

# **CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**

*Incontro di studio:*

*Ruolo e funzioni del pubblico ministero nella giurisdizione penale.*

*Roma, 12-14 settembre 2011*

**Francesco Vergine**

coordinatore del gruppo di lavoro su

«Il dibattimento: La dialettica processuale, l'esame incrociato, la leale cooperazione per la speditezza del procedimento, la parità davanti al giudice, i rapporti con difensore di parte civile»

Prima di affrontare singolarmente, attraverso specifici richiami a casi pratici, gli argomenti indicati nelle linee guida di questo incontro, vorrei analizzare una tematica di carattere generale, per le implicazioni, anch'esse pratiche che ne discendono, che concerne il rapporto tra p.m. e dibattimento, sotto il profilo della individuazione dell'esatto perimetro operativo della irretrattabilità dell'azione penale.

Essa - che secondo parte della dottrina rappresenta un corollario del più ampio principio dell'obbligatorietà dell'azione penale - implica che, una volta iniziata, l'azione stessa debba progredire senza soste fino alla conclusione del processo, imponendo il divieto di regressione a fasi anteriori, con il limite delle espresse previsioni (Cass., I, 8 novembre 1999, p.m. in c. Bengù, in *CED Cass.*, n. 214387).

Ha osservato Chiavario (M. CHIAVARIO, *Sospensione del processo, II, dir. proc. pen.*, in *Enc. giur. XXX*) che le ipotesi di deroga al principio hanno carattere tassativo e coincidono con i casi di sospensione o interruzione del processo espressamente previsti dalla legge, il cui novero non è suscettibile di estensione analogica.

Il legislatore, infatti, ha fissato un regime di tassatività in rapporto a tutte le forme di arresto dell'*iter* processuale, indipendentemente dalle classificazioni concettuali prospettabili al riguardo.

Si tratta di quello che in gergo viene definito obbligo di prosecuzione, in virtù del quale il processo, una volta iniziato con l'esercizio dell'azione da parte del p.m., progredisce nel suo sviluppo attraverso la serie di atti prefigurata dal modello normativo al fine di giungere al suo tipico atto finale costituito dalla decisione giurisdizionale (F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2003, 40).

Così ricostruita, la proiezione delle caratteristiche dell'azione penale, per come espressamente contenute nell'art. 50 c.p.p., si fa cogliere nel suo esatto significato.

Occorre analizzare, tuttavia, le ipotesi di sospensione, interruzione ed in particolare di conclusione del processo – da intendersi appunto come deroghe al principio dell'irretrattabilità - che, in verità, e contrariamente alle decise posizioni dottrinarie, non si innestano in schemi legislativamente previsti ma si collocano nell'alveo di una rielaborazione pretoria.

Per quanto attiene alle ipotesi del primo gruppo, quello che viene definito da Chiavario un *numerus clausus* si esaurisce nelle ipotesi tipizzate (M. CHIAVARIO, *Sospensione del processo*, cit., 23) e cioè, oltre alle ipotesi di sospensione tassativamente previste dal codice (artt. 3 e 479: questioni pregiudiziali, art. 41 co. 2: ricusazione, art. 47 co. 1 e 2 rimessione, art. 71: incapacità dell'imputato, art. 344 co. 3: autorizzazione a procedere), devono considerarsi, a titolo esemplificativo, quelle previste dall'art. 28 del microcosmo della giustizia minorile inerente la messa alla prova; la sospensione riconducibile alla pregiudiziale collegata alla risoluzione di un'eccezione di legittimità costituzionale, alla quale parifichiamo la c.d. pregiudiziale comunitaria ex art. 177 del Trattato Istitutivo.

Ciò che, invece, desta particolare interesse è il contenuto del secondo gruppo di cause che si pongono in rapporto di eccezione alla irretrattabilità e che, come accennato, possiedono una paternità esclusivamente giurisprudenziale.

Il primo esempio è dato dalla dichiarazione di incompetenza territoriale pronunciata dal giudice. Secondo la nota e risalente pronuncia della Corte Costituzionale, la n. 70 del marzo del 1996, il giudice è obbligato a trasmettere gli atti al p.m. che ha sede presso il giudice ritenuto competente. Declaratoria che non colpì il comma 3 dell'art. 22 c.p.p. che sin dall'origine prescriveva la trasmissione degli atti al p.m.

Di quali poteri è investito il p.m. ricevente il fascicolo? Può egli chiedere l'archiviazione o, in virtù del principio in esame, è obbligato a spendere l'azione penale? Nessun dubbio che il p.m. abbia ampia autonomia nel caso in cui il giudice dichiari la nullità dell'atto imputativo. Detta pronuncia travolge l'azione penale e per espressa disposizione codicistica, ossia l'art. 185 co. 3 c.p.p., il processo deve

regredire.

Ma nel caso della incompetenza territoriale, non v'è alcuna forma di annullamento dell'atto di esercizio dell'azione penale, ma soltanto una errata individuazione del giudice competente, la cui indicazione, peraltro, è del tutto estranea ai contenuti dell'imputazione.

La giurisprudenza sul punto appare divisa. Da un lato vi sono posizioni (cfr., Cass., sez. VI, C.G., 11 marzo 2003, n. 20512, all. 1, oltre a cfr. Cass., II, 10 marzo 1998, Corbelli, in *Cass. pen.* 1999, 3473; E. DI SALVO, *Principio d'irretrattabilità dell'azione penale, regressione del procedimento e poteri del pubblico ministero*, in *Cass. pen.* 2000, 3327) che, valorizzando l'essenza della irretrattabilità, negano spazi decisionali al p.m. in relazione alla prosecuzione dell'iter: egli dovrà esercitare l'azione penale, a pena di evidenti scalfitture del principio. Dall'altro lato si pone l'orientamento di chi (cfr., Cass. sez. VI, Pierotti, 14 gennaio 2004, n. 7681, all. 2) reputa possibile una richiesta di archiviazione sul presupposto che la dichiarazione di incompetenza è tale da travolgere l'originario esercizio dell'azione penale, con ciò restituendo ogni facoltà al p.m. E d'altra parte, si osserva, se la norma per come prevista sin dall'origine dal legislatore, non avesse tale significato, sarebbe arduo rinvenirne una convincente *ratio*.

In nessuna delle pronunce esaminate vi è il riferimento al principio di ragionevole durata del processo, rivitalizzato e consacrato nel novellato art. 111 Cost., che pure potrebbe esercitare una qualche incidenza al fine di individuare la soluzione più appagante. Il principio potrebbe deporre nel senso della ammissibilità di una richiesta di archiviazione, finalizzata ad evitare la proliferazione di processi in relazione a quali neppure il titolare dell'accusa effettua una prognosi di condanna.

Problematiche meno sdruciolevoli sono quelle rappresentate dal rapporto tra il principio in esame e il decreto penale di condanna da un lato e le circostanze aggravanti dall'altro.

In relazione al primo caso, non v'è dubbio che il p.m. possa procedere ad una richiesta di archiviazione qualora il g.i.p. non

accolga la richiesta di emissione del decreto penale di condanna e non ritenga di pronunciare sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., restituendogli gli atti (Cass., V, 25 marzo 2003, p.m. in proc. Taronna, in *A. n. proc. pen.* 2004, 749).

Per quanto riguarda il rapporto tra circostanze aggravanti contestate e irretrattabilità, occorre osservare che secondo Cass., sez. IV, P., o Fraticelli, 22 aprile 2009, n. 26653 (all. 3) «È illegittima la modifica dell'imputazione consistente nella rinuncia ad una contestata aggravante, effettuata nel corso del dibattimento dal p.m. mediante una correzione del capo di imputazione, giacché, in virtù del principio di irretrattabilità dell'azione penale, il p.m., a norma degli art. 516 e 517 c.p.p., ha il solo potere di integrare l'accusa, mentre non può procedere autonomamente alla correzione o riqualificazione delle condotte, sicché permane in capo al giudice il potere - dovere di pronunciarsi anche in ordine a tale circostanza aggravante indebitamente estromessa».

Venendo alla trattazione degli argomenti indicati in quelle che abbiamo definito linee guida, credo utile analizzare, per primo, un istituto che taglia trasversalmente i 5 punti indicati, ossia dialettica processuale, leale cooperazione, esame incrociato, parità davanti al giudice e rapporti con il difensore di parte civile.

1) Mi riferisco alla lista testi: forma di espressione della dialettica processuale, da definirsi anticipata e differita; il deposito, espressione di una discovery sulle intenzioni di prova, è una proiezione – normativizzata - della lealtà processuale e si pone quale antecedente necessario per l'esame incrociato, ponendo le parti in una condizione di parità nell'esercizio del diritto alla prova innanzi al giudice.

- Finalità :

--> condizione per l'esercizio del diritto alla prova;

--> funzionale all'esercizio del diritto alla controprova.

a) Grado di specificità delle circostanze. E' noto come l'indicazione richiesta dall'art. 468 possa dirsi soddisfatta attraverso il mero richiamo al capo di imputazione o ad altri atti, purché essi siano conoscibili al giudice ed alle parti. Tuttavia, il mero riferimento al capo di

imputazione cagiona due conseguenze potenzialmente dannose. In primo luogo, poiché in un numero corposo di procedimenti l'accusa dibattimentale è sostenuta da magistrati onorari che non hanno avuto la possibilità di approfondire lo studio del fascicolo, la mancata precisazione delle circostanze più rilevanti potrebbe condurre ad un esame monco. In secondo luogo, poiché l'estensione del controesame è calibrata sui temi di prova segnalati in lista (cfr., Cass., sez. IV, Morotti, 23 marzo 2005, n. 20585, in CED Cass., n. 232243, all. 4), una indicazione generica attribuisce un diritto di controesame molto vasto. A meno di non voler ritenere che il controesame si riconnette, per ampiezza, all'oggetto di prova (così Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in (a cura di) Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, III ed., 2007, p. 109) e, dunque, sfugga al perimetro della lista. Per completezza va segnalato l'orientamento, a mio avviso non corretto, secondo il quale il controesame va limitato ai temi toccati nel corso dell'esame.

b) L'ambito di estensione della controprova è forse uno dei temi più controversi. L'istituto, nella prassi, ha ottenuto un utilizzo quantitativamente apprezzabile. Sembra, tuttavia, che tale successo sia dovuto alle sue capacità di porre rimedio al mancato deposito della lista testi, pur se tale veste non appare consona al ruolo che il legislatore ha inteso assegnarle. Prescindendo dall'accertamento di quale sia l'ambito contenutistico della prova contraria, sul quale si tornerà, desta interesse l'individuazione delle condizioni necessarie per consentire un utilizzo dell'istituto conforme alle disposizioni codicistiche ed al sistema delle prove in generale. Ovviamente la controprova non può rappresentare un comodo escamotage per rendere evanescenti i limiti temporali delle indicazioni probatorie imposti dall'art. 468 c.p.p. E, pertanto, non può essere inteso quale forma sostitutiva e più agevole delle segnalazioni testimoniali proprie delle liste. Per impedire un uso distorto dell'istituto, la giurisprudenza, in realtà con scarni e sporadici interventi, ha avuto modo osservare che la facoltà di chiedere la citazione a prova contraria non può essere esercitata dalla parte che non ha presentato tempestivamente la propria lista testimoniale (cfr., Cass., sez. VI, Martelli, 06 maggio 2010, n. 17222, all. 5). Restano, come forme di recupero, l'istituto della c.d. prova tardiva di cui al co. 2 dell'art. 493 c.p.p., oltre al più collaudato art. 507 c.p.p.

c) Lista e prova documentale. Come noto, la prova documentale non deve essere indicata nella lista testi. Esclusione legislativa di difficile comprensione sol che si pensi alla funzione primaria della lista stessa. In un'ottica de iure condendo, credo sia opportuna una interpolazione dell'art. 468 tale da inglobare, nell'obbligo di discovery probatoria, anche la prova documentale. In relazione a tale problematica, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 468 c.p.p. per la mancata inclusione della prova documentale nell'obbligo di preventiva comunicazione delle prove che si intendono assumere, poiché detta esclusione realizzerebbe una disparità di trattamento tra mezzi di prova di eguale valenza. Peraltro, la mancata indicazione preliminare della prova documentale violerebbe il principio di parità a discapito dell'accusa, giacché il p.m. può procedere al deposito dei documenti contenuti nel proprio fascicolo i quali, grazie all'istituto della discovery di cui all'art. 415 bis c.p.p. sono già entrati nella sfera di conoscenza dell'imputato. La considerazione non vale a condizione di reciprocità giacché l'imputato può procedere al deposito di documenti "a sorpresa". Il rimedio, peraltro suggerito dalla Corte Costituzionale, nella pronuncia n. 284 del 1994 con la quale ha rigettato la questione di legittimità della norma, è quello contemplato dal co. 2 dell'art. 477, ossia la richiesta di una sospensione del dibattimento (altrimenti detto termine a difesa, ma a parti invertite). La Consulta ritiene che la produzione documentale che necessiti di un esame da parte dell'accusa possa rientrare nell'estensione concettuale dell'assoluta necessità contemplata dalla norma appena indicata. Resta salvo il diritto di richiedere la controprova che non deve necessariamente essere omogenea, per tipologia, alla prova offerta dalla parte avversa. Occorre, poi, interpretare in senso temporalmente estensivo il co. 2 dell'art. 495 c.p.p. per consentire l'esercizio del diritto di controprova in relazione alla prova documentale offerta dalla parte non in sede di richiesta ex art. 493 c.p.p. ma successivamente. E' noto l'orientamento giurisprudenziale, non univoco ma comunque diffusamente accolto, secondo il quale la prova documentale sfugge alla cadenze temporali delle altre prove, ben potendo essere oggetto di produzione in qualunque momento. Con il rischio che la parte potrà depositare una prova documentale decisiva subito prima della chiusura del dibattimento. In tali evenienze che, salvo il caso della c.d. prova *noviter reperta*, rappresenterebbero una violazione – non processualmente sanzionabile – del principio di lealtà processuale, l'unico

rimedio è l'ottenimento di una sospensione ex art. 477 co. 2 c.p.p. finalizzata all'individuazione di una prova contraria.

d) verbali di prove di altro procedimento. Il comma 4 bis, a differenza del comma 1, non prevede alcuna sanzione in caso di mancata indicazione, nella lista testi, dei verbali di prove assunte in altri procedimenti che si intendano acquisire. La Cassazione ha osservato che dal sistema non è ricavabile alcuna patologia processualmente rilevante, giacché non è applicabile la nullità per la mancanza di una espressa previsione e per la impossibilità di ricomprenderla nell'art. 178. Non è applicabile neppure la inutilizzabilità perché essa deriva dalla violazione di un divieto acquisitivo esplicito ma non dalle modalità di assunzione (cfr. Cass., sez I, Giannelli, 25 ottobre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2218 e, da ultimo, Cass., sez. V., F., 02 febbraio 2011, n. 14457, all. 6a e 6b). Resta, a magra consolazione, il richiamo ai principi di lealtà derivanti dall'art. 124 c.p.p. e, con specifico riferimento al difensore, dall'art. 105 co. 4 c.p.p.

e) termine per il deposito. La norma richiede sette giorni. Trattasi di termine perentorio e i giorni, in virtù delle indicazioni promananti dall'art. 172 co. 5, devono intendersi interi e liberi. Opera l'istituto della sospensione del termine feriale, con tutte le conseguenze trattandosi di un termine a ritroso (cfr.- Cass., sez. III, Colligiani, 15 novembre 2005, n. 44272, in CED Cass., n. 233130, all. 7). L'indicazione del dibattimento, quale data alla quale parametrare i sette giorni, fa sì che il diritto di deposito si esaurisca a partire dalla data di effettiva apertura del dibattimento. Di conseguenza, il rinvio in limine non preclude il deposito della lista, purché effettuato sette giorni prima della nuova data (cfr., Cass., sez. II, D., 14 ottobre 2010, n. 42058, all. 8)

## 2) Sostituzione del testimone.

Altro tema che appare intimamente legato al precedente e connesso all'ampia problematica dell'esame incrociato ed alle modalità di realizzazione della dialettica processuale è quello della sostituzione del testimone. La questione possiede margini di originalità e potrebbe suscitare, di primo acchito, una ingovernabile repulsione stante l'immediata percezione di stridore con i canoni di un processo accusatorio ispirato ai *cases* dei sistemi di *common law* che l'istituto provoca. Si tratta della possibilità di procedere alla citazione ed all'ascolto di un teste diverso da

quello indicato in lista sulle medesime circostanze. La giurisprudenza appare orientata a ritenere che «la deposizione di un testimone esaminato in sostituzione di altro indicato nella lista di cui all'art. 468 c.p.p. è utilizzabile, se l'esame è ritualmente condotto e la testimonianza pertinente alle circostanze indicate nella lista stessa» (cfr., Cass., sez. II, 20 ottobre 2006, n. 36791 L. C., in *Cass. pen.* 2007, p. 4184, e Cass., sez. VI, 09 gennaio 2004, Riboni, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1282, e Cass., sez. I, Saccucci, 15 dicembre 2000, in *Cass. pen.* 2002, p. 1735, all. 9a, 9b e 9c).

L'istituto appare poter operare nel caso in cui, avuto riguardo alla fungibilità delle funzioni cui si riferiscono le circostanze di fatto che si intendono provare mediante testimonianza, sia irrilevante l'identità fisica del soggetto chiamato a rendere detta testimonianza. In tal caso non sarebbe inammissibile, ai sensi dell'art. 468, comma 1, c.p.p., la richiesta della parte, avanzata oltre il termine stabilito da detta norma, di far assumere, come testimone, sulle medesime circostanze, una persona diversa da quella originariamente indicata nella lista (nella specie, in applicazione di tale principio, si è ritenuta ammissibile la richiesta del pubblico ministero di far sentire come testimone, in ordine a circostanze desumibili da ricerche d'archivio, un ufficiale di polizia giudiziaria diverso da quello indicato in precedenza nella lista).

Si tratta di una impostazione che devia dal consolidato orientamento secondo il quale sarebbe inammissibile la richiesta dibattimentale del pubblico ministero di introdurre nel processo un testimone non indicato nella lista (cfr., Cass., sez. VI, 02 novembre 2004, Taurino, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2214, secondo cui la prova testimoniale richiesta dal p.m. che abbia depositato la lista oltre il termine perentorio di sette giorni previsto dall'art. 468 c.p.p., è inammissibile se la difesa abbia ritualmente eccepito, ai sensi dell'art. 493 c.p.p., la decadenza).

Ed in effetti il presupposto è differente perché nel caso in esame il p.m. ha depositato la propria lista ma ad essa è seguito l'ascolto di persona fisicamente diversa. La Corte ha affermato che «dal testo della motivazione parrebbe, tuttavia, che nella fattispecie l'assunzione del teste-sostituto non sia avvenuta con un accordo espresso delle parti, quanto, piuttosto, in presenza di un comportamento silente, cioè, di un mancato dissenso.

Prescindendo dal problema relativo se la mancata opposizione di una parte sia equiparabile al consenso necessario per configurare un accordo, il tema

attiene ai limiti di ammissibilità di una testimonianza di un soggetto diverso da quello indicato nella lista prevista dall'art. 468 c.p.p., la cui identità, tuttavia, si affermi essere del tutto irrilevante rispetto alla formazione della prova, attesa la fungibilità della funzione ricoperta ed avuto riguardo alle circostanze di fatto che si intendono provare.

Quanto alla fungibilità del teste, la verifica a cui è chiamato il giudice, a ben vedere, non può che essere rigorosa, atteso il rischio che, attraverso la prospettata fungibilità di un testimone rispetto ad un altro, si possa sanare *a posteriori*, e in assenza di accordo fra le parti, l'omessa indicazione in lista della testimonianza che, in concreto, si intenda fare assumere e, quindi, realizzare una sostanziale elusione della decadenza.

Il tema è, peraltro, strettamente connesso alla individuazione dell'esatto limite del diritto alla prova contraria: la maggiore o minore ampiezza di tale diritto in questione incide sul rischio che l'assunzione di un testimone, piuttosto che un altro, vanifichi, in tutto o in parte, la possibilità di conoscere le prove che l'altra parte vorrà fare acquisire.

In giurisprudenza si è affermato che il tema di prova, anche con riguardo alla controprova, è quello fissato *a priori* con la capitolazione, implicita o esplicita, delle circostanze su cui deve vertere l'esame (Sez. II, 19 ottobre 2000, Cangelosi, in *C.E.D. Cass.*, n. 217878).

Tuttavia, secondo un primo orientamento, prova contraria sarebbe solo quella direttamente speculare a quella della parte avversa e avrebbe come ambito operativo lo stesso fatto costitutivo della prova diretta, del quale si asserisce l'inesistenza ovvero la verifica con modalità diverse; la prova contraria, secondo l'impostazione in parola, deve essere inoltre tipologicamente omogenea a quella diretta (in tal senso, Sez. VI, 10 aprile 1995, Vincenti, in *questa rivista*, 1996, p. 3011, in fattispecie in cui l'imputato aveva chiesto di contrastare una prova documentale prodotta dall'accusa con una testimonianza; in dottrina FASSONE, *Il giudizio*, in Fortuna-Dragone-Fassone-Giustozzi-Pignatelli, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Cedam, 1995, p. 714).

Secondo altra impostazione, invece, la prova contraria potrebbe riguardare lo stesso fatto che la controparte intende provare ovvero un fatto diverso, la cui prova incide sulla prova articolata dall'altra parte; essa, si afferma, non necessariamente deve essere di tipo omogeneo rispetto alla prova addotta dalla parte avversa, ben potendo, ad esempio, una testimonianza essere inficiata attraverso una prova documentale contraria (sul tema, in dottrina, CANZIO, *"Diritto alla prova"*, *prova contraria e parte civile*, in *Foro it.*, 1997, c.

407; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2004, p. 493; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2005; CONFORTI, *Sul contenuto e sui limiti della prova contraria*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3011; CREMONESI, *Dalla lista dei testi alla prova contraria*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 20, p. 110).

Il rischio che, attraverso la sostituzione di un testimone ad un altro previamente indicato nella lista, si realizzi una elusione delle preclusioni previste, pare scongiurabile facendo riferimento, in casi come quello in esame, all'art. 493, comma 2, c.p.p., nel cui ambito possono essere ricondotte, con maggiore specificità, anche le possibili deduzioni a prova contraria che la parte potrebbe invocare solo dopo aver appreso della richiesta, invocata dalla parte avversa, di sostituzione del teste» (così, Silvestri, *Condizioni per l'utilizzabilità della deposizione del teste esaminato in sostituzione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4184).

Ammissa la possibilità della sostituzione, occorre rapportarla all'istituto delle contestazioni. E' verosimile che nel fascicolo del p.m. vi siano le pregresse dichiarazioni, magari limitate ad una denuncia o querela, del testimone originariamente indicato nella lista. L'ascolto del teste in sostituzione, ovviamente, preclude la possibilità di utilizzare per le contestazioni le dichiarazioni del teste sostituito. Con la conseguenza che può concretarsi il rischio di rimanere sprovvisti di prova, giacché l'ascolto del teste sostituito ha consumato il diritto di prova della parte.

### 3) Omessa citazione del teste.

Molto spesso la snella definizione del processo risente di tecniche difensive meramente dilatorie. Una di esse, a mio avviso particolarmente offensiva del canone di lealtà processuale, è quella della omessa o imperfetta citazione del testimone. Come noto, l'assetto normativo non ricollega alcuna sanzione alla mancata citazione del testimone ammesso (ad eccezione del processo innanzi al giudice di pace che espressamente prevede la decadenza all'art. 29 co. 8), di talché la giurisprudenza, interpretando il dato, non ha potuto far altro che affermare «*In tema di prova testimoniale, qualora, a seguito del decreto di autorizzazione, ex art. 468 comma 2 c.p.p., la parte non provveda alla citazione del testimone, il giudice non può perciò solo revocare la prova ammessa, a meno che non si tratti di prova superflua, ex art. 495 comma 4 c.p.p.; pertanto, l'omessa citazione del teste non ha alcuna incidenza in ordine*

*ai criteri di ammissione della prova, mentre l'eventuale irrilevanza di essa deve essere motivata, considerato anche che sussiste l'obbligo normativamente imposto di sentire le parti prima dell'adozione del provvedimento di revoca»* (cfr., tra le altre, Cass., sez. VI, Costanzo, 16 giugno 2005, n. 30889, in CED Cass., n. 232215, all. 10a). E ciò, nonostante gli sforzi ricostruttivi di matrice dottrina, tesi ad individuare una causa di inammissibilità-decadenza (cfr., Vicoli, *La citazione del testimone tra poteri ordinatori del giudice dibattimentale ed onere delle parti*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 621 ss.).

Come dire, tra la righe, che la mancata citazione non rende la prova inammissibile ma attribuisce un più penetrante e stringente potere di valutazione sulla utilità della prova da parte del presidente.

Si riscontra qualche pronuncia, tuttavia, che pur rilevando come l'omissione dell'adempimento non possa equivalere a rinuncia né consumi una ipotesi di inammissibilità della prova, osserva che *«la parte, una volta ottenuta l'autorizzazione a citare i propri testimoni, ha l'onere di provvedere agli adempimenti necessari alla citazione degli stessi ovvero di provvedere personalmente alla loro presentazione in udienza; l'inadempimento di tale onere, pur non dando luogo ad inammissibilità della prova, impedisce tuttavia alla parte di chiedere il rinvio del dibattimento per l'escussione dei propri testi, non citati né presenti»* (cfr. Cass., sez. III, 13 giugno 2007, Licitra, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4685, all. 10b).

Obiettivamente, dallo spessore dell'attuale sede normativa di riferimento, pare arduo riuscire ad individuare spazi per ricollegare all'omessa citazione una sanzione (del tipo decadenza) o per poter interpretare la condotta omissiva della parte quale forma di rinuncia tacita all'escussione del teste. D'altra parte, però, non può rimettersi all'arbitrio della parte stessa la gestione dei tempi del processo, concedendo un rinvio ogniqualvolta non vi sia stata la citazione del teste. Perché possa funzionare l'istituto della rinuncia, che appare l'unico potenzialmente idoneo a superare l'*impasse*, a mio avviso, occorre qualcosa di più. Occorre, cioè, che la parte sia resa edotta, in via preventiva, che la mancata citazione del testimone, in assenza di plausibili motivazioni che saranno rimesse all'apprezzamento giudiziale, sarà intesa quale rinuncia all'esame del testimone. Detto avviso andrebbe formalizzato o nella autorizzazione alla citazione del teste che il presidente, ai sensi dell'art. 468 co.2 c.p.p. può concedere fuori udienza, oppure nel provvedimento orale reso all'udienza e debitamente verbalizzato.

4) Nullità di un atto ed obbligo di eccezione – Leale cooperazione per la speditezza del processo.

L'obbligo di eccepire, con modalità prestabilite, una nullità risponde ad esigenze di contenimento dei tempi processuali. Come noto vi è un principio di proporzione tra la gravità della patologia e l'estensione dei tempi per la sua rilevazione. La normativa, piuttosto ricca, dettata in tema di nullità sembrerebbe idonea a disciplinare le possibili fattispecie che concretamente potrebbero venire ad esistenza. E tuttavia, per gli effetti demolitori (e temporalmente ampliativi dei tempi) che derivano dalla dichiarazione di nullità, occorre procedere ad una cauta interpretazione degli istituti tale da consentire il contemperamento di due opposte esigenze: imporre il rispetto dello schema tipizzato dal legislatore, sanzionando le patologie, ed evitare che l'istituto possa essere utilizzato per meri scopi dilatori che in quanto tali non meritano tutela.

Intenderei affrontare un caso singolare, il cui esito dimostra, a mio sommo avviso, come una patologia certamente esistente possa essere strumentalizzata a fini prescrizionali e rimanga, tale condotta, esente da critiche poiché si inserisce in un interstizio dell'istituto privo di copertura normativa.

In un processo per truffa ed altro, nel corso dell'u.p., il difensore dell'imputato eccepiva la nullità della notifica del decreto di fissazione dell'udienza. Veniva disposta la ri-notifica presso il domicilio eletto dall'imputato. Tuttavia, detta notifica risultava impossibile. Il Gup, pertanto, disponeva la notifica tramite consegna al difensore ai sensi del co. 4 dell'art. 161 c.p.p. Alla successiva udienza, dichiarata la contumacia, il difensore eccepiva la nullità della notifica ritenendo possibile la sua esecuzione presso il domicilio eletto. L'eccezione veniva rigettata ed i successivi atti venivano tutti notificati presso il difensore. Nel corso del primo grado di giudizio nessuna eccezione veniva reiterata dal difensore e si giungeva, così, all'emanazione di una sentenza di condanna. Trascorso anche il termine per l'impugnazione, ed attesa la maturazione della prescrizione, l'imputato personalmente presentava un atto di appello, ovviamente tardivo, lamentando di non essere mai stato informato della pendenza del processo. Prescindendo dall'accertamento della effettiva

correttezza dell'operato del Gup ed anzi, dando per scontato che l'eccezione della difesa andasse accolta e pertanto andasse disposto un terzo tentativo di notifica, occorre interrogarsi sulle conseguenze della mancata riproposizione della eccezione di nullità nel corso del primo grado. La nullità ravvisabile nel caso di specie, come da costante giurisprudenza, è quella a regime intermedio. La norma di riferimento è l'art. 180 c.p.p. che individua, come paletto temporale per la sua eccezione, la deliberazione della sentenza di primo grado. Nel caso di specie, come detto, la nullità stata eccepita nell'u.p. e poi mai più proposta nel primo grado. La Corte di appello, investita del gravame dell'imputato, ha annullato la sentenza e disposto la regressione all'u.p., rilevando come la norma imponga l'eccezione entro il termine indicato ma non preveda un obbligo di reiterazione della medesima eccezione, come previsto per le nullità relative.

A mio avviso il *decisum* è errato perché si pone in forte frizione con una serie di principi che governano il processo penale.

In primo luogo, il nostro ordinamento giuridico è caratterizzato dal principio di lealtà processuale, il cui diretto corollario è costituito dall'obbligo di collaborazione delle parti per un corretto esercizio dell'attività giurisdizionale.

Se si concordasse con l'impostazione accolta dalla Corte, si premierebbero le "furberie tecnico-procedurali" poste in essere da chi omette di reiterare l'eccezione facendo proseguire per i vari gradi di giudizio il processo, lucrando evidenti tempi utili per la prescrizione. Ed in siffatte ipotesi, l'errore non sarebbe emendabile d'ufficio da alcun giudice, poiché nessuno potrebbe conoscere la problematica.

Infatti nel caso in esame ed in casi simili, il Giudice del dibattimento non avrebbe potuto apprendere l'esistenza della questione, relativa - appunto - alla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, senza l'impulso da parte del difensore dell'imputato, stante lo sbarramento conoscitivo derivante dal principio di separazione delle fasi.

E difatti, in un sistema processuale caratterizzato dalla presenza del "doppio fascicolo", il Giudice dibattimentale non ha la facoltà di prendere visione, senza lo stimolo di parte, del fascicolo del p.m. al fine di verificare la regolarità del procedimento.

Sono proprio le parti a dover portare all'attenzione del giudice fatti da cui possano derivare le nullità in questione.

E non è un caso se, prima di dichiarare la contumacia, il giudice deve sentire le parti per le loro osservazioni.

Peraltro, a voler abbracciare il criticato orientamento, si finirebbe per applicare alle nullità intermedie il regime proprio delle nullità assolute e che, in base al principio di tassatività imposto dall'art. 177 c.p.p., solo ad esse si riferisce.

In mancanza di un'espressa previsione normativa, pertanto, la deduzione della nullità non può comportare una penetrazione nel processo pari a quella tassativamente prevista per le nullità assolute.

Diversamente, peraltro, si andrebbe a vanificare la portata dell'art. 180 c.p.p, il quale stabilisce che *“le nullità previste dall'art. 178 sono rilevate anche d'ufficio, ma non possono più essere rilevate né dedotte dopo la deliberazione della sentenza di primo grado...”*

Se il Giudice di prime cure non ha rilevato la nullità in questione (non eccepita nel corso del dibattimento), come può farlo il Giudice di secondo grado, stante lo sbarramento temporale imposto dall'art. 180 c.p.p. (la norma è chiara nel privare il Giudice di secondo grado del potere di rilevare la nullità)?

Qualora dovesse essere accolta la conclusione cui giunge il Giudice d'Appello, inoltre, si finirebbe, in astratto, per dare la possibilità al difensore che eccepisca una simile nullità (non rilevata dal giudice) di riproporla solo nell'ultimo stadio, ossia del giudizio di cassazione, causando un ingiustificato prolungamento del processo, in palese contrasto con il principio costituzionale della ragionevole durata, di cui all'art. 111 cpv. Cost. e, soprattutto, si consentirebbe all'imputato di giovare di un'arma straordinariamente efficace, da utilizzare solo al termine del processo per tentare di addivenire ad una sentenza di proscioglimento per prescrizione.

Avv. Francesco Vergine

*Ricercatore confermato*

*Professore aggregato di diritto processuale penale*

*Università Lum Jean Monnet*