

N. 7191/2019 R.G. N.R.

N. 365/2020 R.G. Trib.



TRIBUNALE DI TORRE ANNUNZIATA

Sezione penale

Ordinanza di sospensione del procedimento e trasmissione degli atti alla Corte costituzionale

(artt. 134 Cost., 23 e ss. legge 11 marzo 1953, n. 87)

Il Giudice Monocratico, dott.ssa Gabriella Ambrosino,

visti gli atti del procedimento a carico di

nato a

il

sottoposto alle misure congiunte del divieto di dimora nella Regione Campania e dell'obbligo di presentazione alla Polizia Giudiziaria, assente

con domicilio eletto in

difeso di fiducia dagli Avv.

del Foro di

IMPUTATO:

1) **del reato p. e p. dall'art. 612 bis, commi 1 e 2 c.p. perché, con reiterate condotte di minaccia e molestia di seguito indicate, cagionava alla compagna un perdurante e grave stato di ansia e paura, ingenerandole un fondato motivo per la propria incolumità al punto da costringerla, altresì, ad alterare le abitudini di vita ed in particolare:**

- costringendola a non uscire di casa per timore di incontrarlo;

- costringendola a non usare più un numero di telefono a sé intestato; in particolare:

a) presentandosi sotto casa della compagna facendo scenate di gelosia, profferendo nel contempo espressioni del tipo "Sta puttana! sta troia!" e, quando non la trovava in casa, urlando dal balcone per farsi sentire dai figli e vicini di casa;

b) manifestando una pressante gelosia nei confronti della litigando e colpendola per questi motivi con schiaffi al volto;

c) minacciando di fare del male alla famiglia della compagna e, in particolare, al figlio profferendo nei suoi confronti la seguente espressione "Mo che veng' sotto o portone è meglio che acchiapp' a figliet! E primm mazzate hann' a essere soje";

d) dopo essersi recato con la in un hotel, sottraendole il telefono cellulare e spegnendolo, avvisandola che non sarebbe uscita dalla stanza senza la sua volontà e, accortosi che la stessa aveva riacceso il telefono per chiamare il figlio, dapprima costringendola con la forza ad inserire la password di sblocco profferendo al suo indirizzo espressioni del tipo "Sta zoccola! sta cessa!" pensavi e me fa a me!" e ancora "La devi pagare!" e, successivamente

aggredendola fisicamente con pugni al volto, stringendole il collo con le mani urlando di volerla ammazzare, trascinandola nel bagno per i capelli e facendole sbattere il volto ripetutamente contro il lavandino e il muro, colpendola con una sedia sulle gambe e sui piedi, afferrandole le orecchie con le mani e torcendole, cagionandole in tal modo le lesioni personali meglio descritte al capo 2) (episodio del 25.11.2019);

e) telefonando alla persona offesa e pretendendo che la stessa coprisse con il trucco i lividi del giorno prima (episodio del 26.11.2019);

In _____ ed altri luoghi dal settembre al dicembre 2019

2) del reato p. e p. dagli art. 582-585, in relazione all'art. 576 n. 5.1 e 577 n. 1) c.p.,
perché con la condotta meglio descritta nel capo 1), cagionava a _____ lesioni personali consistite in

“Trauma chiuso di una costola, traumatismo di faccia e naso, traumatismo della testa, contusione della coscia, del piede, della regione della spalla, della mano, del braccio superiore; frattura V costa destra, contusione regione orbitaria DX, trauma cranico non commotivo, contusione coscia sinistra, contusione piede destro e sinistro, della spalla destra, della mano destra, del braccio destro”, giudicate guaribili in giorni 25;

Con l'aggravante di aver commesso il fatto in danno della persona vittima di atti persecutori ed in danno di persona legata al colpevole da relazione affettiva.

In _____ il 25 novembre 2019

Con la recidiva specifica

a scioglimento della riserva di decidere formulata all'udienza del 9 giugno 2020
ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

per sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., per violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio.

Il procedimento *a quo*

Con decreto di giudizio immediato emesso il 10 gennaio 2020, _____, già in stato di custodia cautelare in carcere per questo procedimento dal 6.12.2019 - giusta ordinanza di custodia cautelare in carcere, per il capo 1), e di arresti domiciliari, per il capo 2)¹ - veniva tratto a giudizio per rispondere dei delitti di cui agli art. 612-bis comma 2 c.p. e 585- 85 c.p. indicati nell'epigrafe del presente provvedimento.

Alla prima udienza dibattimentale del 5 marzo 2020, si rilevava la regolarità delle notifiche e, presente l'imputato, si ammetteva la costituzione di parte civile della persona offesa

Quindi l'imputato, per il tramite del suo difensore, reiterava ai sensi dell'art. 448 comma 1 c.p.p., la richiesta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. già formulata all'Ufficio di Procura nei termini previsti dalla legge, e il pubblico ministero illustrava le motivazioni del

¹ Misura sostituita, dapprima in data 23.3.2020, con quella degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico nel Comune di Predaia (TN); e poi, in data 9.6.2020, con le misure congiunte del divieto di dimora e dell'obbligo di presentazione alla Polizia Giudiziaria.

dissenso già espresso, producendo tra l'altro la documentazione attestante la precedente interlocuzione sul punto avvenuta tra le parti.

Preso atto della reiterazione del dissenso, questo giudice procedeva all'apertura del dibattimento ed ammetteva i mezzi di prova indicati dalle parti. Si iniziava quindi l'istruttoria dibattimentale con l'escussione della persona offesa e degli altri testi d'accusa, proseguendosi poi, con le spontanee dichiarazioni dell'imputato e l'escussione dei testi della difesa, nelle udienze del 10 marzo 2020 e del 7 aprile 2020, disponendo rinvio per le conclusioni.

All'udienza del 30 aprile 2020, si dichiarava chiusa l'istruttoria dibattimentale e si invitavano le parti a formulare le conclusioni. Terminata la discussione, prima di ritirarsi in camera di consiglio, questo giudice, secondo un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 521 comma 1 c.p.p., invitava le parti a instaurare il contraddittorio in ordine ad un'eventuale riqualificazione giuridica del fatto contestato al capo 1) nell'ipotesi incriminatrice di cui all'art. 572 c.p., reato, tra l'altro, più grave di quello di cui all'art. 612-bis c.p., contestato nel decreto di giudizio immediato.

Il pubblico ministero e la difesa di parte civile nulla osservavano, mentre l'imputato chiedeva la restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521 comma 2 c.p.p., rinvenendo un'ipotesi di fatto diverso, in modo da essere rimesso in termini per formulare richiesta di rito abbreviato; in subordine, comunque, ove il fatto fosse ritenuto lo stesso, di essere giudicato nelle forme del rito abbreviato.

Ritiratosi in camera di consiglio, questo giudice rilevava l'assenza agli atti del fascicolo di documentazione medica indispensabile per la decisione in merito al capo 2) dell'imputazione ed emetteva ordinanza di remissione della causa sul ruolo ai sensi dell'art. 525 c.p.p., rinviando al 9 giugno 2020 per l'acquisizione documentale sollecitata ai sensi dell'art. 507 c.p.p.

All'udienza del 9 giugno 2020, acquisita la documentazione indispensabile ai fini della decisione, il giudice dichiarava chiusa l'istruttoria dibattimentale e invitava le parti a formulare nuovamente le conclusioni, che venivano rassegnate da ciascuno riportandosi alle richieste illustrate nell'udienza del 30 aprile 2020; a tal uopo la difesa produceva procura speciale per l'ammissione al rito abbreviato illustrata in conclusioni.

All'esito della camera di consiglio, analizzate le risultanze istruttorie e vagliate le argomentazioni delle parti, questo giudice ritiene che il fatto provato in dibattimento sia lo *stesso* rispetto a quello contestato al capo 1) dell'imputazione, ma debba ricondursi all'alveo della diversa e *ben più grave* ipotesi incriminatrice di cui all'art. 572 c.p. Potrebbe quindi pervenire alla pronuncia decisoria nei termini di cui all'art. 521 comma 1 c.p.p. senza tenere conto della richiesta del difensore di accedere al rito abbreviato, poiché inammissibile, non essendo contemplata dalle disposizioni normative un'ipotesi di remissione in termini.

Cionondimeno, alla luce della richiesta formulata dal difensore di essere ammesso al rito abbreviato, ritiene di dover sollevare questione di legittimità costituzionale – rilevante e non manifestamente infondata - dell'art. 521 c.p.p., giusta l'assenza di una disposizione di legge che attribuisca all'imputato - allorché sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto - il diritto di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio.

RILEVANZA DELLA QUESTIONE

1. Le risultanze istruttorie nel procedimento a quo

Dal momento che la valutazione di *medesimezza* del fatto opera su un piano non astratto ma concreto e consiste nel verificare se il fatto *provato* all'esito dell'istruttoria², sul quale il giudice fonda la sua decisione riqualificatoria, sia il *medesimo* di quello descritto in imputazione, non si ritiene corretto in questa sede – anche a rischio di penetrare nelle pieghe dell'istruttoria e della valutazione delle sue risultanze – omettere l'analisi di cosa (e come) sia emerso in sede istruttoria. In sostanza, poiché logico presupposto dell'opera di riqualificazione giuridica è la medesimezza dal fatto e quindi l'identificazione chiara dei fatti provati e la loro corrispondenza con l'oggetto di imputazione³, sia consentito sostare sul primo dei presupposti logici della riqualificazione.

Ebbene, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, si ritiene che gli *episodi fattuali* emersi in sede istruttoria corrispondano a quelli decritti in contestazione ed il nucleo del fatto sia rimasto immutato. Le risultanze dell'istruttoria dibattimentale hanno infatti fornito prova dell'accadimento di siffatti episodi fattuali.

La parte civile ha superato il vaglio di attendibilità oggettiva e soggettiva, sia con riferimento al singolo episodio di lesioni del 25 novembre 2019, sia con riferimento ai fatti oggetto di contestazione al capo 1): il racconto è stato dettagliato, genuino, coerente, non contraddittorio, equilibrato e mai la signora ha mostrato tendenza a indugiare in descrizioni sovrabbondanti o inutilmente mortificanti, pur mantenendo un apprezzabile livello di precisione. Il suo racconto è stato inoltre riscontrato:

- (i) dai fotogrammi ritraenti le parti del corpo, visibilmente compromesse, della immortalate dai Carabinieri in sede di denuncia (*cfr. fascicolo fotografico agli atti*) – fotogrammi riferibili non solo a lesioni immediatamente recenti, ma anche a cicatrici o segni più risalenti;
- (ii) dalle dichiarazioni del figlio testimone diretto dello stato d'animo della madre, dei segni visibili talora sul suo corpo, dei litigi telefonici tra lei e il e testimone *de relato* dei fatti, poiché destinatario delle confidenze successive della madre.
- (iii) dall'annotazione di PG;
- (iv) in parte, dalle dichiarazioni delle stesse testimoni della difesa, ossia e rispettivamente madre e sorella dell'imputato, le quali hanno entrambe confermato la gelosia di e raccontato, per averlo appreso dalla un episodio in cui distrusse il suo telefono – telefono riacquistato dalla stessa L'unico

² Ma anche all'esito della lettura degli atti di indagine, in caso di riqualificazione operata *ex officio* in sede di rito abbreviato

³ Si deve precisare che il momento in cui si è sollevata la questione di costituzionalità non è in sede di contraddittorio delle parti sulla *possibilità* di operare la riqualificazione – poiché si è ritenuto che in quella sede la questione non si ponesse come rilevante essendo la riqualificazione una mera possibilità ancora di là da venire - ma in sede di camera di consiglio, quando tale riqualificazione è diventata un *segmento* della decisione. Cionondimeno - come si illustrerà nei paragrafi che seguono - ciò che impedisce di pervenire alla decisione *piena* e ha costretto a sospendere il giudizio è il dubbio che il ragionamento decisorio – e quindi anche il suo risultato - non sia corretto, poiché lo stesso avrebbe dovuto essere condotto tenendo conto della richiesta difensiva di definizione nelle forme del rito abbreviato: da un lato, integrando la piattaforma probatoria anche con la lettura degli atti di indagine, e dall'altro, nel caso in cui anche dagli atti di indagine si trovi conferma del perimetro fattuale provato e dell'esito riqualificatorio, pervenendo ad una condanna con la riduzione secca di un terzo.

elemento narrativo frontalmente contrario rispetto ai fatti oggetto di contestazione, offerto dalle testimonianze, è stato dichiararsi ignaro delle violenze fisiche subite dalla Tale elemento, di per sé non determinante ai fini della decisione nella misura in cui non si nega che i fatti si siano verificati, ma soltanto che le donne ne fossero a conoscenza, si è ritenuto comunque inattendibile viste le contraddizioni del narrato.

Quanto all'imputato, si è offerto di risarcire il danno – offerta rifiutata dalla parte civile – e, in sede di spontanee dichiarazioni, si è detto profondamente pentito e ha chiesto scusa⁴.

1.1. Di seguito si offrirà la ricostruzione delle risultanze istruttorie per consentire – come si è anticipato – a codesta Corte, ai fini della valutazione di rilevanza della questione proposta, di cogliere la concretezza del caso affrontato e, soprattutto, per dare conto con eshaustività di quali siano le ragioni che, *non solo in astratto ma in concreto*, impongono la scelta del giudice *a quo* di riqualificare i fatti immutati nell'ipotesi di cui all'art. 572 c.p.⁵

Prima di calarsi nel dettaglio, deve premettersi che i fatti di minacce, ingiurie, pressioni e violenza - condotte costitutive del reato di *stalking* contestato al capo 1), e descritte nelle lett. a), c) ed e), quanto alle minacce, ingiurie, pressioni, e descritte nelle lett. b) e d), quanto alla violenza - si sono tutti verificati *in costanza della relazione sentimentale* tra la e il

La persona offesa , giovane trentenne già madre di tre figli, due dei quali minorenni, ha raccontato di aver conosciuto l'odierno imputato , già separato dalla vecchia moglie nell'agosto del 2019 e di averlo frequentato fino al 26.11.2019, data in cui ha sporto la denuncia. Durante la relazione non vi fu stabile convivenza: la viveva infatti nell'abitazione con i suoi tre figli, mentre il da poco separato dalla ex moglie vittima di maltrattamenti (*cfr. condanna n. 320/2018 emessa dal GIP presso il Tribunale di Torre Annunziata in data 11.10.2018, irrevocabile il 5.3.2020*), viveva nell'abitazione con la madre.

Tuttavia, nonostante non vi fosse stabile convivenza, la relazione tra loro era seria, consolidata e fondata sulla condivisione dei rispettivi affetti: il era stato presentato sin da subito ai figli della (*cfr. dichiarazioni della e del figlio*) e talora usciva a passeggiare con la e i figli o addirittura prelevava da solo il figlio della in stazione quando il ragazzo faceva rientro da Sorrento, ove lavorava (*cfr. dichiarazioni della e del figlio*). Per converso, la subito in famiglia come compagna del , aveva stretto un intenso rapporto affettivo con la madre e la sorella dell'imputato, che frequentava stabilmente (*cfr. dichiarazioni di e rispettivamente madre e sorella dell'imputato*⁶); quasi ogni pomeriggio, si recava a casa della madre dell'imputato, ove spesso si tratteneva anche senza il , attendendo il suo

⁴ La difesa ha poi prodotto un cd contenente i messaggi *WhatsApp* oggetto di scambio tra vittima e imputato nel corso della loro relazione, che danno modo di delineare la tipologia di relazione e il livello di frequentazione tra le parti in costanza di reato.

⁵ Va ricordato che, nella pronuncia n. 103 del 2010 Corte Cost. la Corte dichiarò inammissibile la questione rilevando che il giudice *a quo* si era limitato a confrontare le fattispecie, originaria e riqualificata, solo ed esclusivamente su un piano di fattispecie astratte, senza giustificare nel merito perché ravvisasse un identico fatto. In essa si legge: *“l'esercizio di tale potere non può [...] prescindere da una verifica volta ad accertare in concreto, cioè con riferimento alla fattispecie in esame, se il fatto sia diverso da quello descritto nell'imputazione”* (C. cost., 10.3.2010, n. 103 del 2010, in Giur. Cost. 2010, 1159).

⁶ Entrambe le donne hanno dichiarato che Luminoso parlava in modo entusiasta a e si diceva certo di aver trovato la donna giusta. La addirittura raccontò di aver stretto un *rapporto materno* con la Crescentini, con la quale si sentiva telefonicamente ogni mattina ed aveva assoluta intimità.

rientro da lavoro, preparando la cena per tutti i familiari del compagno (cfr. dichiarazioni di) e consumandola poi in loro compagnia (cfr. dichiarazioni della e della madre dell'imputato); di frequente, trascorreva in quella casa tutta la serata a guardare un film (cfr. dichiarazioni della), e nel fine settimana, si fermava a dormire (cfr. dichiarazioni della madre dell'imputato).

1.2. Venendo ai fatti specifici di cui all'imputazione, secondo quanto raccontato dalla la relazione tra l'imputato e la vittima, inizialmente serena, si rivelò dopo poche settimane turbolenta: frequenti divennero i diverbi e crescente ed usuale la violenza dell'imputato, che prese l'abitudine di scagliarsi contro di lei e colpirla con schiaffi e anche calci.

Le aggressioni fisiche dell'imputato erano determinate da motivi che non possono che definirsi futili⁷, di frequente legati a gelosia⁸ (**condotta di cui alla lett. b**).

Il , addirittura, la privò dell'utilizzo libero del telefono cellulare (che controllava continuamente, talora addirittura deteneva vietandogliene l'uso e la cui scheda era comunque intestata a lui) (**fatto indicato come evento del reato di cui al capo 1**), le vietò i *social network* e, ogni qualvolta non erano insieme ed ella non rispondeva al telefono, le telefonava con insistenza o le inviava messaggi fino ad ottenere una risposta (circostanza confermata dalla stessa sorella dell'imputato nel corso della sua deposizione⁹) o addirittura la raggiungeva fin sotto casa, anche di notte, esigendo di parlarle (circostanza confermata dal figlio nel corso della sua deposizione) (**condotta di cui alla lett. a**).

Nonostante mantenesse riserbo sulle violenze subite, la sua relazione con il destò la preoccupazione di suo figlio maggiorenne il quale le chiese ripetutamente se i segni visibili sul suo corpo fossero stati provocati dall'imputato ed al quale nascose la verità - fino alla sera del 25 novembre, giorno antecedente alla denuncia - addebitando i lividi ad incidenti

⁷ La donna ha ricordato un episodio in particolare: mentre erano di rientro da un centro commerciale, ove aveva accompagnato il a fare compere ma costui non era riuscito a trovare capi di abbigliamento di suo gradimento, l'imputato, in un accesso di rabbia, la accusò di avergli fornito consigli errati sul centro commerciale a lui adatto e la scaraventò a terra, trascinandola per i capelli fino all'autovettura e facendole sbattere il viso contro la portiera. Una volta entrati in autovettura, durante il tragitto verso un altro centro commerciale, il invece contro di lei e, improvvisamente, estrasse dalla portiera un giravite con la cui punta le graffiò ripetutamente la gamba, costringendola a fare rientro in casa per cambiarsi il pantalone macchiato di sangue. La , in dibattimento, ha indicato precisamente, tra quelli allegati alla denuncia, il *fotogramma* ritraente la cicatrice riconducibile all'aggressione con il giravite, che era ancora visibile al momento della denuncia del 26.11.2019.

Ha poi ricordato che frequenti erano le discussioni con il in ordine al suo orario di ritirata nelle sere in cui si incontravano: addirittura, quando i suoi figli (due dei quali minori) che l'attendevano a casa le telefonavano per chiederle quando rientrasse, l'imputato reagiva spegnendole o addirittura distruggendole il telefono. Questa reazione di violenza sul telefono divenne assai frequente - e legata anche ad altre occasioni di litigio - al punto che ella, avendo subito in un solo mese la rottura di ben tre schede telefoniche a lei intestate e non potendone attivare una quarta a suo nome, fu costretta ad adottare una scheda telefonica intestata al

⁸ A tal proposito, la ha ricordato un episodio in particolare: mentre era in autovettura con il ricevette un messaggio vocale da una sua amica la quale le comunicava di aver incontrato il suo ex compagno, il quale le portava i saluti ed esprimeva il desiderio di rincontrarla. Mentre era intenta ad ascoltare il messaggio audio, il le strappò il telefono di mano e, quando lo ebbe ascoltato, reagì dapprima distruggendole il telefono e poi picchiandola con calci e schiaffi, nonostante lei continuasse a ripetergli che quel messaggio non significava nulla e che non aveva alcuna intenzione di incontrare il suo ex compagno.

Questo specifico episodio in cui distrusse il telefono è noto alla madre e alla sorella di che lo hanno raccontato nel corso delle rispettive deposizioni, in cui si sono peraltro mostrate al corrente della gelosia di (cfr. deposizioni di).

⁹ La signora , sorella dell'imputato, ha precisato che il rapporto tra i due era connotato da un marcato e reciproco sentimento di gelosia che, nel caso del fratello, era verosimile derivasse dal senso di insicurezza dovuto al tradimento subito dalla ex moglie. Addirittura, il impressionava ogni volta che la non rispondeva al telefono e le chiedeva continuamente dove si trovasse e con chi fosse.

stradali o a sbadataggine (cfr. circostanza confermata dal figlio *nel corso della sua lunga deposizione*¹⁰). D'altra parte, lo stesso figlio aveva avuto percezione diretta delle intemperanze del poich , in un'occasione, aveva assistito a una litigata tra la madre e il compagno al telefono e, sentite le grida dell'uomo, aveva preso la cornetta e gli aveva chiesto contezza della sua aggressivit . Addirittura, il ragazzo aveva poi incontrato il unitamente ad altri familiari della alla Stazione di solo per chiarire questo litigio e la questione si era chiusa l . Anche la ha raccontato questo episodio ed ha aggiunto che, in un litigio successivo tra lei e suo figlio fu destinatario indiretto delle minacce poich  il , riferendosi al ragazzo, disse: "S , s , f  ven  pure   figliete, pecc  vatte pure   figliete..." (**condotta di cui alla lett. c**).

La donna ha precisato di aver provato pi  volte a troncare la relazione con l'imputato successivamente ai loro litigi, ma di esservi tornata puntualmente insieme dopo qualche giorno, poich  lo amava, nutriva la speranza di poterlo cambiare ed aiutarlo a mitigare il suo carattere irascibile ed aveva anche *paura* delle sue reazioni al distacco (**fatto indicato quale evento nel corpo dell'imputazione di cui al capo 1**). Innamorata del per ridurre le occasioni di litigio e proseguire la relazione, la aveva imparato ad assecondarlo in tutto e renderlo continuamente partecipe dei suoi spostamenti.

La ha infine riferito che la relazione con l'imputato la costrinse *all'alterazione delle sue abitudini di vita*, soprattutto nel rapporto con i figli: in particolare, pretendeva che ella trascorresse in sua compagnia tutte le sere - e non soltanto serate alterne, come era avvenuto in un primo momento - e rincassasse a tarda ora, o addirittura si trattenesse per la notte, anche quando non si era organizzata per la gestione dei figli. Ella - per proseguire la relazione, non volendovi rinunciare ed avendo piacere di trascorrere la notte in compagnia di - lo assecond , sebbene fosse consapevole del fatto che una mancanza cos  assidua da casa le creasse problemi, atteso che ivi l'aspettavano i suoi tre figli, due dei quali minorenni (circostanza - quella dei ripetuti rientri in tarda notte - confermata dal figlio *nel corso della sua lunga deposizione*). Non ha fatto invece riferimento alla paura di uscire ed incontrarlo (come invece   indicato in contestazione).

Con riferimento all'episodio verificatosi il 25.11.2019, oggetto di autonoma contestazione al capo 2) (ma anche **condotta di cui alla lett. d**), la ha raccontato l'episodio nei termini precisi in cui   indicato in contestazione¹¹, raccontando di un'aggressione da parte del

¹⁰ Il ragazzo ha raccontato di aver notato, durante la relazione tra la madre e il Luminoso (persona che, a settembre 2019, le fu presentata dalla madre come suo compagno), un profondo cambiamento nella madre, che appariva preoccupata e stressata. Ipotizz  che questo cambiamento fosse causato dalla relazione con il Luminoso, poich  la madre era turbata, piangeva e gridava ogni volta che riceveva telefonate da costui. Talvolta - il ragazzo ha ricordato nitidamente almeno due occasioni - aveva notato graffi ed ecchimosi anche sul suo volto, ma la madre aveva risposto in modo evasivo, accampando scuse. D'altra parte, confrontandosi con altri parenti, si era reso conto che la madre era ormai evasiva non solo con lui, ma con tutti e si era allontanata dai suoi affetti.

¹¹ La donna ha raccontato di aver iniziato la serata litigando con l'imputato, ma nonostante il litigio, si rec  con lui in un hotel a Pompei - ove erano soliti intrattenersi - e ivi consumarono un rapporto sessuale consenziente. Poi, dal momento che il suo telefono cellulare era stato sequestrato e spento dal Luminoso (e che il telefono della Crescentini non fosse raggiungibile lo ha confermato il figlio Carmine, nel corso della sua deposizione, il quale prov  invano a telefonarle fino alle 2.00 del mattino), approfittando dell'uscita di quest'ultimo dalla stanza, prese il secondo telefono regalatogli dalla madre dell'imputato, che aveva scrupolosamente nascosto nella sua borsa all'insaputa del Luminoso, e lo accese per inviare un messaggio. Al suo rientro in stanza, il Luminoso sent  il suono del cellulare e cominci  a frugare nella borsa, rovesciandone il contenuto sul pavimento e strappando tutti i documenti riposti al suo interno. Trovato il telefono, il Luminoso lo accese, facendosi dare il pin per l'accensione da lei e vi ritrov  alcuni messaggi, ivi

protrattasi per varie ore all'interno di un hotel in cui stava con lui trascorrendo la notte, all'esito della quale, colpita con calci all'addome e alla schiena, trascinata per i capelli, sbattuta contro il muro e colpita alle gambe con una sedia di ferro, riportò lesioni consistite nella frattura di una costola e vari diffusi e importanti traumi su viso e arti, guaribili in giorni venticinque (*cfr. referto*). Fu il figlio (che ha confermato la *circostanza nel corso della sua deposizione*) ad accoglierla sgomento in casa il mattino seguente all'aggressione e a spingerla, con l'aiuto di amici e altri familiari, nonostante le sue resistenze, a raggiungere il pronto soccorso e poi a denunciare.

Il giorno successivo all'aggressione sentì telefonicamente anche l'imputato, il quale minimizzò l'accaduto chiedendole di uscire e di coprire i lividi con un po' di trucco (**condotta di cui alla lett. e**). Dinanzi al suo rifiuto, la chiamò ripetutamente, ma ella non gli rispose più ed anzi si recò a sporgere denuncia; da quel giorno, i due non si sono più incontrati. In data 6 dicembre 2019, il è stato attinto dalla misura della custodia cautelare in carcere.

1.3. Vale la pena dare conto anche delle risultanze istruttorie portate dalla difesa, poiché tornerà utile, nel corso dei paragrafi successivi, tenere presente (a) quale sia stata la strategia adoperata dal difensore per difendersi dal fatto di cui al *titolo di reato contestato*; e (b) se sia esigibile e corretto pretendere che la difesa adoperi nel processo una strategia che difenda l'imputato non solo dal *titolo di reato contestato*, ma da *tutti i titoli di reato* astrattamente compatibili con il fatto oggetto di contestazione, indipendentemente dalla loro enunciazione nell'atto d'accusa.

Invero, la ha precisato che l'unica persona con la quale si confidò sulle violenze subite fu proprio madre dell'imputato, con la quale aveva un rapporto di viva confidenza: a suo dire, la donna, notando i lividi ed i segni sul suo volto e raccolte le sue rivelazioni, le consigliò di interrompere il rapporto con suo figlio, perché non era giusto che soffrisse in questo modo, ma lei non ci riuscì, poiché troppo coinvolta.

La madre dell'imputato, nel corso della sua escussione quale teste della difesa, ha confermato di avere avuto un rapporto di estrema confidenza e sincero affetto con la di aver appreso da lei che le aveva distrutto il cellulare per ragioni di gelosia e di averlo ricomprato a sue spese, di aver consigliato invano alla ragazza di lasciarlo, di aver appreso dalle sue parole della violenza subita il 25 novembre 2019, poiché quella mattina, come tutte le mattine si sentirono telefonicamente e la ragazza le disse di essere in ospedale.

Tuttavia, ha negato di aver ricevuto confidenze sulle aggressioni usiche perpetrate da di aver mai notato personalmente segni sul corpo della ragazza, neppure il giorno dopo l'aggressione del 25 novembre 2019. Ignara delle violenze fisiche si è dichiarata anche la sorella dell'imputato]

Ora, a prescindere dal dettaglio delle valutazioni in punto di attendibilità delle testi della difesa sui temi delle violenze – che più correttamente deve trovare altrove la sua sede¹² –, va

compresi quelli vocali che la si era scambiata con la madre del A questa scoperta, adirato con lei che - nel timore che glielo rompesse - gli aveva nascosto l'esistenza di un secondo telefono, reagì insultandola – “*sei una zoccola, una puttana*” - e minacciando di rinchiuderla in un posto lontano e non farle più vedere i figli. Tali aggressioni verbali, intervallate da violenze fisiche, si protrassero dalle ore 23.00 alle ore 3.00/4.00 circa del mattino, momento in cui l'imputato, dolente ad un braccio, crollò esausto sul letto e si addormentò. Anch'ella, impaurita, tamponato il viso gonfio con un asciugamano, si addormentò e, alle ore 6.00 del mattino, riaccompagnò l'imputato a casa e rientrò nel suo appartamento.

¹² Basti qui solo dire che la manifesta contraddizione delle dichiarazioni suddette con il fascicolo fotografico e con le altre – molto più - convincenti fonti rappresentative, oltre che il contegno processuale della madre di e le

osservato che entrambe le donne – nel corso della deposizione, si sono soffermate sulla forza e l'intensità del legame tra la e , sulla loro complicità, sull'assiduità della loro frequentazione, sull'intimità che loro stesse, in virtù di quel legame, avevano creato con la ed anche sulle "asperità" caratteriali del seppure ridimensionandole. La ha anche chiaramente affermato di essersi accorta delle conseguenze emotive che queste asperità avevano prodotto sulla ragazza e, addirittura, di aver tentato di dissuadere la ragazza a continuare il rapporto con ; suggerimento che la ragazza non aveva potuto accogliere proprio per l'incapacità di recidere il legame con l'imputato.

2. *La riconducibilità del fatto di cui al capo 1) alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 572 c.p.*

Essendovi, come visto, corrispondenza tra i fatti storici oggetto di imputazione e i fatti emersi all'esito dell'istruttoria dibattimentale, questo giudice ritiene di doverli riqualificare nell'ipotesi incriminatrice di cui all'art. 572 c.p.

Va a tal proposito osservato che i fatti addebitati all'imputato in imputazione, connotati, quanto alla condotta, da un alto grado di violenza e, quanto all'evento, da uno stato di paura, ma anche da uno stato di mortificazione e dipendenza fisica e psichica importante nella vittima, si sono svolte in costanza di una *relazione sentimentale stabile* tra le parti, che non ha avuto soluzione di continuità.

Alla luce di tali due elementi (ossia, da un lato, la gravità dell'evento psichico – già descritto in imputazione - e le condotte, che non si sono limitate – già in contestazione – a minaccia e molestia; e dall'altro, la presenza di una relazione stabile e consolidata tra le parti) non appare corretta, a parere di questo giudice, la riconduzione operata dall'Ufficio di Procura dei fatti oggetto di imputazione alla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p.

2.1. Va premesso che la *ratio* di politica criminale che ha sorretto l'introduzione legislativa della fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p., con l'art. 7 del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11 ("*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*"), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1 della L. 23 aprile 2009, n. 38, induceva ad escludere che i casi in cui tra vittima e carnefice fosse *in corso* una relazione affettiva stabile potessero ricadervi (sul punto, icastico il richiamo del difensore al termine anglofono *stalking* che nel linguaggio giudiziale dà titolo al reato e che implica etimologicamente la presenza di un cacciatore e di una preda¹³).

Il legislatore intendeva colmare un vuoto di tutela avverso i comportamenti persecutori, assillanti e invasivi della vita altrui, introducendo, in linea con gli ordinamenti stranieri, l'art. 612 bis c.p. per attribuire autonomo e aggravato rilievo penale alle condotte di minaccia e molestia –

spontanee dichiarazioni dello stesso imputato, conducono a ritenere inattendibili entrambe le deposizioni almeno per la parte riferita alla percezione delle aggressioni fisiche, fermo restando che, quandanche le due donne non avessero assistito personalmente a violenze o fossero state destinatarie di confidenze in tal senso, non sarebbe questo elemento idoneo a sconfiggere il narrato credibile e riscontrato della persona offesa.

¹³ In "The Oxford English Dictionary" la definizione è "*To approach slowly and quietly in order not to be discovered when getting closer towards an animal or a person, in order to kill, catch or harm it or them*" E in riferimento al termine nella sua connotazione criminale "*to illegally follow and watch somebody over a long period of time, in a way that is annoying or frightening*". Nel dossier redatto dal Servizio Studi del Senato, febbraio 2009, n. 98, a commento dei disegni di legge AA.SS. nn. 451, 751, 795, 861 e 1348 in materia di *stalking*, si legge "*Il termine "stalking" (e il verbo "to stalk") è derivato dal linguaggio tecnico della caccia ed è traducibile letteralmente con la perifrasi "fare la posta" (alla preda)*". Sembrerebbe lampante in questa sola definizione che per aversi *stalking* c'è un reo che, in senso lato, insegue e una vittima che sfugge.

già punite come reati autonomi – quando le stesse fossero assillanti e reiterate (trattasi di reato abituale) ed idonee a cagionare almeno uno degli eventi indicati nel testo normativo (trattasi di reato di evento), ossia stato di ansia o di paura, timore per l'incolumità personale e cambiamento delle abitudini di vita. In tali casi, il maggiore disvalore giuridico del fatto è giustificato dall'esposizione della vittima a gravi conseguenze nella vita emotiva (stato di ansia e di paura ovvero timore per l'incolumità) e pratica (cambiamento delle abitudini di vita).

Nel testo normativo originario, a conferma della fisionomia criminale dello *stalking* quale condotta di un soggetto allontanato dalla vita della vittima il quale, perseguitandola, tenta di rompere gli argini di quel confinamento, militavano argomenti interpretativi inequivocabili.

La *voluntas legislatoris* appariva manifesta, *in primis*, nei dati statistici offerti dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1440, riportanti i casi riconducibili alle fattispecie di nuovo conio, facendo riferimento a condotte “*commesse in un caso su due (...) ad opera di ex mariti, ex conviventi o ex fidanzati, ma (...) anche da conoscenti, colleghi o estranei*”. Nessuna menzione di condotte perpetrate dal partner in costanza di relazione.

In secondo luogo, con riferimento all'aggravante di cui al secondo comma dell'art. 612 bis c.p., nella stesura definitiva della disposizione originaria, non fu accolta la proposta di modifica della Commissione alla Camera, in cui si suggeriva che l'aggravamento della pena riguardasse anche il coniuge (*non solo* separato o divorziato) e la persona *ancora* legata da relazione affettiva alla persona offesa.

Da questi due dati, emergeva che le ipotesi riconducibili a *stalking* perpetrate nell'ambito di una relazione affettiva stabile erano state ritenute, già dal legislatore del 2009, statisticamente risibili o comunque eccentriche rispetto alla *ratio* di introduzione della fattispecie, e pertanto neppure meritevoli di più stringente tutela – in distonia con la fisionomia di altri reati contro la persona in cui la relazione affettiva è elemento aggravante¹⁴.

2.2. Come noto, tuttavia, l'aggravante di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p. è stata poi modificata dall'art. 1, comma 3, lett. a), d.l. n. 93/2013, conv. dalla legge n. 119/20131, sostituendo all'espressione “*coniuge legalmente separato o divorziato*” quella di “*coniuge anche legalmente separato o divorziato*” ed attraendo nell'aggravante anche i rapporti affettivi in corso. Questo ampliamento – in teoria ben chiaro nella sua *ratio* di approntare una tutela rafforzata delle relazioni affettive in cui le minacce ben possono realizzarsi - ha snaturato, a parere di questo giudice, la fisionomia *criminis* del reato di *stalking*, creando dei profili di sovrapposizione con il reato di cui all'art. 572 c.p. Se le esigenze di politica criminale perseguite con la novella del 2009 erano infatti quelle di colmare uno specifico vuoto di tutela, con l'obiettivo di punire “*la reiterazione insistente di condotte intrusive¹⁵, quali telefonate, appostamenti, pedinamenti fino, nei casi più gravi, alla realizzazione di condotte integranti di per sé reato (minacce, ingiurie, danneggiamenti, aggressioni fisiche)¹⁶*”, sarebbe stato logico mantenere differenziati gli ambiti applicativi della fattispecie di *stalking*, rispetto a quelli del reato di maltrattamenti, poiché era palesemente in contrasto con la *ratio*

¹⁴ D'altra parte, dalla lettura delle discussioni parlamentari prodromiche all'approvazione del testo normativo, si evince un clima di confusione in merito alla *ratio* di esclusione di una siffatta aggravante, e talora è introdotto il tema dell'ontologica estraneità del reato di atti persecutori alle ipotesi di rapporto affettivo in corso.

¹⁵ Le condotte *intrusive* in tanto possono definirsi tali, in quanto vi sia uno spazio individuale che la persona offesa protegge ed in cui la presenza del reo è espressamente rifiutata.

¹⁶ Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1440.

legislativa (e si veda in tal senso la – probabilmente superflua¹⁷ - clausola di salvaguardia) la punizione di condotte che già ricevevano tutela con pene più gravi nella normativa previgente.

Peraltro, la scelta di tenere distinte le ipotesi di maltrattamenti e di atti persecutori utilizzando quale parametro distintivo la presenza di una stabile relazione affettiva in corso, avrebbe avuto una sua *ratio* di politica criminale del tutto ragionevole: tenere condotte di minaccia o molestia nel contesto di una relazione stabile, reciprocamente condivisa, in danno di un *partner* il quale, nonostante le molestie e le minacce, non ha in sé le risorse emotive per respingere il reo, ed anzi, in una situazione di dipendenza affettiva e psicologica, subisce, ingoiandole, le sue condotte e continua a vivere la relazione nella speranza di poterla recuperare, evoca un fatto ascrivibile a pieno titolo alla *ratio* applicativa del reato di cui all'art. 572 c.p., molto più che nel terreno dello *stalking* che lascia ipotizzare la presenza di una vittima che fugge e di un carnefice che insegue.

Tuttavia, come già detto, la presenza dell'aggravante di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p., che attrae alla sfera applicativa dell'art. 612 bis c.p. anche le condotte persecutorie tenute nei confronti di una persona della famiglia *lato sensu* intesa (nozione sulla quale ci si soffermerà), impone di rivisitare i rapporti tra le due fattispecie in termini di sovrapposizione e di concorso apparente di norme, tenendo presente che la clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 612 bis c.p. rende espressamente sussidiaria l'ipotesi di *stalking* rispetto a quella di maltrattamenti, punita più gravemente¹⁸.

2.3. Ebbene, venendo all'analisi comparativa delle fattispecie, va osservato che innanzitutto l'oggettività giuridica di cui agli artt. 572 e 612 bis c.p. è diversa: il reato di maltrattamenti è un reato contro la famiglia *lato sensu* intesa (o meglio contro l'assistenza familiare) e il suo oggetto giuridico è costituito dai congiunti interessi dello Stato alla tutela della famiglia da comportamenti vessatori e violenti e delle persone facenti parte della famiglia alla difesa della propria incolumità fisica e psichica. Il reato di atti persecutori è un reato contro la persona e in particolare contro la libertà morale, che può essere commesso da chiunque con atti di minaccia o molestia reiterati e che non presuppone l'esistenza di interrelazioni soggettive specifiche.

Venendo alla struttura dei due reati, rispetto all'asciutta descrizione del delitto di maltrattamenti - concetto omnicomprensivo, indeterminato o quantomeno elastico, che tra l'altro riassume in sé sia la condotta che l'evento psichico -, il delitto di *stalking* attribuisce rilievo penale alle condotte di minaccia o molestia idonee a cagionare uno dei tre eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice, quali la modifica delle abitudini di vita, il perdurante e grave stato di ansia e di paura e il fondato timore per l'incolumità. La valutazione di idoneità va condotta in concreto dal giudice il quale dovrà verificare il nesso causale tra la condotta posta in essere dall'agente e i turbamenti derivati alla vita privata della vittima (cfr. fra le tante *Cass. n. 46331/13 e n. 6417/10*). Con riferimento agli eventi, agevole è il controllo giudiziario sull'evento pratico ed esterno, quale la "modifica delle abitudini di vita"; più delicata la verifica degli eventi che riguardano la sfera intima, emotiva e psicologica, quali il "perdurante e grave stato di ansia e

¹⁷ Giudica - correttamente - superflua la clausola di salvaguardia attenta dottrina, rilevando che, per la le regole generali.

¹⁸ In particolare a seguito della recente L.19 luglio 2019, n. 69 "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere", applicabile *ratione temporis* al caso di specie.

di paura” e il “fondato timore per l’incolumità”, che debbono essere accertati attraverso la verifica di elementi sintomatici di tale turbamento psicologico, ricavabili dalle dichiarazioni della vittima, messe in relazione alla sua sensibilità personale, ma soprattutto dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall’agente ed anche da quest’ultima, considerando tanto il suo profilo concreto quanto la sua astratta idoneità a causare l’evento. È poi autonomo ed ulteriore il controllo della fattispecie soggettiva, dovendosi, tra l’altro, ritenere rilevanti solo gli eventi conosciuti dall’imputato e da questi valutati per portare a compimento il proprio intento persecutorio.

Ponendo a confronto le due fattispecie, si evidenzia che, quanto alla condotta, i contegni di *stalking* – minacce e molestie¹⁹ – sono astrattamente idonei ad integrare la condotta di *maltrattamenti* di cui all’art. 572 c.p., che attrae a sé *tutti* gli atti lesivi dell’integrità fisica e morale della vittima, e quindi non solo le minacce e le molestie, ma anche, da un lato, le mortificazioni psichiche, e dall’altro, le ingiurie ed ogni forma di violenza. D’altronde, entrambi sono delitti abituali a forma libera, in cui le condotte si tipizzano per la loro idoneità alla causazione dell’evento.

A ben vedere anche gli eventi, non omologabili testualmente difettando l’esplicitazione dell’evento nel delitto di cui all’art. 572 c.p. (implicito nella descrizione della condotta che attrae a sé sia l’atto di maltrattare sia l’evento di essere maltrattati), di fatto incontrano numerosi profili di sovrapposizione, almeno con riferimento ai due eventi alternativi emotivi e psichici, perché il maltrattato è chi sviluppa nei confronti del maltrattante un sentimento di timore o, quantomeno, di paura e di stress. Ad un’attenta analisi, tuttavia, lo *status* di maltrattato implica un evento psichico più complesso della sola paura, poiché la vittima vive uno stato di svilimento, di prostrazione, di sopraffazione della sua personalità morale, un costante patimento, determinato da un regime di vita in cui l’offesa alla propria personalità è divenuta abitudine costante, cosciente e volontaria da parte del soggetto attivo²⁰.

L’unico elemento di specialità per aggiunta nello *stalking* rispetto al delitto di maltrattamenti è l’evento della modifica delle abitudini di vita della vittima, che, non a caso, non è richiesto nell’art. 572 c.p., fattispecie dall’estensione dell’evento psichico evidentemente più ristretta nelle sue ricadute tangibili e concrete. Del resto la modifica delle abitudini di vita, sebbene alternativo, appare emblematico dell’originaria vocazione della fattispecie di *stalking*: nella modifica delle abitudini di vita della vittima causata dalle condotte persecutorie si scorge quel tentativo – ma anche quella capacità - evitante della vittima rispetto alle persecuzioni del reo, capacità che di regola non si riscontra ed infatti non è richiesta nel reato di cui all’art. 572 c.p.: in quest’ultimo caso, la vittima subisce il maltrattamento perché, sentimentalmente legata al maltrattante, ancora fortemente condizionata dal legame affettivo, non riesce ad allontanarsene - se non per brevi, faticosi momenti -, subisce e prosegue la relazione.

¹⁹ *Molestie* che, ancora una volta, evocano un concetto di “disturbo” della vittima, che sembrerebbe male attagliarsi ad una relazione affettiva in corso.

²⁰ L’evento psichico, connesso alla natura di reato di durata e quindi sviluppato nel tempo è prima di tutto psichico: maltrattato non è il leso, il minacciato, il molestato, ma è colui che consente, tollera, subisce la reiterazione nel tempo delle condotte d’abuso. E’ stato efficacemente descritto in dottrina, come uno stato di “sofferenza di natura fisica e morale si ripercuote sulla personalità della vittima, impedendone la normale espansione, soffocandola, o anche soltanto rendendole ingiustamente più difficile la libera formazione ed esplicazione, frustrandola, deformandola in direzioni diverse da quelle che senza i maltrattamenti avrebbe potuto assumere, comprimendola in uno stato di terrore e di abiezione indegno di un essere umano”, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli* [XXV, 1975] di Coppi Franco, voce in *Enciclopedia del diritto*.

Per converso, l'art. 572 c.p. presenta un elemento di specialità per specificazione rispetto all'art. 612 bis c.p., poiché, quasi a compensare la vaghezza della descrizione onnicomprensiva della condotta/evento di *maltrattamenti*, è fortemente restrittivo nell'individuazione dell'ambito applicativo soggettivo: maltrattante è, per quanto qui rileva, solo *la persona della famiglia o comunque convivente*, come suggerisce anche la collocazione sistematica della disposizione.

2.4. Che per “famiglia” dovesse intendersi la “formazione sociale”, fondata oltre che sulla costanza del matrimonio anche sul legame affettivo di chi l'ha costituita e da cui derivano i doveri di solidarietà materiale e morale di tutti coloro che tali legami hanno creato, era noto ben prima della novella legislativa del 2012²¹ che ha aggiunto la dicitura “*o comunque convivente*”, positivizzando un dato abbondantemente acquisito in via pretorile.

Del resto, un'interpretazione estensiva dell'ambito applicativo soggettivo della norma è in linea con la *ratio* dell'art. 572 c.p., che è quella di punire autonomamente colui che adoperi condotte maltrattanti in un contesto affettivo protetto e di tutelare la vittima che subisce, proprio nella dimensione emotiva in cui dovrebbe ricevere maggiore cura, condotte di prevaricazione fisica o morale; e che, al contempo, anzi, proprio per la persistenza del legame affettivo e per il condizionamento emotivo che lo stesso esplica nella sua vita, fatica a riconoscere i suoi diritti, la sua dignità e il suo spazio di libertà nonché ad esercitare la sua capacità di difendersi. Le situazioni di vita che ricevono tutela nell'art. 572 c.p. sono i legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire. Dal punto di vista della vittima, la reazione è inibita perché profondo è il sentimento di dipendenza psicologica, irrinunciabile il progetto di vita intrapreso, pesante il senso di subordinazione o insuperabile il condizionamento materiale ed economico: la vittima ritiene comunque di dover accettare o di non poter o saper rompere il rapporto. Dal punto di vista dell'autore, il legame affettivo - sebbene sfibrato dalle mortificazioni -, in uno con la soggezione psicologica della vittima, la sua dipendenza morale, il suo affetto, il suo condizionamento materiale ed economico, il suo rispetto del valore stesso del rapporto, sono gli elementi che consentono la reiterazione, l'abitudine dei suoi comportamenti di negazione e mortificazione dell'impegno di stabilità, assistenza reciproca e fedeltà²².

Verificata l'oggettività giuridica del reato, tenuto conto della *ratio* legislativa della novella del 2012 di estensione dell'ambito applicativo del reato a coloro che *comunque convivono*, *ratio* legislativa improntata al rafforzamento della tutela e non al suo indebolimento, deve comprendersi quale estensione applicativa abbia il concetto di convivenza.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità – come si diceva - era stata molto chiara, anche prima della novella del 2012, nel ritenere persona di famiglia colei con la quale vi sia una relazione stabile e stabilmente organizzata, sia pure naturale e di fatto, prescindente dalla stabile

²¹ Le parole “*o comunque convivente*” sono state aggiunte dalla L. n. 172 del 2012 - *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*.

²² D'altra parte, il riferimento dell'art. 572 c.p. anche alle relazioni fondate sull'autorità e sull'affidamento inducono a soffermarsi sul dato comune della natura particolare del rapporto considerato, in cui vi è una componente di fiducia – o di soggezione - che la vittima ripone nell'autore. Si tratta di rapporti che, proprio per la componente di fiducia - o soggezione - possono favorire le manifestazioni di prepotenza di un soggetto sull'altro e indebolire nella vittima la capacità di sottrarsi alle vessazioni. Centrale in tutti e tre i casi appare la tutela della personalità di singoli individui in ragione della loro particolare posizione psicologico-affettivo - o formalmente subordinata – rispetto all'autore dei maltrattamenti.

coabitazione, condivisa nei reciproci ambienti di vita, fondata su unità di intenti e progetti, reciproca assistenza, protezione e solidità; caratteristiche che, per vero, costituiscono l'*humus* nel quale si innestano i condizionamenti subiti dal maltrattato (cfr. Cass. Pen. Sez. 5, Sentenza n. 24688 del 17/03/2010, rv. 248312, in cui si afferma che *“La giurisprudenza di legittimità ha da tempo chiarito che il delitto di maltrattamenti in famiglia è ravvisabile anche per la così detta famiglia di fatto, ovvero quando in un consorzio di persone si sia realizzato, per strette relazioni e consuetudini di vita, un regime di vita improntato a rapporti di umana solidarietà ed a strette relazioni, dovute a diversi motivi, anche assistenziali (vedi Cass., Sez. 3^a, 3 luglio - 3 ottobre 1997, n. 8953). La sentenza citata ha, altresì, precisato che non è necessaria la convivenza e la coabitazione; ciò perché la convivenza non rappresenta un presupposto della fattispecie criminosa in questione”*; o anche Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 8953 del 03/07/1997 Ud. (dep. 03/10/1997) Rv. 208444 – 01; e Cass. Pen., Sez. 6, 18.12.1970, ove si è ritenuto sufficiente che tra i non conviventi vi fosse una stabile relazione sessuale).

Ma, anche all'indomani della novella del 2012, la giurisprudenza ha operato un'interpretazione estensiva del concetto di convivenza, valorizzando ben più del dato formale della condivisione continuativa di spazi fisici, il dato sostanziale della condivisione di progetti di vita (cfr. da ultimo, Cass. Pen. Sez. 6, Sentenza n. 19922 del 2019, ed anche Cass. Pen., sez. 2, 23 gennaio 2019, n. 10222. Più diffusamente, Cass. Pen, Sez. 6, n. 31121 del 18/03/2014, Rv. 261472, in cui si ritiene integrato il delitto di maltrattamenti con riferimento a due amanti non conviventi, *“Da tempo la giurisprudenza ha chiarito che la norma di cui all'art. 572 c.p. non riguarda solo i nuclei familiari costruiti sul matrimonio, ma qualunque relazione che, per la consuetudine e la qualità dei rapporti creati all'interno di un gruppo di persone, implichi l'insorgenza di vincoli affettivi e aspettative di assistenza assimilabili a quelli tradizionalmente propri del nucleo familiare. È infatti in contesti del genere che sorge la primaria esigenza di tutela assicurata dalla norma incriminatrice, cioè quella di evitare che dai vincoli familiari nascano minorate capacità di difesa a fronte di sistematici atteggiamenti prevaricatori assunti da un componente del gruppo: evitare cioè che la relazione costituisca al tempo stesso l'occasione e la "vittima" di assetti patologici nei rapporti interpersonali più stretti. Ciò detto, sembra chiaro come la fattispecie non esiga affatto il carattere monogamico del vincolo sentimentale posto a fondamento della relazione, e neppure una continuità di convivenza, intesa quale coabitazione. È necessario piuttosto, ed unicamente, che detta relazione presenti intensità e caratteristiche tali da generare un rapporto stabile di affidamento e solidarietà.”*).

D'altra parte, un'interpretazione siffatta è l'unica compatibile con l'art. 3 Cost.: sarebbe infatti irragionevole tutelare la vittima di mortificazioni abituali allorquando sia legata da vincoli fondati sul matrimonio, anche in quei casi in cui il rapporto sia ormai sgretolato e indebolito nella sua capacità di condizionare la vittima (si pensi al caso di ex coniugi, in relazione ai quali la giurisprudenza ritiene configurabile il reato di maltrattamenti e assorbito quello di atti persecutori aggravati²³); e non tutelare, invece, la vittima di mortificazioni abituali che avvengono in contesti affettivi non suggellati da scelte formali, ma caratterizzati comunque dalla attuale condivisione di spazi e progetti di vita che condizionano fortemente la capacità di reagire della vittima.

Va peraltro rilevato che, anche dopo l'innovazione del 2012, secondo un'interpretazione letterale, la convivenza non può essere ritenuta elemento costitutivo, ma solo residuale, del delitto di cui all'art. 572 c.p., in considerazione del fatto che la norma si riferisce, nell'indicare il soggetto passivo ad «una persona della famiglia o comunque convivente». Del resto, le ulteriori ipotesi di

²³ Da ultimo, Cass. Pen. sez. II, 23/01/2019, (ud. 23/01/2019, dep. 08/03/2019), n.10222). Contra, Cass. Pen. sez. VI, 09/10/2018, n. 55737).

rapporti giuridici presi in considerazione dalla norma (sottoposizione ad autorità o affidamento per ragioni di educazione, istruzione, cura vigilanza custodia, ovvero per l'esercizio di una professione o di un'arte) prescindono tutte dall'elemento della convivenza, essendo invece dirimente l'elemento del carattere para-familiare dei rapporti²⁴.

2.5. Ora, identificato il rapporto di specialità bilaterale tra le fattispecie, posto che, per quanto di interesse, entrambi i reati possono essere integrati in corso di relazione affettiva (per lo *stalking*, in particolare, nell'ipotesi aggravata di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p. qui contestata), deve ritenersi che il rapporto tra le fattispecie, in tal caso, si ponga in termini di gradualità e approfondimento dell'offesa, coerentemente con la risposta sanzionatoria prevista dal legislatore, che vede oggi il reato di maltrattamenti punito ben più gravemente del delitto di atti persecutori anche nella forma aggravata.

Se le molestie e le minacce si accompagnano ad altre condotte diverse e ancor più mortificanti (quali violenze, ingiurie, mortificazioni e pressioni psicologiche) tali da provocare uno svilimento della sfera morale ed emotiva della vittima e paralizzarla nelle sue reazioni, la condotta è idonea a integrare il reato di maltrattamenti, per cui il reato di *stalking*, in virtù della clausola di salvaguardia, non potrà configurarsi.

Nel caso contrario – casisticamente limitato, restando l'art. 572 c.p. l'ambito elettivo per la tutela delle relazioni affettive esposte al rischio di distorsioni -, in cui la condotta di minaccia e molestie, pur generando nella vittima uno degli eventi psichici alternativi del delitto di *stalking*, non si risolva in una condizione di mortificazione insostenibile per la vittima, perché costei, pur impaurita, sia per esempio in grado di reagire e fronteggiare il carnefice, offrendo condotte pari e contrarie²⁵ ovvero modificando le sue abitudini di vita in chiave respingente del carnefice, l'unico reato configurabile sarà quello di atti persecutori nella forma aggravata.

D'altra parte, quando la condotta, nel tempo, si sia progressivamente concretata in atti ben più gravi delle sole molestie e minacce appare evidente dalle stesse condotte che la vittima abbia sopportato dal carnefice molto più di quanto avrebbe, in una relazione percepita alla pari, consentito.

In tal modo, si offre una lettura del tutto compatibile con il dato normativo, poiché è fatto salvo lo spazio applicativo della fattispecie aggravata di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p. in caso di relazione affettiva o coniugale ancora in corso, ferma restando la sussidiarietà della fattispecie ove il fatto sia riconducibile all'ipotesi *più grave* di maltrattamenti.

2.6. Applicando le conclusioni cui si è pervenuti al caso oggetto di giudizio occorre rilevare che, al momento dei fatti, tra la _____ e _____ vi era un rapporto di condivisione affettiva stabile, come si evince nella stessa imputazione (*cfr. in punto di indicazione*

²⁴ Al riguardo si consideri la giurisprudenza che ha riconosciuto la realizzazione del reato in esame nelle ipotesi di *mobbing*, secondo cui “Le pratiche persecutorie realizzate ai danni del lavoratore dipendente e finalizzate alla sua emarginazione (cosiddetto “mobbing”) possono integrare il delitto di maltrattamenti in famiglia esclusivamente qualora il rapporto tra il datore di lavoro e il dipendente assuma natura para-familiare, in quanto caratterizzato da relazioni intense ed abituali, da consuetudini di vita tra i soggetti, dalla soggezione di una parte nei confronti dell'altra, dalla fiducia riposta dal soggetto più debole del rapporto in quello che ricopre la posizione di supremazia.», v. da ultimo, Sez. 6, Sentenza n. 39920 del 2018, non massimata; Sez. 6, n. 24642 del 19/03/2014 - dep. 11/06/2014, Pg in proc. L G, Rv. 26006301.

²⁵ Come noto, secondo la giurisprudenza di legittimità, se vi sono molestie o minacce reciproche non è configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia (v. Cass. Pen. Sez. 6, n. 4935 del 23/01/2019 - dep. 31/01/2019, M, Rv. 27461701 secondo cui «In tema di maltrattamenti in famiglia, integra gli estremi del reato la condotta di chi infligge abitualmente vessazioni e sofferenze, fisiche o morali, a un'altra persona, che ne rimane succube, imponendole un regime di vita persecutorio e umiliante, che non ricorre qualora le violenze, le offese e le umiliazioni siano reciproche, con un grado di gravità e intensità equivalenti»).

dell'aggravante di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p.): nonostante non vi fosse convivenza a carattere continuativo, trattandosi tra l'altro, per entrambi, di una seconda relazione a seguito di una prima esperienza relazionale naufragata (sono soggetti già separati e, almeno la _____, con figli), il rapporto era serio, stabile e fondato sulla condivisione dei rispettivi affetti. Il _____ era stato presentato sin da subito ai figli della _____ (cfr. dichiarazioni della _____ e del figlio _____) e talora usciva a passeggiare con la _____ e i figli o addirittura prelevava da solo il figlio della _____, in stazione quando il ragazzo faceva rientro da Sorrento, ove lavorava (cfr. dichiarazioni della _____ del figlio _____). Per converso, la _____, introdotta sin da subito in famiglia come compagna del _____ frequentava quotidianamente l'abitazione della madre di _____ ove costui viveva: quasi ogni pomeriggio, si recava in quella casa, spesso si tratteneva anche senza il _____ attendendo il suo rientro da lavoro, preparando la cena per tutti i familiari del compagno (cfr. dichiarazioni di _____) e consumandola poi in loro compagnia (cfr. dichiarazioni della _____ e della madre dell'imputato); di frequente, trascorrevano in quella casa tutta la serata a guardare un film (cfr. dichiarazioni della _____), e nel fine settimana, si tratteneva a dormire (cfr. dichiarazioni della madre dell'imputato). Aveva inoltre stretto un intenso rapporto affettivo con la madre e la sorella dell'imputato, che frequentava stabilmente (cfr. dichiarazioni di _____, rispettivamente madre e sorella dell'imputato²⁶).

Indubbia la condivisione del progetto di vita ed evidente l'intenso legame affettivo, che si pervadeva nei reciproci ambiti di vita, avvincendo la _____

Il contesto è quindi quello di una relazione affettiva attuale e stabile, con doveri ed interessi reciproci, caratterizzata anche dal coinvolgimento degli amanti nei rispettivi rapporti familiari, tale da attrarre le condotte tenute dal _____ nel campo applicativo soggettivo di sovrapposizione tra la fattispecie di cui all'art. 612 bis, comma 2 c.p. e 572 c.p.

2.7. Poste queste premesse, vanno analizzate le condotte contestate al _____ e l'evento psichico ed eventualmente materiale prodotto nella _____

Le condotte descritte in imputazione consistono, innanzitutto, in *violenze fisiche* gravi, altamente lesive reiterate, sovente legate a ragioni di gelosia, (**condotte descritte alle lett. b e d**); le stesse hanno trovato conferma in sede istruttoria (cfr. fascicolo fotografico e descrizione della vittima) e sono parse peraltro sovente legate a motivi veramente futili.

Non mancano le *violenze psicologiche*, riconoscibili nell'atto di _____ in più occasioni, il telefono della vittima e privarla di un telefono a lei intestato e da lei gestito liberamente, anche mediante uso dei *social network* (fatto **descritto in imputazione**, pur avendo il pubblico ministero ritenuto un *evento* del delitto di atti persecutori, e non invece una *condotta* persecutoria); (ii) aggredirla allorché scoprì che utilizzava ugualmente un telefono al di fuori del suo controllo (**condotta descritta alla lett. d**); (iii) raggiungerla sotto casa, anche di notte, e tempestarla di telefonate, ove non fosse agevolmente raggiungibile telefonicamente, poi ingiuriandola (condotta riconducibile al concetto di molestia **descritta alla lett. a**) (iv) minacciare, nel corso di un litigio, di ledere l'incolumità fisica di suo figlio - ragazzo che incontrava anche da _____

²⁶ Entrambe le donne hanno dichiarato che _____ parlava in modo entusiastico della _____ e si diceva certo di aver trovato la donna giusta che potesse affiancarlo, una donna con cui, dopo la fine del rapporto con la ex compagna, aveva ritrovato stabilità nella sua vita, trovando addirittura un impiego. La _____ ha addirittura raccontato di aver stretto un rapporto materno con la _____, con la quale si sentiva telefonicamente ogni mattina. La _____ si confidava molto con lei e le raccontò del suo stato depressivo, in relazione al quale la stessa _____ a sue spese la condusse da uno specialista.

solo in stazione - col quale aveva peraltro già avuto un confronto acceso (**condotta descritta alla lett. c**); (v) pressarla per uscire, nonostante i visibili lividi sul volto che gli aveva provocato, invitandola a coprirli col trucco notte – condotta riconducibile al concetto di molestia **descritta alle lett. d**).

Le condotte descritte, secondo quell'ottica, di cui si è discusso in precedenza, di approfondimento dell'offesa intesa quale sistematica mortificazione del legame relazionale ed affettivo, appaiono a pieno titolo sussumibili nell'art. 572 c.p. poiché, lungi dal risolversi in mere minacce e molestie, si sono concretizzate in qualcosa di più: sistematici e coscienti atti di prevaricazione fisica e psicologica che la vittima ha ampiamente tollerato senza opporre mai resistenza.

Oltre alla gravità delle condotte descritte, che paiono esprimere per sé sole con pienezza e solidità il concetto di *maltrattamenti*, elemento idoneo a dare corpo alla tipicità del reato è anche l'evento psichico prodotto sulla

In punto di evento, si esprime innanzitutto piena condivisione della tesi difensiva, nella parte in cui il difensore propendeva per l'esclusione, nel caso di specie, dell'evento della *modifica delle abitudini di vita*. Non è infatti dato di riconoscere nei fatti indicati in contestazione, e finanche in quelli esplicitati dalla vittima in sede istruttoria, la modifica della abitudini di vita richiesta dalla norma incriminatrice di cui all'art. 612 bis c.p.

Con riferimento ai primi, cioè quelli oggetto di imputazione, l'Ufficio di Procura ritiene sia *evento pratico* del reato l'avere la (a) smesso di uscire di casa per non incontrare (evento completamente smentito in sede istruttoria); e (b) avere acconsentito a detenere un telefono intestato all'imputato (scelta accusatoria che tradisce un equivoco sulla *ratio* dell'art. 612 bis c.p. e sul nesso causale tra condotta ed evento, poiché *acconsentire* a un'imposizione dell'imputato non rientra nell'evento *pratico* della modifica della abitudini di vita – evento che richiede invece l'attivarsi dell'iniziativa reattiva della vittima in chiave evitante delle persecuzioni del reo – ma esprime semplicemente la tolleranza della condotta del reo, in cui si scorge al più l'evento *psichico* del reato).

Quanto poi alla pretesa modifica delle abitudini di vita riferita dalla vittima in sede istruttoria consistente nel doversi trattenere la sera tardi con l'imputato, trascurando i suoi figli (che a rigore non sarebbe neppure un evento contestato nel dettaglio dell'imputazione) - tralasciando il fatto che la donna ha ammesso di intrattenersi con anche perché aveva piacere a trascorrere la notte con lui – anche questo comportamento, come rilevava correttamente la difesa, non è idoneo a integrare una modifica delle abitudini di vita *causata* dalla condotta persecutoria in chiave evitante, ma esprime, ancora una volta, semplicemente la tolleranza della condotta del reo, in cui si coglie al più l'evento *psichico* del reato. Vale la pena, peraltro, di precisare che l'assenza di una condotta concretamente evitante di modifica delle abitudini di vita è proprio uno degli elementi che conduce a propendere per l'integrazione dell'evento *psichico* di maltrattamenti, secondo le coordinate espresse nel paragrafo precedente, poiché manifesta quello stato di svilimento e carenza di reattività della vittima che è tipico evento psichico implicito del delitto di maltrattamenti.

L'evento psichico, come rilevato nei paragrafi che precedono, è un terreno che offre rischi di scivolamento, in sede probatoria, tra il reato di atti persecutori, ove l'evento psichico è alternativamente esplicitato, e quello di maltrattamenti, ove l'evento psichico è implicito. Quando

la contestazione contenga in sé – come accade nel caso di specie - l'evento psichico di stress paura e timore per l'incolumità esso è idoneo a coprire sia l'evento di maltrattamenti che quello di persecuzione, e sarà necessario vagliare nel merito come concretamente l'evento si atteggi. Chiaramente, trattandosi di evento *psichico*, la prova dovrà raccogliersi, come accade in tutte le verifiche di stati interiori, emotivi o volitivi, privilegiando l'analisi *oggettiva* delle condotte di entrambe le parti, e non i sentimenti interiori così come riferiti in sede istruttoria.

Poste queste premesse, si offre all'interprete un profilo di ampia osmosi tra condotta ed evento, poiché quanto più sono dirompenti le condotte aggressive del reo tanto più la persona offerta è stata disposta, gradualmente nel tempo, a sopportare, mostrando quell'altissimo livello di prostrazione e svilimento della sua persona, di dipendenza psicologica, che costituisce, in uno alla paura e al timore per la propria incolumità, il dato tipico dell'evento psichico maltrattamenti. Ne deriva che, quando le condotte del partner trasmodino in attacchi fisici e seri, in pratiche di controllo sistematico della vita altrui, che non incontrano resistenza e si sviluppano per un tempo non esiguo, diventa arduo escludere il più profondo evento psichico caratterizzante della vittima maltrattata.

Nel caso di specie, la _____ aveva sicuramente paura di _____ aveva sicuramente timore per sé e per i suoi cari (così come indicato in imputazione) ma la gravità delle condotte che la stessa è stata disposta a sopportare – in termini di privazioni, pesanti violenze culminate nella frattura di una costola e di tre dita, di rischi che concretamente correva per sé e per suo figlio, apertamente minacciato da _____ soggetto del quale ben conosceva l'indole violenta scatenatasi contro l'ex moglie – illumina un evento inserito in un contesto di paralisi, coazione a ripetere, conservazione del rapporto ad ogni costo, resistenza al cambiamento (ampiamente dimostrata nelle parole del figlio e della suocera) che conduce in modo chiaro, inequivocabile alla cifra dei maltrattamenti.

Questi elementi rendono ragione della riqualificazione giuridica dei fatti contestati al capo 1) nell'ipotesi incriminatrice di cui all'art. 572 c.p.

3. *Il potere di riqualificazione giuridica del fatto nella fattispecie di cui all'art. 572 c.p., trattandosi di stesso fatto*

Non v'è alcun dubbio che, nel caso di specie, il fatto ritenuto in decisione sia esattamente conforme e medesimo rispetto al fatto di cui alla contestazione, avendo operato questo giudice entro gli stretti limiti consentiti dalla riqualificazione giuridica, in ossequio al principio *iura novit curia*.

3.1. Va, innanzitutto, premesso che l'illustrazione, testé operata, dei rapporti tra le due fattispecie in termini di concorso apparente di nome, risolto con applicazione del principio di specialità - reso addirittura sovrabbondante e scontato dall'utilizzo della clausola di salvaguardia di cui all'art. 612 bis c.p. - consente di ritenere integrato finanche quel requisito accreditato dalla dottrina più garantista per aversi *medesimo* fatto: è noto infatti che una certa dottrina ritiene che, in tanto possa parlarsi di *stesso* fatto, in quanto tra la fattispecie originariamente contestata e la fattispecie individuata dal giudice vi sia un rapporto di specialità²⁷.

²⁷ Altrove, come noto, si è sostenuto che per aversi medesimezza del fatto le due fattispecie dovrebbero essere poste a presidio dello stesso bene giuridico.

3.2. D'altra parte, è stato correttamente sostenuto²⁸ che l'analisi circa la medesimezza del fatto non debba essere affrontata avendo riguardo alle fattispecie astratte secondo criteri di diritto sostanziale, ma piuttosto in concreto, avendo a mente il *fatto processualizzato*, la *fattispecie giudiziale*, nella sua unicità storica e nel suo dipanarsi procedimentale. Ebbene, anche secondo questo approccio processualistico *puro*, che pone al centro il diritto di difesa, il fatto giudicato nel presente giudizio ed emerso all'esito dell'istruttoria deve ritenersi immutato rispetto alla contestazione.

Secondo questa prospettiva, per verificare che il giudice abbia operato un'autentica riqualificazione giuridica - e non abbia invece agito in violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, occultando, dietro la riqualificazione giuridica, una diversa ricostruzione del fatto rilevante ex art. 516 c.p.p., finalizzata ad evitare la restituzione degli atti all'Ufficio di Procura imposta dall'art. 521 comma 2 c.p.p. in caso di fatto diverso – gli elementi fattuali posti alla base della fattispecie tipica *nuova* ritenuta dal giudice in sentenza devono *trovare corrispondenza* nei temi di prova di cui si compone l'imputazione, sebbene siano stati poi valorizzati diversamente dal giudice all'esito dell'istruttoria (o all'esito della lettura degli atti, quando la riqualificazione opera in sede di abbreviato).

Quanto più la tecnica redazionale utilizzata dall'Ufficio di Procura per la stesura della contestazione sarà stata appropriata, tanto più sarà possibile scorgere tra i fatti esposti al contraddittorio quelli utilizzati dal giudice nella costruzione della nuova fattispecie – che, evidentemente, nell'ottica accusatoria erano stati ritenuti ancillari o semplicemente fraintesi nel loro significato giuridico. In altri termini, se nell'imputazione la condotta attribuita all'imputato è descritta in termini fattuali, riferibili a circostanze determinate, e non invece parafrasando le espressioni che ricorrono nella disposizione normativa²⁹, la strada alla riqualificazione rispetterebbe a pieno il principio di correlazione tra accusa e sentenza riferito al *fatto*, poiché la difesa avrà potuto instaurare il contraddittorio ed organizzare la difesa su tutti gli elementi presi in considerazione dal giudice per operare una correzione *in iure*.

Nel caso di specie ciò si è puntualmente verificato: l'imputazione è assolutamente adeguata, perché utilizza un approccio concreto nel descrivere i fatti, ma, attraverso lo scheletro testuale, distribuisce gli elementi del reato in modo puntuale in modo che ne emerga chiaramente il significato che l'accusa vi ha attribuito in diritto.

Nel capitolo precedente, dedicato all'illustrazione delle ragioni della riqualificazione, in nessun passaggio argomentativo, si è utilizzato un fatto *non* oggetto di imputazione, quale elemento costitutivo del delitto di maltrattamenti, o comunque quale argomento per la riqualificazione.

Si è operato, dapprima, descrivendo i rapporti astratti tra le fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p. e 572 c.p. e poi, promuovendo un'interpretazione estensiva del concetto di famiglia e convivenza sostenuta anche in via pretorile, si sono individuati i criteri risolutivi del concorso apparente di norme in caso di condotte poste in essere dal *partner* in corso di relazione affettiva.

Dopodiché, ci si è limitati a rilevare che, alla stregua di quei criteri:

²⁸ Non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza, proprio in occasione di un dubbio di legittimità costituzionale simile - sebbene diversamente prospettato nell'epilogo -: "*l'esercizio di tale potere non può [...] prescindere da una verifica volta ad accertare in concreto, cioè con riferimento alla fattispecie in esame, se il fatto sia diverso da quello descritto nell'imputazione*" (C. cost., 10.3.2010, n. 103 del 2010, in Giur. Cost. 2010, 1159).

²⁹ Come peraltro impone l'art. 178 lett. c) c.p.p., che sanziona con la nullità una prassi accusatoria di tal sorta.

- 1) le condotte *descritte* in imputazione devono ritenersi, per la loro gravità, quelle tipiche del delitto di maltrattamenti;
- 2) uno dei due eventi *descritti* in imputazione e qualificato giuridicamente dall'accusa come "modifica delle abitudini di vita" ex art. 612 bis c.p. deve ritenersi, sebbene correttamente descritto in fatto, come elemento ascrivibile all'area delle condotte, o, al più può costituire uno dei fatti oggettivi - unitamente a tutte le altre condotte - da cui tratte la prova dell'evento *psichico* di maltrattamenti;
- 3) gli eventi *menzionati*³⁰ in imputazione quali eventi *psichici* del delitto di atti persecutori, tenuto conto della gravità delle condotte e della dirompenza dell'evento di lesioni, devono ritenersi quelli tipici dell'evento psichico del delitto di maltrattamenti.

3.3. Non sfugge peraltro a questo giudice che i criteri illustrati, che pure sono soddisfatti nel caso in specie, sono incomparabilmente più restrittivi di quelli utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di riqualificazione giuridica del fatto (*cf.* Cass. S.U. 19.6.1996, Di Francesco, in Cass. Pen. 1997, p. 367), alla stregua dei quali non v'è dubbio alcuno che il caso di specie si annoveri tra i mutamenti di *nomen iuris*.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, il fatto ritenuto in sentenza è *diverso* ed obbliga all'epilogo di cui all'art. 521 comma 2 c.p.p., solo (i) quando sia *radicalmente trasformato* e *logicamente incompatibile* rispetto a quello contestato, restando irrilevanti variazioni che non incidono sul nucleo della condotta (Cass. 6.2.2014, M., in CEDCass, m. 260156; Cass. 16.12.2015, Addio, in CEDCass, m. 265946); o addirittura, secondo la c.d. teoria funzionale del fatto (ii) quando sul fatto diverso da quello oggetto di imputazione, la difesa non abbia potuto esercitare il diritto al contraddittorio (Cass. 18.6.2013, Crescioli, in CEDCass, m. 257015). La teoria, argutamente, inverte l'ordine logico tra diversità del fatto e lesione del diritto di difesa: il fatto non lede il contraddittorio perché è diverso; ma è diverso perché lede il contraddittorio.

Frontalmente contrastata dalla dottrina, questa prassi consentirebbe quello che viene dalla dottrina definito il c.d. "doppio scarto dall'accusa"³¹, sia in punto di fatto che di diritto, metodo col quale la giurisprudenza amplierebbe irreparabilmente lo spazio di applicazione della riqualificazione giuridica, a detrimento del diritto di difesa. Senza pretendere di esaurire il lungo - e ben più autorevolmente sostenuto - dibattito sul tema, sarà utile, nei paragrafi che seguono, tenere ben presente la *vis* espansiva che il potere riqualificatorio del giudice conosce nella prassi.

3.4. Va infine segnalato che, in numerosi casi analoghi ma riferiti all'ex coniuge, la giurisprudenza di legittimità ha ammesso la riqualificazione del fatto nell'ipotesi di cui all'art. 572 c.p. anche in sede decisionale, ritenendo che l'imputato avesse piena consapevolezza, fin dall'origine del procedimento, dei fatti storici ascrittigli, sebbene gli stessi andassero riqualificati - restando il nucleo fattuale identico - e sussunti, in ragione della clausola di assorbimento prevista dallo stesso art. 612-bis c.p., sotto il regime della fattispecie speciale dei maltrattamenti in famiglia (sul punto, Cass. Sez. 5, Sentenza n. 41665 del 04/05/2016 Ud. (dep. 04/10/2016).

³⁰ Nel menzionare gli eventi psichici di paura, stress, timore, che attengono alla dimensione soggettiva/interiore, l'accusa non può che limitarsi a parafrasare il contenuto della disposizione, spostandosi il nucleo dei diritti difensivi dalla *descrizione* del fatto alla *prova* del fatto, parimenti a quanto accade per il dolo.

³¹ Prassi per la quale il giudice inserirebbe nella fattispecie riqualificata un elemento fattuale non contestato, ma su cui la difesa ha esercitato il diritto al contraddittorio.

4. *La preclusione per l'imputato all'accesso al rito abbreviato, in caso di riqualificazione giuridica del fatto operata in sede di decisione*

Chiarito che il fatto emerso all'esito dell'istruttoria non sia *diverso* dal fatto oggetto di imputazione e che, cionondimeno, debba essere riqualificato nell'ipotesi incriminatrice di cui all'art. 572 c.p., deve escludersi che la richiesta difensiva di restituzione degli atti all'Ufficio di Procura strumentale alla rivalutazione dell'accesso al rito abbreviato formulata in sede di conclusioni – allorquando le parti venivano interpellate ad esprimersi in merito alla riqualificazione giuridica - possa trovare applicazione poiché si è fuori dal paradigma previsto dall'art. 521 comma 2 c.p.p..

La disciplina processuale prevista in caso di riqualificazione giuridica del fatto, in ossequio al principio *iura novit curia*, è quella prevista dall'art. 521 comma 1 c.p.p., a norma del quale “*il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica*”.

In tale contesto, neppure può trovare accoglimento la richiesta difensiva di ammissione al rito abbreviato, che va ritenuta tardiva e inammissibile, poiché, a norma dell'art. 458 c.p.p., la richiesta di rito abbreviato nel giudizio immediato deve essere formulata, a pena di decadenza, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato. Tale termine nel caso di specie è ampiamente spirato, né vi sono disposizioni normative che consentano, in questa ipotesi, di restituire l'imputato nel termine per formulare la richiesta.

Orbene, questo giudice – per le ragioni che si illustreranno - dubita della tenuta costituzionale della norma di cui all'art. 521 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere il rito abbreviato relativamente all'ipotesi riqualificata; e – per le ragioni illustrate - ritiene altresì che la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione sia rilevante nel presente giudizio, dal momento che, ove questa venisse dichiarata costituzionalmente illegittima, l'imputato sarebbe giudicato nel giudizio *a quo* nelle forme del rito abbreviato.

NON MANIFESTA INFONDATEZZA DELLA QUESTIONE

Tanto premesso in punto di rilevanza della questione nel caso di specie, ritiene questo giudice che la disposizione di cui all'art. 521 c.p.p. violi gli artt. 3, 24 e 111 Cost. per i motivi che nei paragrafi che seguono si esporranno.

1. *Premessa*

Come noto, il potere attribuito al giudice, ai sensi dell'art. 521 comma 1 c.p.p. di operare direttamente in sentenza la riqualificazione giuridica del fatto, purché sia immutato, è storicamente ispirato al principio *iura novit curia*.

Tale ampio potere del giudice sul *nomen iuris* si fonda, storicamente, sull'assunto per il quale l'attività di sussunzione del fatto nella fattispecie astratta, a differenza dell'attività di

accertamento del fatto³², è neutra e meccanicistica, scevra da valutazioni e apprezzamenti, fondata su criteri di pura logica e operante su un universo normativo governabile, lineare, comprensibile, ponderato.

Corollario di questo assunto è l'inutilità del contraddittorio *in iure*, o meglio la sua rinunciabilità in nome di esigenze ritenute ad esso sovraordinate; e sembrerebbe essere proprio questa la *ratio* dell'art. 521 comma 1 c.p.p.

Senonché questa premessa, ispirata al positivismo giuridico, ha offerto il fianco a una critica, ampiamente condivisa, che ritiene l'attività interpretativa ontologicamente creativa: complice un universo normativo polisemico³³, multilivello, talora irrazionale, l'interpretazione del giudice, non improntata per natura a criteri di scienza "forte" e irrimediabilmente guidata dal suo sistema valoriale e da condizionamenti più o meno consapevoli, sarebbe un'attività non prevedibile, né univoca.

Posta in tali termini, la riqualificazione giuridica - sebbene irrinunciabile in quanto corollario del principio di legalità sostanziale e del suo rovescio processuale, ossia la soggezione del giudice alla legge - operata addirittura in decisione "a sorpresa" ai sensi dell'art. 521 comma 1 c.p.p., è tutt'altro che un evento neutro ed appare piuttosto una vicenda traumatica per tutte le parti.

Il legislatore del 1988 ben conosceva il potenziale impatto che la riqualificazione aveva sulle posizioni delle parti, ma, per il timore che la prerogativa riqualificatoria del giudice ne uscisse indebolita, si scelse di sacrificare le garanzie difensive³⁴.

1.1. E' stata necessaria una decisa spinta della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per chiarire che il costo di questa scelta, sì categorica, fosse troppo alto in termini di sacrificio dei diritti di difesa: la giurisprudenza CEDU ha infatti chiarito, con il noto caso Drassich³⁵, che il mutamento della qualifica giuridica rappresenta una frattura nel processo, al ricorrere della quale il diritto di difesa deve essere garantito quantomeno nella declinazione di diritto al contraddittorio argomentativo e probatorio.

In estrema sintesi, si è stabilito che l'art. 6, 1 e 3 lettere a) e b) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come enucleati in via interpretativa dalla Corte di Strasburgo, riconosce all'imputato il diritto di essere informato, in termini dettagliati, non solo dei "fatti materiali" addebitatigli, ma anche della "qualificazione giuridica" degli stessi e di ogni possibile loro modificazione nel corso del giudizio. Tale diritto è funzionale a quello previsto all'art. 6 lett. b), cioè a consentire all'imputato di disporre di un tempo sufficiente per preparare la propria difesa sull'elemento mutato, sia esso in fatto sia in diritto.

Il contenuto del diritto peraltro appare ripreso nell'art. 111 Cost.

³² Accertamento che rientra nel potere dispositivo delle parti e sul quale il giudice non ha il medesimo dominio; per cui, laddove accerti che il fatto accertato è diverso o nuovo rispetto a quello contestato, dovrà ai sensi dell'art. 521 comma 2 c.p.p. restituire gli atti all'Ufficio di Procura.

³³ Anche a causa delle tecniche utilizzate dal legislatore per la redazione della fattispecie, quali la tecnica casistica o l'abuso di clausole generali, ma si pensi anche al frequente utilizzo di elementi valutativi, di fattispecie aperte.

³⁴ Nei lavori preparatori del progetto di codice di procedura, era stata proposta per le modifiche in iure l'adozione di una disciplina analoga a quella prevista per la contestazione del fatto diverso, oppure "la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica, consentendo la discussione sul punto". Il legislatore, però, ritenne di non adottare né l'una né l'altra soluzione, in quanto entrambe avrebbero comportato un "*dispendio di attività probabilmente eccessivo e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al nomen iuris contestato*".

³⁵ Sentenza Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

1.2. A fronte di una restituzione di dignità più piena al diritto di difesa, progressivamente delineatasi nelle pronunce della Corte EDU³⁶, forte è stata la tentazione di cercare nei principi sovra-nazionali i criteri guida per eliminare ogni residuo ostacolo all'estrinsecazione del diritto di difesa, in *tutte* le sue declinazioni, ivi compresa la richiesta di riti alternativi, nei fenomeni di mutamento dell'imputazione.

E' da ascriversi a tale tentativo, approvato tuttavia nell'ambito del diritto dell'Unione Europea, la recente ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea proposta dal Tribunale di Brindisi³⁷, il quale ha dubitato che l'art. 521 c.p.p., nella misura in cui disciplina diversamente *quaestio facti e iuris* ed impedisce, solo nella modifica *in iure*, l'accesso al patteggiamento, sia compatibile con gli art. 2, 3, par. 1, lett. c) e 6, par. 1-3 della direttiva n. 2012/13/UE e con l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CdfUE), riguardanti il diritto all'informazione delle persone indagate e imputate.

L'apprezzabile tentativo, come noto, non ha condotto ai risultati sperati, non perché la premessa giuridica di fondo difettesse di fondatezza, ma perché, secondo la Corte di Giustizia³⁸, garantire il diritto di difesa *in ogni sua declinazione - anche quindi nella scelta del rito - a fronte dei mutamenti dell'imputazione, sia in fatto che in diritto*, è una scelta che svetta al di sopra di quegli *standard minimi* di tutela delle garanzie, fissati nel diritto dell'Unione Europea, e, indirettamente, dal diritto convenzionale³⁹. Le fonti sovranazionali, operando su un'eterogeneità di sistemi ordinamentali, si limitano a fissare *standard minimi* inderogabili, che sta poi al singolo legislatore interpretare e declinare secondo le proprie direttive costituzionali. Con riferimento al caso esaminato, la Corte osserva che, in caso di mutamento dell'imputazione, il riconoscimento del diritto di accedere al rito alternativo è una componente del diritto di difesa non disciplinata dal diritto dell'Unione né tutelata in modo specifico in sede convenzionale, e che evidentemente si colloca al di sopra degli *standard minimi*.

1.3. Da questo complesso quadro, si desume che, in caso di mutamento *in iure*:

a) è riconosciuto il diritto di difesa nella dimensione del diritto al contraddittorio argomentativo e probatorio. E', infatti, già possibile per il giudice operare un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 521 c.p.p. (alla luce dell'art. 24, 111 Cost., 117 Cost., norma interposta integrata dall'art. 6 CEDU) nel senso che essa imponga al

³⁶ La giurisprudenza della Corte europea ha rafforzato nel tempo lo spessore del diritto di difesa, mutando il parametro di giudizio circa la violazione del diritto di difesa in caso di riqualificazione giuridica dell'accusa. Nella sent. 25 marzo 1999, Pélissier e Sassi, dopo aver constatato che la *mutatio in iure* non era stata comunicata ai ricorrenti, per stabilire se ci fosse violazione, aveva anche valutato se le argomentazioni impiegate dalla difesa avrebbero potuto essere in concreto diverse a fronte della possibilità di un mutamento del titolo del reato, e, ritenendolo probabile, aveva accolto il ricorso. Successivamente, invece (dapprima nella sentenza 20 aprile 2006, I. H. c. Austria e, nella stessa sentenza 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia) ha ritenuto di prescindere da una tale verifica, valorizzando il principio secondo il quale ogni diversità relativa alla qualificazione giuridica attribuita al fatto, ove non sia stata oggetto di contraddittorio, lede comunque l'art. 6.3, lett. a) Cedu.

³⁷ Trib. Brindisi, ord. 20 ottobre 2017, proc. n. 1607/15 R.G.N.R., Giud. Biondi, Imp. Moro.

³⁸ Corte giust. UE, sentenza 13 giugno 2019, causa C-646/17, Moro.

³⁹ Come noto, la direttiva 2012/13/UE, utilizzata come parametro dal Tribunale brindisino, e il diritto convenzionale operano in stretta sinergia: la Convenzione EDU agisce sulla direttiva a livello normativo, integrando il contenuto delle garanzie procedurali previste dall'atto europeo; le pronunce della Corte EDU agiscono sulla direttiva a livello interpretativo, poiché, delimitando il significato e la portata del testo convenzionale, integrano indirettamente significato e portata delle disposizioni della direttiva.

giudice, prima della deliberazione della sentenza⁴⁰, di instaurare il contraddittorio argomentativo e probatorio della difesa in ordine alla riqualificazione giuridica del fatto⁴¹.

b) non è riconosciuto il diritto di difesa nella declinazione di diritto alla scelta del rito, nonostante esso costituisca “una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa” (*ex plurimis*, Corte Cost. n. 219 del 2004, n. 70 del 1996, n. 497 del 1995, n. 76 del 1993, n. 237 del 2012, n. 141 del 2018; e di recente, in un caso di straordinario interesse per il tema della *mutatio in iure*, la n. 131 del 2019⁴²).

Il diritto di difesa, in caso di *mutatio in iure*, è inteso *solo* come diritto all’argomentazione contraria e alla controprova: la concessione di un termine al difensore - che la sentenza Drassich suggerisce - è strumentale alla riorganizzazione della difesa *nel* dibattimento, attraverso l’instaurazione di un contraddittorio argomentativo o probatorio⁴³.

Si sottovaluta, in altre parole, la vocazione ancipite del diritto di difesa, da intendersi sia come diritto al riassetto della strategia difensiva *nel* dibattimento, sia come diritto alla rivisitazione della scelta *del* dibattimento.

⁴⁰ L’informazione sulla possibile riqualificazione giuridica del fatto non mette in dubbio l’imparzialità del giudice e l’utilità del contraddittorio (cfr. Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 6211 del 11/11/2014 Cc. (dep. 11/02/2015) Rv. 264820 – 01).

⁴¹ Non si vuole qui ignorare che la nostra giurisprudenza di legittimità, nell’interpretazione del diritto al contraddittorio sulla riqualificazione *in iure*, abbia nondimeno teso ad assestarsi sugli *standard minimi* fissati dalla CEDU, nella misura in cui ha ritenuto che il diritto di difesa, secondo i parametri CEDU, sia garantito (i) anche quando il contraddittorio sia consentito nel grado di giudizio successivo, e quindi per la riqualificazione operata in prime cure, in sede di appello (cfr. Cass. 11.4.2014, Salsi, in CED Cass, m. 259564; Cass. 7.11.2012, Manara, in CP 2014, 1019; Cass. 24.9. 2012, Jovanovic, in CEDCass, m. 254649; Cass. 14.2.2012, Vinci, *ivi*, m. 251961); e per la riqualificazione operata in appello, innanzi alla Corte di Cassazione (cfr. Cass. 4.3.2015, Bu, in CEDCass, m. 262778; Cass. 11.4.2014, Salsi, *ivi*, m. 259564; Cass. 15.5.2015, Drassich, *ivi*, m. 256652; Cass. 7.5.2013, Maiuri, *ivi*, m. 255735; Cass. 13.11.2012, Tirennia, *ivi*, m. 254357; Cass. 25.5.2012, Saviolo, *ivi*, m. 254055; Cass. 9.5.2012, D.D., in CP 2013, 1975); e (ii) anche quando la riqualificazione giuridica sia stata resa nota attraverso qualunque atto, *ivi* compreso quello cautelare (cfr. Cass. pen. 18.2.2010, di Gati).

Secondo queste interpretazioni restrittive, animate evidentemente dagli stessi timori del legislatore del 1988, sarebbe necessario stimolare il contraddittorio – argomentativo - solo nel giudizio di legittimità e non è chiaro come sia poi garantito il diritto al contraddittorio probatorio in sede di giudizio di rinvio.

Non si dubita che ciò possa corrispondere ai principi convenzionali (cfr. in tal senso, C. eur., 1.3.2001, Dallos c. Ungheria, § 52; C. eur., 21.2.2002, Sipavicius c. Lituania, §§ 32-33; C. eur., 6.6.2002, Feldman c. Francia; C. eur., 20.4.2006, I.H. e altri c. Austria, § 36; C. eur., 9.3.2013, Zhupnik c. Ucraina, § 43); tuttavia va ribadito che tali principi fissano *standard minimi*, dai quali è possibile discostarsi prevedendo tutele più piene ove ciò sia imposto dai principi costituzionali di uno Stato Membro: sicuramente garantire il contraddittorio sin dalle prime cure, senza privare l’imputato di un grado di giudizio, dargli la possibilità di difendersi nella fase processuale più adeguata per le garanzie istruttorie, è una regola improntata all’art. 24 Cost. nella dimensione processuale fissata dall’art. 111.

Si direbbe, in definitiva, che, su questo profilo – non *rilevante* nel caso di specie -, sia auspicabile un sindacato di legittimità costituzionale dell’art. 521 c.p.p. in relazione all’art. 24 e 111 Cost., nonostante la possibilità di un’interpretazione conforme - quale infatti si è operata nel caso di specie - e quindi un verosimile rigetto per infondatezza, anche al sol fine di ottenere una sentenza interpretativa di rigetto con cui il Giudice delle Leggi indichi, una volta e per tutte, quale sia l’unica interpretazione conforme alla Costituzione e fissi a chiare lettere a quale livello il contraddittorio, in caso di riqualificazione, debba essere assicurato – secondo un metodo fatto proprio dalla Corte proprio nella recente sentenza n. 131 del 2019, in cui si sono delineati i rapporti tra riqualificazione giuridica e *probation*.

⁴² Con riferimento a tale pronuncia sembra potersi osservare che, a dispetto dell’esito di infondatezza, la Corte Costituzionale, nell’indicare una strada interpretativa conforme a Costituzione, abbia ritenuto implicitamente che l’accesso ai riti alternativi fosse un’alternativa che - sebbene già possibile in via interpretativa – intanto è da garantire in quanto rispondente ai parametri costituzionali indicati dal giudice *a quo*.

⁴³ Come indicato nella nota precedente, ove il contraddittorio fosse instaurato - come si ritiene corretto - già dal primo grado ove qui operi la riqualificazione, non si comprende se sui nuovi temi emersi si instauri un contraddittorio limitato negli angusti dell’art. 507 c.p.p., con l’esercizio di un potere peraltro già previsto in quella fase, ovvero pieno ex art. 187 c.p.p. nei limiti ordinari di pertinenza e rilevanza.

Questa visione è contraria sia all'art. 24 e 111 Cost., che all'art. 3 Cost., secondo i profili che si illustreranno.

L'essenza dell'incostituzionalità non sta, invece, nella irragionevolezza *ex se* della distinzione tra *questio facti* e *questio iuris*⁴⁴, che – a parere di chi scrive – ha una *ratio* costituzionale ben precisa, poiché racconta la fisionomia dei rapporti *tra giudice terzo e accusatore*: padrone del fatto è solo l'accusa (e il giudice ne è vincolato, per cui, se ritiene che il fatto sia diverso, deve restituirgli gli atti ex art. 521 comma 2 c.p.p.), padrone del diritto è solo il giudice (e il giudice è libero per cui, se ritiene il fatto diversamente qualificato, può decidere ex art. 521 comma 1 c.p.p.). Tuttavia, questo bilanciamento nei poteri, questo “gioco delle parti” non può risolversi in un detrimento per la difesa, né nel primo né nel secondo caso.

Riconoscere, in casi siffatti, la dimensione piena del diritto di difesa, anche nella declinazione della scelta del rito, è una conquista in termini di garanzie di libertà *nel* processo, che sembra svettare al di sopra degli *standard minimi* fissati dal diritto convenzionale e comunitario⁴⁵. Non sembra, pertanto, potersi attingere a questa fonte per trarre principi guida utili.

Cionondimeno, questo *best standard* sembra essere stato già ampiamente raggiunto dal Giudice delle Leggi, nella sua trentennale riflessione condotta sui rapporti tra mutamento del fatto e diritto di difesa: da questo autentica miniera di principi – pur nella diversità sopra delineata, e che si riprenderà, tra *questio iuris* e *quaestio facti* – è possibile trarre importanti linee guida, che spiegano in quale modo la scelta normativa di precludere il rito abbreviato anche in caso di *mutatio in iure* leda diritti di difesa, le regole del giusto processo e il principio di uguaglianza.

2. *Violazione dell'art. 24 Cost. e dell'art. 111 Cost.*

La riflessione sull'atteggiarsi dei rapporti tra mutamento del *nomen iuris* e diritto di difesa, è fibrillata, soprattutto in dottrina, in seguito al menzionato caso Drassich e il pregio dell'approfondimento è stato quello di offrire una lucida analisi, con incredibile ricchezza di spunti, della dinamica traumatica con cui questo evento processuale si riverbera sul diritto di difesa; e su come il diritto di difesa vada tutelato nella sua dimensione diacronica, secondo i dettami dell'art. 111 Cost.

Si è già discusso di quali siano i criteri che una teoria più rigorosa e garantista adoperi per delimitare il potere del giudice di mutare la veste giuridica, senza operare surrettiziamente un mutamento del fatto; ma si è anche vista la *vis* espansiva che a tale potere viene attribuita, nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità.

Quale che sia il confine fissato all'operazione di mutamento officioso della veste giuridica, essa rappresenta ontologicamente una frattura nel processo che non può ritenersi ridotta ad un'operazione di esegesi della fattispecie astratta: attribuire un diverso *nomen iuris* all'esito del

⁴⁴ Sembrerebbe essere questa invece la strada seguita dal Tribunale brindisino per sollecitare la pronuncia della Corte di Giustizia sull'art. 521 c.p.p. sopra menzionata, ma anche la strada seguita dal giudice a quo nella sentenza n. 103 del 2010 Corte Cost.

⁴⁵ Come osservato dalla Corte di Giustizia nel caso sollevato dal Tribunale di Brindisi, il diritto di difesa di fronte all'evento di mutamento, nel diritto convenzionale e comunitario, si esplica solo come diritto all'informazione e al contraddittorio. Sebbene non si ignori che la Corte Edu potrebbe approdare a conclusioni diverse e maggiormente garantiste, disattendendo l'interpretazione della Corte di Giustizia, è innegabile che il diritto convenzionale fissi standard minimi ed è parere di chi scrive – se sia consentito esprimerlo – che, allo stato, l'unica dimensione del diritto di difesa riconosciuta in quella sede sia questa.

dibattimento, all'esito cioè della costruzione ultimata dei rispettivi, contrapposti, *fatti processualizzati*, disorienta le parti, poiché sposta non l'impalcatura, ma le fondamenta di quei fatti, modifica la lente attraverso cui guardarli, valorizza elementi che in imputazione vi erano, ma restavano nell'ombra.

Secondo un'opinione largamente condivisa, nell'operazione di interpretazione, la *quaestio facti* e *quaestio iuris*, sebbene distinte⁴⁶, si porrebbero in una relazione di reciproca dipendenza e il risultato decisivo, nel dipanarsi processuale del ragionamento del giudice, deriverebbe dal progressivo raffronto tra la norma e il fatto: in altre parole, il giudice guarderebbe al fatto, non come entità nuda, ma attraverso la "lente" del diritto. Anche nelle modifiche *in iure* rigidamente intese e "non mascherate" esisterebbe quindi un "movimento circolare" tra il piano del diritto e il piano del fatto, tale per cui ogni modifica dell'uno si riverbera in qualche misura anche sull'altro.

Questa acuta riflessione ha il pregio di far comprendere per quale ragione, sebbene il mutamento riguardi il solo piano del diritto, la difesa (*rectius*, tutte le parti) debba essere ammessa non solo ad argomentare la scelta *in iure* (quale sia la norma applicabile al caso concreto e quale sia la sua corretta interpretazione), ma altresì a portare nuove prove⁴⁷.

Il mutamento del *nomen iuris* presuppone la scomposizione del fatto ad opera del giudice e la selezione e valorizzazione di elementi che, sebbene presenti, erano secondari o impliciti nella imputazione. Ciò comporta l'esigenza per la difesa, oltre che di discutere dell'approdo in diritto, di ricomporre gli elementi fattuali dell'imputazione, di rivisitare le operazioni selettive compiute dal giudice e, non da ultimo, di contraddire quei fatti secondari o comunque inesplorati, portando nuove prove contrarie che mettano in discussione la fonte da cui il fatto secondario è stato tratto, ovvero facciano emergere fatti incompatibili con quel fatto secondario.

E allora, se uno spazio per questo diritto al contraddittorio probatorio è imprescindibile ed è infatti garantito ai sensi dell'art. 24 Cost. e 111 Cost. – quest'ultimo inteso come principio che impone di verificare, costantemente, la chiarezza della relazione tra imputato e imputazione –, non si vede perché non debba essere garantito, ai sensi delle medesime coordinate costituzionali, il diritto della difesa di *rinunciare* a quel contraddittorio, restituendole la possibilità di rivisitare, alla luce dell'avvenuta frattura, la sua strategia anche nella scelta del rito, che – vale la pena di ripeterlo

⁴⁶ Parte non trascurabile della dottrina, come noto, contesta in radice, non solo il pregio della distinzione, ma finanche la possibilità logica di distinguere i piani. Ora - senza addentrarsi in tematiche che trovano altrove riflessioni ben più strutturate - vale la pena di rimarcare che il principio che stabilisce il dominio del giudice sulla *quaestio iuris*, (tenendola implicitamente distinta dalla *quaestio facti*) oltre ad essere largamente condiviso nella giurisprudenza CEDU, rappresenta fra l'altro un corollario del principio di legalità, e trova attuazione, oltre che nell'art. 521 c.p.p., anche art. 530 c.p.p. nella selezione delle formule assolutorie, e nell'art. 5 c.p.

⁴⁷ La stessa Corte di Cassazione, pure nell'oscillante e talora insoddisfacente rielaborazione dei principi CEDU, ha mostrato sensibilità su queste implicazioni. Nella sentenza 23.6.2017, n. 49054, si legge "*che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 521 c.p.p. impone di ritenere che il potere di attribuire alla condotta addebitata all'imputato una nuova e diversa qualificazione giuridica non possa essere esercitato "a sorpresa" ma solo a condizione che vi sia stata una preventiva promozione, ad opera del giudice, del contraddittorio fra le parti sulla "questio iuris" relativa; e ciò anche nel caso in cui la nuova e diversa qualificazione risulti più favorevole per il giudicabile, atteso che la difesa ben può diversamente atteggiarsi (quanto alle opzioni strategiche) e modularsi (sul piano tattico) in rapporto alla differente qualificazione giuridica della condotta, rispetto alla quale, oltre tutto, le emergenze processuali assumono, a loro volta, diversa e nuova rilevanza, dovendo la garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione*".

– è una modalità, tra le più qualificanti, di esercizio del diritto di difesa (da ultimo, Corte Cost. n. 131 del 2019).

Ben potrebbe la difesa ritenere che sui fatti, secondari, impliciti o diversamente valutati, alla luce del nuovo *nomen* proposto dal giudice, non vi siano i medesimi spazi per contraddire *nel* dibattimento che aveva inizialmente valutato, allorquando quando aveva, sulla scorta dell'imputazione, operato la scelta del rito; spazi che nel dibattimento la difesa ha peraltro sfruttato solo per contraddire gli elementi della fattispecie originaria, secondo strategie che potrebbero addirittura risultare irreparabili alla luce del fatto come interpretato dal giudice in funzione della nuova fattispecie.

Ma vi è di più.

La *mutatio in iure*, oltre a operare uno spostamento, nel modo descritto più o meno ampio, dei temi di prova - fattore condizionante essenziale nella scelta del rito, perché il tema di prova condiziona la sostenibilità del contraddittorio orale (sollecitando considerazioni inerenti alla componente propriamente deflattiva del rito abbreviato) – può operare anche e soprattutto uno stravolgimento nella risposta sanzionatoria – fattore che, parimenti, esercita un potere condizionante fortissimo sulla scelta del rito (perché sollecita considerazioni inerenti alla componente propriamente premiale del rito abbreviato).

2.1. Per rendere concreta la riflessione, vale la pena di osservare che, ad esempio, nel caso di specie, come si è già detto, questo giudice, senza giudicare fatti diversi o nuovi, si è limitato a valorizzare un fatto *secondario* nell'imputazione, ossia il rapporto tra vittima e reo, che era peraltro indicato espressamente come elemento nella contestazione dell'aggravante.

Si è poi *valorizzato* il grado di dirompenza delle condotte - anche esse contestate.

Si è, infine, approfondito nel merito, nel corso dell'istruttoria, come le condotte contestate avessero avuto impatto sulla vittima, producendo in lei un evento psichico di paura, timore, asservimento e prostrazione. Di tale evento – anch'esso *implicito* nell'imputazione – si è tratta prova, più che dall'istruttoria - né più né meno che - dalle stesse condotte contestate.

Ora, la difesa, interpellata sulla riqualificazione, avrebbe potuto, oltre che contrastare in diritto l'interpretazione offerta da questo giudice dell'art. 572 c.p. e dei rapporti in astratto con la fattispecie contestata di cui all'art. 612 bis comma 2 c.p., anche contrastare nel merito il fatto, implicito, secondario, o diversamente valorizzato da questo giudice nella contestazione.

Tuttavia, la difesa, che nel dibattimento aveva, evidentemente in chiave strategica, già portato prove dichiarative e documentali volte a dimostrare proprio che la relazione tra le parti, per la sua intensità e per la solidità del legame, sfuggisse alla fattispecie tipica del delitto di cui all'art. 612 bis c.p., si è trovata invece spiazzata. Le prove portate, se da un lato le hanno consentito di difendersi da almeno uno dei fatti costitutivi della fattispecie contestata - la carenza dell'evento pratico e materiale di modifica delle abitudini di vita - hanno cionondimeno scontato l'effetto indesiderato di arricchire e porre luce su un fatto *implicito* dell'imputazione, che ha attratto il fatto, complessivamente ricomposto secondo la lente utilizzata da questo giudice, verso una fattispecie diversa e ben più grave.

Ben pochi spazi di contraddittorio probatorio ha evidentemente rinvenuto la difesa alla luce della riqualificazione proposta, ed infatti, interpellata sulla prospettiva riqualificatoria, si è limitata a chiedere di poter essere messa in condizioni di rivedere la sua scelta nella selezione del rito adeguato, essendone cambiati in modo importante due fattori condizionanti: il *thema*

probandum e, anche, la pena applicabile (portata, nel minimo – con la recidiva contestata – da due anni a quattro anni e sei mesi, quindi oltre il doppio) e quindi anche il *quantum* della sua riduzione.

2.2. Non si vuole, qui, ignorare l'esistenza di argomenti contrari al riconoscimento di un diritto di difesa così pieno – inteso sia come diritto al riassetto della strategia difensiva *nel* *dibattimento*, sia come diritto alla rivisitazione della scelta *del* *dibattimento* – innanzi a un'eventualità necessaria e fisiologica del processo, quale è la riqualificazione del fatto operata dal giudice all'esito del giudizio.

Anzi, vale la pena di sviscerare questi argomenti per dimostrarne la debolezza.

In primis, vi è il binomio premialità/deflazione, autentica *ratio* del rito alternativo, che potrebbe apparire mortificata dall'ammissione dell'imputato al rito premiale in una fase non fisiologica, a dibattimento già svolto: l'avvenuto dipanarsi dell'istruttoria sembrerebbe disintegrare il corrispettivo della premialità, che non avrebbe più ragion d'essere⁴⁸.

Come noto, questo argomento ha rappresentato un ostacolo anche nel graduale, trentennale processo di riconoscimento del diritto di difesa in tutte le sue declinazioni, in caso di mutamento della contestazione in fatto.

Senza alcuna pretesa di esaustività sulla riflessione trentennale, va ricordato che il codice del 1988 non prevedeva che il mutamento dell'imputazione in fatto, avvenuto attraverso la contestazione suppletiva di un fatto nuovo, di un fatto diverso o di una circostanza aggravante, producesse nel diritto di difesa una tensione *tale* da rendere doveroso restituirla nel termine per rivalutare la sua strategia, *anche* attraverso la richiesta di un rito alternativo. La tensione – si badi bene – era pacificamente riconosciuta⁴⁹, ma il diritto di difesa era garantito *solo* come diritto alla controprova: la concessione di un termine per riorganizzare la difesa era strumentale alla difesa *nel* *dibattimento*, attraverso l'instaurazione di un contraddittorio probatorio – inizialmente limitato negli angusti spazi dell'art. 507 c.p.p. e poi divenuto⁵⁰ – pieno.

Sono state necessarie numerose pronunce additive della Corte Costituzionale, per riconoscere progressivamente, per ogni tipo di mutamento *in facto* – fatto nuovo, fatto diverso, nuova circostanza – imposto dalle risultanze già agli atti o emerso per la prima volta in dibattimento – contestazione patologica o fisiologica – il diritto di accedere a qualunque rito alternativo.

⁴⁸ L'argomento è stato, sinteticamente, utilizzato nella sentenza della Corte di Cassazione n. 5546/92 Sez. 5, Sentenza n. 5546 del 05/03/1992 Ud. (dep. 12/05/1992) Rv. 190092 – 01, per negare l'accesso al patteggiamento in caso di riqualificazione. Nella sentenza si legge: “*In caso di accordo delle parti sulla pena ai sensi dell'art. 444 Nuovo Cod. Proc. Pen. il controllo relativo alla qualificazione giuridica del reato ed alla inesistenza di cause di non punibilità ex art. 129 stesso codice deve essere effettuato dal giudice ex ufficio, allo stato degli atti, e non a seguito di una fase dibattimentale comprendente la discussione da parte dei difensori e del P.M. di una tesi principale al cui accoglimento venga subordinata la richiesta di patteggiamento. Una trattazione, infatti, della causa implicante esposizione di tesi e decisione sulle stesse darebbe luogo ad un vero e proprio giudizio dibattimentale incompatibile col rito del patteggiamento. (Nella specie questa Corte ha rigettato il ricorso dell'imputato che lamentava la mancata ammissione da parte del Tribunale della discussione sulla qualificazione giuridica dei fatti, pur avendo le parti chiesto in via principale la derubricazione del reato di falso in atto pubblico in falso in certificazione e solo, subordinatamente, l'applicazione della pena patteggiata).*”

⁴⁹ Le nuove contestazioni sono definite dalla stessa Corte Costituzionale un meccanismo *anomalo* (o comunque derogatorio rispetto alle ordinarie cadenze procedurali) che diventa *patologico* allorché si consente di inserire nel dibattimento fatti che, sebbene risultassero già dalla lettura degli atti, non erano stati inseriti in imputazione per errore o malizia, o inesattezza nelle scelte del pubblico ministero. Nonostante l'anomalia o la patologia, il meccanismo era ritenuto necessario per garantire flessibilità al dibattimento ed evitare che, per ogni fatto diverso o nuovo – per il fatto nuovo, entro i noti limiti normativi – , il processo dovesse riprendere da capo il suo corso (cfr. Corte Cost. 237 del 2012).

⁵⁰ Corte Cost. 3 giugno 1992, n. 241 e 20 febbraio 1995, n. 50.

Non sfuggono le assonanze con l'evoluzione dei rapporti tra *mutatio in iure* e diritto di difesa.

Ebbene, con riferimento al binomio deflazione-premialità, a chiare lettere, la Corte Costituzionale ne ha sancito la assoluta sub-valenza rispetto ai principi costituzionali di cui all'art. 24 e all'art. 3 Cost.⁵¹, riconoscendo che la logica dello "scambio" fra sconto di pena e risparmio di energie processuali debba comunque cedere di fronte all'esigenza di ripristinare la pienezza delle garanzie difensive e l'osservanza del principio di eguaglianza.

Del resto, nel caso di *mutatio in iure* all'esito dell'istruttoria, non vi sarebbe neppure una completa rinuncia alla deflazione, giacché, come si è detto, l'imputato, posto di fronte alla riqualificazione giuridica, sarebbe chiamato ad operare una scelta tra l'integrazione del contraddittorio probatorio sui nuovi temi e la rinuncia al contraddittorio con l'acquisizione, altresì, di tutti gli atti del fascicolo ampliando la piattaforma probatoria con atti meno garantiti di cui aveva inizialmente valutato la sconvenienza; ragion per cui la premialità troverebbe un corrispettivo nell'evitamento dell'ulteriore approfondimento istruttorio⁵².

2.3. Altro argomento contrario al riconoscimento del diritto al rito alternativo in caso di mutamento *in iure* è quello per il quale la modifica della veste giuridica dovrebbe considerarsi un rischio *del dibattimento* che l'imputato si addossa allorché opta per il rito ordinario.

Siffatto argomento ha rappresentato, come noto, un ostacolo anche per il riconoscimento del diritto di accesso ai riti alternativi in caso di contestazioni suppletive: si osservava che, se l'imputato voleva porsi al riparo dal rischio delle contestazioni suppletive, ben avrebbe fatto a tenere una condotta *diligente* optando per il rito alternativo, dal momento che l'art. 441, co. 1, c.p.p. - che, nell'estendere al giudizio abbreviato le norme che disciplinano lo svolgimento dell'udienza preliminare, esclude esplicitamente l'applicazione degli artt. 422 e 423 c.p.p. - impedisce, in caso di rito abbreviato secco⁵³, le contestazioni suppletive. Se l'imputato invece optava per il rito ordinario, ogni novità incidente sull'imputazione emersa in dibattimento, sebbene sottoponesse a tensione i suoi diritti, doveva considerarsi "un rischio a suo carico", addebitabile alla sua "inerzia" (nel non aver optato per il rito alternativo)⁵⁴. Era, in altre parole, un costo che avrebbe dovuto iscrivere a bilancio allorché avesse optato per il rito ordinario.

⁵¹ In Corte Cost. n. 273 del 2014, si osserva "Come già in precedenza rilevato, d'altra parte, se pure è indubbio, in una prospettiva puramente "economica", che più si posticipa il termine utile per la rinuncia al dibattimento e meno il sistema ne "guadagna", resta comunque assorbente la considerazione che l'esigenza della "corrispettività" fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa, dichiarato inviolabile dall'art. 24, secondo comma, Cost.". In passato si era affermato invece che "L'interesse dell'imputato ai riti alternativi trova tutela solo in quanto la sua condotta consenta l'effettiva adozione di una sequenza procedimentale che, evitando il dibattimento, permetta di raggiungere l'obiettivo di una rapida definizione del processo" (sentenze n. 129 del 1993, n. 316 del 1992 e n. 593 del 1990; ordinanze n. 107 del 1993 e n. 213 del 1992).

⁵² Si vuole comunque ribadire che, se questo piccolo spazio di corrispettività era di fatto salvaguardato anche nelle contestazioni suppletive di cui agli art. 516 e 517 c.p.p., la Corte Costituzionale, nel riconoscere l'accesso ai riti alternativi anche in caso di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante, ha definitivamente abbandonato il binomio premialità/deflazione. È infatti diritto dell'imputato accedere al rito alternativo finanche in caso di contestazione suppletiva della recidiva – poiché essa è una circostanza – sebbene, in tal caso, l'imputato non goda del diritto al termine a difesa né al contraddittorio probatorio: la premialità non trova corrispettivo in alcuna deflazione.

⁵³ Diversa la disciplina del giudizio abbreviato a prova integrata, su cui di recente Cass., Sez. un., 20 febbraio 2020 (nd. 18 aprile 2019), n. 5788, Pres. Carcano, Rel. De Crescenzo.

⁵⁴ "Se, per l'inerzia dell'imputato (che abbia o meno di chiedere il rito alternativo nei termini con riguardo all'originaria imputazione), tale scopo [la deflazione, n.d.r.] non può più essere raggiunto – essendosi ormai pervenuti al dibattimento – sarebbe irrazionale che si addivenga egualmente al rito speciale in base alle contingenti valutazioni dell'imputato stesso sull'andamento del processo" (sentenze n. 129 del 1993, n. 316 del 1992 e n. 593 del 1990; ordinanze n. 107 del 1993 e n. 213 del 1992).

La tesi dell'assunzione del rischio, come noto, è stata ampiamente superata con riferimento alle contestazioni suppletive e ritenuta inidonea ad offrire una soluzione appagante al problema delle interferenze tra diritto di difesa e mutamento dell'imputazione. Come noto, la Corte Costituzionale, dapprima, rilevò, con riferimento alle contestazioni patologiche, che la condotta processuale "anomala" del pubblico ministero (il quale, cadendo in *errore*, non avesse contestato fatti che già risultavano *ex actis*) avesse sviato, inquinato, compromesso la capacità dell'imputato di scegliere il rito adeguato ed ostacolato l'assunzione libera del *rischio* dibattimentale, imponendo in tali casi la rimessione in termini per la scelta del rito alternativo⁵⁵ (*Corte Cost. n. 265 del 1994*). E, in un secondo momento, accantonò del tutto il criterio della distribuzione del rischio, con il riconoscimento del diritto ai riti alternativi anche in caso di contestazioni fisiologiche, in cui nessun profilo di addebitabilità era ascrivibile al pubblico ministero: la Corte in quella sede rinunciava definitivamente alla ricerca di un colpevole su cui far ricadere le conseguenze dall'evento modificativo e semplicemente affermava che, se la contestazione suppletiva è un evento necessario per garantire la flessibilità del rito dibattimentale (e il principio di non dispersione delle prove), cionondimeno tale eventualità deve bilanciarsi con il diritto di difesa e il principio di uguaglianza (*Corte Cost. n. 237 del 2012*).

2.4. Il discorso impone innanzitutto una precisazione per le modifiche *in iure*.

Ritenere che la modifica della veste giuridica - della cui natura traumatica per il diritto di difesa in relazione ai principi del giusto processo si è già detto - debba considerarsi, per la difesa, un rischio *del dibattimento*, è una teoria che - oltre a tradire un'anacronistica dimensione punitiva del rito ordinario⁵⁶ - apparirebbe fuorviante. Come noto, la *mutatio in iure* non rappresenta, infatti, un rischio proprio *del dibattimento* ma, a ben vedere, un rischio proprio *del processo*, dal momento che, per giurisprudenza costante, il giudice può operare la riqualificazione anche direttamente in sede di rito abbreviato, e non necessariamente all'esito del dibattimento (*cfr.* da ultimo, *Cass. pen., Sez. IV, sentenza 18793/2019*).

Quindi, a voler adoperare la tesi dell'assunzione del rischio - già ampiamente superata con riferimento alla *mutatio in facto* - se ne dovrebbe operare un correttivo e affermare che il mutamento *in iure* è un rischio che *sempre e comunque* deve ricadere sull'imputato, a prescindere dal rito prescelto e dal quale nessuna condotta diligente può porlo al riparo⁵⁷.

Per giustificare questa rigida, inderogabile distribuzione del rischio in danno dell'imputato si potrebbe sostenere che la *mutatio in iure* è un rischio che deve andare a suo carico perché è un evento per natura *prevedibile*. A tal proposito, corre l'obbligo di rilevare che, nell'unica sentenza in cui la Corte di Cassazione ha affrontato in modo diretto il rapporto tra modifica *in iure* e rito

⁵⁵ Si può dire che, quasi come se la scelta del rito ordinario fosse in sé una condotta processuale colposa, l'*errore* del pubblico ministero introduceva un elemento in grado di escludere la *prevedibilità della colpa* dell'imputato nella scelta del rito ordinario e pertanto l'evento non appariva all'imputato ascrivibile.

⁵⁶ Non a caso questa teoria fu utilizzata per negare il diritto al rito alternativo in caso di contestazione suppletive all'indomani dell'entrata in vigore del codice di procedura penale. Emerge in questo approccio tutta la difficoltà con cui il legislatore aveva accettato contraddittorio orale quale normale metodo di formazione della prova e la sua resistenza a rinunciare al modello inquisitorio. Era quindi nella *forma mentis* dell'epoca - oggi ampiamente superata - ostacolare l'accesso appesantendolo di rischi, calcolabili e non, e al contempo offrire deterrenti alla scelta dei riti alternativi.

⁵⁷ Sembra questa la *ratio* che ha ispirato, per la verità, la sentenza della Cass. Pen. n. 5493/1997 nel ritenere manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 446 in relazione agli art. 3 e 24 Cost. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di accedere al rito di cui all'art. 444 c.p.p. nei casi di condanna per reato diverso.

abbreviato⁵⁸, è proprio questo della prevedibilità⁵⁹ l'argomento adoperato per ritenere che la modifica *in iure imputet sibi*, precludendo il rito.

La tesi appare insostenibile per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, una siffatta teoria appare confondere la *fisiologia* della riqualificazione con la *prevedibilità* in concreto di *quella* riqualificazione. Che il giudice abbia la prerogativa, posta a presidio del principio di legalità, di riqualificare il fatto in sentenza è un evento ineliminabile, irrinunciabile del processo, perché, da un lato, ribadisce che il giudice ha l'ultima parola in diritto, e dall'altro impedisce, che, ove si imponga la necessità di riqualificare, il processo debba ripartire dall'inizio, vanificando il principio di non dispersione della prova.

In questa logica, l'evento riqualificazione è sicuramente *fisiologico*, poiché è il processo a prevederlo quale possibile epilogo decisionale. Ben diverso è ritenere che sia *prevedibile*, “*nella confusa e sterminata boscaglia*” normativa, identificare i possibili reati cui un medesimo fatto sia riconducibile. Affermare che la riqualificazione sia un evento *prevedibile* in concreto, nel risultato, nei suoi approdi è una petizione di principio; e non si comprende poi perché la riqualificazione dovrebbe essere *prevedibile nei risultati* per l'imputato, e non per il pubblico ministero - che infatti, proprio non prevedendola, ha commesso un *errore* a monte - e ricadere quindi a carico del primo. Ritenere prevedibile il mutamento di *nomen* nella direzione ipotizzata dal giudice - e in tutte le altre possibili - pone la difesa in una sorta di paradosso: il difensore, infatti, se argomentasse molto, prevedendo diligentemente tutti i possibili esiti riqualificatori, rischierebbe di suggerire egli stesso una via alla quale il giudice non aveva neppure pensato, con qualche forzatura del principio *nemo tenetur se detegere*; se mantenesse invece un profilo basso, argomentando nei limiti della fattispecie contestata - che, per definizione, dovrebbero essere incompatibili con le altre immaginabili -, lascerebbe delle zone inesplorate che, se pur lo conducessero al risultato rispetto alla fattispecie originaria, lo inchioderebbero su una delle altre *possibili*, tra l'altro con un'anomala

⁵⁸ Sez. 5, Sentenza n. 13597 del 12/03/2010 Ud. (dep. 12/04/2010) Rv. 246719 - 01 in cui la Corte afferma “*La diversa qualificazione giuridica del fatto all'esito del processo o il proscioglimento da taluna o da tutte le imputazioni non costituiscono la dimostrazione che l'imputato è stato sottoposto ad un processo ingiusto ma esattamente il contrario, e cioè che la istruttoria dibattimentale e il contraddittorio delle parti hanno portato, proprio per la esistenza e il rispetto di regole processuali, alla acquisizione di una verità che non ha permesso di confermare in toto la ipotesi di accusa, istituzionalmente spettante, quanto alla individuazione del fatto penalmente rilevante, al rappresentante dell'Ufficio del Pubblico ministero e quanto alla qualificazione giuridica, al verdetto finale del giudice. La rimessione in termini per la scelta di riti alternativi, d'altra parte, è evenienza non estranea all'ordinamento vigente ma con riferimento alla contestazione di fatti nuovi (art. 516 c.p.p.) e non anche alla diversa qualificazione giuridica. Quest'ultima, a differenza della contestazione suppletiva che è evento processuale eccezionale e non prevedibile, è invece espressione della discrezionalità tecnica del giudice il quale è sempre tenuto a ricondurre la fattispecie nell'esatto perimetro normativo, nel rispetto della contestazione dei fatti. La parte, pertanto, ha il dovere di esercitare tutte le proprie opzioni nella previsione che tale eventualità di verifichi.*”

⁵⁹ L'argomento della prevedibilità era stato speso, come noto, anche per negare il diritto al rito alternativo in caso di nuova contestazione: si sosteneva che, siccome l'emersione in dibattimento di un evento già risultante dagli atti, era un'eventualità che l'imputato ben poteva prevedere, la concretizzazione di quel rischio - ossia la contestazione patologica - dovesse risultare a suo carico, inibendogli la scelta di un rito diverso. Nella sentenza n. 316 del 1992 si leggeva infatti: “*L'esclusione di tale possibilità [di accesso al rito alternativo, n.d.r.] è giustificata dal rilievo che la contestazione è evenienza, per un verso, non infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento (cfr. ordinanza n. 213 del 1992), e ben prevedibile, dato lo stretto rapporto intercorrente tra l'imputazione originaria e il reato connesso*” ed anche “*il relativo rischio rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiedere o meno tale rito, onde egli non ha che da addebitare a se medesimo le conseguenze della propria scelta*”.

L'argomento fu ben presto superato, già nel 1994 n. 265 - tanto che le prime contestazioni rispetto alle quali fu ammesso il rito alternativo furono proprio le contestazioni patologiche - innanzitutto nella sua verificabilità, ritenendo opinabile qualificare come prevedibili le modifiche dell'imputazione - sia fisiologiche che patologiche -; e poi ritenendo che il criterio in sé fosse comunque inidoneo a giustificare la compressione di diritti di difesa (lo osserva la Corte Cost. n. 237 del 2012).

inversione dell'onere della prova, poiché finirebbe per essere condannato per non essersi difeso su un'ipotesi non argomentata dall'accusa.

Francamente, si fatica a comprendere perché quella che è semplicemente un'*evenienza processuale* - ossia la riqualificazione del fatto ad opera del giudice - debba essere guardata come un *rischio* da scaricare su una delle parti, adoperando criteri elaborati in temi di responsabilità civile, e non possa piuttosto essere studiato come uno *scenario fisiologico*, al manifestarsi del quale i diritti delle parti vanno riorganizzati e ripristinati secondo le direttive costituzionali⁶⁰.

In secondo luogo, ove si voglia insistere nel guardare l'evento modificativo *in iure* come un rischio da distribuire, non può non rilevarsi che la *mutatio in iure* altro non è che la correzione operata dal giudice di un *errore* del pubblico ministero. Partecipa quindi, in tal senso, della stessa natura della contestazione patologica: è un errore di selezione della veste giuridica addebitabile all'accusa, cui era possibile porre rimedio già *ex actis*, attraverso una lettura corretta del fatto oggetto di imputazione (poiché, è chiaro che, se il fatto risultasse diverso da quello contestato, neppure si potrebbe operare la riqualificazione). Non si comprende quindi perché un errore di valutazione dell'Ufficio di Procura nella selezione del *nomen iuris* debba risolversi in un nocumento delle prerogative proprie del diritto di difesa, sconfessando una conquista sul tema delle libertà processuali che si è raggiunta quasi un trentennio fa con riferimento alla *mutatio in facto* (cfr. Corte Cost. n. 265 del 1994).

2.5. Superati gli argomenti contrari al riconoscimento del diritto di difesa inteso come diritto alla scelta del rito alternativo in ogni caso di mutamento dell'imputazione - conformemente come deve essere inteso un diritto di difesa pieno ex art. 24 Cost. garantito costantemente nelle dinamiche modificative dell'imputazione ex art. 111 Cost. - una riflessione va infine dedicata alle conseguenze dirompenti che la riqualificazione *in peius* ha sull'aspettativa di pena. L'aspettativa di pena è un parametro alla cui variazione non può non connettersi la possibilità di rivedere la scelta del rito e seguire la premialità.

Sul punto, di particolare aiuto appaiono le riflessioni che la Corte Costituzionale ha offerto in tema di contestazione suppletiva della circostanza aggravante e rimessione in termini per la scelta del rito alternativo, approdando ad una nuova pronuncia additiva che ha esteso anche a questa ipotesi il diritto di accesso al rito alternativo⁶¹. Con riferimento alle interazioni tra contestazione suppletiva della circostanza aggravante e riti alternativi, la Corte osserva: “*La motivazione della sentenza [la n. 265 del 1994] può ugualmente riferirsi al caso di contestazione “tardiva” di una o più circostanze aggravanti, in quanto anche la trasformazione dell’originaria imputazione in un’ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un significativo mutamento del quadro processuale. Le circostanze in questione possono incidere sull’entità della sanzione, anche in modo rilevante, laddove il legislatore contempla la previsione di pene di specie diversa o di pene della stessa specie, ma con limiti edittali indipendenti da quelli stabiliti per il reato base, o, talvolta, sullo stesso regime di procedibilità del reato o, ancora, sull’applicabilità di alcune sanzioni sostitutive*”⁶².

⁶⁰ Il ragionamento è parallelo a quello che la Corte Costituzionale nella sentenza n. 237 del 2012 segue per le modifiche in fatto: se le contestazioni suppletive sono un ineliminabile meccanismo per consentire la flessibilità e il funzionamento del dibattimento, ciò non può risolversi in una compromissione delle garanzie difensive; per cui, in tale evenienza, in chiave di bilanciamento, va riconosciuta al diritto di difesa la sua massima espansione, anche nel formulare richiesta di riti alternativi.

⁶¹ Le pronunce n. 184 del 2014 con riferimento al patteggiamento, la n. 139 del 2015 con riferimento al giudizio abbreviato e la n. 141 del 2018 con riferimento alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

⁶² Sentenza n. 184 del 2014.

La Corte appare in queste pronunce fare un passo ulteriore: nel descrivere il modo in cui il mutamento incida concretamente sull'imputazione, non considera più nodale il problema del *thema probandum*, ma il problema del rischio sanzionatorio non calcolato. Implicitamente, la Corte sembra sganciare l'esigenza di garanzia difensiva dall'interesse della difesa alla controprova del fatto nuovo o diverso: la Corte non si interroga se sia necessario garantire alla difesa, sul fatto diversamente circostanziato, la possibilità di valutare la convenienza del rito contratto con riferimento al profilo deflattivo, del *contraddittorio probatorio*. La Corte non sembra prendere più in considerazione lo smacco difensivo attinente al *thema probandum* (ossia la necessità che la difesa possa riorganizzarsi sulla prova della diversa porzione di fatto) e si concentra, valorizzandolo, sul secondo parametro condizionante la scelta del rito abbreviato, ossia lo sconto di pena (la componente puramente premiale).

A riprova di ciò, si ponga mente al fatto che vi è un caso – la contestazione suppletiva di recidiva, che in quanto circostanza aggravante è partecipa delle conseguenze delle pronunce costituzionali additive - in cui l'imputato, pur non godendo del diritto al termine a difesa né del contraddittorio probatorio, ha diritto alla premialità, senza deflazione.

Si coglie in questi passaggi la necessità di tutelare l'aspettativa di pena dell'imputato da qualunque sopravvenienza sfavorevole, sia che essa dipenda da un mutamento in fatto sia che essa dipenda dalla riconduzione dell'immutato fatto ad una diversa fattispecie. All'imputato va garantito sempre il diritto di mutare la sua scelta in direzione premiale, anche solo ed esclusivamente in relazione all'aggravato rischio sanzionatorio, per garantire che il suo pieno diritto di difesa (art. 24 Cost.) sia tenuto in considerazione in ogni momento di variazione dell'addebito (art. 111 Cost.).

3. *Violazione dell'art. 3 Cost.*

Molti sono, per altro verso, i profili che evidenziano la contrarietà della preclusione all'accesso al rito alternativo rispetto al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

3.1. Innanzitutto, l'imputato destinatario, sin dal principio, dell'imputazione *corretta* avrà accesso al rito abbreviato; diversamente l'imputato – che abbia commesso il medesimo fatto - in relazione al quale il pubblico ministero abbia commesso un *errore di valutazione*, perderà del tutto la possibilità di vagliare il rito premiale rispetto al medesimo titolo di reato.

L'errore del pubblico ministero nella scelta della contestazione, o comunque la correttezza della sua impostazione, non appare un criterio ragionevole per trattare diversamente imputati che, commesso il medesimo reato, si vedono invece dinanzi scenari processuali ben diversi. L'imputato viene così irragionevolmente discriminato, ai fini dell'accesso ai procedimenti speciali, in dipendenza dalla esattezza della discrezionale valutazione in diritto delle risultanze delle indagini operata dal pubblico ministero nell'esercitare l'azione penale alla chiusura delle indagini stesse.

3.2. In secondo luogo, va ricordato che il potere di riqualificazione del giudice incontra un unico limite normativo invalicabile: l'art. 521 c.p.p. stabilisce che *“nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica”*. Nel

caso in cui il reato ritenuto rientri nella competenza di un giudice superiore, ovvero risulti attribuito al tribunale in composizione collegiale, il giudice dovrà restituire gli atti al Pubblico Ministero e il processo dovrà ricominciare il suo corso.

Da ciò emerge un'irragionevole fonte di disparità di trattamento poiché l'imputato potrebbe vedersi restituito nella facoltà di accedere al rito per circostanze in qualche modo "occasionalmente"⁶³, non prevedibili *ex ante*: il recupero della facoltà di accesso al rito alternativo viene infatti a dipendere dalla circostanza che la riqualificazione approdi in concreto a un reato di competenza superiore o collegiale. Il tendenziale criterio di maggiore gravità del reato che presidia le ipotesi - che comunque non sente di coprire tutte le ipotesi di riqualificazione *in peius* - siccome opera su un risultato non prevedibile *ex ante* non è comunque elemento idoneo a giustificare la disparità di trattamento, poiché non è in rado di orientare le scelte in punto di rito che vengono compiute quando la riqualificazione è ben di là da venire.

3.3. Va infine osservato che, sebbene vi sia differenza sistemica tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*, che impone di attribuire al giudice il diritto di stabilire, al termine del procedimento, la veste corretta, tale differenza – come detto in precedenza – racconta la dinamica dei rapporti tra giudice e pubblico ministero, nulla dicendo – o meglio nulla imponendo – in merito alla compressione dei diritti della difesa. Essa non appare, sul piano ontologico, filosofico e scientifico, idonea a giustificare una così macroscopica difformità di trattamento.

Va allora considerato che non appare adeguatamente indicato quale sia il parametro che consenta di trattare diversamente imputati che subiscano, nel corso del procedimento, modifiche in fatto della contestazione e modifiche in diritto. Non è chiara la ragione che consenta di trattare diversamente, da un lato, l'imputato che, anche a fattispecie incriminatrice ferma, subisca la nuova contestazione di una circostanza aggravante, quale è la recidiva, che neppure lo rimette in termini per il contraddittorio probatorio, al quale viene attribuito il diritto, in *limine litis*, di accedere al rito abbreviato; e dall'altro, l'imputato che si veda, all'esito della sua costruzione strategica del processo, minato nelle fondamenta, e con una prospettiva sanzionatoria stravolta, pur godendo di un potenziale spazio probatorio, al quale viene precluso il diritto di rivedere le sue scelte in tema di rito.

3.4. Resta in ultima analisi il dubbio di un ulteriore spazio di disegualianza.

Parte della dottrina ritiene che, sebbene sia vero che il giudice ha l'ultima parola sul *nomen iuris* ed in questa scelta non ha limiti purché il fatto sia invariato, cionondimeno non sembrerebbe precluso al pubblico ministero, in corso di procedimento, un potere di rivisitazione autonomo del *nomen iuris*. E' opinione condivisa che tale modifica debba intendersi esercitata nell'ambito dei poteri di mutamento dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p.: sembrerebbe così emergere uno scenario di ampia discriminazione, poiché, se fosse il pubblico ministero a rivedere *in iure* l'imputazione, si entrerebbe nell'ambito dell'art. 516 c.p.p. e l'imputato sarebbe rimesso in termini

⁶³ Negli stessi termini si esprimeva la Corte con riferimento al simile parametro che disciplinava le contestazioni suppletive, in relazione alle quali il divieto operativo di contestazione per il caso in cui il reato rientrasse tra quelli per i quali era prevista l'udienza preliminare, consentendo indirettamente l'accesso ai riti alternativi, introduceva una disparità irragionevole, fondata su un parametro casuale (cfr., Cost. 237/2012: "L'impossibilità di definire con giudizio abbreviato gli addebiti oggetto delle nuove contestazioni "fisiologiche" risulta, peraltro, irragionevole e fonte di ingiustificate disparità di trattamento anche sotto un altro profilo: vale a dire, in ragione del fatto che, in taluni casi, l'imputato potrebbe recuperare detta facoltà per circostanze puramente "occasionalmente", che determinino la regressione del procedimento").

per la scelta del rito alternativo; se fosse il giudice ad operare la medesima modifica, nell'esercizio del potere di cui all'art. 521 comma 1 c.p.p., ciò sarebbe precluso.

E' una regola che, se ritenuta percorribile, oltre a mostrare debolezza in termini di idoneità a giustificare il trattamento diverso di imputati che si trovano nella medesima situazione, appare facilmente aggirabile nella prassi.

4. *Assenza di discrezionalità legislativa sul tema per carenza di un'alternativa normativa compatibile con la Costituzione*

Venendo alle battute conclusive, non può essere ignorata in questa sede la sentenza n. 103 del 2010 della Corte Costituzionale⁶⁴, ove la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul tema della legittimità del potere di riqualificazione d'ufficio del giudice e dei suoi rapporti con le garanzie difensive. Da più parti, si è interpretata questa pronuncia come momento di arresto della riflessione sulla tutela piena dei diritti di difesa in caso di mutamento della qualificazione giuridica, poiché la Corte, pur non affrontando il merito della questione proposta e arrestandosi all'inammissibilità per insufficiente motivazione in punto di rilevanza della questione⁶⁵, operava un passaggio ulteriore⁶⁶ in cui rilevava l'appartenenza della tematica al terreno della discrezionalità legislativa.

Interrogata sulla possibilità di prevedere con una pronuncia additiva - strumentale alla tutela del diritto di difesa e al principio di uguaglianza - la parificazione della disciplina tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*, la Corte rilevava che le garanzie difensive potevano trovare tutela attraverso soluzioni diverse da quella proposta, che tra l'altro mirava *“ad ottenere la parificazione di situazioni processuali tra loro non omogenee, quali l'accertamento che un fatto debba essere diversamente qualificato e la*

⁶⁴ Ove si è dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 424, 429 e 521, comma 1, del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli articoli 3, 24, 111, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione *“nella parte in cui consentono al GUP di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione ad un fatto qualificato, di ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza consentire il previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto, chiedendo al PM di modificare la qualificazione giuridica del fatto e, in caso di inerzia dell'organo dell'accusa, disponendo la trasmissione degli atti al medesimo P.M.”*

⁶⁵ *“ (...) dal momento che il giudice a quo ha trascurato di precisare perché, nella fattispecie sottoposta al suo giudizio, il fatto debba ritenersi diversamente qualificato e non si tratti, piuttosto, di un fatto diverso rispetto a quello originariamente contestato”*

⁶⁶ Per la sua preziosità, si ritiene di riportare integralmente il passaggio: *“il rimettente sollecita una pronunzia additiva, non avente carattere di soluzione costituzionalmente obbligata, ma rientrante nell'ambito di scelte discrezionali riservate al legislatore. Tale profilo, del resto, è desumibile dalla stessa ordinanza di rimessione, nella parte in cui si sofferma sulle diverse possibili procedure adottabili dal giudice dell'udienza preliminare, al fine di far cadere i dubbi di legittimità costituzionale della disciplina censurata. Invero, da un lato, il rimettente prospetta la possibilità di pronunciare un'apposita ordinanza attraverso cui informare le parti della diversa qualificazione giuridica attribuita al fatto, così da consentire un contraddittorio anche sulla nuova qualificazione giuridica; dall'altro, prospetta l'applicazione in via analogica dell'art. 521, comma 2, cod. proc. pen. Entrambe le soluzioni, poi, sono ritenute inadeguate dalla citata ordinanza, che prospetta come indispensabile l'intervento di questa Corte mediante una pronunzia additiva che preveda la regressione del procedimento nella fase delle indagini preliminari, attraverso la restituzione degli atti all'organo dell'accusa. Risulta evidente, quindi, che la pronunzia richiesta postula una soluzione che non è l'unica possibile. Deve, altresì, rilevarsi che la soluzione prospettata dal giudice a quo tende ad ottenere la parificazione di situazioni processuali tra loro non omogenee, quali l'accertamento che un fatto debba essere diversamente qualificato e la constatazione che il fatto è differente da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio. La decisione richiesta, dunque, coinvolgendo scelte relative alla conformazione della disciplina processuale, rientra nella discrezionalità del Parlamento. Al riguardo, si deve osservare che il legislatore si è già espresso sul punto, in sede di relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988; in tale occasione, con riferimento al tema della non obbligatorietà della correlazione «tra la decisione sul tema giuridico dell'accusa e le conclusioni del pubblico ministero», era stata proposta l'adozione di una disciplina analoga a quella prevista per la contestazione del fatto diverso, oppure «la previsione di un dovere del giudice di rendere nota preventivamente la decisione di modificare la qualificazione giuridica, consentendo la discussione sul punto». Il legislatore, però, ha ritenuto di non adottare né l'una, né l'altra soluzione, in quanto entrambe «avrebbero comportato un dispendio di attività probabilmente eccessivo e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al nomen iuris contestato»”.*

constatazione che il fatto è differente da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio". In questa pronuncia, prendendo le distanze dalle operazioni additive già operate in riferimento alla disciplina delle nuove contestazioni (vi erano già state la pronuncia del 1914 e quella del 2009), la Corte aggiungeva anche che *"la decisione richiesta, dunque, coinvolgendo scelte relative alla conformazione della disciplina processuale, rientra nella discrezionalità del Parlamento"*.

Alla luce di questo monito, va esaminato con puntualità se, pur dimostrata la necessità costituzionale di garantire l'accesso al rito abbreviato in caso di mutamento *in iure* officioso operato all'esito della decisione, vi siano tuttavia altre strade normative costituzionalmente compatibili con questo risultato, diverse dalla rimessione nei termini della difesa per la formulazione della richiesta. Se tali strade vi fossero, lo spazio per garantire questo *best standard* del diritto di difesa non rientrerebbe nelle competenze operative del Giudice delle Leggi e si collocherebbe sul terreno di discrezionalità legislativa, poiché - secondo quanto ribadito nella citata pronuncia del 2010 - spetterebbe al legislatore decidere quale sia l'opzione meglio rispondente alla complessiva disciplina codicistica.

4.1. Sul punto, potrebbe ritenersi che la strada alternativa per garantire l'accesso al rito abbreviato in caso di mutamento *in iure*, sia proprio quella indicata dal giudice *a quo* nel procedimento approdato alla sentenza n. 103 del 2010 Corte. Cost., ossia la parificazione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*: se il giudice restituisse gli atti al pubblico ministero, in ogni caso di riqualificazione, l'imputato sarebbe posto, infatti, nella condizione di valutare la scelta di accedere al rito. Una scelta siffatta avrebbe, peraltro, il pregio di abolire appunto (quella che da taluni si ritiene essere) una scomoda e superabile distinzione.

Questa strada non è solo un'alternativa normativa sovradimensionata rispetto al risultato da garantire, peraltro estranea agli stessi principi convenzionali⁶⁷, ma è costituzionalmente impraticabile.

4.2. Si è, infatti, correttamente osservato che precludere al giudice il potere di modificare la connotazione giuridica dell'imputazione, ove ritenga errata quella proposta dalle parti, trovandosi costretto in tal caso a restituire gli atti al pubblico ministero, condurrebbe ad una violazione del principio di legalità sostanziale e del principio di soggezione del giudice alla legge.

Introdurre un potere dispositivo delle parti processuali sul *nomen iuris* depriverebbe il giudice dell'ermeneutica giuridica, che è l'unica libertà intangibile di cui gode nel processo, in cui si incarna la ragione del suo potere e che esprime anche una funzione di presidio di tutte le parti, poiché il giudice applica le norme secondo criteri prestabiliti, ispirati se non ad una scienza esatta ad una scienza sociale; ed è soggetto *solo* a tali criteri e affrancato da poteri altri⁶⁸.

Riconoscere questo spazio interpretativo intangibile del giudice non esclude, ma anzi rinforza, l'urgenza di fissare i confini chiari all'esercizio concreto di questa libertà

In altre parole, la presa d'atto delle difficoltà *ontologiche* di garantire l'esattezza e la razionalità della decisione *in iure* e delle difficoltà *operative*, riscontrate nella prassi legislativa, di rendere il *corpus* normativo un apparato intellegibile e razionale, non può condurre ad abdicare a questo prezioso principio di legalità sostanziale. Vale invece la pena di recuperare le acute riflessioni di coloro i quali coglievano del processo la dimensione corale, nella quale la *fattispecie*

⁶⁷ Non si è pone in discussione, nei principi CEDU, il dominio del giudice sulla qualificazione giuridica, ma si impone esclusivamente, in tal caso, un rinforzamento delle garanzie difensive.

⁶⁸ Anche attraverso un esercizio congruo del potere legislativo per esempio nella redazione delle fattispecie incriminatrici.

processuale si consegna alle mani del giudice dopo essersi dipanata a più voci; e di recuperare anche le riflessioni di coloro i quali suggeriscono di ritrovare nella disciplina del processo – ispirata all'art. 111 Cost. - quegli spazi di libertà sostanziale inevitabilmente perduti in ragione di quelle difficoltà *ontologiche* e operative sopra evidenziate.

Da ultimo, si coglie nell'opzione di restituzione degli atti una logica completamente contraria al principio di economia processuale e di non dispersione dei mezzi di prova, di recente recuperato dalla Corte Costituzionale, proprio nella dimensione del processo penale⁶⁹.

Non vi sono quindi alternative normative possibili e la scelta costituzionalmente obbligata appare essere quella della rimessione in termini dell'imputato per la scelta del rito alternativo.

4.3. Del resto, l'obbligo costituzionalmente imposto di suscitare il contraddittorio delle parti allorquando il giudice dissenta dalla costruzione dei fatti processualizzati presentata dalle parti, è in sintonia con quella dimensione corale e a più voci del processo che deve essere recuperata.

Si è già osservato che l'interlocuzione del giudice non equivale ad una anticipazione di giudizio⁷⁰: va, anzi, tenuto presente che il giudice in tanto suscita il contraddittorio sul *nomen iuris*, in quanto su quel tema non ha ancora esaurito il suo potere, né il suo dubbio ermeneutico.

Il giudice non presenta la sua decisione, ma uno scenario possibile che, per la prima volta, catalizza le attenzioni delle parti. Mantenendo la sua imparzialità, il giudice si pone *ancora* in una dimensione di ricerca della collaborazione delle parti nella costruzione dell'edificio decisorio; una dimensione collaborativa dalla quale si allontanerà definitivamente solo in camera di consiglio e solo *all'esito* dell'ulteriore tassello argomentativo e probatorio apposto dagli attori processuali.

Il giudice, con la proposta di riqualificazione, ipotizza che il reato contestato non vi sia, ma che vi siano spazi applicativi per un reato diverso.

Superfluo appare precisare che gli scenari possibili, nel momento dell'interlocuzione, sono ancora plurimi, e possibilmente diversi dalla proposta illustrata dal giudice. In sede di interlocuzione il difensore:

1) potrebbe decidere di *argomentare* in punto di norma giuridica applicabile, sostenendo che il giudice correttamente ha proposto di escludere la norma originariamente contestata, ma cadrebbe in errore nel ritenere che vi siano spazi interpretativi per il *nomen* proposto, sia alla luce della normativa applicabile sia alla luce di quanto *già* emerso in dibattimento;

e/o in subordine

2a) potrebbe optare per una resa in punto di *nomen iuris*, convenendo che gli spazi applicativi per il nuovo reato vi siano, ma contrastare questi spazi in punto di fatto, nel merito, portando prova di fatti con essi incompatibili.

2b) in questa seconda ipotesi, la difesa, nondimeno potrebbe – *rectius*, dovrebbe avere il diritto di – ritenere conveniente optare per la rinuncia alla possibilità di portare prove nuove di fatti incompatibili (perché ad esempio non ve ne siano) ed, anzi, decidere di cedere in punto di

⁶⁹ Corte Cost. n. 132 del 2019.

⁷⁰ Fra le altre, Cass. Pen. Sez. 3, Sentenza n. 6211 del 11/11/2014 Cc. (dep. 11/02/2015) Rv. 264820 – 01, per cui “In tema di riconsuazione, non costituisce indebita anticipazione di giudizio il provvedimento con il quale il giudice inviti, in qualsiasi fase del procedimento, le parti ad interloquire sulla qualificazione giuridica del fatto, trattandosi di una prerogativa rientrante nell'esercizio delle sue funzioni e non di una manifestazione indebita del proprio convincimento sui fatti oggetto di imputazione, posto che siffatta interlocuzione è imposta dall'art.6, par. 1 e 3, lett. a) e b) della C.E.D.U. (Fattispecie in cui, all'esito delle conclusioni delle parti, il giudice aveva pronunciato ordinanza invitando le stesse ad interloquire sulla configurabilità di una diversa e più grave qualificazione giuridica del fatto contestato).”

arricchimento della piattaforma probatoria del giudice, offrendogli per la sua decisione anche gli atti raccolti dal pubblico ministero che sino a quel momento non aveva acconsentito ad acquisire, poiché senza contraddittorio, in modalità meno garantita⁷¹.

Se in camera di consiglio il giudice, alla luce delle eventuali argomentazioni delle parti espresse in sede interlocuzione, si determinerà a ricondurre il fatto oggetto di contestazione nell'alveo della diversa fattispecie, e se tale fatto risulterà provato, alla luce della valutazione congiunta delle risultanze istruttorie formate nel contraddittorio delle parti con i meno garantiti atti di indagine, il giudice condannerà per il reato riqualificato, applicando lo sconto di pena del terzo secco⁷².

4.4. Chiaramente, il riconoscimento di questo modello operativo presupporrebbe che all'imputato, nel medesimo giudizio in cui viene per la prima volta operata la riqualificazione, sia riservato uno spazio interlocutorio poiché è in questo spazio che dovrebbe trovare posto la sua richiesta di accesso al rito abbreviato.

D'altra parte, riservare questo spazio ad un momento antecedente alla riqualificazione risponde già a un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 521 c.p.p. In questo senso, si è già detto in precedenza, che – almeno ad avviso di chi scrive - la questione di costituzionalità dell'art. 521 c.p.p. con i parametri di cui all'art. 111, 24, 3 Cost., nella parte in cui non prevede che il giudice che intenda operare la riqualificazione susciti un contraddittorio argomentativo e

⁷¹ La difesa potrebbe operare una scelta simile, o valutando in un'ottica strategica la solo componente premiale dello sconto di pena, oppure anche – sebbene questa rappresenti un'ipotesi più remota – immaginando che l'accesso del giudice agli atti di indagine possa inquinare il suo giudizio, ad esempio in punto di attendibilità delle fonti dichiarative. L'ipotesi è per vero affatto remota, poiché, quando la scelta per l'abbreviato si inserisca in una fase non fisiologica, a dibattimento già svolto, *in limine litis*, la sua funzione strategica – cioè finalizzata comunque all'approdo assolutorio - appare depotenziata, come si è già sperimentato d'altronde nella prassi, in caso di rito abbreviato *in limine litis* sulla contestazione mutata in facto (cfr. Sez. 5, Sentenza n. 21133 del 25/03/2019 Ud. (dep. 15/05/2019) Rv. 275315 – 01) -. In queste ipotesi, difficilmente l'abbreviato *in limine litis* sarà autenticamente utilizzato quale strategia per smentire i fatti descritti nell'imputazione, perché la difesa aveva a disposizione quegli atti sin dal principio e, se avesse voluto, ben prima avrebbe potuto farli acquisire ex art. 493 comma 3 c.p.p. Peraltro, se avesse voluto smentire la fonte dichiarativa avrebbe potuto sia far transitare gli atti di indagine, sia illuminarne le contraddizioni del narrato in controesame, attraverso la formulazione delle contestazioni. Ad ogni modo, vale la pena di considerare questa ipotesi sul campo come ipotesi che può concretamente condurre ad un approdo assolutorio, perché è importante ricordare che l'abbreviato, neppure in queste ipotesi, è una resa incondizionata: la richiesta, formulata in sede di interlocuzione, non è avanzata in un momento in cui il giudizio decisorio in punto di riqualificazione sia stato già concluso, come puro pretesto per l'applicazione dello sconto di pena; né, soprattutto, si innesta su una decisione già presa in anticipo, perché la decisione stessa troverà sede in camera di consiglio e dovrà comunque relazionarsi anche col materiale di indagine per verificare la sua fondatezza. Se il fatto non troverà conferma negli atti di indagine, perché ad esempio, le fonti dichiarative ne usciranno travolte o emergeranno risultanze in grado di smentirlo, si verserà in ipotesi assolutoria. E' peraltro questa riflessione che conduce a ritenere nel caso di specie niente affatto esaurito – ed anzi interrotto - il giudizio, né presa la decisione, perché l'eventuale decisione nelle forme del rito abbreviato comporterebbe un ulteriore vaglio, allo stato non operato.

⁷² E' opinione di chi scrive che, conformemente a quanto accade per l'abbreviato in caso di contestazioni suppletive, che, pur comportando l'acquisizione dell'intero fascicolo in ottica deflattiva, resta comunque - nei suoi effetti premiali - limitato al nuovo fatto-reato, si potrebbe ipotizzare che, allorché il giudice, dall'analisi congiunta delle risultanze istruttorie e degli atti di indagine, evinca elementi in grado di giustificare la scelta del titolo operata dal pubblico ministero, escludendo quello scenario riqualificatorio che aveva prospettato, condanni senza applicare lo sconto di pena, per evitare di riconoscere effetti premiali ultronei. D'altra parte, la scelta del rito abbreviato da parte della difesa, richiesta *solo al momento dello scenario riqualificatorio*, dovrebbe coerentemente essere strumentale non solo ad un mero sconto di pena, ma anche ad evitare uno scenario siffatto; quindi, nel caso in cui il giudice, proprio alla luce della lettura degli atti di indagine, escluda la correttezza dell'opzione riqualificatoria, la finalità difensiva dell'acquisizione avrebbe già raggiunto l'alto obiettivo di scongiurare il rischio prospettato; a quel punto, riconoscere lo sconto di pena, sulla base di una prospettazione non realizzata, sarebbe un ingiustificato ed irrazionale effetto premiale.

probatorio, apparirebbe infondata poiché è praticabile un'interpretazione conforme. Cionondimeno, la questione meriterebbe uno scrutinio - oltre che per leggere sul punto voci ben più autorevoli di chi scrive - anche solo per suscitare una sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale che, indicando la corretta interpretazione, a) uniformi la disciplina; b) chiarisca se – come si ritiene – tale interlocuzione debba necessariamente essere stimolata obbligatoriamente già nel giudizio di prime cure; e c) entro quali spazi sia consentito il contraddittorio probatorio.

Non è questa la sede per porre in via diretta un simile quesito, poiché, essendosi riconosciuto questo spazio interlocutorio, la questione non si è neppure potuta sollevare per difetto di rilevanza. Tuttavia, se le riflessioni illustrate appaiano convincenti, il modulo operativo in cui inserire la richiesta di rito abbreviato in caso di modifica *in iure* sembrerebbe essere il giudizio in cui la riqualificazione viene operata *per la prima volta*; poiché la richiesta del rito è presupposto logico – e verrebbe prima - della decisione di condanna per la fattispecie riqualificata.

Nell'ipotesi in cui si accogliesse la visione prospettata, sarebbe auspicabile modificare l'art. 521 c.p.p. nel senso che lo stesso imponga di offrire uno spazio interlocutorio, collocato in un momento che sia determinato con precisione, entro cui poter esercitare tutti i diritti difensivi, sia quelli che sia già possibile riconoscere con un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 521 c.p.p. – contraddittorio argomentativo e probatorio – sia quelli oggetto di eventuale pronuncia additiva – accesso al rito abbreviato.

P.Q.M.

Dichiara d'ufficio rilevante nel presente giudizio e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione nei termini di cui in motivazione;

Sospende il giudizio;

Dispone che la presente ordinanza sia notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata ai presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati;

Ordina l'immediata trasmissione alla Corte costituzionale della presente ordinanza e degli atti del giudizio, insieme con la prova delle comunicazioni e notificazioni di cui al precedente capoverso.

Dà atto che la presente ordinanza è stata letta in udienza e che, pertanto, essa deve intendersi notificata a coloro che sono o devono considerarsi presenti, ex art. 148, comma 5, c.p.p.

9 giugno 2020

Il Giudice
dott.ssa Gabriella Ambrosino