

**La relazione tra PM ed organo giudicante nelle fasi del processo penale.
La partecipazione alla ricerca della verità processuale
e la differenza dei ruoli.**

□□□□□□□□□□□□□□

Indice

1. L'art. 507 c.p.p. e l'integrazione giurisdizionale della prova.

- 1.1 La giurisprudenza si schiera per un'interpretazione estesa del precetto normativo.
- 1.2 Se, per esercitare l'opzione, il giudice possa avere accesso al fascicolo del PM.
- 1.3 Il principio dispositivo non è stato integralmente accolto nel vigente codice di rito penale.
- 1.4 Caratteristiche dell'integrazione di prova nel rito abbreviato.

2. L'art. 238 bis c.p.p. e l'acquisizione di sentenze irrevocabili di altri procedimenti.

- 2.1 Portata precettiva e *ratio* della norma.
- 2.2 La necessità di distinguere tra acquisizione e valutazione della prova.
- 2.3 Valore probatorio delle sentenze non irrevocabili.

3. L'art. 512 c.p.p. e la "sopravvenuta impossibilità di ripetizione".

- 3.1 L'irreperibilità ha un significato neutro.
- 3.2 Le condizioni per la lettura ex art. 512 c.p.p. di pregresse dichiarazioni.
- 3.3 L'ulteriore condizione per adeguarsi alla giurisprudenza della CEDU.

4. Gli articoli 516 e 517 c.p.p. "se nel corso dell'istruzione dibattimentale": persistenti discordie interpretative.

- 4.1 La contestazione suppletiva può essere mossa sulla scorta di acquisizioni delle indagini preliminari.
- 4.2 Le ragioni del contrario orientamento.
- 4.3 Diversa qualificazione giuridica del fatto ed oneri del PM.
- 4.4 Contestazione suppletiva ed oblazione.
- 4.5 Contestazione suppletiva e problematico recupero dei riti speciali.

5. L'art. 521 c.p.p. ed il "reale pregiudizio per i diritti della difesa".

□□□□□□□□□□□□□□

1. L'art. 507 c.p.p. e l'integrazione giurisdizionale della prova.

L'art. 507, comma 1, c.p.p. prevede che, «terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti», il giudice del dibattimento può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova se ciò risulti «assolutamente necessario».

Tale acquisizione può concernere anche atti già contenuti nel fascicolo del PM o facenti parte della documentazione concernente l'attività di investigazione della difesa ed «acquisiti al fascicolo per il dibattimento ex art. 431, comma 2, e 493, comma 3», del codice di rito, quindi su consenso delle parti (art. 507, comma 1 bis, c.p.p.).

Il panorama normativo si completa con la regola di cui all'art. 151 delle disposizioni di attuazione del codice alla stregua della quale:

= nel caso in cui la prova ammessa sia stata **richiesta dalle parti** il comma 1 prevede che l'assunzione della medesima segue la regola di cui all'art. 496, sempre che vi sia una pluralità di fonti da esaminare

= quando invece la prova è disposta **d'ufficio**, il comma 2 stabilisce che l'esame della fonte orale è condotto direttamente dal Presidente il quale, terminata l'escussione, indica la parte che deve condurre l'esame diretto che sarà quella cui la deposizione riesce favorevole.

1.1 La giurisprudenza si schiera per un'interpretazione estesa del precetto normativo.

In merito alla corretta interpretazione di questo combinato disposto normativo si è scatenato un dibattito così vivace ed intenso da essere stato paragonato ad una «guerra di religione»¹.

Secondo un orientamento più restrittivo, che si riallaccia ad un modello accusatorio “puro”, l'art. 507 ha carattere di eccezionalità in quanto la gestione dell'istruzione dibattimentale è demandata alle parti così che al giudice residua esclusivamente un potere di intervento nei limiti della acquisizione probatoria di tesi rimaste incomplete; un potere non esercitabile, pertanto, se nessuna attività istruttoria è stata compiuta, magari perché è scattata la preclusione di cui all'art. 468 del codice di rito.

Per una tesi che può definirsi intermedia, tale potere non è vincolato da preclusioni o decadenze in cui le parti siano incorse, ma il giudice non può comunque supplire alla totale inerzia delle stesse così che il relativo potere è esercitabile a condizione che qualche prova sia stata acquisita, anche solo sulla base degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento.

Per la tesi più estensiva, il potere di assunzione di nuove prove non tollera alcuna limitazione, purché vi sia l'assoluta necessità dell'accertamento della verità.

¹ Iacoviello F.M., *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, CP 1993, p. 286.

Le sezioni unite della corte regolatrice sono intervenute da subito, essendosi creati contrasti giurisprudenziali, a specificare l'ambito di applicazione della norma chiarendo, in estrema sintesi, che:

= l'assoluta **necessità di assunzione** deve riguardare prove che risultino dagli atti del giudizio quando la loro acquisizione si prospetti come decisiva

Sez. 5, Sentenza n. 5806 del 16/04/1998 Ud. (dep. 15/05/1998) Rv. 210532

Presidente: Foscarini B. Estensore: Nappi A. Imputato: Biacchi U. P.M. Galati G.

In materia di assunzione di nuove prove, per quanto l'assunzione della nuova prova, legata alla sussistenza dell'assoluta necessità, sia **attribuita al giudice come "potere" e non come obbligo** tale potere non deve essere inteso nel senso della mera discrezionalità, postulandosi per l'esercizio di esso un'adeguata motivazione, pur se limitata alla valutazione circa la sussistenza o non dell'assoluta necessità del nuovo mezzo di prova. Tale potere è sindacabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 606 lett. e) c.p.p.

Sez. 2, Sentenza n. 6403 del 27/09/1996 Ud. (dep. 02/07/1997) Rv. 208009

Presidente: Zingale N. Estensore: Laudati D. Imputato: Papini. P.M. Fiore F.

Nell'esercizio del potere di ammissione di nuove prove, conferitogli dall'art. 507 c.p.p. il giudice di merito - tenuto a non trascurare che fine primario ed ineludibile del processo penale non può che rimanere quello della ricerca della verità e che ad un ordinamento improntato al principio di legalità ed a quello connesso di obbligatorietà dell'azione penale non sono consone metodologie processuali che ostacolino in modo irragionevole il processo di accertamento del fatto storico necessario per pervenire ad una giusta decisione - è stato, dal legislatore, munito di un potere riequilibrante, atto a supplire alle carenze probatorie delle parti, **quando le stesse incidono in modo determinante sulla formazione del convincimento e sul risultato del giudizio**. Deve pertanto ritenersi che l'esercizio del potere officioso sia attuabile tutte le volte in cui le prove dedotte dalle parti non siano ritenute sufficienti ad esercitare la funzione conoscitiva del processo posto che, in tanto può ritenersi l'assoluta necessità di assumere nuove prove, in quanto l'esistenza delle stesse risulti dagli atti del giudizio e la loro assunzione appaia decisiva.

Sez. 3, Sentenza n. 4702 del 14/02/1994 Ud. (dep. 23/04/1994) Rv. 197499

Presidente: Tridico GS. Estensore: Siena F. Imputato: Crescente ed altro. P.M. Persiani.

L'assoluta necessità di assunzione di nuovi mezzi di prova, di cui all'art. 507 c.p.p., lungi dal postulare il dovere di assumerli, non esclude - ma al contrario introduce ed esige - l'apprezzamento del giudice, come indica la stessa dizione dell' articolo citato laddove evidenzia che "il giudice può disporre anche d'ufficio l'assunzione", senza dire né "deve", né puramente e semplicemente "dispone". Trattasi di **un apprezzamento rimesso unicamente al giudice** e fondato su tutte le risultanze probatorie adeguatamente dallo stesso valutate.

Sez. 2, Sentenza n. 9483 del 02/12/1992 Ud. (dep. 20/10/1993) Rv. 195310

Presidente: Adami V. Estensore: Bianco L. Imputato: p.m. in c. Di Fonzo. P.M. Ormanni.

Il potere di supplenza in materia di assunzione di prove spettante al giudice ai sensi dell'art. 507 c.p.p. può essere esercitato, giusto il disposto di tale norma, solo se risulti "assolutamente necessario"; detto potere è dunque ben delimitato, nel senso che **l'assoluta necessità che la norma esige in tanto può ritenersi sussistere in quanto il mezzo di prova appaia dagli atti del giudizio e la sua assunzione si riveli determinante**.

Dagli orientamenti della corte regolatrice ma, ancor prima, dalla prassi dei giudici di merito affiora l'estrema cautela con cui ci si avvale del potere officioso d'integrazione probatoria. Assoluta necessità significa, in definitiva, «decisività» della prova da assumere pur se la valutazione circa l'attivazione del potere officioso di matrice giurisdizionale deve essere necessariamente adottata con il criterio della prognosi postuma.

Il potere conferito al giudice ex art. 507 c.p.p. non è volto, pertanto, a colmare ogni e qualsiasi lacuna delle parti (salva la riserva cui subito si accennerà nel commentare l'orientamento del

giudice delle leggi in materia di integrazione probatoria nel giudizio abbreviato), ma si svolge secondo un parametro molto più ristretto che ha riguardo alla decisività nell'assunzione di specifiche prove.

Dal punto di vista di chi l'integrazione dispone, si dovrà avere riguardo al fatto che la prova realmente assunta non potrà non dispiegare un influsso risolutivo sulla decisione da prendere tenendo conto del fatto che l'esito pronosticato può spesso non coincidere con quello effettivamente ottenuto.

= l'assunzione di nuove prove concerne **tutte quelle non precedentemente disposte**: preesistenti o sopravvenute, conosciute o non

= il giudice può assumere **prove che le parti avrebbero potuto chiedere** nel termine di cui all'art. 468 c.p.p. essendone decadute

= all'ammissione di una nuova prova a norma dell'art. 507 il giudice non può non far seguire l'**ammissione anche di eventuali prove contrarie**

= l'espressione «**terminata l'acquisizione delle prove**» indica il momento prima del quale il giudice non può esercitare il proprio potere al riguardo, ma non anche il presupposto del potere stesso per cui l'ammissione *ope iudicis* può avvenire anche nel caso in cui non sia avvenuta alcuna acquisizione probatoria per il mancato deposito della lista dei testimoni da parte del PM ².

Le scansioni argomentative, ultimamente, partono dalla constatazione per cui funzione del processo penale, come esplicitamente riconosce l'art. 73 della legge delega, è la «ricerca della verità» pur tenendo conto che da tale impostazione non possono trarsi argomenti risolutivi per la questione in esame dato che la ricostruzione del fatto, o se si preferisce la ricerca della verità, deve comunque avvenire nei modi e con le forme stabiliti dal codice.

La disciplina positiva, sia quanto al tenore letterale dell'art. 507 come anche per il dato sistematico, non subordina l'iniziativa del giudice a quella delle parti ed, anzi, il sistema processuale sin dalle indagini preliminari prevede un costante controllo giurisdizionale per ovviare a negligenze od omissioni del PM.

Se il sistema ha riconosciuto al GIP il potere di disporre che il PM formuli l'imputazione, non può meravigliare la previsione di un potere probatorio del giudice del dibattimento che – in casi limite – si spinga fino ad ovviare alla negligenza o alla deliberata inerzia del PM.

Del resto che il ruolo assegnato al giudice nel dibattimento non sia quello di arbitro di una contesa in cui sono esclusivamente le parti a fornire i materiali per la decisione risulta oltre che dall'art. 507 anche dagli art. 508 comma 1, 511, 511 *bis* e, per il dibattimento di appello, dall'art. 603 del codice di rito.

Interpretazione che la Corte costituzionale ha fatto propria respingendo le eccezioni di legittimità sollevate in relazione all'art. 507 c.p.p. che postulavano un'esegesi restrittiva della norma sconfessata dalla sezioni unite del supremo collegio ³.

I passaggi più significativi dell'*iter* argomentativo della Consulta.

1) La tesi che assegna assoluta prevalenza al principio dispositivo e consegna alle parti in via esclusiva l'introduzione e formazione della prova muove da una concezione alla stregua della quale il nuovo codice processuale “non tenderebbe alla ricerca della verità ma solo ad una decisione correttamente presa in una contesa dialettica”, secondo un astratto modello accusatorio nel quale “un esito vale l'altro, purché correttamente ottenuto”.

² Sez. un. 6 novembre 1992 n. 11227, Martin, CED 191606-607, CP 1993, p. 280, n. 157.

³ Corte cost. 26 marzo 1993 n. 111, CP 1993, p. 2224, n. 1317.

Il processo penale consisterebbe, ultimamente, in una tecnica di risoluzione dei conflitti nel cui ambito al giudice sarebbe riservato essenzialmente un ruolo di garante dell'osservanza delle regole di una contesa tra parti contrapposte; il giudizio avrebbe la funzione non di accertare i fatti reali onde pervenire ad una decisione il più possibile corrispondente al risultato voluto dal diritto sostanziale, ma di attingere quella sola verità processuale che sia possibile conseguire attraverso la logica dialettica del contraddittorio e nel rispetto di rigorose regole metodologiche e processuali coerenti al modello.

Ne consegue la configurazione del potere di intervento del giudice in materia di prova come eccezionale, e perciò precluso dall'inattività delle parti o dall'inosservanza da parte di esse delle regole poste a presidio della correttezza della loro contesa.

2) A ciò osta anzitutto la considerazione per cui il PM è un magistrato indipendente appartenente all'ordine giudiziario che "non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge" (Corte cost. sentenza n. 88/1991), cui è perciò demandato anche il compito di svolgere gli «accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini» (art. 358 c.p.p.).

Inoltre, a salvaguardia del principio di obbligatorietà dell'azione penale, gli spazi di discrezionalità della parte pubblica sono stati rigorosamente contenuti come mostra il fatto che:

= il potere di archiviazione è caratterizzato da una fitta rete di controlli demandati anche all'organo giurisdizionale; poteri che possono orientarsi all'ordine di integrazione delle indagini, ma anche sino al punto di coercire il PM all'esercizio dell'azione penale

= la stessa Consulta ha riscontrato l'incompatibilità con un ordinamento costituzionale fondato sui principi di uguaglianza e di legalità della pena di una disciplina (quella del "vecchio" giudizio abbreviato) "che affida(va) a scelte discrezionali – immotivate e, quindi, insindacabili – del PM l'accesso dell'imputato ad un rito dal quale scaturiscono automaticamente rilevanti effetti sulla determinazione della pena" (Corte cost. sentenza n. 92/1992).

3) Sarebbe contrario ai principi costituzionali di legalità e di obbligatorietà dell'azione concepire come disponibile per le parti la tutela giurisdizionale assicurata dal processo penale. Ciò significherebbe:

= da un lato, recidere il legame strutturale e funzionale tra lo strumento processuale e l'interesse sostanziale pubblico alla repressione dei fatti criminosi che quei principi intendono garantire

= dall'altro, contraddire all'esigenza – ad essi correlata – per cui la responsabilità penale va riconosciuta solo per i fatti realmente commessi, nonché al carattere indisponibile della libertà personale; sotto questo profilo, è significativo che il nuovo codice non conosca procedure in cui la concorde richiesta delle parti vincoli il giudice sul merito della decisione, visto che ad un simile esito non conduce neanche l'istituto dell'applicazione di pena su richiesta.

Risolutivamente: «Il metodo dialogico di formazione della prova è stato prescelto come metodo di conoscenza dei fatti ritenuto maggiormente idoneo al loro per quanto più possibile pieno accertamento, e non come strumento per far programmaticamente prevalere una verità formale risultante dal mero confronto dialettico tra le parti sulla verità reale: altrimenti, ne sarebbe risultata tradita la funzione conoscitiva del processo, che discende dal principio di legalità e da quel suo particolare aspetto costituito dal principio di obbligatorietà dell'azione penale. Ma altro è assicurare la pienezza e lealtà del contraddittorio delle parti, altro è inferirne che un tale regime abbia anche un effetto preclusivo dell'introduzione ad iniziativa del giudice delle prove necessarie all'accertamento dei fatti, rispetto alle quali le parti siano rimaste inerti o dalle quali siano decadute».

4) Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ricordato che la previsione del "potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova", fu introdotta nella legge delega – e poi mantenuta senza ripensamenti – in coerenza "con una visione più realistica della funzione del giudice, che può e deve essere anche di supplenza dell'inerzia delle parti e deve esplicarsi in modo che tutto il tema della decisione gli possa essere chiarito". Il legislatore delegante ha cioè esattamente considerato che **la "parità delle armi" delle parti normativamente enunciata può talvolta non trovare concreta verifica nella realtà effettuale, così che il fine della giustizia della decisione può richiedere un intervento riequilibratore del giudice atto a supplire alle carenze di taluna di esse**, così evitando assoluzioni o condanne immeritate.

Il potere conferito al giudice dall'art. 507 è, dunque, un potere suppletivo, ma non certo eccezionale. Che poi esso sia connotato da un criterio che la norma pleonasticamente definisce di "assoluta necessità" – che peraltro la delega neppure prevede – si spiega considerando che il suo esercizio si colloca in una fase in cui è "terminata l'acquisizione delle prove" che siano state svolte ad iniziativa delle parti (artt. 468, 493, 495) o su indicazione del giudice (cit. 506)": di talché le "nuove prove" la cui possibile esistenza ed esperibilità emerga dal materiale a disposizione del giudice sono soggette, rispetto a quelle inizialmente richieste dalle parti, ad "una più penetrante e approfondita valutazione della loro pertinenza e rilevanza che è correlativa alla più ampia conoscenza dei fatti di causa che il giudice ha ormai conseguito in tale momento" (Corte cost. sentenza n. 241/1992).

Del resto, sarebbe contraddittorio, da un lato, garantire l'effettiva obbligatorietà dell'azione penale contro le negligenze o le deliberate inerzie del PM conferendo al GIP il potere di disporre che costui formuli l'imputazione (art. 409, comma 5) e, dall'altro, negare al giudice dibattimentale il potere di supplire ad analoghe condotte nella parte pubblica. Inoltre, i principi di legalità ed uguaglianza – di cui quello di obbligatorietà dell'azione è strumento (cfr. sentenza n. 88/1991) – esigono che il giudice sia messo in grado di porre rimedio anche alle negligenze ed inerzie del difensore.

1.2 Se, per esercitare l'opzione, il giudice possa avere accesso al fascicolo del PM.

E' stata invece stimata manifestamente infondata un'eccezione di costituzionalità che coinvolgeva anche gli articoli 507 c.p.p. e 151 disp. att. c.p.p. nella parte in cui non attribuiscono al giudice del dibattimento la **possibilità di conoscere tutti gli atti del fascicolo del PM.**

Occasione nella quale si è sottolineato che la soluzione auspicata dal remittente avrebbe comportato la vanificazione della separazione, tipica di un modello processuale che si ispira al sistema accusatorio, tra la fase delle indagini preliminari e quella del giudizio facendo venir meno il carattere selettivo del patrimonio di conoscenze su cui si basa l'intervento giurisdizionale. Per converso, una disciplina in base alla quale tale patrimonio è vincolato, salvo le eccezioni stabilite dalla legge, agli elementi acquisiti nel corso del dibattimento, corrisponde ad una delle scelte più significative e qualificanti del nuovo codice di rito che si è appunto realizzata con **il cd. sistema del doppio fascicolo** al fine di evitare che gli atti raccolti nella fase procedimentale senza il rispetto del contraddittorio ed in violazione del principio dell'immediatezza, rifluiscono nel dibattimento ⁴.

La finalità fondamentale del cd. sistema del doppio fascicolo, infatti, è quella di inibire al giudice chiamato a pronunciarsi risolutivamente sulla colpevolezza dell'imputato la conoscenza dei pregressi atti d'indagine compiuti di cui è prevista, in linea generale, la totale irrilevanza all'interno nella fase destinata alla formazione della prova.

Le doglianze che erano state espresse in merito alla mancata previsione di un contraddittorio nella scelta degli atti ha indotto il legislatore (art. 26 l. 16.12.1999 n. 479 cd. Carotti) a prevedere, quando almeno v'è l'udienza preliminare, che immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio si apra altra udienza camerale per la formazione del fascicolo per il dibattimento nel contraddittorio tra le parti (art. 431 c.p.p.). Resta, per la verità, impregiudicata la questione intesa a verificare se la medesima risponda al generale archetipo di cui all'art. 127 c.p.p. o se debba intendersi vera e propria prosecuzione dell'udienza preliminare della quale, pertanto, riprenderebbe integralmente ogni caratteristica.

Il giudice delle leggi ha ulteriormente confermato tale interpretazione.

Si era dubitato della costituzionalità non solo dell'art. 507 c.p.p., ma anche di quella dettata in sede di norme di attuazione del codice (art. 151 disp. att.) a completamento della disciplina. Sospetta di non conformità alla Carta fondamentale, in particolare, era la facoltà concessa al giudice di intervenire a disporre nuove prove anche nell'**ipotesi in cui esse non fossero preesistenti, ma sopravvenute, e le parti fossero decadute dalla possibilità di una loro assunzione.**

In realtà il rimettente (che mostrava di ignorare il pregresso intervento in materia del giudice delle leggi) aveva prospettato l'eccezione di non conformità alla Costituzione in maniera contraddittoria sottoponendo alla Corte costituzionale anche l'ulteriore questione intesa a verificare la mancata previsione per le parti del processo del potere di articolare prove contrarie o nuove

⁴ @ Corte cost. 20 luglio 1999 n. 338, RIDPP 1999, p. 1446 con nota adesiva di Giarda, *I giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio.*

prove e di disporre di un congruo termine a difesa laddove, in prima approssimazione, si intendeva loro negare ogni e qualsiasi potere di deduzione della prova.

Anche con riferimento all'art. 151 delle disposizione di attuazione del codice, si è appurato il difetto di rilevanza della questione sollevata che atteneva al comma 2 della disposizione mentre, nel caso di specie, si trattava di fare applicazione del precetto di cui al comma 1 della norma.

In ogni caso, una presa di posizione della Consulta che sembra confermare l'interpretazione "ampia" dei poteri officiosi d'intervento in materia di prova in tendenziale contrasto con il prevalente orientamento della dottrina e (forse) annunciate ed imminenti riforme normative ⁵.

1.3 Il principio dispositivo non è stato integralmente accolto nel vigente codice di rito penale.

Anche in tempi più recenti la consolidata interpretazione della norma in rassegna è stata ribadita.

Si è innanzitutto avuto cura di precisare per un verso che **il principio dispositivo non è stato integralmente accolto nel codice di rito penale** e che esso non è "coperto" da alcuna previsione costituzionale neppure nella dizione del riformulato articolo 111 della Carta fondamentale.

Si è stimato che la norma adempia alla funzione di salvaguardare la completezza dell'accertamento probatorio nella convinzione che, quanto più ampia è l'acquisizione della prova, tanto più sarà prognosticamente esatta la valutazione che di essa il giudice è chiamato a compiere. Una estesa interpretazione di tale principio si iscrive nel più generale ambito di controllo demandato all'autorità giurisdizionale sull'eventuale inerzia del PM: come estesi sono i poteri di controllo in caso di inazione a fronte di una richiesta di archiviazione, così è corretto che tale latitudine ampia di verifica e controllo venga riconosciuta quando l'azione penale è stata esercitata, a garanzia della obbligatorietà che la contraddistingue.

Questo spiega perché i poteri del giudice in materia siano attivabili anche in caso di totale carenza di iniziative delle parti (sia del PM come del difensore) senza che abbia pregio l'obiezione che si richiama alla locuzione «terminata l'acquisizione delle prove» la quale sembrerebbe postulare che un'iniziativa, magari minimale e carente, comunque vi sia stata.

Ne esce confermato l'orientamento già espresso dalle sezioni unite nella parte in cui si riconosceva al giudice il potere di iniziativa anche in caso di totale inerzia delle parti alle condizioni dalla norma precisate: che vi fosse assoluta necessità di assunzione della prova e che la stessa avesse carattere di decisività ⁶.

In tempi ancor più recenti, la Consulta è stata chiamata ad intervenire sulla conformità alla Carta fondamentale, specie dopo la riforma dell'articolo 111, dell'art. 507 c.p.p. nella parte in cui consentirebbe (il con-

⁵ Corte cost. 6 marzo 2006, n. 92, sintesi in DPP 2006, n. 4, p. 443.

⁶ **Sez. un. 17 ottobre 2006, Greco**, CED 234906 – 234907; sintesi in DPP 2007 n. 2, p. 177; DPP 2007 n. 9, p. 1155 con nota di Minafra M., *Atti irripetibili e limiti ai poteri probatori del giudice*.

dizionale è d'obbligo per le ragioni specificate nella sentenza stessa) l'acquisizione officiosa delle prove, in particolare **quando sia stata totalmente carente qualsiasi iniziativa delle parti al riguardo.**

La norma sarebbe incostituzionale nella parte in cui (secondo l'interpretazione dalle sezioni unite della corte di cassazione sopra riassunta considerata dal rimettente quale "diritto vivente") consente al giudice di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova anche quando si tratti di prove dalle quali le parti sono decadute per mancato o irrituale deposito della lista prescritta dall'art. 468 c.p.p. e, a seguito di tale decadenza, sia mancata ogni acquisizione probatoria.

Si è invece stimato che l'attuale formulazione ed interpretazione dell'art. 507 c.p.p. **non lede il principio dispositivo né quello di imparzialità del giudice.**

Quanto al primo aspetto perché:

= innanzitutto il potere di ammettere prove "nuove" può essere esercitato sia d'ufficio che su istanza di parte (lo confermano le parole «anche d'ufficio» presenti nella norma e l'art. 151 disp. att. c.p.p.); non si tratta di prove individuate dal giudice, da lui introdotte ed all'assunzione delle quali egli stesso dovrebbe dar corso, quanto piuttosto di prove ricercate da una delle parti che ne chiede l'ammissione (non più nell'esercizio del pieno diritto che le spetta ex art. 190, comma 1, c.p.p. alla stregua del quale il giudice deve ammettere le prove stesse purché non manifestamente irrilevanti o superflue, ma di un più ristretto criterio consistente nell'«assoluta necessità» dell'acquisizione)

= ove ricorra il presupposto dell'assoluta necessità dell'assunzione, l'esercizio del potere in discorso – segnatamente se sollecitato dalle parti – è doveroso per il giudice, non essendo rimessa alla sua discrezionalità la scelta tra l'acquisizione della prova e il proscioglimento (o la condanna) dell'imputato.

Quanto al secondo versante poiché:

° l'ammettere prove "nuove" ex art. 507 c.p.p. può, in concreto, giovare ad una delle parti (sostanzialmente quella che ne sollecita l'ammissione); tuttavia l'utilità non viene misurata esclusivamente in base all'accesso alla prova, quanto piuttosto alla stregua del concreto risultato probatorio raggiunto (sul quale la controparte incide mediante il controesame)

° quando il giudice ammette la prova, lo fa in una prospettiva diversa da quella della parte che ha posto la sollecitazione: egli verifica l'idoneità della prova stessa a permettere una decisione che segua alla completa ricerca dei materiali indispensabili per una corretta ricostruzione del fatto in funzione della valutazione dello stesso

° può accadere, in concreto, che la prova – una volta introdotta nel processo – torni a beneficio della parte istante, ma questa è una delle possibili conseguenze e non un dato che entri nella valutazione del giudice quando deve deliberare l'ammissione.

Inoltre **non viene vanificata la decadenza di cui all'articolo 468 del codice di rito.**

Il diritto delle parti all'ammissione delle prove a fondamento della tesi che s'intende sostenere è quello della non manifesta superfluità o irrilevanza nell'accezione ex articolo 190 del codice di rito.

Quando la prova è ammessa ex articolo 507 c.p.p. deve invece ricorrere l'"assoluta necessità" della sua acquisizione, ma l'esercizio del relativo potere non "neutralizza" la sanzione di inammissibilità proprio per il diverso ambito cui le due norme hanno riguardo.

La parte decaduta ex articolo 468 c.p.p. rischia di vedersi comunque denegata, o ristretta, l'ammissione delle prove a suo favore: e ciò, anche nel caso in cui non vi sia stata alcuna precedente acquisizione probatoria.

Sorge piuttosto la necessità di garantire il **rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa**. Laddove il potere di ammissione ex articolo 507 c.p.p. venga in concreto esercitato, il giudice deve anche assicurare ad ogni parte contrapposta il diritto alla prova contraria ai sensi dell'art. 495, comma 2, c.p.p.; diritto del quale devono essere garantiti, peraltro, in concreto, anche le condizioni e i tempi di esercizio.

Alla stregua di tali ragioni è stato nuovamente respinto l'ennesimo "attacco" di costituzionalità alla disposizione di cui all'articolo 507 del codice di rito⁷.

1.4 Caratteristiche dell'integrazione di prova nel rito abbreviato.

La "norma di chiusura" di cui all'articolo 507 c.p.p. esprime un potere d'integrazione probatoria giurisdizionalmente attivabile con una latitudine che la giurisprudenza (ormai in maniera stabile) ha disegnato con contorni particolarmente estesi.

In realtà, non si tratta di norma unica nel panorama codicistico ed, anzi, nell'ambito dei riti speciali v'è una sorta di reviviscenza d'una figura ancor più pericolosa del giudice istruttore perché investita del potere di istruire e, a seguire, di decidere nel merito la pretesa punitiva.

Infatti nell'ambito del rito abbreviato (cd. incondizionato o sottoposto ad integrazione probatoria che si sia anche effettivamente svolta), quando il giudice ritenga di non poter decidere in forza delle acquisizioni procedurali complessivamente ottenute, «assume, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione» ferma restando l'applicabilità dell'articolo 423 c.p.p. in materia di contestazione suppletiva (**art. 441, comma 5, c.p.p.**).

Si tratta di un potere che pacificamente prescinde da un'eventuale iniziativa dell'imputato, non presuppone una facoltà processuale di quest'ultimo

⁷ Corte cost. 22 febbraio 2010 n. 73.

e va esercitato dal giudice solo quando emerga un' assoluta esigenza probatoria ⁸.

E' attivabile anche nel momento stesso in cui viene disposto il giudizio abbreviato, difettando una qualunque previsione in senso contrario e considerato che, sulla base degli atti, il giudice può sin dal primo momento valutare la necessità di acquisire ulteriori elementi necessari alla decisione ⁹.

La Corte costituzionale ha avuto modo di inquadrare sistematicamente tale opzione giurisdizionale di integrazione officiosa del materiale utile per la decisione in un' ipotesi di ventilata incostituzionalità dell' articolo 438, comma 5, c.p.p. nella parte in cui non prevede il diritto del PM di chiedere l' ammissione di prova contraria nell' ipotesi in cui l' imputato abbia depositato il fascicolo delle investigazioni difensive contestualmente chiedendo di essere ammesso al giudizio abbreviato in forma incondizionata. Occasione nella quale, ad avviso di chi scrive, ha "piegato" la *ratio* originaria della previsione normativa (evidentemente pensata per l' integrazione di prova riferita ad un giudice che deve necessariamente assumere una decisione sulla pretesa punitiva) adattandola all' imperfetto contraddittorio che una simile iniziativa poteva far scaturire.

Chi ha sollevato la questione di conformità alla Carta fondamentale rimarcava come l' esercizio del potere di integrazione probatoria riconosciuto al giudice dall' art. 441, comma 5, c.p.p. è funzionale in via esclusiva a colmare lacune istruttorie e non potrebbe essere distorto ed utilizzato per il diverso obiettivo di riequilibrare i poteri delle parti nella formazione della prova. Sottolineava anche che il principio del contraddittorio non sarebbe adeguatamente garantito ove la sua realizzazione fosse solo residuale ed eventuale in quanto affidata all' iniziativa del giudice.

La Consulta ha invece paralizzato l' eccezione di costituzionalità della norma ricordando, a proposito dell' articolo 441 ^{comma 5} c.p.p. nella parte in cui accorda poteri officiosi d' integrazione probatoria al giudice, che nel nuovo giudizio abbreviato tale potere deve intendersi configurato quale **strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l' esercizio della funzione giurisdizionale** sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il rispetto di quei valori.

Si è richiamata giurisprudenza univoca a fondamento del principio per cui a ciascuna delle parti va comunque assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove addotte a sorpresa dalla controparte in maniera da «contemperare l' esigenza di celerità con la garanzia dell' effettività del contraddittorio», anche attraverso congrui differimenti delle udienze ¹⁰.

⁸ Cass. 13 febbraio 2003, Paccone, CED 224865, CP 2004, p. 4116 n. 1449 con motivazione e nota di Geraci R.M., *Giudizio abbreviato e poteri di integrazione probatoria del giudice*.

⁹ Cass. 7 luglio 2004 n. 36236, Mascarucci, CED 229180.

¹⁰ **Corte cost. 20 giugno 2005 n. 245**, CP 2006, n. 2, p. 435, n. 131 con nota di Varraso G.L., *Indagini difensive, giudizio abbreviato e diritto alla "prova contraria"*.

In altra occasione la questione di costituzionalità è stata respinta perché portata all'attenzione del giudice delle leggi "in maniera ancipite" (vale a dire, per impiegare le espressioni usate in altra e simile occasione, « formulata in termini di alternativa irrisolta tra le due auspiccate soluzioni»), ne è conseguita fatalmente – alla stregua di un consolidato orientamento della Consulta – la dichiarazione di inammissibilità.

Era successo che il difensore dell'imputato aveva chiesto ed ottenuto che fosse acquisito nel processo l'esito di investigazioni che aveva svolto, essendo pacifico che è facoltà della difesa scegliere quale sia il momento più opportuno per riversare tali risultati nell'ambito processuale. Nel caso che veniva a rilievo, il difensore aveva prodotto quanto ottenuto nel corso delle indagini difensive chiedendo, poi, il giudizio abbreviato nella forma cd. incondizionata; quella che, ai sensi dell'articolo 438, comma 1, c.p.p., "obbliga" il giudice ad ammettere il rito speciale sollecitato, salva la facoltà di «acquisire gli elementi necessari ai fini della decisione» ai sensi dell'articolo 441, comma 5, del codice di rito.

Chi chiedeva venisse dichiarata l'incostituzionalità degli articoli 438, 442, comma 1 *bis*, c.p.p. aveva, in effetti, prospettato la non conformità alla Carta fondamentale sotto plurimi profili:

1) si poteva – *tout court* – escludere per il difensore una simile possibilità inibendogli l'opzione di un deposito delle proprie investigazioni cui aveva fatto seguito, in maniera unilaterale, la richiesta del rito speciale

2) in alternativa, sanzione adeguata poteva essere la dichiarazione di inutilizzabilità (anche nel contesto del giudizio abbreviato, che è pur sempre un processo cartolare che si svolge sulle acquisizioni ottenute nelle indagini preliminari raccolte non necessariamente nel contraddittorio delle parti) degli atti di cui il difensore chiedeva la produzione

3) ancora, e da ultimo, era prospettabile una dichiarazione di incostituzionalità di un simile assetto di prerogative e poteri delle parti nella parte in cui non era consentito al pubblico ministero – in ipotesi del tipo di quella che veniva a rilievo, ovviamente – chiedere l'ammissione alla prova contraria.

Si assumeva da parte del rimettente che parametro obbligato di riferimento, per prendere correttamente posizione su un problema così impostato, era quello di cui all'articolo 111, comma quarto, della Carta fondamentale a condizione di operarne una giusta lettura.

Infatti la deroga al contraddittorio che si fonda sul "consenso dell'imputato" è stata pensata, declinandola al giudizio abbreviato in particolare, per l'ipotesi usualmente e statisticamente prevalente; quando cioè il materiale "probatorio" (che è tale proprio in forza della richiesta del rito speciale che proviene dall'imputato) viene «integralmente fornito dal pubblico ministero» e proviene da indagini da quest'ultimo svolte nella fase procedimentale.

Nel caso di specie, la situazione era specularmente inversa senza che fosse prevista, per la deroga al contraddittorio che indubbiamente avviene, una sorta di «consenso del pubblico ministero». Ne risultava una "posizione di vantaggio", riconosciuta all'imputato, ampliata ben oltre il limite della ragionevolezza, perché a costui viene accordata la facoltà di «consentire alla deroga al contraddittorio sulle prove da lui stesso prodotte sostituendosi nella manifestazione di volontà addirittura al pubblico ministero». Insomma: la *ratio* intrinseca del parametro costituzionale a tutela del contraddittorio sarebbe stata sostanzialmente tradita.

Né erano pensabili efficaci rimedi ad una situazione così riassunta ed impostata.

Non era praticabile l'opportunità di cui all'articolo 438, comma 5, c.p.p. che consente al PM di chiedere la prova contraria; tale opzione, infatti, è chiaramente collocata dal legislatore nell'ambito di quella particolare richiesta di giudizio abbreviato che sia stata sottoposta alla condizione di integrazione probatoria e non sarebbe praticabile – pertanto – quando la domanda sia, come usa dire nella prassi – "secca" e tale da costringere il giudice a concedere senz'altro l'accesso al rito.

Neppure si poteva sperare in una sollecitazione dell'organo d'accusa al giudice del rito posto che, per un verso, costui non è affatto tenuto a raccogliere la sollecitazione stessa e, per altro aspetto, in quanto neppure gioverebbe opporre che il pubblico ministero può comunque sollecitare il giudice alla citazione del teste esaminato dal difensore nelle indagini difensive: giacché,

da un lato, il giudice potrebbe non provvedere nel senso richiesto e, dall'altro lato, anche qualora la sollecitazione fosse accolta, potrebbe comunque permanere un contrasto tra ciò che ha riferito il teste al difensore e quanto da lui dichiarato davanti al giudice nel corso del giudizio abbreviato, rimanendo «entrambi gli atti [...] “vere e proprie prove”».

E' a dire che quando è stata sollevata questione di costituzionalità dell'attuale conformazione del rito abbreviato «nella parte in cui non si prevedono forme di intervento dal parte del pubblico ministero ai fini dell'ammissione del rito» e quanto al «potere di chiedere un'integrazione probatoria a seguito della richiesta di giudizio abbreviato» da parte del rappresentante della pubblica accusa», il giudice delle leggi ha stimato l'assetto di poteri non costituzionalmente censurabile riannodandosi ad una sua costante giurisprudenza. Si è sempre stimato, da parte del giudice delle leggi, fosse insensato che il PM divenisse arbitro della «definibilità del procedimento allo stato degli atti» con l'inaccettabile paradosso di preclusione dell'accesso al rito da parte dell'imputato a causa di lacune probatorie dal suo stesso ufficio determinate. Anzi, proprio da tale situazione si era delineata la pressante esigenza di «ricostituire l'istituto a piena sintonia con i principi costituzionali ... introducendo un meccanismo di integrazione probatoria» pur ovviamente rimesso alle scelte discrezionali del legislatore .

Tra l'altro, la Consulta ha avuto modo di inquadrare sistematicamente tale opzione giurisdizionale di integrazione officiosa del materiale utile per la decisione in una pregressa occasione quanto si era ventilata l'incostituzionalità dell'articolo 438, comma 5, del codice di rito nella parte in cui non prevede il diritto del PM di chiedere l'ammissione di prova contraria (la terza tra le “soluzioni alternative” proposte nel caso di specie dal giudice rimettente) nell'ipotesi in cui l'imputato aveva depositato il fascicolo delle investigazioni difensive contestualmente chiedendo di essere ammesso al giudizio abbreviato in forma incondizionata.

Chi aveva, a suo tempo, sollevato la questione di conformità alla Carta fondamentale rimarcava come l'esercizio del potere di integrazione probatoria riconosciuto al giudice dall'art. 441, comma 5, c.p.p. era funzionale in via esclusiva a colmare lacune istruttorie e non avrebbe potuto essere distorto ed utilizzato per il diverso obiettivo di riequilibrare i poteri delle parti nella formazione della prova. Sottolineava anche che, comunque, il principio del contraddittorio non era adeguatamente garantito ove la sua realizzazione fosse stata prevista solo come residuale ed eventuale in quanto affidata all'iniziativa unilaterale del giudice.

La Corte costituzionale aveva paralizzato l'eccezione ricordando che l'articolo 441, comma 5, c.p.p. nel nuovo giudizio abbreviato deve intendersi configurato quale strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il rispetto di quei valori. Si era richiamata giurisprudenza univoca a fondamento del principio per cui a ciascuna delle parti va comunque assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove addotte a sorpresa dalla controparte in maniera da «contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio», anche attraverso congrui differimenti delle udienze.

E' da stimare che, con questo intervento, la questione debba ritenersi ragionevolmente chiusa almeno sotto il profilo di conformità del disposto normativo alla Carta fondamentale ¹¹.

2. L'art. 238 bis c.p.p. e l'acquisizione di sentenze irrevocabili di altri procedimenti.

2.1 Portata precettiva e ratio della norma.

Le **sentenze divenute irrevocabili** possono essere acquisite ai fini della prova del fatto in esse accertato, ma esse sono valutate a norma degli artt. 187 (vale a dire con riferimento all'oggetto della prova nell'ambito del processo penale come

¹¹ **Corte cost. 19 febbraio 2007 n. 62**; sintesi in DPP 2007 n. 4, p. 439; RIDPP 2008 n. 2, p. 839 con nota di Lozzi G., *Il contraddittorio nel giudizio abbreviato: problemi di legittimità costituzionale*.

definito da tale norma) e comunque secondo il canone di giudizio di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p. (cioè insieme con altri elementi che ne confermino l'attendibilità) (**art. 238 bis c.p.p.**).

La norma attribuisce efficacia probatoria alle sentenze civili e penali siano esse di merito o di rito, di condanna o di assoluzione¹².

La giurisprudenza ha ulteriormente chiarito che ad avere tale efficacia non sono solo le sentenze pronunciate al termine del dibattimento, ma anche quelle pronunciate all'esito dei riti speciali con particolare riguardo al giudizio abbreviato e direttissimo¹³ pur precisandosi ulteriormente che la sentenza irrevocabile acquisita «ai fini della prova di fatto in essa accertato» può essere utilizzata al fine di ritenere **provato il fatto ritenuto in sentenza** e non tutti i fatti che lo supportano¹⁴.

Infine, con riguardo alla specificazione dei criteri di apprezzamento da parte del giudice *ad quem* dei dati già valutati dal giudice della sentenza in tal modo acquisita, si è avuto cura di precisare che «l'acquisizione agli atti del procedimento, giusto quanto previsto dall'art. 238 bis c.p.p., di sentenze divenute irrevocabili non comporta, per il giudice di detto procedimento, alcun automatismo nel recepimento e nell'utilizzazione a fini decisori dei fatti né, tanto meno, dei giudizi di fatto contenuti nei passaggi argomentativi della motivazione delle suddette sentenze, dovendosi al contrario ritenere che quel giudice conservi integra l'autonomia e la libertà delle operazioni logiche di accertamento e formulazione di giudizio a lui istituzionalmente riservate»¹⁵.

Ratio della norma è quella di non disperdere elementi conoscitivi acquisiti in provvedimenti che hanno acquistato comunque autorità di cosa giudicata, fermo restando il principio del libero convincimento del giudice ed anche di evitare di dover provare di volta in volta un fatto già accertato.

Una prima questione di costituzionalità della norma è stata stimata non proponibile pur se, nel caso di specie, peculiare riguardo doveva aversi al caso concreto da cui aveva preso le mosse la questione di conformità alla Carta fondamentale¹⁶.

La portata innovativa della disposizione si coglie appieno quando si pensi che l'acquisizione di sentenze irrevocabili era già consentita dall'art. 236 c.p.p., ma limitatamente all'impiego ai fini del giudizio sulla personalità

¹² Cass. 13 novembre 2008, Ucciero, CED 242210; Cass. 20 febbraio 2006, Evoli, CED 234085; Cass. 2 dicembre 1998, Archinà, CED 212271.

¹³ Cass. 8 agosto 2000, Malcangi, CED 216920 mentre più cauti si è con riguardo alla sentenza di patteggiamento dal momento che in essa non è necessario postulare sia stata accertata la piena colpevolezza dell'imputato essendo sufficiente escludere il correre di immediate cause di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p.: Cass. 27 novembre 1995, Birba, CP 1997, p. 1831.

¹⁴ Cass. 4 dicembre 2003, Brambilla, CED 229996 ove si specifica che la prova è circoscritta all'avvenuto accertamento ed ai connessi rilievi critici a condizione che sussistano altre circostanze che confermino tale accertamento.

¹⁵ Cass. 16 novembre 1998, Hass, CED 211768; più recentemente, nella stessa linea: Cass. 12 novembre 2009, Cento, CED 245483; Cass. 13 gennaio 2009, Cafarella, CED 242767.

¹⁶ In un caso in cui, stralciata dal processo per omicidio la posizione di un imputato in ragione dei tempi di estradizione dalla Francia ove era rimasto a lungo latitante, ne era stata eccepita la non conformità alla Costituzione nella parte in cui essa limiterebbe il formarsi del libero convincimento del giudice posto che nel processo *ad quem* il giudicante si sarebbe "adagiato" alla sentenza della Corte di Assise emanata nei riguardi del concorrente nel delitto in maniera acritica su temi fondamentali come il contributo dei collaboratori di giustizia, la valenza indiziaria della perizia balistica disposta d'ufficio sull'arma impiegata per l'omicidio, la stessa intrinseca attendibilità dei pentiti con una tecnica di redazione che era consistita nell'inserire il testo del giudice collegiale nei punti già esaminati mediante **fotocopia di brani della sentenza e nella redazione a mano della restante parte**.

dell'imputato o della persona offesa e per la valutazione della credibilità del testimone.

E' altresì indubbio che la parte la quale non ha partecipato alla vicenda giudiziaria chiusasi con la sentenza oggetto di acquisizione, non può confidare neppure in un contraddittorio in via differita posto che la sentenza "documento" presenta un contenuto valutativo sul quale le parti non possono interloquire dialetticamente per cui il convincimento del giudice non si fonda su una prova dinnanzi a lui formata, bensì sulla valutazione che altri ha dato di quella prova.

2.2 La necessità di distinguere tra acquisizione e valutazione della prova.

L'art. 238 bis c.p.p. è stato sospettato di non conformità alla Costituzione "ove consente l'acquisizione dibattimentale delle sentenze divenute irrevocabili ai fini della prova di fatto in esse accertato e, quindi, l'utilizzabilità di tale mezzo di prova documentale oltre i casi e i limiti di efficacia probatoria previsti in via generale dal combinato disposto degli artt. 234 e 236 c.p.p."

Sembra del tutto evidente come si tendesse, attraverso l'intervento del giudice delle leggi, ad ottenere che quella che veniva ritenuta niente più che una prova documentale (pur con caratteristiche del tutto peculiari) rientrasse nell'alveo di valutazione che il codice riservava a tale natura.

La questione di costituzionalità è stata prospettata nel momento in cui il remittente ha rilevato come l'art. 238 bis c.p.p. non rientrava in alcuna delle eccezioni al contraddittorio costituzionalmente previste in maniera tassativa nell'articolo 111 della Carta.

Né valeva obiettare – si è osservato – che il legislatore si è premurato di dettare specifici criteri per la valutazione della prova (segnatamente richiamando in maniera esplicita gli articoli 187 ma – soprattutto – 192, comma 3, del codice di rito) dal momento che tale apprezzamento si colloca in un momento in cui l'acquisizione della sentenza irrevocabile è avvenuto senza alcun rispetto del contraddittorio¹⁷.

La Consulta ha richiamato anzitutto la necessità di affrontare la questione all'interno di un quadro normativo e giurisprudenziale organico, al fine di meglio comprendere l'esatta collocazione di una norma che è stata introdotta per contrastare più efficacemente la criminalità organizzata ma che, in base anche al tenore letterale della stessa, riceve applicazione in relazione ad ogni tipologia di reato¹⁸.

¹⁷Emblematico il caso che veniva a rilievo: in un processo a carico di due imputati – accusati di detenzione, al fine di cessione, di sostanze stupefacenti – il PM aveva chiesto l'acquisizione della sentenza irrevocabile di condanna emessa a seguito di giudizio abbreviato – per un reato collegato – nei confronti di un terzo, sentito nella qualità di testimone assistito ai sensi dell'art. 197 bis del codice di rito.

¹⁸In realtà il giudice delle leggi era già stato chiamato ad un intervento nel settore a proposito dei nessi tra processo minorile ed ordinario. Occasione nella quale aveva avuto modo di chiarire che l'art. 238 bis c.p.p. si limita a regolare "il modo in cui deve essere valutata la pronuncia irrevocabile resa in separato giudizio, in una logica di economia nella raccolta del materiale utile alla decisione che non intacca il basilare principio per cui ogni giudice è tenuto a formarsi il proprio convincimento in base alle prove di cui

Il punto nodale, ad avviso della Corte costituzionale, sta in ciò: **l'acquisizione e la valutazione della prova sono momenti certamente tra loro distinti, ma non anche del tutto autonomi**; questo vale anche in relazione a quella peculiare acquisizione che riguarda una sentenza irrevocabile pronunciata in un diverso giudizio.

Tenere distinti ma collegati i due momenti ha consentito di giungere alle seguenti conclusioni che si sono stabilmente insediate nella giurisprudenza della corte di cassazione dopo il varo della riforma costituzionale cui si accennava:

= nel processo ricevente (vale a dire quello in cui la sentenza irrevocabile viene introdotta) si è escluso possano essere considerati provati fatti e vicende sulla base soltanto delle risultanze della decisione emessa in altro processo

= l'art. 238 *bis* c.p.p. non può consentire l'ingresso di elementi probatori la cui acquisizione non sarebbe consentita per altre vie

= la norma in esame limita all'avvenuto accertamento ed ai connessi rilievi critici l'impiego della sentenza, conferendo a tali passaggi qualità di elemento probatorio in quanto evento storico esterno di rilevanza indubbia.

In definitiva:

– **il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non tanto nell'atto di acquisizione della sentenza irrevocabile** resa in altro contesto processuale

+ **quanto piuttosto nel momento della valutazione** alla stregua dei parametri tracciati dal legislatore, dovendosi conferire adeguato rilievo anche al contesto in cui l'accertamento divenuto definitivo è maturato con riguardo, ad esempio, al tipo di procedimento (ordinario, abbreviato, con richiesta di applicazione della pena) in cui la sentenza acquisita è stata pronunciata e, quindi, anche alla gradazione ed intensità del contraddittorio in esso svoltosi.

I criteri di valutazione del dato acquisito si saldano, del resto, con la scomparsa – nel nuovo sistema processuale – della pregiudiziale penale la quale proiettava in termini di vincolatività il giudicato esterno nel processo "pregiudicato". La libertà di valutazione del giudice del processo in cui la sentenza irrevocabile è acquisita e la necessità di riscontri che ne confermino il contenuto, rappresentano garanzia sufficiente del rispetto delle prerogative dell'imputato.

dispone e che sono utilizzabili, senza che ad una di esse possa essere attribuita efficacia cogente e risolutiva dell'obbligo di apprezzamento e motivazione da parte del giudicante» (Corte cost. ord. n. 159 del 1996). La pronuncia, attesa la datazione, era intervenuta prima della riforma costituzionale dell'art. 111 senza che, tuttavia, la l. 1 marzo 2001 n. 63 avesse tuttavia apportato alcuna correzione alla norma sotto osservazione.

E' possibile, insomma, fornire un'interpretazione dell'art. 238 *bis* c.p.p. che ponga la norma al riparo da censure di non conformità alla Carta fondamentale ¹⁹.

2.3 Valore probatorio delle sentenze non irrevocabili.

Sul distinto tema dei limiti di efficacia dimostrativa e di utilizzabilità delle sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e **non ancora divenute irrevocabili** si erano delineati due contrastanti indirizzi interpretativi nella giurisprudenza della corte di cassazione.

Secondo un primo indirizzo, esse costituivano prova solo dei fatti documentali rappresentati – ad esempio, che un certo imputato era stato sottoposto a procedimento penale e che la sua posizione definita in un certo modo – e non della ricostruzione dei fatti accertati nel giudizio nonché della valutazione probatoria degli stessi da parte di quel giudice, atteso che tale valore probatorio è riconosciuto dall'art. 238 *bis* c.p.p. solo alle sentenze irrevocabili.

A tale interpretazione se ne contrapponeva altra, di matrice sostanzialista, secondo cui **non poteva escludersi che il giudice, in base al principio del libero convincimento, potesse comunque trarre dal provvedimento elementi di giudizio finalizzati all'accertamento della verità.**

Le Sezioni Unite hanno condiviso la prima e più rigorosa soluzione ermeneutica sul rilievo che le sentenze non irrevocabili – delle quali è certamente ammissibile la produzione ed acquisizione al pari degli altri documenti ex artt. 234, comma 1, e 236 c.p.p. –, siccome non ancora assistite dalla intangibilità del *decisum*, sono idonee, in ragione dell'oggetto della rappresentazione incorporata nella scrittura, a **documentare il mero fatto storico dell'esistenza della decisione e le scansioni delle relative vicende processuali**, ma non la ricostruzione, né il ragionamento probatorio sui fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti, inerenti più propriamente alla regiudicanda ancora in discussione, per la cui valutazione soccorre lo specifico modulo acquisitivo dei verbali di prove di altri procedimenti predisposto dall'art. 238 del codice di rito.

A questa regola di indubbia ragionevolezza sistematica deroga infatti, limitatamente alle sentenze irrevocabili, la disposizione dell'art. 238 *bis* c.p.p. dettata da esigenze eminentemente pratiche di coordinamento probatorio fra processi ²⁰.

Norma, quest'ultima, sicuramente eccezionale nell'impianto codicistico ispirato ai principi di oralità e immediatezza.

Del resto, si osserva, la deroga al principio stabilita per le sentenze irrevocabili nell'articolo 238 *bis* c.p.p. va anzitutto inquadrata quale eccezione ai generali principi di oralità ed immediatezza e, comunque, si giustifica alla stregua dell'esigenza di natura pratica volta ad assicurare il coordinamento probatorio tra processi. Significativo che il legislatore, pur in tale ipotesi, non

¹⁹ Corte cost. 26 gennaio 2009 n. 29 con nota adesiva di Iafisco, *Acquisizione della prova – sentenza ex art. 238 bis c.p.p. e contraddittorio nel momento di formazione della prova*, GCost. 2009, n. 1, p. 217. Più criticamente Dell'Anno, "contraddittorio limitato" per l'acquisizione delle sentenze passate in giudicato, DPPP 2009, p. 1115; Ferrua, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte costituzionale*, RDProc. 2009, p. 1453.

²⁰ Sez. un. 12 luglio 2005, Mannino, CED 231671, CP 2005, n. 12, p. 3732, n. 1547; FI 2006, 80 s.

abbia previsto la pura e semplice acquisizione del dato probatorio, quanto piuttosto una sua valutazione in base ai canoni di cui agli articoli 187 e 192, comma 3, c.p.p.

3. L'art. 512 c.p.p. e la “sopravvenuta impossibilità di ripetizione”.

La lettura di **atti contenuti nel fascicolo del PM** è permessa con restrizioni che hanno il comune presupposto per cui l'atto sia diventato “non ripetibile”, vale a dire non rinnovabile nell'istruzione dibattimentale.

La disciplina normativa di settore si ispira al canone di rango costituzionale di cui all'art. 111, comma 5, nella parte in cui la deroga al contraddittorio richiama una «accertata impossibilità di natura oggettiva».

Si ha riguardo, anzitutto, agli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal PM, dal difensore nella propria attività investigativa e dal giudice nel corso dell'udienza preliminare quando «**per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione**» (art. 512 c.p.p.).

3.1 L'irreperibilità ha un significato neutro.

In un primo intervento sul tema, le sezioni unite hanno preso in considerazione l'**irreperibilità sopravvenuta del soggetto che abbia reso dichiarazioni anteriormente al dibattimento** delle quali si chiedeva la lettura ai sensi della norma in esame.

Non si è collegata automaticamente a tale situazione la presunzione di una volontaria scelta di sottrarsi all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore ²¹.

Si è richiesto, tuttavia, un accertamento di particolare rigore per verificare se si fosse in presenza di un'oggettiva impossibilità di formazione della prova in contraddittorio e di conseguente irripetibilità dell'atto dovuta a fatti o circostanze imprevedibili; insomma, si doveva poter escludere che l'irreperibilità non fosse legata ad una scelta esplicita della persona che le dichiarazioni aveva reso di sottrarsi al contraddittorio ²².

In definitiva, la corte regolatrice ha assegnato alla condizione di irreperibilità, ai fini della valutazione da trarre in merito alla possibile lettura delle

²¹ Orientamento ribadito anche nella più recente giurisprudenza della corte regolatrice: Cass. 26 marzo 2010, T., CED 247445 per la quale: «La sopravvenuta irreperibilità del soggetto che abbia reso dichiarazioni predibattimentali non ha il significato presuntivo della volontaria scelta di sottrarsi all'esame dibattimentale da parte dell'imputato o del suo difensore, sicché non esclude di per sé la situazione di sopravvenuta impossibilità di ripetizione che giustifica la lettura delle precedenti dichiarazioni»; Cass. 2 marzo 2010, Conti, CED 246814 per cui: «Il divieto di provare la colpevolezza sulla base delle dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato o del suo difensore non opera nel caso in cui sia incerta o equivoca la volontarietà della sottrazione da parte del dichiarante in quanto, nell'impossibilità di accertare i fattori impeditivi del confronto dibattimentale, non può ritenersi sussistere il requisito della “libera scelta”, cui è subordinato dal codice di rito vigente il divieto di utilizzazione».

²² **Sez. un. 28 maggio 2003, Torcasio, CED 225470**, CP 2004, p. 21.

pregresse dichiarazioni, un significato neutro: la prova volta ad accertare l'irreperibilità deve essere rigorosa ma, se si dimostrasse che la "scomparsa" del dichiarante è espressione della sua "libera scelta" di sottrarsi all'esame dell'imputato o del suo difensore, la lettura delle sue pregresse affermazioni resterebbe preclusa, o comunque inefficace a fini di prova, sia per il disposto dell'art. 111, comma 5, Cost. come anche per l'ulteriore criterio codicistico desumibile dalla norma che pone la regola di esclusione dalla base cognitiva del giudizio (art. 526, comma 1 *bis*, c.p.p.).

La questione, tuttavia, è rimasta controversa nella giurisprudenza della suprema corte:

= alcune pronunce tendevano ad affermare che l'assoluta impossibilità di rendere l'esame dibattimentale (in questo caso ai sensi dell'art. 512 *bis* c.p.p.) non va identificata nella totale e definitiva impossibilità materiale, ma ricondotta alla impossibilità di ottenere la presenza del dichiarante in tempi ragionevoli tanto da considerare presupposto necessario e sufficiente per la lettura l'avvenuta citazione della persona all'estero con le forme previste dall'art. 727 c.p.p.

= altro orientamento, più rigoroso, esigevo fossero esperite tutte le attività che l'ordinamento mette a disposizione dell'autorità giudiziaria per ottenere la formazione della prova in contraddittorio, non potendo assumere rilievo le eventuali difficoltà logistiche" all'esperimento di una rogatoria internazionale.

Ciò ha reso necessario un nuovo intervento delle sezioni unite di cui si è in grado, attualmente, di indicare l'esito in attesa del deposito della motivazione:



NRG: 5558/2010 De Francesco Cateno Udienza del 25/11/2010 Relatore Amedeo Franco

Questione: **Se, ai fini della lettura ex art. 512 *bis* c.p.p., delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla persona residente all'estero, l'assoluta impossibilità dell'esame dibattimentale debba essere intesa in senso oggettivo o soggettivo.**

Riferimenti normativi: C.p.p. articoli 512 *bis*, 526, comma 1 *bis*; Cost. art. 111; CEDU, art. 6.

Soluzione: **in senso oggettivo.**

Sussiste il pericolo che l'art. 512 c.p.p. possa essere impiegato, soprattutto dal PM, **per evitare l'alea dell'incidente probatorio**: il controllo del giudice sarà teso a verificare se l'impossibilità di ripetizione dell'atto fosse stata prevedibile nel corso delle indagini preliminari, nel qual caso non scatterà l'operatività della disposizione normativa in rassegna. Ciò in quanto gli artt. 511, 512 e 513 c.p.p. costituiscono deroga al principio generale di formazione della prova nel dibattimento per cui è vietata la loro applicazione analogica.

In sintesi: l'art. 512 c.p.p. va oggi letto alla luce dell'art. 111 Cost. e deve essere interpretato nel senso che sono necessari due presupposti:

= l'impossibilità di esame testimoniale in giudizio deve essere non prevedibile da parte del PM

= l'impossibilità non deve essere il frutto di una scelta consapevolmente operata dalla persona che si sottrae al contraddittorio dibattimentale.

3.2 Le condizioni per la lettura ex art. 512 c.p.p. di pregresse dichiarazioni.

Volendo tentare una sintesi della più recente giurisprudenza della corte regolatrice in materia, può affermarsi che l'acquisizione in dibattimento dei verbali di dichiarazioni per sopravvenuta impossibilità di ripetizione è subordinata alla verifica di tre condizioni:

①

Un **serio accertamento della condizione di irreperibilità.**

L'affermazione di impossibilità di audizione del dichiarante in sede dibattimentale deve fondarsi su ogni rigoroso e opportuno accertamento, non potendo costituire idonea prova di irreperibilità una verifica burocratica e *routinaria*, come il difetto di notificazione o le risultanze anagrafiche.

↓

Sez. 2, Sentenza n. 22358 del 27/05/2010 Ud. (dep. 11/06/2010) Rv. 247434

Presidente: Sirena PA. Estensore: Casucci G. Imputato: Spinella. P.M. Stabile C.

Ai fini dell'utilizzabilità, mediante lettura, delle dichiarazioni predibattimentali della persona offesa per sopravvenuta imprevedibile irreperibilità, l'impossibilità di acquisizione della prova nel contraddittorio delle parti **deve conseguire a rigoroso accertamento che non può limitarsi a una verifica burocratica o di "routine"**, ma deve comportare l'adempimento, da parte del giudice, di quanto in suo potere per reperire il dichiarante.

(Nella specie si è ritenuta insufficiente la ricerca del teste effettuata in due giorni consecutivi nel solo domicilio, senza lasciare alcun avviso scritto, nonché presso l'Amministrazione carceraria, ma non anche nel luogo noto di residenza e di nascita; e si è in pari tempo ritenuta irrilevante la circostanza che la prima citazione fosse andata a buon fine, in quanto l'ordinamento prevede la possibilità dell'accompagnamento coattivo, al quale non si era provveduto).

②

L'imprevedibilità: la parte che chiede la lettura deve dimostrare che non si poteva prevedere la mancata assunzione della prova nel senso che il comportamento assunto dal teste era impronosticabile.

↓

Sez. 3, Sentenza n. 6636 del 17/11/2009 Ud. (dep. 18/02/2010) Rv. 246181

Presidente: Lupo E. Estensore: Marmo M. Imputato: Dzbari. P.M. Di Popolo A.

Sono utilizzabili le dichiarazioni rese, nella fase delle indagini preliminari, da persona divenuta irreperibile, quando l'irreperibilità, pur se volontaria, **sia imprevedibile e non risulti indotta dalla scelta di sottrarsi al dibattimento.**

(Fattispecie di utilizzabilità di dichiarazioni rese da straniere irregolarmente entrate in Italia e prive del permesso di soggiorno, per le quali, in considerazione del radicamento nel territorio, è stata ritenuta imprevedibile la successiva irreperibilità).

Sez. 1, Sentenza n. 32616 del 19/05/2009 Ud. (dep. 11/08/2009) Rv. 244294

Presidente: Chieffi S. Estensore: Siotto MC. Imputato: Dumani. P.M. Delehay E.

La condizione di irregolarità dello straniero, specie ove egli, pur consapevole della sua condizione, abbia da subito cercato contatti con l'autorità di polizia per denunciare il reato, **non è elemento idoneo a formulare prognosi di futura irreperibilità**, sicché è legittima la lettura di dichiarazioni da lui rese all'autorità medesima, dovuta all'impossibilità sopravvenuta di audizione del testimone per circostanze imprevedibili.

Sez. 2, Sentenza n. 1202 del 04/12/2008 Ud. (dep. 13/01/2009) Rv. 242712

Presidente: Cosentino Estensore: Pagano Imputato: p.g. in c. Albano. P.M. D'Ambrosio V.

In tema di letture dibattimentali, la valutazione dell'imprevedibilità dell'evento che rende impossibile la ripetizione dell'atto precedentemente assunto, e che ne legittima la lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. è demandata in via esclusiva al giudice di merito, il quale deve formulare in proposito **una "prognosi postuma" sorretta da motivazione adeguata e conforme alle regole della logica.**

(Nella fattispecie la Corte ha ritenuto legittima la decisione del giudice di merito che aveva proceduto alla lettura delle dichiarazioni rese da persona informata dei fatti che si era resa irreperibile per vicende familiari non connesse in alcun modo al processo).

Sez. 1, Sentenza n. 46221 del 12/11/2008 Ud. (dep. 16/12/2008) Rv. 242052

Presidente: Chieffi S. Estensore: Giordano U. Imputato: Tavanxhiu. P.M. D'Angelo G.

Ai fini della legittimità della lettura in dibattimento di dichiarazioni rese in sede di indagini preliminari da cittadina straniera alla polizia giudiziaria e alla valutazione circa l'impossibilità di loro ripetizione, **non sono elementi sufficienti a ritenere prevedibile che il testimone si renda irreperibile la sua condizione di straniero e l'esercizio, da parte sua, di attività di meretricio.**

Qui sta il nesso tra imprevedibilità e incidente probatorio.

Il suddetto giudizio di imprevedibilità deve essere espresso con riferimento all'intera fase in cui è possibile chiedere l'incidente probatorio (art. 392 c.p.p.).

Il criterio dell'imprevedibilità (ad eccezione dei casi di cui alle lettere c e d dell'art. 392 c.p.p. dopo la novella recata alla norma dalla l. n. 267/1997 poiché la "liberalizzazione" di tali ipotesi ha spezzato il legame con la *ratio* originaria dell'istituto dell'incidente probatorio) costituisce il nesso tra gli istituti dell'incidente probatorio e della irripetibilità sopravvenuta, poiché si ricollega logicamente alla possibilità di instaurare un meccanismo procedurale che consenta di acquisire la prova in contraddittorio prima del dibattimento per evitarne la dispersione pur se con spregio del principio di immediatezza.

Occorre, dunque, accertare che nella fase delle indagini preliminari non sussistevano le condizioni che, facendo presagire un'impossibilità della ripetizione dell'atto in sede dibattimentale, avrebbero dovuto indurre la parte a richiedere l'espletamento dell'incidente probatorio.

③

L'oggettività: l'irreperibilità non deve dipendere da una scelta volontaria del teste (altrimenti non sarebbe di tale natura) .

↓

Sez. 1, Sentenza n. 44158 del 23/09/2009 Ud. (dep. 18/11/2009) Rv. 245556

Presidente: Chieffi S. Estensore: Di Tomassi M. Imputato: Marinkovic e altro. P.M. D'Angelo G.

Le dichiarazioni predibattimentali assunte dal PM ed acquisite mediante lettura per sopravvenuta impossibilità di ripetizione non possono costituire il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione di colpevolezza **quando la ragione che ha reso impossibile la ripetizione dell'esame consiste nella libera scelta del dichiarante di sottrarsi al contraddittorio.**

Sez. 2, Sentenza n. 6139 del 20/01/2009 Ud. (dep. 12/02/2009) Rv. 243285

Presidente: Esposito A. Estensore: Bronzini G. Imputato: Granit. P.M. Delehay E.

Integra il requisito dell'oggettiva impossibilità di ripetizione in dibattimento l'irreperibilità sopravvenuta (accertata con rigore) del soggetto che abbia reso dichiarazioni predibattimentali, **qualora l'irreperibilità non sia conseguenza di una scelta volontaria per sottrarsi all'esame.**

(Ha chiarito la Corte che la valutazione dell'imprevedibilità dell'evento, che rende impossibile la ripetizione dell'atto precedentemente assunto e che ne legittima la lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. è demandata in via esclusiva al giudice di merito, il quale deve formulare in proposito una "prognosi postuma", che deve essere sorretta da motivazione adeguata e conforme alle regole della logica).

La giurisprudenza ha indicato **indici sintomatici** del possibile ricorrere di tale peculiare situazione. Per esempio:

= l'avvenuta citazione del teste per l'udienza: l'irreperibilità sopravvenuta a tale notizia può certamente assumere il connotato della libera scelta di sottrarsi all'esame

= invece l'irreperibilità sopravvenuta, non correlata a elementi che denotino una manifestazione di volontà esplicita in relazione all'obbligo di testimoniare e non correlata ad una citazione a giudizio, non può essere considerata presuntivamente come volontaria scelta di sottrarsi all'esame dell'imputato.

3.3 L'ulteriore condizione per adeguarsi alla giurisprudenza della CEDU.

La corte di cassazione cerca di fare puntuale applicazione dei criteri di cui alle sentenze della Consulta n. 348 e 349 del 2007 (cd. sentenze "gemelle") in materia di influenza sul nostro ordinamento delle pronunce della CEDU ed ha ritenuto che, quando sia stata data lettura delle pregresse dichiarazioni ai sensi dell'art. 512 c.p.p., si deve esigere che **il giudice vagli le dichiarazioni stesse con ogni opportuna cautela, conducendo una indagine positiva sulla credibilità soggettiva ed oggettiva, ponendo, soprattutto, le affermazioni rilasciate in relazione con altri elementi emergenti dalle risultanze processuali.**



Sez. 5, Sentenza n. 21877 del 26/03/2010 Ud. (dep. 08/06/2010) Rv. 247446

Presidente: Marasca G. Estensore: Vessichelli M. Imputato: T.. P.M. D'Ambrosio V.

In tema di valutazione della prova testimoniale, la dichiarazione accusatoria della persona offesa acquisita ai sensi dell'art. 512 c.p.p. deve trovare conforto, per sostenere l'accusa, **in ulteriori elementi individuati dal giudice, con doverosa disamina critica, nelle risultanze processuali.**

(In motivazione la S.C. ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 6 Cedu).

Sez. 5, Sentenza n. 16269 del 16/03/2010 Ud. (dep. 26/04/2010) Rv. 247258

Presidente: Rotella M. Estensore: Dubolino P. Imputato: Benea. P.M. Iacoviello FM.

La sopravvenuta ed imprevedibile irreperibilità dei soggetti le cui dichiarazioni siano già state ritualmente acquisite in sede pre-dibattimentale e dei quali non possa dirsi provata la volontà di sottrarsi all'esame dibattimentale rientra nei casi di "accertata impossibilità oggettiva" che, ex art. 111, comma quinto, Cost., derogano alla regola della formazione della prova nel contraddittorio delle parti; con la conseguenza che, in tal caso, non rileva la prospettata violazione dell'art. 6, comma terzo, lett. d) C.E.D.U. - come interpretato dalle pronunce della Corte di Strasburgo - in quanto, come si evince dalle sentenze della C. cost. n. 348 e 349 del 2007, le norme della predetta Convenzione, ancorché direttamente vincolanti, nell'interpretazione fornite dalla Corte di Strasburgo, per il giudice nazionale, non possono tuttavia comportare la disapplicazione delle norme interne con esse ipoteticamente contrastanti, se e in quanto queste ultime siano attuative di principi affermati dalla Costituzione, cui anche le norme convenzionali devono ritenersi subordinate, condizione soddisfatta, nella specie, dall'applicabilità dell'art. 111, comma quinto, Cost..

Sez. 2, Sentenza n. 43331 del 18/10/2007 Ud. (dep. 22/11/2007) Rv. 238199

Presidente: Rizzo AS. Estensore: Fiandanese F. Imputato: Poltronieri. P.M. Baglione T.

Le dichiarazioni predibattimentali, di cui sia data lettura in giudizio per sopravvenuta impossibilità di ripetizione, devono essere valutate non solo sulla base della credibilità sia soggettiva che oggettiva del dichiarante, ma **anche in relazione agli altri elementi emergenti dalle risultanze processuali**.

4. Gli articoli 516 e 517 c.p.p. “se nel corso dell’istruzione dibattimentale”: persistenti discordie interpretative.

4.1 La contestazione suppletiva può essere mossa sulla scorta di acquisizioni delle indagini preliminari.

L’inciso normativo «**se nel corso dell’istruzione dibattimentale**» di cui all’articolo 516 (per l’ipotesi di diversità del fatto) o «**qualora nel corso dell’istruzione dibattimentale**» di cui all’articolo 517 (per il diverso caso di reato concorrente o circostanza aggravante) nell’interpretazione giurisprudenziale, ha oscillato tra:

= la mera indicazione dell’ambito entro il quale il PM poteva correttamente procedere alla contestazione suppletiva

+ la necessità che le emergenze suscettibili di condurre a ravvisare la diversità del fatto, piuttosto che all’emersione di un reato connesso o di un aggravamento del regime circostanziale, venissero a conformarsi nel corso dell’istruzione dibattimentale non consentendo quindi una sorta di rilettura delle acquisizioni pregresse ottenute nel corso delle indagini preliminari ²³.

Per l’orientamento che intende estensivamente la locuzione normativa in esame si erano schierate le sezioni unite della corte di cassazione nel sancire che «le contestazioni ai sensi degli articoli 516 e 517 c.p.p. possono essere effettuate dopo l’avvenuta apertura del dibattimento e prima dell’espletamento dell’istruzione dibattimentale, cioè **sulla base degli atti già acquisiti dal PM nel corso delle indagini preliminari**» ²⁴.

Gli argomenti addotti a sostegno della delineata conclusione, in estrema sintesi, hanno fatto leva sul fatto che:

²³ Di Geronimo P., *L’efficacia normativa delle sentenze costituzionali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell’istruttoria dibattimentale*, CP 2007, p. 4205 sottolinea la diversità lessicale tra gli articoli 516 e 517 da un lato (“nel corso dell’istruttoria”) e l’art. 518 c.p.p. dall’altro (“nel dibattimento”) giungendo a ritenere che la diversità si giustifichi stante la totale differenza di disciplina normativa circa le modalità della contestazione ed ipotizzando che solamente nel secondo caso si può trascurare la distinzione tra fase introduttiva e fase istruttoria del giudizio.

²⁴ **Sez. un. 28 ottobre 1998 n. 4, Barbagallo, CED 212757**; CP 1999, p. 2074, n. 986 e CP 2000, p. 330; Guida dir. 27.3.1999 n. 12 pag. 67. La sentenza è stata ampiamente commentata: Stefani A., *Ampliato dalle Sezioni unite il potere di contestazione suppletiva del PM*, DPP 1999, p. 633; Bazzani M., *Nuove contestazioni e istruzione dibattimentale*, CP 1999, p. 3079; Allegrezza S., *Precocità delle nuove contestazioni in dibattimento: mera irregolarità o causa di invalidità?*, CP 2000, p. 330; Di Bitonto L., *La modifica dell’imputazione nel dibattimento: problemi interpretativi e soluzioni possibili*, GI 1999, p. 2136; Nacar B., *Limiti cronologici per la modifica dell’imputazione*, Giur. it. 2000, p. 589; Varraso G.L., *Le nuove contestazioni “tardive” del dibattimento: le Sezioni unite legittima l’ “arbitrio” del PM*, GP 1999, II, c. 700; Lozzi G., *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, RIDPP 2000, p. 338. Per una rassegna del persistente contrasto giurisprudenziale dopo l’intervento delle sezioni unite In argomento: Leo G., *Contestazioni suppletive nel dibattimento: ammissibili solo se fondate su nuovi elementi di prova?*, DPP 2003, p. 704. Successivamente, in senso adesivo ma senza soverchie ed ulteriori spiegazioni: @ **Sez. un. 17 dicembre 2009 n. 12067, De Simone**.

= la legge delega (direttiva 78) non richiede il requisito della novità dell'acquisizione al fine di poter formulare la contestazione suppletiva

= vietare tale opzione al rappresentante della pubblica accusa avrebbe significato recare una lesione particolarmente significativa al principio di speditezza del processo; oltretutto non sempre la soluzione di apertura di un procedimento separato si presenta praticabile come, ad esempio, nel caso in cui si debbano contestare circostanze aggravanti

= la *discovery* è già avvenuta in sede di udienza preliminare (attualmente ancor prima in sede di adempimenti di chiusura delle indagini ex art. 415 *bis* c.p.p.); ciò, insieme con la concessione di un termine, non condurrebbe ad alcuna lesione del diritto di difesa²⁵.

Posteriormente a tale presa di posizione va segnalato un orientamento adesivo²⁶.

4.2 Le ragioni del contrario orientamento.

²⁵ E' di avviso contrario Lozzi G., *Modalità cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, RIDPP 2000, p. 344 – 348 il quale ritiene in relazione al reato tardivamente contestato sulla base di pregresse risultanze che, seguendo la linea interpretativa delle sezioni unite, per un verso si priverebbe l'imputato di esercitare il diritto di difesa al termine delle indagini preliminari e prima che il PM si determini all'esercizio dell'azione penale e, per altro aspetto, che si priverebbe l'udienza preliminare della sua più propria funzione che è quella di filtro e controllo delle imputazioni azzardate recando l'esempio di un abuso d'ufficio legato dal nesso della continuazione con una concussione la quale solo in dibattimento viene contestata pur potendosi disporre di elementi adeguati nella fase procedimentale. Santalucia G., *Modifica dell'imputazione sulla base di elementi emersi nelle indagini*, CP 2007, p. 1507 rileva anche che "l'imputato viene privato della facoltà di svolgere al meglio le attività di investigazione difensiva nello spazio che intercorre tra la notificazione dell'avviso delle indagini preliminari ed il dibattimento".

²⁶ Posteriormente all'intervento delle sezioni unite e da ultimo, si vedano:
Sez. 6, Sentenza n. 44980 del 22/09/2009 Ud. (dep. 24/11/2009) Rv. 245284
Presidente: Lattanzi G. Estensore: Milo N. Imputato: Nasso. P.M. Selvaggi E.

In tema di nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. e la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante di cui all'art. 517 c.p.p. ben possono essere effettuate dopo l'apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruttoria dibattimentale, **sulla sola base degli atti già acquisiti dal P.M. nel corso delle indagini preliminari.**

Sez. 1, Sentenza n. 24050 del 14/05/2009 Ud. (dep. 11/06/2009) Rv. 243802
Presidente: Chieffi S. Estensore: Vecchio M. Imputato: Di Girolamo. P.M. Gialanella A.

In tema di nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. può essere effettuata dopo l'avvenuta apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruzione dibattimentale, e quindi anche **sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari.**

Sez. 2, Sentenza n. 3192 del 08/01/2009 Ud. (dep. 22/01/2009) Rv. 242672
Presidente: Cosentino GM. Estensore: Manna A. Imputato: Caltabiano. P.M. D'Ambrosio V.

In tema di istruzione dibattimentale, la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante è **consentita sulla base anche dei soli elementi già acquisiti in fase di indagini preliminari**, non soltanto perché non vi è alcun limite temporale all'esercizio del potere di modificare l'imputazione in dibattimento, ma anche perché, da un lato, nel caso di reato concorrente, il procedimento dovrebbe retrocedere alla fase delle indagini preliminari e, dall'altro, nel caso di circostanza aggravante, la mancata contestazione nell'imputazione originaria risulterebbe irreparabile, essendo la medesima insuscettibile di formare oggetto di un autonomo giudizio penale.

+ Cass. sez. V 20 giugno 2006 n. 32797, Battilana, CED 235071 per la quale: "Il PM può procedere, nel corso del dibattimento e prima dell'inizio dell'istruzione, alla modifica dell'imputazione per diversità del fatto, utilizzando a tal fine gli elementi che già emergevano nel corso delle indagini"; pubblicata anche in CP 2007, n. 428.6, p. 1495 con nota di Santalucia G., *Modifica dell'imputazione sulla base di elementi emersi nelle indagini*, e n. 1153, p. 4203 con nota di Di Geronimo P., *L'efficacia normativa delle sentenze costituzionali additive: un criterio risolutivo del contrasto in tema di mutamento della contestazione formulata prima dell'istruttoria dibattimentale.*

Esso è tuttavia contrastato da altre pronunce le quali non ammettono la contestazione “a sorpresa” di fatti già noti contestualmente privando l'imputato della possibilità di accedere ai riti alternativi quando è chiara e completa la contestazione degli addebiti.

Se così fosse, si consentirebbe al PM di aggirare l'obbligo di *discovery* correlato, prima della l. n. 479/1999, alla richiesta di rinvio a giudizio, e successivamente a seguito della interpolazione dell'art. 415 *bis* c.p.p., al momento della conclusione delle indagini nel quale l'imputato deve essere reso edotto di tutti gli elementi investigativi con l'invio del relativo avviso.

Si fa leva, quale fattore di novità su cui adeguatamente riflettere, sull'introduzione – nel contesto codicistico – degli artt. 516, comma 1 *ter*, e 517, comma 1 *bis*, quali indici sintomatici, pur nel diverso settore del nesso tra udienza preliminare e contestazione modificativa o suppletiva, della volontà del legislatore di postergare le esigenze di speditezza e pronta celebrazione del procedimento a quella di adeguata tutela delle garanzie difensive. Si tratta di ipotesi nelle quali l'udienza preliminare viene in quale che modo “recuperata” esclusivamente per novità emerse solo nel contesto dibattimentale: solo da una simile condizione oggettiva (non da scelte od omissioni dell'accusa) può derivare la prevalenza dell'interesse alla concentrazione ed all'immediatezza sulle garanzie della difesa.

Ulteriormente si evidenzia come possano essere accostati tra loro i vizi di genericità dell'imputazione e di contestazione suppletiva o modificativa tardivamente eseguita in dibattimento sulla scorta di atti già disponibili, comportando peraltro questa seconda ipotesi una minor lesione del diritto dell'imputato di affrontare il giudizio sulla base di una contestazione precisa e cristallizzata. Ebbene: a fronte di una nullità speciale prevista per la contestazione generica (art. 429, comma 2, c.p.p.), risulta impossibile non riconoscere analogo vizio per una violazione ancor più grave dei diritti di difesa discendente dalla contestazione suppletiva o modificativa eseguita alla stregua di elementi già noti²⁷.

L'inibizione si giustifica alla stregua del principio di completezza delle indagini da cui deriva il dovere del PM di formulare l'imputazione in termini completi; le norme che regolano la contestazione suppletiva in dibattimento, infatti, non sono state dettate quale rimedio ad imperfezioni del PM quanto piuttosto hanno lo scopo di garantire che in ogni momento processuale l'imputazione e la contestazione siano esaurienti. Tutto questo in concreta attuazione del principio di rango costituzionale di cui all'art. 111, comma terzo, della Carta fondamentale²⁸.

²⁷ Di Geronimo, *L'efficacia normativa*, cit., p. 4206-4207.

²⁸ Così Baccari G.M., *Fluidità dell'imputazione e competenza per territorio. I correttivi introdotti dalla cassazione nel caso S.M.E.*, CP 2006 n. 1603, p. 4002.

E' ragionevole supporre che sulla questione possano ancora intervenire le sezioni unite della corte regolatrice ²⁹.

4.3 Diversa qualificazione giuridica del fatto ed oneri del PM.

A conclusione di un tormentato *iter* che ha registrato anche il decisivo intervento della CEDU, in tema di diversità del «fatto», la corte regolatrice ha conferito rilevanza anche alla **diversa qualificazione giuridica del medesimo** ³⁰.

Per la verità, la sentenza della CEDU ³¹ era intervenuta in un panorama giurisprudenziale assolutamente consolidato per il quale il contraddittorio ed i diritti di difesa non subiscono lesione alcuna quando non venga mutato il «fatto» storico compendiato nell'accusa e non si abbia un aggravamento di pena; alla stregua di tale orientamento, se tali condizioni vengono rispettate il giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost., può dare al fatto la qualificazione giuridica che egli ritenga più corretta senza necessità d'un previo contraddittorio sul punto e quale espressione del principio di soggezione del giudice alla legge.

I giudici europei hanno invece conformato il concetto di «accusa» in maniera conforme al contesto loro proprio in cui si trovavano ad operare: un ambito in cui si mette a tema la verifica del rispetto dei diritti fondamentali senza necessità di accertare come l'accezione presa in esame si inserisca nel contesto complessivo della vicenda processuale.

La carenza di rimedi specifici per l'attuazione del *dictum* della CEDU ha indotto la cassazione all'impiego di uno strumento per più aspetti "anoma-

²⁹ Per una recente sintesi delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali: Scaccianoce Caterina, *Sui limiti temporali delle nuove contestazioni: una questione da ripensare*, DPP 2001, n. 1, p. 109 per la quale «a fronte di una nuova contestazione che, anziché derivare dalle emergenze dibattimentali, traduce in addebito la tardiva elaborazione di dati conoscitivi già presenti nel fascicolo delle indagini, il giudice dovrebbe disporre, ai sensi dell'art. 521, comma 3 c.p.p., la trasmissione degli atti al pubblico ministero, trattandosi di modifiche o ampliamenti della imputazione operati fuori dai casi di cui agli artt. 516 e 517 c.p.p.». Il titolare dell'accusa, infatti, dovrebbe fin dall'inizio, e quindi fin dal momento dell'esercizio dell'azione penale, contestare tutti i dati di cui è in possesso, con la conseguenza che la sentenza eventualmente pronunciata dovrà considerarsi nulla in parte qua, costituendo, l'omissione del titolare delle indagini, un vizio concernente l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale come pure l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato (artt. 178 e 179, comma 1, c.p.p.)».

³⁰ Sez. 6, Sentenza n. 36323 del 25/05/2009 Ud. (dep. 18/09/2009) Rv. 244974

Presidente: Lattanzi G. Estensore: Carcano D. Imputato: Drassich. P.M. Monetti V.

Nel giudizio di legittimità, il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto, quando l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio* sia stata rappresentata al difensore dell'imputato con un atto del Collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa.

(Fattispecie in cui l'eventualità di una diversa qualificazione giuridica è stata rappresentata nelle conclusioni e nella sintesi delle statuizioni riportate nel dispositivo di una precedente sentenza della Corte di legittimità, con la quale era stata revocata una propria precedente pronuncia limitatamente alla riqualificazione dei fatti corruttivi come reati di corruzione in atti giudiziari, disponendo che si procedesse ad una nuova trattazione del ricorso proposto contro la decisione assunta dal giudice di secondo grado).

³¹ Cedu 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

lo”, vale a dire il ricorso straordinario per correzione di errore materiale o di fatto i cui tratti e condizioni d’uso sono stati “piegati” rispetto alla sua configurazione codicistica³² con sospetto travalicamento del confine di compatibilità dell’esegesi con il significato delle parole impiegate dal legislatore.

Nella sentenza menzionata, il giudice di legittimità aveva cura di specificare che «l’eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio*» deve essere rappresentata al difensore dell’imputato «con un atto del collegio, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa»³³.

Si deve supporre che, laddove l’inerzia del PM sul punto si protragga per l’intero dibattimento, il tribunale dovrebbe sortire dalla camera di consiglio per rappresentare alla difesa che, in definitiva, si ci orienta ad un’affermazione di colpevolezza dell’imputato ma per un fatto di reato che il giudice stima di sussumere sotto altra e diversa fattispecie incriminatrice (senza immutazione del «fatto» perché, diversamente, opererebbe la regola di cui all’art. 521 c.p.p.) e senza alcuna possibilità di pronunciarsi al riguardo prima che la difesa sia stata posta in condizione di interloquire su quanto il collegio, che non ha ancora formalmente adottato alcuna decisione, reputa giusto.

L’iniziativa del PM deve essere tempestiva perché è collocata dai giudici di legittimità in una qualunque fase del processo di merito quando i fattori acquisiti inducano all’adeguamento della cornice giuridica³⁴.

Sembra tuttavia di comprendere, da pronunce successive a quella già menzionata, che il PM non debba assumere alcuna iniziativa quando la diversa qualificazione giuridica sia già stata rappresentata in un qualun-

³² Per esempio:

= non si è avuto riguardo all’inosservanza del termine perentorio di 180 giorni

= la carenza di un “errore materiale o di fatto” (unico presupposto perché la procedura prevista nel codice scatti) è stata ignorata dal momento che si versava in un’ipotesi di vizio di diritto su questioni già decise e passate in giudicato

= a tal punto, il ricorso straordinario per errore di diritto verrebbe a riferirsi a qualsiasi sentenza passata in giudicato la quale pertanto non potrebbe mai considerarsi definitiva.

³³ Sez. 6, Sentenza n. 36323 del 25/05/2009, Drassich, già citata: « Nel giudizio di legittimità, il diritto del ricorrente a essere informato in modo dettagliato della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico deve ritenersi soddisfatto, quando l’eventualità di una diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice *ex officio* **sia stata rappresentata al difensore dell’imputato con un atto del Collegio**, in modo che la parte abbia potuto beneficiare di un congruo termine per apprestare la propria difesa».

³⁴ Sez. 6, Sentenza n. 20500 del 19/02/2010 Ud. (dep. 28/05/2010) Rv. 247371

Presidente: De Roberto G. Estensore: Fidelbo G. Imputato: Fadda. P.M. Cedrangolo O.

La garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all’imputato **sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell’imputazione**.

(Fattispecie in cui, a seguito della riqualificazione del fatto, da abuso d’ufficio in peculato, operata dal giudice di secondo grado ai sensi dell’art. 521, comma 1, c.p.p. l’imputato aveva potuto contestare per la prima volta la nuova qualificazione, anche ai fini del diverso termine prescrizione, solo in sede di ricorso per cassazione).

que atto o fase (anche incidentale) del processo, magari per iniziativa dello stesso imputato i cui diritti sarebbero lesi per mancata correlazione tra accusa e sentenza dovuta a tale fattore ³⁵.

Per la verità, individuare un rimedio in assenza di strumenti predisposti dal legislatore significa lanciare il giudice nel campo della libera creazione del diritto. Se il caso fosse finito innanzi al nostro giudice delle leggi, la stessa Corte costituzionale – obbedendo ad un *self restraint* assolutamente consolidato nella propria giurisprudenza – avrebbe considerato inibita una sentenza additiva o manipolativa riservando l'intervento al legislatore.

4.4 Contestazione suppletiva ed oblazione.

L'iniziativa del PM di contestazione suppletiva basata su acquisizioni della fase procedimentale può creare anche un problema di **recupero dei termini per l'accesso ai riti speciali oppure di forme di definizione della pretesa punitiva comunque alternative al dibattimento** la cui richiesta, quando la contestazione avviene in alveo dibattimentale, è da considerarsi – specie dopo il varo della l. 16 dicembre 1999 n. 479 – irrefutabilmente scaduta, pur se in relazione a “fatti” diversamente configurati alla stregua della modifica introdotta dal PM.

Il diritto di difesa verrebbe leso sotto un duplice profilo:

- + poiché si altera il quadro di acquisizioni in base al quale si era decisa da parte dell'imputato l'inerzia nella richiesta di riti speciali
- + in quanto, sotto un diverso angolo prospettico, si introducono capi di accusa in relazione ai quali è già decorso il termine fissato dal legislatore per l'accesso al patteggiamento o al rito abbreviato.

³⁵ Sez. 2, Sentenza n. 14674 del 26/02/2010 Ud. (dep. 16/04/2010) Rv. 246922

Presidente: Esposito A. Estensore: Fiandanese F. Imputato: Salord. P.M. Gialanella A.

Il giudice di legittimità ha il potere di procedere *ex officio* alla riqualificazione giuridica del fatto, senza necessità di consentire all'imputato di interloquire sul punto allorquando, **nel ricorso presentato dallo stesso, tale eventualità sia stata espressamente presa in considerazione**, ancorché per sostenere la diversità del fatto da quello contestato e la conseguente violazione dell'obbligo di trasmissione degli atti al pubblico ministero. (v. Corte Europea Diritti dell'Uomo, sentenza 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia).

Sez. 1, Sentenza n. 9091 del 18/02/2010 Ud. (dep. 08/03/2010) Rv. 246494

Presidente: Chieffi S. Estensore: Piraccini P. Imputato: Di Gati e altri. P.M. D'Ambrosio V.

La garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice è assicurata pur quando **l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento**, ed in particolare anche nell'ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale *de libertate*.

(Fattispecie relativa alla derubricazione del reato, ad opera del giudice di appello, dalla fattispecie di partecipazione ad associazione di tipo mafioso in quella di favoreggiamento aggravato; tale ultima qualificazione giuridica, in precedenza, era stata prospettata dal PM nel ricorso per cassazione proposto avverso la decisione del tribunale del riesame che aveva annullato la misura cautelare applicata per il reato associativo; inoltre, in una memoria presentata dalla difesa nel corso del giudizio di merito, erano state richiamate decisioni del tribunale del riesame che avevano qualificato analoghe condotte come favoreggiamento).

Insomma: non sarebbe mai concessa all'imputato la possibilità di ottenere benefici sostanziali connessi a tali riti in relazione alla nuova e definitiva imputazione; ciò che sarebbe ancor più grave quando la tardività nell'assumere l'iniziativa per adeguare la contestazione fosse imputabile al PM il quale – magari – già nelle indagini preliminari possedeva il materiale poi utilizzato solo in dibattimento per ottenere la modifica.

Gli articoli 516 (relativamente al “fatto diverso” contestato in dibattimento) e 517 (per quanto concerne il “reato concorrente” contestato in dibattimento) c.p.p. sono stati dichiarati incostituzionali anzitutto nella parte in cui non consentivano che l'imputato potesse sollecitare **l'oblazione** per reati oggetto della contestazione suppletiva, sempre che ricorressero le condizioni indicate negli articoli 162 e 162 *bis* del codice penale ³⁶.

Condizione fondamentale per il recupero è risultata essere la non addebitabilità all'imputato della mancata iniziativa svolta nel termine assegnato per legge in stretta correlazione con la contestazione solo in dibattimento del fatto diverso o del reato concorrente da parte del PM.

Il legislatore (art. 53 l. 16 dicembre 1999 n. 479) ha successivamente introdotto un **comma 4-bis nell'art. 141 disp. att. c.p.p.** (che disciplina tempi e modalità del procedimento di oblazione) mostrando di recepire l'intervento del giudice delle leggi con il prevedere che “in caso di modifica dell'originaria imputazione in altra per la quale sia ammissibile l'oblazione, l'imputato è rimesso in termini per chiedere la medesima. Il giudice, se accoglie la domanda, fissa un termine non superiore a dieci giorni, per il pagamento della somma dovuta. Se il pagamento avviene nel termine il giudice dichiara con sentenza l'estinzione del reato”.

Per l'ipotesi in cui l'imputato, nel corso dell'istruttoria dibattimentale, abbia presentato istanza di oblazione subordinata ad una diversa e più favorevole qualificazione giuridica del fatto dalla quale discenda la possibilità di essere ammesso all'oblazione, il giudice, se effettivamente procede a tale modifica, deve attivare il meccanismo di cui all'art. 141, comma 4 *bis*, disp. att. c.p.p., anche all'esito dell'istruttoria dibattimentale ³⁷.

Peraltro, laddove la derubricazione dell'imputazione originaria in reato oblazionabile dovesse profilarsi al giudice solo al momento di delibazione della sentenza, la corte di cassazione reputa che le regole delineate possano trovare applicazione soltanto “nel caso in cui l'errore di diritto sia stato rilevato dalla difesa contestualmente alla formulazione di istanza di oblazione, sulla quale il PM abbia potuto esprimersi” perché davvero non può immaginarsi che il giudice abbia l'obbligo di rimettere in termini *ex officio* l'imputato, al di fuori di qualsiasi contraddittorio, imprescindibile soprattutto nel caso di oblazione cd. discrezionale ³⁸.

³⁶ Corte cost. 29 dicembre 1995 n. 530, CP 1996, p. 1084.

³⁷ Sez. un. 28 febbraio 2006 n. 7465, Autolitano, CED 233029 nella quale si specifica che, nel caso in cui il giudice di prime cure ometta di pronunciarsi sull'istanza o si pronunci applicando erroneamente la legge penale, tale omissione o errore «potrà essere fatta rilevare in appello, attraverso il meccanismo di cui all'art. 604, comma 7, c.p.p., ovvero, in caso di sentenza inappellabile, con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1 lett. c), c.p.p.».

³⁸ Sez. un. 28 febbraio 2006 n. 7645, Autolitano, CED 233028; CP 2006, n. 5, n. 634, p. 1710 con nota di redazione quando si è affermato che la disposizione di cui all'art. 141, comma 4 *bis*, disp. att. c.p.p. non si applica al caso in cui la modifica dell'imputazione sia fatta direttamente dal giudice con la sentenza di condanna; la corte ha precisato che la disposizione citata implica il rispetto della procedura nel contraddittorio tra le parti, in cui sia il PM a modificare l'imputazione, il giudice a rimettere in termini l'imputato, questi a presentare l'istanza di oblazione, il PM a formula-

4.5 Contestazione suppletiva e problematico recupero dei riti speciali.

La Consulta ha sempre escluso la possibilità di interventi additivi che consentissero il recupero dei riti speciali tramite una regressione del procedimento al momento in cui l'accesso ai medesimi era consentito.

Quanto al **patteggiamento**, quando ancora vigeva una normativa per cui l'apertura del dibattimento era termine preclusivo della relativa richiesta (vale a dire prima dell'entrata in vigore della l. 16 dicembre 1999 n. 479), il giudice delle leggi aveva provveduto a dichiarare l'illegittimità costituzionale degli articoli 516 e 517 c.p.p. nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p. relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, **quando la nuova contestazione concerneva un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale ovvero quando l'imputato aveva tempestivamente e ritualmente proposto la richiesta di applicazione di pena in ordine alle originarie imputazioni** ³⁹.

La ragione ultima e fondamentale di tale presa di posizione consiste nel fatto che, quando l'imputazione viene modificata per errore o negligenza del PM, la preclusione di accesso al rito comporterebbe una ingiustificata lesione del diritto di difesa.

In tali situazioni non è infatti possibile rinvenire "alcun profilo di inerzia dell'imputato e quindi di addebitabilità al medesimo delle conseguenze della mancata instaurazione del rito differenziato"; al contrario, "la libera determinazione dell'imputato verso i riti speciali risulta sviata da aspetti di anomalia caratterizzanti la condotta processuale del PM" derivanti dalla erroneità dell'imputazione (il fatto è diverso) o dalla sua incompletezza (manca l'imputazione relativa a un reato connesso). La erroneità o l'incompletezza dell'imputazione non è qui un dato emergente dall'attività dibattimentale: esso viene apprezzato sulla base degli stessi atti di indagine.

A differenza delle ipotesi in cui la contestazione suppletiva è riconducibile a elementi nuovi emergenti dall'istruzione dibattimentale, in tali situazioni non può parlarsi di una libera assunzione del rischio del dibattimento da parte dell'imputato; con l'ovvia conseguenza che deve essergli riconosciuta la facoltà di essere ammesso a chiedere l'applicazione della pena in ordine al fatto diverso o al reato concorrente.

Quando, in presenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sull'individuazione del fatto e del titolo del reato in cui è incorso il PM, l'incolpazione subisce una variazione sostanziale, risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali. Nel patteggiamento, molto più che nel giudizio abbreviato, la valutazione dell'imputato di eventuale richiesta del rito è indissolubilmente legata alla natura dell'addebito, trattandosi non solo di avviare una procedura che permette di definire il merito del processo al di fuori e prima del dibattimento, ma di determinare lo stesso contenuto della decisione, il che non può avvenire se non in riferimento a una ben individuata fattispecie penale.

re il parere e, infine, il giudice a valutare l'istanza. Condizioni tutte che non vengono a profilarsi nell'ipotesi in rassegna.

³⁹ Corte cost. 22 giugno 1994 n. 265, CP 1994, p. 2884.

Il “recupero” del rito speciale è problematico quando la contestazione riguarda una **circostanza aggravante**.

Non consta che la Consulta sia stata chiamata a pronunciarsi in maniera esplicita sul punto anche perché, quando la questione si è posta, si è recisamente esclusa l’ammissibilità della richiesta di patteggiamento valorizzando un passaggio della sentenza n. 265 del 1994⁴⁰ e ritenendo che tale espressione “non sembra il frutto di una presa d’atto dei limiti di cognizione relativi alla questione dedotta, ma rappresenta meditata e coerente conclusione” specie quando si fosse tenuto conto della “diversità strutturale tra la contestazione di un diverso ed ulteriore reato del quale l’imputato è chiamato a rispondere – con immutazione sostanziale del concreto quadro accusatorio con cui deve confrontarsi al fine di eventuale sentenza di assoluzione con le relative possibili decisioni – e la contestazione di una circostanza aggravante la quale non comporta alcuna variazione sostanziale del quadro originario d’accusa”⁴¹.

Proprio tale considerazione è stata criticata poiché:

= tra le aggravanti comuni ve ne sono talune la cui applicazione può comportare effetti modificativi di rilievo

= ancor più per le circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e per le circostanze ad effetto speciale

= non si spiegherebbe l’accorpamento legislativo delle ipotesi entro l’unitaria previsione dell’art. 517 del codice di rito.

In definitiva, laddove non si scorga inerzia dell’imputato e comunque a costui non sia addebitabile la mancata instaurazione del rito, sarebbe difficile negare che l’impossibilità di ottenere i benefici connessi alla scelta del rito speciale non comporti una compressione del diritto di difesa.

Si poteva tentare un’interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata o, nel dubbio, comunque chiedere un aggiornamento giurisprudenziale alla Consulta⁴².

Quanto al **rito abbreviato**, in linea generale, l’esclusione di una tale possibilità è sempre stata generalmente giustificata in base al rilievo per cui la contestazione è evenienza fisiologica e prevedibile in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova al dibattimento; evenienza ancora più prevedibile proprio nei casi di mutamento operato sulla base di elementi acquisiti già nel momento della prima contestazione. Per converso, nel giudizio abbreviato “il rischio” di contestazione suppletiva rientra nel calcolo in base al quale l’imputato si determina o meno a chiedere tale giudizio speciale⁴³.

Nell’attuale quadro normativo, il rito speciale in esame non può più considerarsi strutturalmente incompatibile con l’innesto nella fase del dibattimento; è venuta così meno l’argomentazione fondamentale da sempre impiegata dalla Consulta per un possibile recupero del rito abbreviato al ri-

⁴⁰ Il seguente: “Deve peraltro essere avvertito che tale conclusione rimane rigorosamente circoscritta alle specifiche situazioni dedotte dai giudici *a quibus*, che riguardano, come precisato, le contestazioni dibattimentali del fatto diverso e del reato concorrente (in quanto connesso ex art. 12, primo comma, lettera b), c.p.p.). In particolare, è ad essa estranea la diversa evenienza della contestazione delle circostanze aggravanti, non devoluta all’esame di questa Corte”.

⁴¹ Tribunale di Milano sez. I penale ord. 31 maggio 2007, Cass. pen. 2007 n. 12, p. 4707.

⁴² Rilievi critici espressi da Galantini N., *Nuove contestazioni dibattimentali e patteggiamento tardivo: la giurisprudenza costituzionale e le sue ricadute su un recente provvedimento*, CP 2007 n. 12, p. 4710 ss.

⁴³ Corte cost. 8 luglio 1992 n. 316, CP 1992, n. 1557 pur se, nel caso preso in considerazione, non si comprendeva per un verso se il reato contestato suppletivamente fosse più o meno grave di quello per cui si procedeva e, per altro aspetto, se l’imputato, avesse chiesto il “recupero” del rito speciale mediante la restituzione in termini in relazione ad entrambi gli addebiti oppure solo a quello per la prima volta contestato in sede dibattimentale.

correre delle condizioni già specificate per il patteggiamento e l'oblazione nella fase dibattimentale.

Dopo la configurazione dell'accesso al rito quale diritto unilaterale dell'imputato senza incidenza alcuna del consenso del PM o della favorevole delibazione giurisdizionale che faceva riferimento allo "stato degli atti", il giudice delle leggi ha provveduto a dichiarare la non conformità alla Costituzione degli articoli 438, comma 6, e 458, comma 2, c.p.p. **"nella parte in cui non prevedono che, in caso di rigetto della richiesta di rito abbreviato subordinata ad integrazione probatoria, l'imputato possa rinnovare la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento"** ⁴⁴.

Pronuncia dalla quale si desume in maniera univoca la rimossa incompatibilità tra giudizio abbreviato (nella configurazione ad esso impressa dalla l. 16 dicembre 1999 n. 416) e fase dibattimentale, vale a dire del principale argomento ostativo a suo tempo affacciato dalla Consulta.

L'accesso al rito alternativo per il reato oggetto della contestazione suppletiva "tardiva", anche quando avvenga in corso di dibattimento, risulta comunque idoneo a produrre un effetto di economia processuale giacché consente al giudice del dibattimento di decidere sulla nuova imputazione allo stato degli atti, evitando anche il possibile supplemento di istruzione previsto dall'art. 519 del codice di rito.

Rifiutare ancora l'accesso al rito abbreviato a dibattimento iniziato in caso di contestazione suppletiva "tardiva" imputabile a negligenza del PM a tal punto avrebbe violato:

= l'articolo 24, secondo comma, Cost. in quanto la preclusione alla fruizione dei vantaggi connessi al giudizio abbreviato avrebbe implicato una lesione del diritto di difesa dell'imputato al quale non avrebbe potuto essere addebitata alcuna colpevole inerzia, né avrebbero potuto essere addossate sul medesimo le conseguenze negative di un prevedibile sviluppo dibattimentale il cui rischio fosse stato liberamente assunto

= l'articolo 3 Cost., da un lato perché la disposizione denunciata avrebbe determinato una disparità di trattamento tra imputati in situazioni eguali a seconda che il PM avesse valorizzato integralmente – come avrebbe dovuto – i risultati delle indagini sin dal momento dell'esercizio dell'azione penale ovvero ne avesse contestati inizialmente solo alcuni per poi ampliare l'accusa in dibattimento e, per altro aspetto, in quanto sarebbe apparso irragionevole che, a fronte della contestazione suppletiva, l'imputato avesse potuto recuperare i vantaggi connessi ad alcuni riti speciali ⁴⁵ – e si fosse visto invece inibito l'accesso al rito abbreviato.

Conseguentemente, **è stata dichiarata l'incostituzionalità degli articoli 516** (in rapporto all'ipotesi in cui la nuova contestazione dibattimentale consista nella modifica dell'imputazione originaria per diversità del fatto) **e 517 c.p.p.** (con riguardo alla tardiva contestazione di un reato connesso a quelli per cui si procede) **«nella parte in cui non si prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente oggetto di contestazione**

⁴⁴ Corte cost. 23 maggio 2003 n. 169.

⁴⁵ Il patteggiamento e l'oblazione, sulla base della normativa risultante dalle sentenze n. 265 del 1994 e n. 530 del 1995 della Corte costituzionale.

dibattimentale, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale»⁴⁶.

5. L'art. 521 e il “reale pregiudizio per i diritti della difesa”.

La regola di giudizio delineata dal legislatore nell'art. 521 c.p.p. è stata, di fatto, integrata da un indirizzo giurisprudenziale sufficientemente consolidato e, soprattutto, autorevolmente avallato volto ad esigere che «il mutamento del fatto comporti una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un **reale pregiudizio dei diritti della difesa**» così che «l'indagine volta ad accertare la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale tra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'*iter* del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto della imputazione»⁴⁷.

Anche in tempi recenti la corte regolatrice ha avuto modo di ribadire tale orientamento giurisprudenziale⁴⁸.

Insomma, va verificata la sussistenza di una **immutazione essenziale del fatto** da scorgere solamente in presenza di una radicale trasformazione, nei

⁴⁶ Corte costituzionale 14 dicembre 2009 n. 333.

⁴⁷ Sez. un. 19 giugno 1996, Di Francesco, CED 205619, CP 1997, p. 360, n. 191.

⁴⁸ Sez. un. 15 luglio 2010 n. 36551, Carelli, CED 248051.

Nel caso di specie, esemplificativo di tale trafila, taluni dei passaggi sopra menzionati sono stati delineati con chiarezza:

A) La condotta penalmente rilevante, consistente nel depauperamento del patrimonio aziendale posto a garanzia delle ragioni dei creditori, era stata ravvisata non nell'alienazione dei titoli azionari nominativi (come figurava nell'imputazione) ma nel pregresso prelievo dal conto bancario della società di una rilevante somma di denaro utilizzata per l'acquisto, a titolo personale, di detti titoli da parte della persona fisica (quale contegno che, in quanto orientato a procurare un utile economico all'agente, ontologicamente integrava la “distrazione” esprimendo la diminuzione fittizia del patrimonio aziendale, attuata mediante il distacco di risorse finanziarie, destinato a impedirne o a ostacolarne l'apprensione da parte degli organi del fallimento)

B) tuttavia, per un verso si stimava si fosse in presenza non di una immutazione essenziale del fatto contestato perché non v'era reale incertezza sull'oggetto dell'imputazione dal momento che l'imputato si era trovato, in concreto, a potersi difendere rispetto ad un'incolpazione così delineata

C) infatti, nell'atto di appello e nel ricorso per cassazione proposti – nell'ambito del processo – dalla difesa, si poteva constatare come la condotta penalmente deviante (così come precisata dianzi e, soprattutto, ritenuta dai giudici) era stata presa in considerazione per esprimere le doglianze e chiedere una diversa valutazione rispetto a quella operata dal giudice di primo grado e d'appello.

Nel caso in esame, poi, operava il *ne bis in idem* per continenza del fatto contestato rispetto ad altro già esaminato con sentenza passata in cosa giudicata.

suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta così da non generare incertezze sull'oggetto della contestazione da cui scaturisca un reale pregiudizio per il diritto di difesa.

Sez. 1, Sentenza n. 13408 del 14/02/2008 Ud. (dep. 28/03/2008) Rv. 239903

Presidente: Mocali P. Estensore: Cassano M. Relatore: Cassano M. Imputato: Benedetti e al-tro. P.M. Mura A. (Diff.)

In tema di correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza, il fatto di cui agli artt. 521 e 522 c.p.p. va definito come l'accadimento di ordine naturale dalle cui connotazioni e circostanze soggettive ed oggettive, geografiche e temporali, poste in correlazione fra loro, vengono tratti gli elementi caratterizzanti la sua qualificazione giuridica, sicché la violazione del principio postula **una modificazione - nei suoi elementi essenziali - del fatto**, inteso come episodio della vita umana, originariamente contestato.

Sez. 2, Sentenza n. 45993 del 16/10/2007 Ud. (dep. 10/12/2007) Rv. 239320

Presidente: Cosentino GM. Estensore: Zappia P. Relatore: Zappia P. Imputato: Cuccia e altri. P.M. Passacantando G. (Conf.)

La nozione di "fatto" di cui agli artt. 521 e 522 c.p.p. va intesa quale accadimento di ordine naturale, nelle sue connotazioni oggettive e soggettive; ne consegue che, per aversi "mutamento del fatto", occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta, che non consenta di rinvenire, tra il fatto contestato e quello accertato, un nucleo comune identificativo della condotta, riscontrandosi invece un rapporto di incompatibilità ed eterogeneità che si risolve in un vero e proprio **stravolgimento dei termini dell'accusa** a fronte del quale si verifica un reale pregiudizio dei diritti della difesa.

Sez. 3, Sentenza n. 35225 del 28/06/2007 Ud. (dep. 21/09/2007) Rv. 237517

Presidente: Petti C. Estensore: Marmo M. Relatore: Marmo M. Imputato: Dimartino. PM Monetti V. (Diff.)

Il principio di correlazione tra imputazione e sentenza risulta violato quando nei fatti, rispettivamente descritti e ritenuti, **non sia possibile individuare un nucleo comune**, con la conseguenza che essi si pongono, **tra loro, non in rapporto di continenza, ma di eterogeneità**.

(Fattispecie in cui l'imputato, citato a giudizio per avere ammesso al lavoro un minore di anni quindici, era stato ritenuto responsabile, in assenza di modifica dell'imputazione, del reato di assunzione di adolescente di età superiore ai quindici anni, ma inferiore ai diciotto, che non aveva adempiuto all'obbligo scolastico).

Sez. 4, Sentenza n. 10103 del 15/01/2007 Ud. (dep. 09/03/2007) Rv. 236099

Presidente: Marzano F. Estensore: Colombo G. Relatore: Colombo G. Imputato: Granata e altri. PM Geraci V. (Parz. Diff.)

L'obbligo di correlazione tra accusa e sentenza non può ritenersi violato da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell'imputazione pregiudichi la possibilità di difesa dell'imputato: **la nozione strutturale di "fatto" contenuta nelle disposizioni in questione, va coniugata con quella funzionale**, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, posto che il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata (oggetto di un potere del PM) e decisione giurisdizionale (oggetto del potere del giudice) risponde all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi.

(Nella fattispecie, relativa ad un'associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti, la Corte ha ritenuto che non costituisce violazione del principio di cui all'art. 521 c.p.p. la condanna dell'imputato per il finanziamento dell'associazione medesima in qualità di concorrente esterno, a fronte dell'accusa di esserne stato finanziatore ai sensi del comma primo dell'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990, restando inalterato il fatto naturalistico della condotta criminosa di finanziamento).

La contestazione integrativa, pur non compendiata correttamente in un atto formale (qual è il decreto che dispone il giudizio o la contestazione

suppletiva effettuata dal PM in sede dibattimentale), potrebbe **essere stata comunque riversata in altri atti del procedimento** (quale ad esempio l'interrogatorio al quale l'imputato sia stato sottoposto e nel quale gli siano stati resi noti in fatto gli elementi sui cui si fondava l'accusa), poiché la contestazione di elementi del fatto tratta *aliunde* in tanto non è lesiva del diritto di difesa in quanto essa sia solo integrativa rispetto alla contestazione formale e non anche modificativa ⁴⁹.

Sez. 3, Sentenza n. 15655 del 27/02/2008 Ud. (dep. 16/04/2008) Rv. 239866

Presidente: Onorato P. Estensore: Lombardi AM. Imputato: Fontanesi. PM Baglione T.

Ai fini della valutazione della corrispondenza tra pronuncia e contestazione di cui all'art. 521 c.p.p. deve tenersi conto non solo del fatto descritto in imputazione, ma anche di **tutte le ulteriori risultanze probatorie portate a conoscenza dell'imputato e che hanno formato oggetto di sostanziale contestazione**, sicché questi abbia avuto modo di esercitare le sue difese sul materiale probatorio posto a fondamento della decisione.

(Nella specie, relativa a reato di omicidio colposo, ove l'imputato, tratto a giudizio per avere disposto la rimozione di cartelli che segnalavano un cantiere stradale, era stato poi condannato per non avere consentito il ripristino della segnaletica predetta, da altri rimossa, la Corte ha ritenuto non sussistere la violazione del principio in oggetto).

Sez. 2, Sentenza n. 38889 del 16/09/2008 Ud. (dep. 15/10/2008) Rv. 241446

Presidente: Carmenini SL. Estensore: Ambrosio A. Imputato: Depau. P.M. D'Angelo G.

Nel caso in cui **nel capo di imputazione** siano contestati gli elementi fondamentali idonei a porre l'imputato in condizioni di difendersi dal fatto poi ritenuto in sentenza, non sussiste violazione del principio di correlazione tra l'accusa e la sentenza e ciò tanto nell'ipotesi di riqualificazione del furto in ricettazione, quanto in quella opposta di riqualificazione della ricettazione come furto.

Sez. 2, Sentenza n. 29912 del 17/05/2007 Ud. (dep. 23/07/2007) Rv. 237262

Presidente: Morelli F. Estensore: Tavassi MA. Imputato: Porzio. PM D'Ambrosio V.

Non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza la qualificazione del fatto, prima inquadrato nella fattispecie di riciclaggio, come impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, se **nella contestazione sono contenuti gli elementi concreti per apprestare un'utile difesa** in riguardo al diverso reato poi ritenuto in sentenza.

Aurelio Barazzetta
giudice nel Tribunale di Milano

⁴⁹ Si veda la già richiamata **Sez. un. 19.6.1996, Di Francesco, CED 205619** per la quale "Con riferimento al principio di correlazione fra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione" accanto alla quale si pongono altri successivi interventi conformi della corte regolatrice: Cass. sez. VI 21 gennaio 2005, Tarricone, CED 231483; Cass. sez. I 10 dicembre 2004, Addis, CED 230771; Cass. sez. II 12 ottobre 2000, Fichera, CED 217222.