



1/2018

## ANCORA IN TEMA DI RIQUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO: UN'INTERESSANTE ORDINANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Nota a [Trib. Brindisi, ord. 20 ottobre 2017,](#)  
[proc. n. 1607/15 R.G.N.R., Giud. Biondi, Imp. Moro](#)

di Giuseppe Centamore

**Abstract.** *Un altro interessante rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea: se la direttiva 2012/13/UE e l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni processuali di uno Stato membro per le quali, di fronte alla modifica dell'imputazione, le garanzie difensive vengano assicurate in termini sensibilmente diversi a seconda che si versi nel mutamento del fatto ovvero in quello della qualificazione giuridica. Le questioni sul tappeto sono tante, fra cui il problematico rapporto fra giudice e pubblico ministero in ipotesi di emenda dell'accusa e la sostenibilità sul piano della ragionevolezza del sistema del "doppio binario" voluto dal legislatore italiano.*

SOMMARIO: 1. Premessa. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale. – 2. La direttiva 2012/13/UE e il diritto all'informazione. Problemi di coordinamento fra sistema interno e diritto europeo. – 3. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 4. Criticità del sistema interno. La problematica *impasse* fra giudice e pubblico ministero. – 5. Il sistema interno di "doppio binario". Una razionalità ancora sostenibile? – 6. Le possibili ricadute di una risposta positiva al quesito pregiudiziale.

### **1. Premessa. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale.**

Il Tribunale di Brindisi ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE la seguente questione pregiudiziale: «*Se l'art. 2, § 1, l'art. 3, § 1 lettera c), l'art. 6, §§ 1, 2 e 3, della direttiva 2012/13/UE, nonché l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni processuali penali di uno Stato membro in base alle quali le garanzie difensive conseguenti alla modifica dell'imputazione vengano assicurate in termini,*

*qualitativamente e quantitativamente, diversi a seconda che la modifica riguardi gli aspetti fattuali dell'accusa, ovvero la qualificazione giuridica della stessa, in particolare consentendo soltanto nel primo caso all'imputato di chiedere il rito alternativo premiale dell'applicazione della pena (c.d. patteggiamento)»<sup>1</sup>.*

Si riassume brevemente la vicenda processuale da cui ha avuto origine il rinvio. Tratto a giudizio per ricettazione, in corso di dibattimento l'imputato spontaneamente dichiarava di essere l'autore del furto del corpo del reato. Sulla base di ulteriori elementi probatori, ricavati da un'acquisizione concordata in giudizio di atti del fascicolo del pubblico ministero, il Giudice riteneva possibile riqualificare l'addebito in furto e ne dava comunicazione alla difesa. L'imputato chiedeva quindi di potere formulare istanza di patteggiamento in relazione al fatto così ridenominato; la parte pubblica, al contempo, veniva invitata dal Tribunale a modificare l'imputazione secondo quanto previsto all'art. 516 c.p.p. Il Pubblico Ministero, tuttavia, riteneva di non dover accogliere la sollecitazione, dal momento che la questione avrebbe riguardato solamente la corretta individuazione del *nomen iuris*.

Da qui la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Brindisi: il sistema interno differenzia in modo netto due evenienze processuali, ossia le modifiche dell'accusa con riferimento al fatto, da un lato, e quelle inerenti al titolo di reato, dall'altro. Solamente nella prima ipotesi, oltre all'operatività delle garanzie previste dall'art. 519 c.p.p., è prevista la possibilità per l'imputato di optare per la definizione del procedimento con un rito premiale (il patteggiamento, nel caso di specie)<sup>2</sup>;

<sup>1</sup> Vedi § 4 della motivazione dell'ord. 20 ottobre 2017, del Tribunale di Brindisi.

<sup>2</sup> Succintamente, si farà qui riferimento alle pronunce additive con le quali la Corte costituzionale, intervenendo sugli artt. 517 e 518 c.p.p., ha introdotto il diritto dell'imputato ad essere restituito in termini per la richiesta di accesso ad uno dei riti premiali previsti dalla legge. In particolare, con riferimento all'art. 516 c.p.p. (norma che interessa nella vicenda processuale *a quo*): Corte cost., sent. 30 giugno 1994, n. 265, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p. relativamente al fatto diverso [o al reato concorrente] contestato in dibattimento quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato ha tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni; Corte cost., sent. 29 dicembre 1995, n. 530, che ha dichiarato l'illegittimità del presente articolo nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di proporre domanda di oblazione ai sensi degli artt. 162 e 162-bis c.p. relativamente al fatto diverso contestato in dibattimento; in seguito, Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 206, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 516 c.p.p., per il contrasto con gli artt. 24 commi 2 e 3 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p. relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione". Ad oggi, quindi, in ipotesi di contestazione in dibattimento di fatto diverso a norma dell'art. 516 c.p.p., l'imputato – sussistendo gli ulteriori presupposti di cui agli artt. 444 c.p.p. e seguenti – può formulare istanza di applicazione di pena concordata, indipendentemente dal fatto che la nuova contestazione sia ricollegabile a negligenza od inerzia del pubblico ministero (dovendosi in quest'ultimo caso ritenere che la nuova contestazione già emergesse dagli atti) ovvero sia il risultato di una risultanza dibattimentale che non era prevedibile *ab initio*. Per completezza espositiva, vanno richiamate le pronunce del Giudice delle leggi *sub* art. 517 c.p.p.: Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4044, con commento di M. CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, che ha

diversamente, di fronte alla riqualificazione giuridica del fatto (art. 521 c.p.p.), l'imputato deve unicamente essere informato della possibilità di tale mutamento e posto nella condizione di interloquire sul punto<sup>3</sup>. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pertanto, sarà chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del sistema processuale italiano sia con l'art. 48 della Carta di Nizza (che garantisce il rispetto della presunzione di innocenza e i diritti della difesa nel processo) che con la direttiva 2012/13/UE<sup>4</sup>, la quale (vedi più nel dettaglio *infra*: § 2) sancisce il fondamentale diritto dell'imputato di essere informato del contenuto dell'imputazione.

L'ordinanza in commento desta interesse almeno per due ordini di motivi.

In primo luogo, spinge ad interrogarsi circa l'opportunità per il sistema interno di mantenere ferma una linea di demarcazione fra mutamenti dell'accusa rispettivamente in fatto ed in diritto: come detto, infatti, sensibilmente diverso è il trattamento riservato all'imputato al verificarsi dell'una o dell'altra evenienza.

In secondo luogo, essa porta a riflettere sui possibili scenari, tanto a livello pratico quanto a livello teorico, che si aprirebbero nell'ipotesi in cui la Corte di Giustizia rispondesse positivamente alla domanda pregiudiziale. È evidente che un responso in tal senso, benché reso in sede interpretativa e dunque, a rigore, incidente soltanto nel processo penale *a quo*, avrebbe ricadute "a cascata" nei procedimenti ove venissero a verificarsi situazioni analoghe a quella che ha dato luogo all'ordinanza di rinvio.

---

dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concernente un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale; Corte cost., sent. 22 ottobre 2012, n. 237, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del medesimo articolo, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione (vedi sul punto, G. TODARO, *Una ulteriore declaratoria d'incostituzionalità sui rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: la stella polare del diritto di difesa e qualche dubbio nuovo*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 3876 e ss.; Corte cost., sent. 23-25 giugno 2014, n. 184, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena, a norma dell'art. 444 c.p.p., in seguito alla contestazione nel dibattimento di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale; da ultimo, Corte cost., sent. 26 maggio - 9 luglio 2015, n. 139, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione.

<sup>3</sup> V. meglio *infra*: § 3.

<sup>4</sup> La direttiva si innesta nella «Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali», in G.U.U.E., C-295, 4 dicembre 2009, pp. 1-3, nascente dalla Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 30 gennaio 2009; muovendo dal Consiglio di Tampere del 1999, la Tabella ha previsto un *iter* programmatico di interventi legislativi, volti ad assicurare il rispetto delle garanzie fondamentali nell'ambito dei procedimenti penali. Essa si è dunque aggiunta alla direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; alla direttiva 2012/13/UE, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; la direttiva 2016/343/UE, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

D'altra parte, in connessione con tale ultimo aspetto vi sarebbe la possibilità che una simile pronuncia conduca di fatto ad un'implicita obliterazione del sistema c.d. di "doppio binario"<sup>5</sup> voluto dal legislatore, con la conseguente riconduzione ad unitarietà dei due paradigmi processuali.

## 2. La direttiva 2012/13/UE e il diritto all'informazione. Problemi di coordinamento fra sistema interno e diritto europeo.

La direttiva 2012/13/UE interviene in una materia molto delicata: il diritto all'informazione dell'imputato nei procedimenti penali (e così anche nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo)<sup>6</sup>.

Essa fornisce norme minime sul diritto dell'accusato ad essere informato «*sui diritti di cui god[e] nel procedimento penale e dell'accusa elevata a [suo] carico*» (art. 1), precisando che il diritto in questione opera dal momento in cui l'interessato sia messo a conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale a proprio carico, sino alla pronuncia della decisione definitiva (art. 2, § 1).

Più nel dettaglio, oggetto del diritto all'avviso sono gli estremi dell'addebito (art. 3); si sancisce che tali informazioni sono fornite con tutti i dettagli necessari, idonei a garantire l'equità complessiva della procedura e l'esercizio effettivo dei diritti della difesa (art. 6, § 1). Sotto il profilo contenutistico, si specifica che, al più tardi nel momento in cui l'accusa venga sottoposta al giudizio di merito, l'imputato va reso edotto tanto della natura della medesima quanto della sua qualificazione giuridica (nonché della natura della partecipazione dell'imputato al reato).

Da un punto di vista strutturale, si nota una diversa attenzione prestata dal legislatore europeo all'informazione sull'accusa a seconda del momento procedurale in cui detto incumbente venga adempiuto. Se in linea generale, infatti, si prevede che i connotati dell'addebito debbano comprendere "tutti i dettagli necessari" per garantire l'equità del procedimento e l'effettività del diritto di difesa (art. 6, § 1), di ben diverso spessore è l'art. 6, § 3: qui, la giurisdizione è chiamata a sciogliere l'alternativa fra colpevolezza ed innocenza; dunque, i contenuti dell'accusa devono essere più specifici: l'interessato va informato sia degli estremi attinenti al fatto (inteso nell'accezione di accadimento storico e materiale), sia del *nomen iuris* a quest'ultimo attribuito.

Il differente tenore delle due disposizioni si può ragionevolmente spiegare sulla base di un altro dato essenziale. In via di principio, la comunicazione dell'addebito

<sup>5</sup> Per tale espressione, si veda: A. COLELLA, *La disciplina della modifica in iure dell'imputazione davanti alla Corte Costituzionale per violazione del diritto di Strasburgo*, in *Giur. merito*, 2009, pp. 2535 ss. Nel medesimo senso: L. MELE, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, pp. 76

<sup>6</sup> Sulla direttiva 2012/13/UE, si vedano le osservazioni generali svolte da S. CIAMPI, [La direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali](#), in questa Rivista, 27 giugno 2012, e ROMOLI, *Osservazioni a prima lettura della Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2, p. 1; G. BIONDI, [La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici che provengono dal diritto europeo](#), in questa Rivista, 29 aprile 2013.

potrebbe avvenire anche nelle fasi preliminari del procedimento (si pensi alle indagini preliminari del sistema italiano), dove il requirente assume gli elementi necessari per l'esercizio dell'azione penale; ma il contenuto dell'accusa preliminare potrebbe subire "aggiustamenti", ricollegabili allo stadio preparatorio nel quale si versa. Diversamente, una volta sottoposta al giudizio nel merito, l'accusa dovrebbe avere una tendenziale stabilità; donde il maggior grado di dettaglio del sopra riportato disposto, dal cui testo emerge che l'imputato debba essere edotto in egual misura sia del fatto che gli viene ascritto che della sua qualificazione giuridica.

Da ciò, si può fondatamente desumere che il Legislatore europeo non distingue né pone su piani diversi sotto il profilo del trattamento i diversi mutamenti attinenti all'accusa.

Nell'ottica del diritto europeo, fatto e diritto sono entità inscindibili, che integrano nella stessa misura l'imputazione, essendo evidente che una tempestiva e completa conoscenza di entrambi i segmenti condiziona allo stesso modo l'equità complessiva della procedura e l'esercizio dei diritti di difesa.

La considerazione risulterebbe confortata dal tenore letterale dell'art. 6, § 4: l'imputato va informato tempestivamente di «*ogni eventuale modifica*»; senza distinzioni di sorta<sup>7</sup>.

Stupisce, anzi, che il Giudice del rinvio non abbia sollevato questione pregiudiziale anche in relazione all'art. 6, § 4, attesa la specifica inerenza del suo contenuto al caso di specie. Detta disposizione, a differenza del § 3 dell'art. 6, stabilisce che l'imputato è informato tempestivamente di ogni eventuale modifica dell'accusa «*se ciò sia necessario a salvaguardare l'equità del procedimento*»; non si fa qui nessun espresso riferimento all'esigenza di proteggere il diritto di difesa. Il silenzio del dettato normativo si presta a due letture interpretative: o si tratta di una svista e, in tal senso,

---

<sup>7</sup> Il tenore letterale della direttiva consente di ritenere che la garanzia per l'imputato di essere informato di ogni eventuale mutamento dell'accusa, sia in fatto che in diritto, operi in ogni fase del procedimento penale. Il che, plausibilmente, potrebbe condurre anche ad una riconsiderazione delle impostazioni giurisprudenziali che, a livello di diritto interno, sono maturate con riguardo alla modifica del titolo di reato nelle fasi diverse dal dibattimento. Per una veloce panoramica su quest'ultimo aspetto, si richiama: Cass. pen., Sez. Un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Cass. pen.*, 1997, p. 360, secondo cui l'art. 521, primo comma c.p.p. trova applicazione sia in sede cautelare che in udienza preliminare, consentendo al giudice (come del resto anche al Tribunale della Libertà), di modificare *d'ufficio* il *nomen iuris* del fatto addebitato. Con riferimento all'incidente cautelare, poi, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 5 luglio 2000, Monforte, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1158, per la quale la diversa qualificazione giuridica effettuata dal giudice in funzione cautelare, allo stesso modo di quella data dal giudice del procedimento principale, produrrebbe effetti, financo peggiorativi, nei confronti dell'imputato, indipendentemente dalla elevazione di una nuova contestazione da parte del pubblico ministero e dalla conseguente pronuncia di un'altra ordinanza recettiva della prima. In ordine all'udienza preliminare, invece, si veda Cass. pen., Sez. Un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310: si è chiarito che, in ipotesi di fatto diverso, il giudice deve prima invitare la parte pubblica a modificare l'imputazione ai sensi dell'art. 423 c.p.p. e, solo in caso di inerzia dell'accusa, può disporre la restituzione degli atti alla medesima (ciò tramite un'applicazione analogica dell'art. 521, comma 2, c.p.p., mentre in sede di diversa qualificazione giuridica, il giudice dell'udienza preliminare potrà disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in ordine al fatto giuridicamente ridenominato, senza necessità di alcun previo contraddittorio su tale punto.

la lacuna può facilmente essere colmata in via ermeneutica<sup>8</sup>; oppure, il mancato riferimento al diritto di difesa sottintende che il mutare dei contenuti dell'addebito, tanto sul versante del fatto quanto su quello del titolo giuridico, comporta un potenziale intrinseco pregiudizio per i diritti della difesa: così, il legislatore europeo ha voluto precludere ogni possibile valutazione empirica dell'autorità giudiziaria a detrimento dell'accusato, con la quale si potesse agevolmente negare la rilevanza di un'eventuale omissione dell'incombente sul presupposto che non vi fosse un'effettiva lesione del diritto di difesa.

Se quest'ultima lettura è fondata (come sembra), essa darebbe ulteriore conforto alla premessa di partenza: per il diritto europeo, le modifiche dell'accusa in fatto ed in diritto dovrebbero soggiacere ad identico trattamento.

Nondimeno, a parte l'obbligo per gli Stati membri di fornire tempestivamente all'imputato le informazioni sull'accusa, la direttiva non prevede nulla in ordine alle conseguenze specifiche derivanti dalla modifica dell'imputazione. Le norme sopra richiamate, infatti, farebbero intuitivamente propendere per un'omologazione del trattamento riservato ai mutamenti in fatto o in diritto, senza tuttavia spingersi nel dettaglio a stabilire ciò *expressis verbis*. È innegabile, infatti, che un discorso è l'obbligo di comunicare sia i mutamenti dell'accusa in fatto sia quelli in diritto; un altro è far seguire a detta comunicazione un medesimo coacervo di garanzie per l'imputato ed un identico regime operativo.

Nel codice di procedura penale italiano invece, come noto, fatto e diritto, benché interrelati, sono entità distinte e, come tali, subiscono un trattamento differente. Se ne ha prova dai diversi regimi a cui soggiacciono le modifiche dell'imputazione con riferimento al fatto (artt. 516 e ss. c.p.p., unicamente in relazione alle quali è possibile richiedere un rito premiale) e quelle attinenti al titolo di reato (art. 521 c.p.p.): con riguardo a quest'ultima ipotesi, si stabilisce che il giudice possa dare al fatto una definizione giuridica diversa (anche più grave, quindi) da quella enunciata nell'imputazione, a patto che tale riqualificazione non conduca all'incompetenza del giudice adito per difetto.

Secondo l'impostazione voluta dal legislatore del 1988, pertanto, non vi sarebbe nemmeno l'obbligo per il giudice di informare l'imputato della possibilità di un mutamento della qualificazione giuridica del fatto, se non fosse per l'avvenuto recepimento dei principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>9</sup>.

Rimane dunque un dato di fondo: nel diritto italiano, al fenomeno della riqualificazione giuridica si riconnette ad oggi unicamente l'obbligo per il giudice di comunicare preventivamente all'imputato tale circostanza; permanendo, d'altra parte, lo iato rispetto al fenomeno della modifica del fatto (soltanto al verificarsi della quale,

---

<sup>8</sup> Tale considerazione risulterebbe altresì confortata dal Considerando 29 della direttiva in commento, il quale stabilisce che «Qualora, nel corso del procedimento penale, i particolari concernenti l'accusa cambino in modo tale da ripercuotersi in modo sostanziale sulla posizione delle persone indagate o imputate, ciò dovrebbe esser loro comunicato ove necessario per salvaguardare l'equità del procedimento e a tempo debito per consentire un esercizio effettivo dei diritti della difesa».

<sup>9</sup> Vedi il paragrafo successivo.

come detto, scattano le ben più pregnanti garanzie previste dall'art. 519 c.p.p. e quelle introdotte dalla Corte costituzionale).

Si aggiungerà che il quadro normativo non è mutato nemmeno a seguito dell'emanazione del D. Lgs. 15 settembre 2016, n. 184, che ha recepito la direttiva 2012/13/UE senza tuttavia intervenire nella parte codicistica in commento<sup>10</sup>.

### 3. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Va necessariamente rivolto lo sguardo anche al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Nel richiamare la normativa sovranazionale pertinente, infatti, il Giudice del rinvio fa espresso riferimento anche alla Convenzione europea, sulla base della (corretta) premessa per cui *“le norme della direttiva 2012/13/UE... devono essere lette in maniera che le disposizioni che corrispondono ai diritti garantiti dalla CEDU siano interpretate e applicate in modo coerente rispetto a tali diritti, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”*.

Ma la rilevanza decisiva di tale patto si apprezza a monte anche dai Considerando della direttiva 2012/13/UE. Così, al Considerando 5 si rammenta l'esigenza di garantire all'interno degli Stati membri l'equità del procedimento, sancita dall'art. 6 C.e.d.u., e che la necessità di un intervento normativo dell'Unione Europea sul diritto all'informazione degli imputati si giustifica nell'ottica del rafforzamento delle garanzie procedurali dettate *in primis* dalla Convenzione (Considerando 8); più puntualmente: la presente direttiva si fonda *«sugli articoli 5 e 6 della CEDU come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»* (Considerando 14) e *«dovrebbe prevedere esplicitamente il diritto all'informazione sui diritti processuali, che si desume dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»* (Considerando 18); conclude affermando che *«il livello di tutela non dovrebbe mai essere inferiore alle disposizioni della CEDU»* (Considerando 40) e che *«le disposizioni della presente direttiva, che corrispondono ai diritti garantiti dalla CEDU, dovrebbero essere interpretate e applicate in modo coerente rispetto a tali diritti, come interpretati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»* (Considerando 42).

Si delinea un quadro d'insieme nel quale la direttiva e la Convenzione operano in stretta sinergia; la Convenzione stessa poi e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo agiscono in una duplice direzione: ad un livello normativo, integrando il contenuto delle garanzie procedurali previste dall'atto europeo; ad un livello interpretativo, dal momento che le pronunce della Corte europea, delimitando il significato e la portata del testo convenzionale, integrano indirettamente significato e portata delle disposizioni della direttiva.

---

<sup>10</sup> Sul punto, vedi le considerazioni svolte da S. CIAMPI, [Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d. lgs. luglio 2014 n. 101](#), in *questa Rivista*, 24 settembre 2014.

La giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo sul tema della riqualificazione giuridica è nota<sup>11</sup>: l'art. 6, par. 3, lett. a) C.e.d.u. sancisce che l'imputato deve essere informato dettagliatamente del contenuto dell'accusa; da ciò, si fa discendere il diritto di essere tempestivamente informato di ogni eventuale modifica dell'imputazione, sia che essa investa il fatto sia che riguardi il titolo del reato<sup>12</sup>. In pratica, non è ammissibile che il giudice proceda a riqualificazione giuridica senza che abbia comunicato preventivamente tale evenienza all'imputato, così consentendo allo stesso ed al suo difensore di interloquire e, conseguentemente, di difendersi anche in relazione a tale *emendatio*.

Ferma dunque la necessità di porre la difesa nella condizione di discutere il mutamento della denominazione giuridica<sup>13</sup>, la Corte europea non si è tuttavia mai spinta al punto di richiedere un'uniformazione dei due paradigmi, con la corrispondente omologazione delle garanzie per l'accusato al variare della *quaestio facti* o della *quaestio iuris*. E, d'altra parte, ciò resta coerente con la complessiva lente prospettiva adottata dalla Corte sovranazionale: in sostanza, questa non impone un preciso *iter* operativo al giudice interno, di fronte all'eventualità di una modifica dell'imputazione; così, posto che l'art. 6, par. 3 lett. a) C.e.d.u. richiede una tempestiva e dettagliata informazione su ambedue i poli dell'accusa, ma senza esigere alcun

<sup>11</sup> In materia, giova un sintetico richiamo a: Corte eur. dir. umani, *Grande Chambre*, 25 marzo 1999, *Pelissier et Sassi c. France*, § 51; Sez. II, 19 marzo 2007, *Mattei c. France*, § 34; Sez. IV, 6 novembre 1999, *Sadak et autres c. Turquie*, § 54. Inoltre, si veda la nota pronuncia: Sez. II, 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2581, ove testualmente si afferma che «il n'est pas établi que le requérant fut averti de la possibilité d'une réqualification de l'accusation portée contre lui et, encore moins, qu'il eut l'occasion de débattre contradictoirement la nouvelle accusation». In dottrina: L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3832 e ss.; M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, I, c. 165; ID., *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1465; ID., *Condanna da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e revoca del giudicato*, in *Cass. pen.*, 2009, pp. 1474 e ss.; ID., *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. BALSAMO - R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, 2008, pp. 215 e ss.; L. PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 1584 e ss.; G. PIERRO, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 1519 e ss.; A. VELE, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e violazione del principio del contraddittorio*, in *Giur. it.*, marzo 2010, pp. 682 e ss.

<sup>12</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la garanzia opera in ogni caso, anche nell'ipotesi in cui la riqualificazione giuridica si risolve nell'attribuzione di un reato meno grave, caratterizzato da un regime sanzionatorio meno rigoroso, poiché non posto in ogni caso nella condizione di difendersi in ordine al nuovo reato per il quale poi verrebbe condannato: vedi, Corte eur. dir. umani, 24 luglio 2012, *D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria*, in *www.italgiure.it*; per osservazioni sul punto nello specifico, vedi R. CASIRAGHI, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e iura novit curia*, in *Processo penale e giustizia*, 2012, n. 6, p. 115.

<sup>13</sup> Sul punto, benché resa in relazione ad un ordinamento giuridico differente e, dunque, in riferimento ad un contesto procedurale diverso, si possono richiamare i coerenti principi espressi dalla Corte dei diritti umani in *Grande Chambre*, 25 marzo 1999, *Pelissier et Sassi c. France*, dove si afferma che la preventiva comunicazione all'accusato dell'*emendatio iuris* può avvenire in qualunque forma, purché atta a consentire allo stesso di difendersi in merito a tale modifica dell'imputazione; così testualmente (§ 34): «Les dispositions de l'article 6 par. 3 lett. a) n'imposent aucune forme quant à la manière dont l'accusé est informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui».

percorso operativo o procedurale specifico atto ad assicurare tale diritto, conta semplicemente che all'imputato sia assicurato l'esercizio del diritto di difesa.

Il sistema della Convenzione europea dei diritti umani viene indirettamente in rilievo altresì per il tramite della Carta di Nizza<sup>14</sup>, che è evocata dal Tribunale di Brindisi come ulteriore parametro di interpretazione e fonda, unitamente alla direttiva 2012/13/UE, la questione pregiudiziale sollevata ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Nello specifico, viene posto in evidenza l'art. 48, ove si stabilisce che «*Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata*» (par. 1), e che «*il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato*» (par. 2).

Come lo stesso Giudice *a quo* si premura di precisare in motivazione, il significato e la portata della norma in questione sono corrispondenti al diritto all'equo processo sancito dall'art. 6, paragrafi 2 e 3 C.e.d.u. (di conseguenza, anche al significato ed alla portata che al medesimo sono attribuiti dalle pronunce della Corte di Strasburgo)<sup>15</sup>.

#### **4. Criticità del sistema interno. Il problematico *impasse* fra giudice e pubblico ministero.**

Come detto sin dall'inizio, il rinvio pregiudiziale muove sostanzialmente da un vero e proprio *impasse* procedurale: disattendendo la prospettazione circa un mutamento in fatto dell'imputazione, l'accusa rifiuta di procedere in quest'ultimo senso e si rimette al Tribunale per la riqualificazione, neutralizzando così l'aspettativa della difesa di accedere al patteggiamento.

In sostanza, a voler ridurre il discorso ai minimi termini, la discrezionalità di cui gode in questi casi il pubblico ministero giunge concretamente a precludere all'imputato – ed il caso di specie ne è un chiaro esempio – la possibilità di accedere ad un rito premiale. Il che tutto sommato equivale a dire: l'accesso dell'imputato ad un giudizio alternativo, caratterizzato da un temperamento della (eventuale) pena finale, dipenderebbe dall'opzione esercitata dalla parte pubblica.

Non pare, infatti, che vi sia spazio per una diversa lettura. La modifica dell'imputazione è diretta espressione di quella prerogativa che appartiene al pubblico ministero in base all'art. 112 Cost.<sup>16</sup>: sicché, non è ammissibile un intervento giudiziale

<sup>14</sup> Così, nell'ordinanza di rinvio: § 2.2.2. della motivazione, relativamente alle disposizioni giuridiche pertinenti.

<sup>15</sup> Così si afferma testualmente nelle *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (in *GUUE*, 14 gennaio 2007, C303), *sub* art. 48 della Carta di Nizza.

<sup>16</sup> In questo specifico senso, vedi le osservazioni di G. TODARO, *Nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: una incostituzionalità attesa tra spinte antitetiche e dubbi persistenti*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2527; *Id.*, Una ulteriore declaratoria d'incostituzionalità, *cit.*, pp. 3876 e ss. Per una chiara sintesi della riserva di titolarità esclusiva dell'esercizio dell'azione penale operata dall'art. 112 Cost. e sul significato e la portata del principio in commento, vedi l'essenziale studio di G. DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in *Una introduzione al sistema penale*, G. FIANDACA – G. DI CHIARA (a cura di), Napoli, 2003,

in funzione coattiva, ossia diretto ad imporre al pubblico ministero di provvedere alla modifica dell'imputazione, se non a pena di un'intollerabile invasione ad opera del giudice della prerogativa costituzionale appena citata; né *a fortiori* si potrebbe concepire un subingresso del giudicante in sostituzione della parte pubblica, in caso di inerzia di costei (o, comunque, di rifiuto esplicito di procedere ai sensi degli artt. 516 c.p.p. e seguenti).

Oltre ad essere impedito dall'art. 112 Cost., simili conclusioni sarebbero apertamente sconfessate dallo stesso codice di procedura penale: l'art. 521 c.p.p., infatti, sancisce il principio di correlazione fra accusa e sentenza, imponendo – salva l'ipotesi della riqualificazione giuridica<sup>17</sup> – un rapporto di esatta simmetria fra la prima e la seconda. Ove quindi il giudice dovesse accertare che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio (o nella contestazione effettuata a norma degli artt. 516, 517 e 518 comma 2 c.p.p.), dovrebbe disporre con ordinanza la trasmissione degli atti al pubblico ministero, affinché questi rieserciti (eventualmente) l'azione penale (art. 521 comma 2 c.p.p.).

Va notato che la norma appena richiamata attribuisce al giudice un potere di intervento molto incisivo. Nell'intento di correggere possibili discrasie di contenuto fra l'accusa e la sentenza, qualora tale emergenza dovesse verificarsi in sede di decisione, il giudice – come si è visto – porrebbe fine al dibattimento con un'ordinanza di trasmissione degli atti; detto potere però si presterebbe ad essere esercitato egualmente in un momento anteriore, ove l'attività processuale compiuta mostri al giudicante la necessità di provvedere nel senso anzidetto. La collocazione nel codice della norma infatti, a metà strada fra le disposizioni relative all'istruzione dibattimentale e quelle inerenti alla discussione finale, suggerisce un'applicazione ubiqua del congegno ivi previsto.

Verrebbe allora da domandarsi se il Tribunale di Brindisi disponesse di un'alternativa rispetto al rinvio pregiudiziale, data dal rimedio appena menzionato. Ne varrebbe della rilevanza e della conseguente ammissibilità della questione proposta alla Corte di Giustizia: l'art. 267, par. 2 TFUE ammette infatti la proposizione del rinvio solo ove il giudice «*reputi necessario*» l'intervento interpretativo dei Giudici di Lussemburgo per l'emanazione della sentenza conclusiva della fase; cosicché, la concreta percorribilità di un sentiero alternativo fornito dal diritto interno esporrebbe l'ordinanza di rinvio all'inammissibilità.

Tuttavia, non sembra che la possibilità per il Tribunale di Brindisi di trasmettere gli atti al pubblico ministero possa seriamente inficiare la rilevanza del quesito pregiudiziale: un'eventuale ordinanza di trasmissione degli atti, infatti, avrebbe prodotto unicamente il regresso del procedimento alla fase delle indagini preliminari, senza però comportare per la parte pubblica l'obbligo di conformarsi alla

---

pp. 235 e ss. Si veda altresì la rassegna di dottrina e giurisprudenza sul tema: M. GIALUZ, *Sub art. 112*, in *Commentario breve alla Costituzione*, diretto da S. BARTOLE – R. BIN, Padova, 2008, pp. 101 e ss.

<sup>17</sup> Specificamente sulla materia della riqualificazione giuridica del fatto, si richiameranno – per ampiezza di analisi e di vedute sull'argomento – le monografie di A. CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010; S. QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011.

precedente statuizione giudiziale; di modo che, in sede di ipotetico riesercizio dell'azione penale, il pubblico ministero ben potrebbe riprodurre un'imputazione avente gli stessi esatti contenuti della pregressa.

D'altra parte, a voler proseguire il discorso, a giocare a favore dell'ammissibilità della questione pregiudiziale vi sarebbe lo stesso art. 267, par. 2 TFUE. Il dato letterale, che pone come premessa del rinvio la circostanza che il giudice interno «*reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto*», introduce quella che logicamente può ritenersi una presunzione di rilevanza della questione pregiudiziale: non si parla, infatti, di necessità obiettiva di un intervento interpretativo del Giudice europeo, ma si è ancora l'esigenza di provvedere in tal senso ad una valutazione della giurisdizione nazionale: di modo che, ove quest'ultima sia indecisa circa il significato da attribuire al diritto europeo e si determini conseguentemente ad interpellare la Corte di Giustizia, si presume la "utilità" della pronuncia di quest'ultima.

Posta dunque l'intrinseca rilevanza della questione, permane la problematica di fondo, della quale – così potrebbe leggersi fra le righe dell'ordinanza – il Giudice *a quo* chiede la risoluzione alla Corte di Lussemburgo: una risposta positiva al quesito (v. *supra*: § 1) infatti condurrebbe a sciogliere definitivamente l'*impasse* fra giudice e pubblico ministero che, caso di specie a parte, potrebbe facilmente ricrearsi in altre vicende processuali (trattandosi, come si è mostrato, di una problematica del sistema italiano di natura strutturale).

## 5. Il sistema interno del "doppio binario". Una razionalità ancora sostenibile?

Si impone una sia pur breve riflessione sul "doppio binario" nel sistema processuale italiano.

In sostanza, ci si domanda, alla luce degli scenari sovranazionali sopra evidenziati, se l'impostazione adottata dal codice di procedura penale, che riserva un trattamento profondamente differenziato a modifica del fatto e mutamento del *nomen iuris*, sia ancora logicamente sostenibile.

In effetti, lo stallo processuale verificatosi nel giudizio *a quo* costituisce un chiaro indicatore delle irrazionalità insite in tale impostazione normativa: il diniego opposto dal pubblico ministero in ordine all'opportunità di procedere alla modifica in fatto, unitamente alla gravità delle conseguenze per la difesa che detta scelta comporta, incrinano consistentemente la ragionevolezza del sistema in commento, dando sempre più credito a quella ricostruzione dottrinale che vorrebbe un'uniformazione dei due regimi<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> In tal senso, si vedano le osservazioni di G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, G. CONSO-V. GREVI-M. BARGIS, Padova, 2016, pp. 511 e ss.; M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris*, cit., cc. 175-176; L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica*, cit., p. 229; C. GABRIELLI, *Decisum del giudice europeo e parziale rimozione del giudicato*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2296; F. ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 781.

Lungi dall'essere espressione di un principio generale, il potere del giudice di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa manifesta piuttosto una vistosa eccezione al principio di correlazione fra accusa e sentenza<sup>19</sup>; insomma, tale prerogativa giudiziale sarebbe sì espressione del noto canone *iura novit curia*, ma si giustificerebbe più alla luce di un discorso "politico"<sup>20</sup>. Se infatti alla rilevazione da parte del giudice dell'errata qualificazione giuridica il sistema facesse conseguire il proscioglimento dell'imputato, si giungerebbe ad una decisione suscettibile di divenire irrevocabile, con la conseguente improponibilità di una seconda azione penale per il medesimo fatto, benché diversamente rubricato (art. 649 c.p.p.). Si rischierebbe insomma di arrivare al punto che gli errori quando non addirittura le scelte arbitrarie del magistrato dell'accusa minino alla radice l'effettiva osservanza della legge penale, così come la tutela di interessi collettivi quali la libertà personale e l'applicazione delle pene<sup>21</sup>. Pertanto, la scelta del legislatore è quella di un processo che corregge al proprio interno gli errori riguardanti la conformazione del suo oggetto (imputazione).

Ma è altrettanto indubbio che la stessa ragion d'essere caratterizza anche il limitrofo fenomeno della modifica del fatto (con la nota eccezione del fatto nuovo di cui all'art. 518 comma 2 c.p.p.): anche le norme che attribuiscono al pubblico ministero il potere di correggere l'imputazione in seno al processo stesso altro non riproducono se non l'esigenza sopra evidenziata.

---

<sup>19</sup> In questi termini, A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., p. 58; *contra*, L. CARINCI, *osservazioni* a Cass. pen., Sez. I, 1 luglio 1997, Spitaleri, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2693, per il quale «da tutto il contesto normativo, da considerarsi ormai *ius receptum*, emerge il principio secondo il quale non si ritiene violato il diritto di difesa quando il fatto, ancorché ne sia mutata la qualificazione in termini giuridici, abbia continuato ad essere prospettato all'imputato sempre negli stessi termini storici e materiali». A ciò, tuttavia, si oppone la basilare considerazione logica perfettamente compendiata, già sotto il vigore del vecchio codice, da G. FOSCHINI, *Giurisprudenza degli interessi e relazione della sentenza con l'accusa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 220, secondo cui «è logicamente viziata la opinione che assume la lesione dell'interesse della difesa quale criterio per delimitare la relazione tra l'accusa e la sentenza. È la stessa violazione della correlazione che comporta la lesione del diritto di difesa, e quindi non si può all'inverso, affermando che non vi è stata lesione del diritto di difesa, arguire che non vi è stata immutazione dell'accusa».

<sup>20</sup> Così, in questi esatti termini, A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., p. 56. Al contrario, per chi vorrebbe tale principio direttamente connesso alla soggezione dei giudici alla legge (art. 101 comma 2 Cost.), vedi P. Spagnolo, *Il tribunale della libertà*, Milano, 2008, nt. 135, pp. 343-344; A. VELE, *Diversa qualificazione giuridica*, cit., p. 684; E. ZURLI, *Osservazioni in tema di modificazione dell'imputazione da parte del giudice dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1472. In giurisprudenza, tale impostazione risulta compendiata da Cass. pen., Sez. Un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 719, per cui «[è] indefettibile funzione della giurisdizione accertare se la fattispecie concreta sia sussumibile nella fattispecie astratta ipotizzata, che sia indefettibile corollario dello *ius dicere* accertare che fatto e schema legale coincidano e, dunque, modificare, se occorre, la qualificazione giuridica del fatto prospettata dal p.m. riconducendo la fattispecie contestata [...] nello schema legale che le è proprio» (§ 3 della motivazione).

<sup>21</sup> Così, G. ILLUMINATI, cit., p. 757; T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir. Annali*, III, Milano, 2010, pp. 857 e ss.; A. CAPONE, *Iura novit curia*, cit., p. 57. Sul complesso rapporto fra il sistema del doppio binario e l'impianto accusatorio, vedi T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 303. Si vedano altresì le osservazioni di L. CRICRÌ, *Imputazione alternativa e qualificazione giuridica del fatto: un binomio inconciliabile*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 856 e ss.

Nondimeno, le garanzie operanti – si ripete – nell’un caso e nell’altro sono profondamente differenti e la più che sensibile diversità di regime, ad ogni buon conto, risulterebbe difficilmente giustificabile anche alla luce del principio di ragionevolezza stabilito dall’art. 3 Cost.

Proprio in quest’ultimo senso, non può essere trascurata una considerazione di fondo: che la modifica del titolo del reato si risolve comunque in una indiretta modificazione del fatto; per meglio dire: mutando il parametro di riferimento finale, ossia la fattispecie incriminatrice al cui interno andrà sussunto il fatto descritto nell’imputazione, muterà necessariamente e di riflesso il *thema probandum* (art. 187 c.p.p.). Tentando di chiarire con un esempio: se il fatto originariamente rubricato in furto dovesse essere riqualificato in rapina, la difesa si ritroverebbe non soltanto a doversi difendere in ordine al diverso e ben più pregnante elemento costitutivo oggettivo dato dalla violenza o dalla minaccia ma, posta tale necessità, avrebbe tutto l’interesse a chiedere l’assunzione di nuovi mezzi di prova (art. 519 c.p.p.) volti a dimostrare l’insussistenza della coazione. Risulterebbe pertanto priva di giustificazione teorica e pratica, o per lo meno malferma l’argomentazione di chi ha sostenuto che l’imputato, una volta informato debitamente del mutamento in fatto, abbia tutti i necessari strumenti per difendersi in diritto<sup>22</sup>.

Se tale ragionamento regge e, dunque, giustifica sul piano logico il riconoscimento del termine a difesa e del diritto a richiedere nuove prove anche in caso di mutamento del titolo di reato, non si vedrebbero allora valide ragioni per limitare sempre alla modifica dell’imputazione in fatto la restituzione in termini per l’accesso ai riti premiali.

Anzi, se si vuole, il pregiudizio che di fronte all’evenienza dell’*emendatio iuris* l’imputato patisce potrebbe essere ben maggiore di quello che subisce nella speculare ipotesi di mutamento del fatto, considerato come dalla diversa qualificazione giuridica possano cambiare le soglie sanzionatorie e le condizioni legate alla esecuzione della pena nonché, se del caso, al trattamento penitenziario.

---

<sup>22</sup> In tal senso, L. MARINI, *Art. 521 – Correlazione tra accusa e sentenza*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, V, M. CHIAVARIO (cura di), Torino, 1991, p. 476. In senso contrario, R. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1514, per cui «una modifica della qualificazione giuridica retroagisce (del tutto fisiologicamente) sulle componenti fattuali, nel senso che non può essere disgiunta da una nuova valutazione delle medesime, per verificarne la compatibilità con la nuova configurazione in punto di diritto; il che, verosimilmente, potrà aprire nuovi fronti di discussione su profili storici della medesima vicenda trascurabili e trascurati alla luce della precedente definizione giuridica, ma divenuti importanti alla luce della nuova». In senso critico su tale aspetto e sul ruolo determinante che gioca l’argomentazione di parte intorno al titolo di reato, v. R. ORLANDI, *L’attività argomentativa delle parti nel processo penale*, in P. FERRUA – F.M. GRIFANTINI – G. ILLUMINATI – R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, p. 61, per cui «L’assunto secondo cui il giudice conosce il diritto applicabile al caso concreto (iura novit curia) ha contribuito finora a lasciare in ombra il ruolo spesso decisivo dell’argomentazione di parte su questo particolare versante della regudicanda». In senso adesivo, v. P. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, *ivi*, p. 308, secondo il quale «il divario fra fatto e diritto non è così categorico».



1/2018

## 6. Le possibili ricadute di una risposta positiva al quesito pregiudiziale.

Senza troppo avventurarsi in sguardi prospettici sulla sentenza che verrà pronunciata dalla Corte di Giustizia, si può tuttavia svolgere qualche riflessione sulle possibili ricadute che un'eventuale risposta positiva al quesito pregiudiziale avrebbe nell'ordinamento italiano.

Un punto è scontato: con riguardo al processo *a quo*, tale evenienza comporterebbe il riconoscimento all'imputato del diritto di presentare istanza di patteggiamento. Non pare che vi siano diverse soluzioni: la riconduzione ad unitarietà dei due regimi comporta che, una volta operata la riqualificazione del fatto in furto, l'imputato debba essere ammesso a formulare istanza di applicazione concordata della pena.

Ma se davvero secondo la Corte di Giustizia la normativa europea ostasse ad un sistema (come quello italiano) che diversifica, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo, le conseguenze derivanti rispettivamente dalle modifiche in fatto ed in diritto, la sua pronuncia andrebbe nettamente ben oltre la natura e le funzioni proprie della sentenza interpretativa o pregiudiziale: in quel caso, infatti, i Giudici europei giungerebbero a diagnosticare quello che sarebbe a tutti gli effetti un vizio strutturale dell'ordinamento italiano, ricalcando i tratti propri della sentenza c.d. "pilota" della Corte europea dei diritti umani. Con una differenza di fondo, però, quanto alle modalità con le quali occorre adeguarsi. Infatti, se l'art. 46 C.e.d.u. obbliga le Alte Parti contraenti a conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo e, se del caso, a provvedere alle opportune modifiche del sistema interno, l'art. 267 TFUE non è certo provvisto di minor efficacia; in quest'ultimo caso, la conseguenza che discende è l'obbligo per il giudice *a quo* di conformarsi alla pronuncia della Corte di Giustizia.

In sostanza, tralasciando la vicenda all'origine dell'ordinanza qui esaminata, saremmo di fronte ad una pronuncia che avrebbe immani ricadute "a cascata" su altri processi penali nei quali si verificassero situazioni analoghe a quella da cui ha mosso il rinvio pregiudiziale.

A quel punto, la strada maestra da percorrere sarebbe quella dell'intervento legislativo, non potendo bastare, rimanendo inalterato il dato normativo, un adeguamento agli standard europei perseguito soltanto per via ermeneutica. Certo, sinora è stata la giurisprudenza a farsi carico di recepire le pronunce della Corte di Strasburgo in materia di riqualificazione giuridica. Ma quella era una storia diversa. Si trattava di una semplice emenda operativa, che non toccava il problema di fondo, vale a dire se sia ragionevole separare, sul piano della regolamentazione procedurale, le modifiche in fatto dell'accusa da quelle in diritto. Oggi, invece, si parla proprio di questo.