del contraddittorio ( in tal senso, ex multis, Sez. 2; n. 46786 del 24/10/2014, Rv. 261052; n. 37413 del 15/05/2013, Drassich, Rv. 256652; Sez. 6, n. 22301 del 24/05/2012, Saviolo, Rv. 254055; Sez. 6, n. 10093 del 14/02/2012, Vinci, Rv. 251961; Sez. 2, n. 32840 del 09/05/2012, Damjanovic e altri, Rv. 253267; Sez. 5, n. 7984 del 24/09/2012, iovanovic, Rv. 254649) ed altri in cui la riqualficazione è stata stimata suscettibile di compromettere più radicalmente il diritto di difesa, incidendo sulle strategie difensive dell'imputato.

Invero, l'art. 111, comma 3, Cost. che costituisce trasposizione dell'art. 6, comma 3, lett. a), della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sancisce il diritto della persona accusata di un reato a essere informata della natura e dei motivi dell' accusa, obbligo che involge anche la enunciazione della qualificazione giuridica dei fatti addebitati che necessariamente concorre a definirne la natura, assicurando il pieno spiegamento dell'esercizio del diritto di difesa nel "giusto processo" attraverso il quale si attua la giurisdizione. Alla luce dei richiamati principi di sistema deve, dunque, escludersi la possibilità di una nuova e diversa qualificazione della condotta a sorpresa, in assenza della preventiva sollecitazione da parte del giudice del contraddittorio tra le parti sulla specifica questione, in linea con la sentenza della Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, nonché con le seguenti pronunzie della Sezione Sesta n. 45807/2008, Drassich, Rv. 241754, e n. 36323/2009, Drassich, Rv. 244974.

La Corte evidenzia poi che “*i profili processuali della riqualificazione assumono peculiare pregnanza se la stessa avviene all'esito di giudizio abbreviato*”.

Richiamando una precedente decisione<sup>35</sup>, ricorda che la nuova definizione giuridica del fatto, quando non può ritenersi "prevedibile" e comporti conseguenze negative per l'imputato, perché, ad esempio, ne consegue l'applicazione di una pena più grave determina, per la specifica conformazione strutturale del rito speciale, una "evidentissima compressione del diritto di difesa".

E' proprio la natura del rito abbreviato a prova contratta, che preclude all'imputato non solo la possibilità di dedurre nuove prove a discarico nel giudizio di appello ma, in caso di reiezione da parte del giudice del gravame della richiesta di provvedervi d'ufficio, la stessa possibilità di censurare la decisione in sede di legittimità.

Il giudizio allo stato degli atti nella forma, per così dire, "pura" e le conseguenti limitazioni alla facoltà d'impugnazione rendono, dunque, evidente come l'eventuale lesione delle prerogative difensive a seguito di riqualificazione *ex officio* in primo grado dell'originario addebito non possa trovare agevole correttivo e neutralizzazione in fase d'impugnazione, restando di fatto sottratto al potere della parte il diritto ad un contraddittorio sanante nella successiva fase di merito.

Il potere del giudice di dare in sentenza al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, previsto dall'art. 521, comma 1, cod.proc.pen., è esercitabile anche con la sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato, non rilevando che in tale rito non sia applicabile, per l'esclusione fattane dall'art. 441 cod.proc.pen., l'art. 423 stesso codice, in quanto tale ultima norma prevede soltanto la facoltà del pubblico ministero di modificare l'imputazione procedendo alla relativa contestazione.

Tale potere va ricordato ai contenuti dell'art. 6, comma 3, lett. a) e b), della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, la quale esige che l'imputato, una volta informato dell'accusa, sia messo in condizione di poter discutere su ogni profilo che investe i fatti contestatigli e la qualificazione giuridica ad essi attribuita, trattandosi di una condizione fondamentale dell'equità del processo. Il giudice di merito, cui è riconosciuto dal diritto interno il potere di riqualificare i fatti per i quali l'imputato è chiamato a giudizio deve, pertanto, curare che il medesimo abbia avuto la possibilità di esercitare i diritti di difesa su questo specifico punto in maniera concreta ed effettiva, verificando -secondo le coordinate delle sentenze rese nel caso Drassich :

- a) *se in concreto fosse sufficientemente prevedibile per il ricorrente che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti fosse riqualificata;*
- b) *la fondatezza dei mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto invocare se avesse avuto la possibilità di discutere della nuova accusa formulata nei suoi confronti;*
- c) *quali siano state le ripercussioni della nuova accusa sulla determinazione della pena del ricorrente.*

Nel caso sottoposto alla Corte non era prevedibile per il ricorrente che, all'esito del processo, l'accusa di tentata estorsione aggravata, inizialmente formulata nei suoi confronti, potesse essere riqualificata in quella di estorsione consumata. Quanto ai mezzi di difesa non è sufficiente richiamare la disposta rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale dinanzi al giudice d'appello, mentre palese è il divario del carico sanzionatorio conseguente alle diverse fattispecie, al di là della concreta declinazione del trattamento.

Appare dunque evidente che la scelta del rito abbreviato a prova contratta al di là delle indicazioni fornite dall'art.441bis c.p.p. nella ipotesi di modifica della contestazione, responsabilizza il giudice in termini di riqualificazione giuridica del fatto richiamando la giurisprudenza convenzionale e

---

<sup>35</sup> Sez. 2, 12 dicembre 2012, n. 1625, Mereu, Rv. 254452, con specifico riferimento al giudizio abbreviato cd. incondizionato

l'applicazione dei principi dalla stessa affermati anche nei riti alternativi quali il giudizio abbreviato.

## **7.2 Rassegna di giurisprudenza di legittimità**

E' sempre la giurisprudenza di legittimità a fornire spunti di riflessione sulle possibili situazioni anomale che possono verificarsi nel corso del giudizio in esame sotto il profilo del controllo della imputazione

Sez. 2 - , **Sentenza n. 44574** del 17/07/2019 Ud. (dep. 31/10/2019) Rv. 277761 - 01

**Presidente: CERVADORO MIRELLA. Estensore: DI PAOLA SERGIO. Relatore: DI PAOLA SERGIO. Imputato: RECI REDON. P.M. COCOMELLO ASSUNTA. (Diff.)**

Dichiara inammissibile, CORTE APPELLO FIRENZE, 26/03/2018

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 002 GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE - Giudizio abbreviato non subordinato ad integrazione probatoria - Riqualficazione del fatto da parte del pubblico ministero - Legittimità.

*La riqualficazione del fatto in imputazione, a differenza degli interventi di modifica, non è preclusa al pubblico ministero nel corso del giudizio abbreviato non subordinato ad integrazione probatoria.*

Sez. 6, **Sentenza n. 5200** del 15/11/2017 Ud. (dep. 02/02/2018 ) Rv. 272214 - 01

**Presidente: Conti G. Estensore: Calvanese E. Relatore: Calvanese E. Imputato: Ribaj. P.M. Molino P. (Conf.)**

(Dichiara inammissibile, App. Genova, 21/04/2016)

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 002 GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE - Modifica dell'imputazione - Nuove contestazioni relative a fatti o circostanze già agli atti del procedimento - Applicabilità della rinuncia al rito prevista dall'art. 441-bis cod. proc. pen. - Esclusione - Fattispecie.

*L'art. 441-bis cod.proc.pen., prevedendo che in sede di giudizio abbreviato l'imputato, a fronte delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen., possa chiedere che il processo prosegua con il rito ordinario, non si applica se le nuove contestazioni non derivino da nuove emergenze, ma riguardano fatti o circostanze già in atti, e quindi noti all'imputato quando ebbe ad avanzare la richiesta di rito abbreviato. (Fattispecie relativa all'integrazione dell'imputazione relativa al reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990 attraverso l'indicazione del quantitativo di sostanza stupefacente).*

Sez. 5 - , **Sentenza n. 24446** del 15/02/2019 Ud. (dep. 31/05/2019) Rv. 276635 - 01

**Presidente: PEZZULLO ROSA. Estensore: BELMONTE MARIA TERESA. Relatore: BELMONTE MARIA TERESA. Imputato: DOSSENA MARIO. P.M. LORI PERLA. (Diff.)**

Rigetta, CORTE APPELLO MILANO, 24/01/2018

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 002 GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE - Bancarotta documentale - Rettifica nell'imputazione dell'annualità di riferimento di un bilancio sociale operata dal pubblico ministero dopo l'ammissione del rito - Legittimità - Condizioni - Fattispecie.

*In tema di giudizio abbreviato "secco" e non caratterizzato da integrazioni istruttorie ex art. 441, comma 5, cod. proc. pen., la rettifica dell'annualità di un bilancio di esercizio riportata in un'imputazione per bancarotta documentale, laddove operata dal pubblico ministero dopo l'ammissione del rito, non comporta violazione del divieto di modifica dell'imputazione sancito*

dall'art. 441, comma 1, cod. proc. pen., quando non incide sull'individuazione degli elementi essenziali dell'addebito, in considerazione dei quali l'imputato ha compiuto le sue scelte difensive. (In applicazione del principio, la Corte ha escluso la violazione prendendo in considerazione il complesso di elementi descrittivi che, nonostante l'errore della contestazione originaria, consentivano l'esatta individuazione del fatto e della memoria depositata nel corso del giudizio, nella quale lo stesso difensore aveva segnalato l'imprecisione e aveva spiegato tuttavia un'articolata linea difensiva sul merito dell'accusa).

. 5 - , **Sentenza n. 48879** del 17/09/2018 Ud. (dep. 25/10/2018 ) Rv. 274159 - 01

Presidente: **SABEONE**

**GERARDO**. Estensore: **TUDINO**

**ALESSANDRINA**. Relatore: **TUDINO**

**ALESSANDRINA**. Imputato: **L. P.M. PICARDI**

**ANTONIETTA**. (Conf.)

Dichiara inammissibile, CORTE APPELLO MESSINA, 16/11/2016

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 002 GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - GIUDIZIO ABBREVIATO - IN GENERE - -

Modifica dell'imputazione - Correzione di errore materiale relativo alla data del commesso reato - Applicabilità della rinuncia al rito prevista dall'art. 441-bis cod. proc. pen. - Esclusione - Fattispecie.

*L'art. 441-bis cod.proc.pen., prevedendo che in sede di giudizio abbreviato l'imputato, a fronte delle contestazioni previste dall'art. 423, comma 1, cod. proc. pen., possa chiedere che il processo prosegua con il rito ordinario, non si applica se le nuove contestazioni non derivino da nuove emergenze, ma riguardano fatti o circostanze già in atti, e quindi noti all'imputato quando ebbe ad avanzare la richiesta di rito abbreviato. (Fattispecie relativa alla correzione di mero errore materiale in ordine alla data del commesso reato).*

## **8) L'applicazione di pena su richiesta delle parti e il controllo del giudice sulla imputazione**

In tema di applicazione su richiesta delle parti, il diritto all'informazione sull'accusa ex art.111 comma 3 Cost esige che prima dell'inizio delle "trattative" l'indagato sia messo al corrente dei titoli giuridici che potrebbero essergli addebitati: tale requisito è indispensabile perché lo stesso possa effettuare in modo consapevole la scelta del rito.

D'altra parte la prima qualificazione contestata non è in alcun modo vincolante. Le parti possono anche accordarsi su una qualificazione diversa procedendo alla derubricazione del fatto<sup>36</sup>: il pubblico ministero dovrà verificare se gli atti consentono di mutare la qualificazione giuridica e qualora la risposta fosse negativa, rifiutarsi di prestare il consenso.

Successivamente interviene il controllo del giudice il quale "se non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento ex art.129 c.p.p.", accerta la corretta qualificazione giuridica sulla base delle risultanze degli atti e non sul modo in cui le parti le hanno valutate. Il giudice verifica se il fatto è stato inquadrato nel corretto titolo penale: posto che la definizione giuridica proposta ha solo la natura di ipotesi concordata, il giudice deve operare il suo controllo e qualora il suo controllo abbia esito negativo, la richiesta sarà respinta e il processo seguirà il rito ordinario.

E' evidente la differenza rispetto al rito ordinario. Nel rito ordinario il giudice ha il compito di individuare tra tutte le qualificazioni giuridiche quella corretta mentre nel patteggiamento ha un potere più ristretto dal momento che la qualificazione operata con l'accordo non potrà dal giudice essere sostituita da una qualificazione più corretta, non potendosi il giudice ingerire nell'autonomia contrattuale delle parti. Una non condivisa qualificazione giuridica avrà come unico esito processuale per il giudice quello della mancata omologazione dell'accordo.

---

<sup>36</sup> Sul tema M. DANIELE, *La qualificazione giuridica del fatto nel patteggiamento*, in *Indice penale*, Maggio-Agosto 2001,p.816 e ss.

In relazione ai possibili problemi applicativi e ai casi che si possono porre all'attenzione del giudice avuto riguardo allo specifico tema va innanzitutto ricordato che:

- nell'ipotesi in cui la richiesta di applicazione di pena concordata sia avanzata nel corso delle indagini preliminari ex art.447 c.p.p. è necessario che il consenso prestato dal PM sia accompagnato dalla formulazione della "imputazione" che, in considerazione della fase, potrebbe non essere stata redatta nemmeno nella forma embrionale dell'addebito provvisorio. Molto spesso la richiesta del difensore e procuratore speciale viene presentata a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini e in tal caso la imputazione in relazione alla quale il Pm presta il consenso è rappresentata dal fatto come enunciato in sede di avviso ex art.415 bis c.p.p.

- è ben possibile che le parti in sede di udienza camerale procedano ad una diversa qualificazione giuridica, nel senso di una derubricazione o di una esclusione di una circostanza aggravante contestata. Come chiarito nella sentenza recente di seguito riportata, il giudice ha l'obbligo di verificare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto, dando conto, seppure nella maniera succinta tipica del rito, del percorso motivazionale seguito, soprattutto nel caso in cui, in sede di accordo delle parti, sia stata data al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella formante oggetto dell'imputazione in origine contestata. In tal senso la sentenza che segue (Fattispecie in cui la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di applicazione della pena priva di qualsiasi motivazione in ordine alla derubricazione del reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, originariamente contestato, nell'ipotesi di lieve entità prevista dal comma 5 della medesima norma).

Sez. 3, **Sentenza n. 4453** del 14/01/2021 Cc. (dep. 04/02/2021) Rv. 280373 - 01

**Presidente: MARINI LUIGI. Estensore: CORBETTA STEFANO. Relatore: CORBETTA STEFANO. Imputato: PMT C/ EL KHOLTI MOHAMMED. P.M. ZACCO FRANCA. (Conf.)**

Annulla senza rinvio, TRIBUNALE LECCO, 29/05/2020

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 074 sentenza - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - PATTEGGIAMENTO - SENTENZA - IN GENERE -  
Modificazione dell'imputazione contestata in sede di accordo delle parti – Obbligo del giudice di motivare sul punto – Sussistenza – Fattispecie.

*In tema di c.d. patteggiamento, il giudice ha l'obbligo di verificare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto, dando conto, seppure nella maniera succinta tipica del rito, del percorso motivazionale seguito, soprattutto nel caso in cui, in sede di accordo delle parti, sia stata data al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella formante oggetto dell'imputazione in origine contestata.*

Le caratteristiche dell'accordo e i limitati poteri espressamente disciplinati dalla legge del giudice impediscono al giudice di intervenire una volta intervenuto l'accordo sulla contestazione.

Sez. 3, **Sentenza n. 2863** del 30/10/2018 Cc. (dep. 22/01/2019 ) Rv. 274823 - 01

**Presidente: SARNO**

**GASTONE. Relatore: ANDREAZZA**

**GIULIO. Estensore: ANDREAZZA**

**GASTONE. Imputato: BURZACCHI**

**MASSIMO. P.M. CASELLA GIUSEPPINA. (Conf.)**

Annulla senza rinvio, TRIBUNALE MODENA, 06/10/2014

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 074 sentenza - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - PATTEGGIAMENTO - SENTENZA - IN GENERE - Ambito temporale della condotta oggetto di accordo tra le parti - Modifica da parte del giudice del patteggiamento - Possibilità – Esclusione.

*Nel procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudice, ratificando il contenuto dell'accordo intervenuto tra l'imputato ed il pubblico ministero, non può alterare unilateralmente i dati della richiesta e modificare lo spettro temporale della condotta oggetto della pattuizione. (In applicazione del principio, la Corte, in fattispecie di accordo formatosi su un periodo temporale più ristretto di quello contestato sull'implicito presupposto di intervenuta modifica dell'imputazione ad opera del pubblico ministero, ha precisato essere dovere del giudice o*

*quello di applicare la pena con riguardo al periodo temporale come modificato, ovvero, nel caso di difformità del fatto prospettato dalle parti con quanto risultante dagli atti, quello di rigettare la richiesta di applicazione della pena).*

Ove si consideri che la specifica individuazione nel tempo deve ritenersi parte integrante del fatto, e che al giudice non è consentito modificare unilateralmente i termini dell' accordo intervenuto tra le parti poiché in tal modo verrebbe meno la base consensuale su cui si fonda il rito semplificato, avrebbe dovuto il giudice o, ove d'accordo con la modifica del fatto operata dal P.M. come inevitabilmente discendente dall'accordo intervenuto sul punto con l'imputato, applicare la pena con riguardo al fatto compreso nel periodo temporale come appunto modificato, ovvero, ove dissenziente, perché non collimante il fatto prospettato dalle parti con quanto risultante dagli atti, rigettare la richiesta di applicazione.

E del resto, poiché il rito speciale in oggetto comporta un accordo sulla pena, ma non anche sul fatto-reato, il giudice ha l'obbligo di procedere ex officio ad una verifica non meramente formale (limitata cioè alla esattezza della qualificazione giuridica del fatto e dunque alla correttezza estrinseca della imputazione), ma anche sostanziale e specifica, vale a dire estesa alla fattispecie concreta quale emergente dagli atti, sì che tanto più una tale verifica si impone, dovendosene dare atto in sentenza, in quanto, come nella specie, il fatto venga prospettato dalle parti in termini diversi.

### **9) Il Decreto penale di condanna**

Tra i riti alternativi al dibattimento qualche spunto di riflessione sul tema va operato anche con riferimento al procedimento per decreto.

Un preliminare controllo che il giudice esercita sulla imputazione in sede di esercizio dell'azione penale attraverso la richiesta di decreto penale di condanna si realizza in base all'art. 459 c.p.p. allorché il codice facoltizza il giudice nell'ipotesi, in cui non debba accogliere la richiesta o pronunciare la sentenza di proscioglimento ex art.129 c.p.p., a restituire gli atti al PM.

*3. Il giudice, quando non accoglie la richiesta, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129<sup>(5)</sup>, restituisce gli atti al pubblico ministero.*

Tra le motivazioni vi può essere senza dubbio la mancata condivisione della descrizione del fatto o della sua qualificazione giuridica e l'invito da parte del Giudice a modificare la qualificazione giuridica o la rappresentazione di un fatto diverso.

In tal caso è proprio il dettato normativo che offre al Giudice siffatto tipo di controllo.

Con riferimento alla ipotesi in cui invece il decreto sia già stato emesso è il caso di richiamare la seguente sentenza:

Sez. 3, **Sentenza n. 19689** del 21/03/2018 Ud. (dep. 07/05/2018 ) Rv. 273058 - 01

**Presidente: Di Nicola V. Estensore: Di Stasi A. Relatore: Di Stasi**

**A. Imputato: Vecchiarello. P.M. Pratola G. (Diff.)**

(Annulla senza rinvio, Trib. Campobasso, 17/03/2017)

671 PROCEDIMENTI SPECIALI - 080 PROCEDIMENTO PER DECRETO - IN GENERE

PROCEDIMENTI SPECIALI - PROCEDIMENTO PER DECRETO - IN GENERE -  
Emissione del decreto penale di condanna - Opposizione - Possibilità del Gip di modificare il capo di imputazione - Esclusione - Fattispecie.

*Il giudice per le indagini preliminari, una volta emesso il decreto penale di condanna, si spoglia dei poteri decisori sul merito dell'azione penale e non può, quindi, a seguito di opposizione, operare alcuna modifica del capo di imputazione, anche se quello contenuto nel decreto, per mero*

*errore, riporti una contestazione del tutto diversa, anche in fatto, da quella contenuta nella richiesta del P.M. (Fattispecie nella quale il Gip, una volta emesso decreto penale per il reato di detenzione per la vendita di prodotti ittici in cattivo stato di conservazione, rilevata l'erronea attribuzione all'imputata di un fatto diverso da quello della richiesta del P.M., emetteva decreto di giudizio immediato per il reato di detenzione di prodotti caseari in cattivo stato di conservazione).*

Le Sezioni unite hanno affermato che il Giudice per le indagini preliminari, dopo l'opposizione al decreto penale, è vincolato in tale fase all'adozione degli atti di impulso previsti dall'art. 464 cod. proc. pen., e non può pronunciarsi nuovamente sullo stesso fatto-reato dopo l'emissione del decreto né revocare quest'ultimo fuori dei casi tassativamente previsti; una volta che il giudice abbia emesso il decreto di condanna, in accoglimento della richiesta del p.m., le successive fasi sono rigidamente scandite dalla procedura dettata dal codice in relazione alle scelte fatte dal condannato: in caso di opposizione, a seconda delle opzioni formulate dall'opponente, il giudice emette decreto di giudizio immediato ovvero provvede agli adempimenti connessi alla richiesta di giudizio abbreviato o di applicazione di pena ex art. 444 cod. proc. pen. o di oblazione; in caso di inerzia, o di opposizione inammissibile, il giudice ordina l'esecuzione del decreto di condanna (art. 461 comma 5 cod. proc. pen.).

Di conseguenza, dopo che il decreto di condanna sia stato emesso, il giudice per le indagini preliminari è spogliato di poteri decisori sul merito dell'azione penale, incombando sullo stesso, ove sia proposta opposizione, esclusivamente poteri-doveri di propulsione processuale, obbligati nell' an e nel quomodo, con la sola eccezione rappresentata dalla decisione sulla eventuale domanda di oblazione. (Sez. U, n. 21243 del 25/03/2010, P.G. in proc. Zedda, Rv. 2 246910).

Se è vero, infatti che, quando è stata proposta opposizione, il decreto deve essere revocato, tuttavia esso funge sostanzialmente da atto di introduzione del giudizio conseguente all'opposizione e l'imputazione non può che essere quella risultante dal decreto penale: in caso contrario, come nella specie, si verifica un'invalidità della citazione a giudizio per omessa enunciazione del fatto in forma chiara e precisa (artt. 456, comma 1, 429 comma 1 lett. c) e comma 2, cod.proc.pen.); si tratta di nullità relativa che, a norma dell'articolo 181 cod. proc. pen., deve essere dedotta, come pure avvenuto nella specie, nel termine di cui all'articolo 491, comma 1, ossia subito dopo il compimento delle formalità relative alla costituzione delle parti Sez.1, n.42467 del 24/09/2012, dep.31/10/2012, Rv.253700). Risulta, peraltro, evidente, prima ancora, la nullità del decreto penale in quanto emesso, in violazione dell'art. 178, comma 1, lett. b) cod. proc. pen.,- nullità assoluta e rilevabile di ufficio in ogni stato e grado del procedimento- in assenza dell'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale, che era stata esercitata per un fatto del tutto diverso (Sez.1, n.42467 del 24/09/2012, dep.31/10/2012, Rv.253700, cit.), nullità che si trasmette a tutti gli atti conseguenti in base al disposto dell'art. 185 c.p.p.

Napoli, 24 ottobre 2021

Egle Pilla