

LABORATORIO DI SCRITTURA

PAOLO GRILLO

In tema di arbitrio condizionante: I poteri dell'imputato correlati alla contestazione del “fatto nuovo”

1. Premessa

La contestazione di un fatto nuovo¹ costituisce un'eventualità processuale disciplinata in due diversi ambiti: la fase dell'udienza preliminare e quella del dibattimento.

Nel primo caso la norma di riferimento è l'art. 423, co. 2, c.p.p.,² il quale prevede espressamente che, se in sede di udienza preliminare emerge un fatto nuovo non enunciato nell'atto di esercizio dell'azione penale, e per il quale la procedibilità è *ex officio*, il G.u.p. ne autorizza la contestazione soltanto se v'è

¹ In ordine al concetto di “novità” del fatto, si veda DOMINIONI, voce *Imputazione*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 832-833: il criterio per individuare il fatto nuovo rispetto a quello già contestato è, evidentemente, quello del mutamento della condotta o la «[...] *modifica di altri meno appariscenti elementi, ma che tuttavia sono anch'essi tali da comportare una non semplicemente diversa descrizione di quel medesimo fatto, bensì l'individuazione di un altro fatto*». Sullo stesso argomento, v. anche TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2013, p. 727, ad avviso del quale il fatto nuovo è quello che appare ulteriore rispetto a quello già contestato, al quale si affianca. In giurisprudenza si è affermato che la locuzione “fatto nuovo” si riferisce a quegli accadimenti del tutto difforni per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento ovvero del tutto diverso da quello contestato: Cass., Sez. III, 14 marzo 1994, Mangiapia, in *Anch. nuov. proc. pen.*, 1994, 521; Cass., Sez. V, 25 agosto 1998, Capano, in *Mass. Uff.*, n. 211477. Altre pronunce affermano che, per fatto nuovo, si intende quella circostanza dotata di intrinseca autonomia strutturale rispetto al fatto per il quale si è proceduto: Cass., Sez. IV, 16 luglio 2002, Rodia, in *Cass. pen.*, 2003, 147. Secondo recente pronuncia, il fatto nuovo è quello ulteriore ed autonomo rispetto a quello già contestato, che vi si aggiunge affiancandolo quale autonomo *thema decidendum*: Cass., Sez. VI, 19 ottobre 2010, P.C., in *Cass. pen.*, 2012, 1072; Id., Sez. VI, 6 novembre 2008, Zecca e altro, in *Mass. Uff.*, n. 242368.

² V. OVI, *Sub Art. 423*, in Bonilini, Confortini, *Comm. C.p.p.*, a cura di A. Gaito, Torino, 2012, p. 2726 e ss.; BLAIOTTA, *Sub. Art. 423* in Lattanzi, Lupo, *C.p.p., rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2003, p. 1001 e ss.; Lattanzi, Lupo, *op. cit.*, Agg. 2003-2007, Milano, 2008, p. 593 ss.; ZIROLDI, *L'udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Torino, 2009, p. 845 ss.; SCAGLIONE, voce *Udienza preliminare*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXXII, Roma, 1994, pag. 1 e segg.; V., in tema, anche: CASSIBBA, *L'Udienza preliminare, struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, XXX, a cura di Uberty, Voena, 2007, Milano, p. 138 ss.

richiesta del p.m. e se l'imputato manifesti il proprio consenso³. Nella fase dibattimentale, invece, l'art. 518 c.p.p.⁴ offre una disciplina più articolata ed organizzata secondo lo schema regola-eccezione. Nel primo comma, infatti, si prevede che, laddove dovesse emergere un fatto nuovo, procedibile di ufficio, non contenuto nel decreto che dispone il giudizio, il p.m. deve procedere nelle forme ordinarie. Tuttavia, nel secondo comma, si consente, ove il p.m. ne faccia richiesta, che il giudice autorizzi la contestazione in udienza a condizione che vi sia il consenso unilaterale dell'imputato e che la contestazione non costituisca un pregiudizio per la speditezza del procedimento.

2. Il potere dell'imputato di condizionare la contestazione del *novum*: aspetti problematici.

La norma prevista per la fase dell'udienza preliminare e quella per il dibattimento presentano evidentemente una struttura simile poiché entrambe, tralasciando le altre condizioni cui viene subordinata la contestabilità del fatto nuovo, conferiscono un ruolo decisivo al consenso unilaterale espresso dall'imputato⁵. Occorre quindi concentrare l'attenzione proprio sul consenso dell'imputato e sulle problematiche allo stesso sottese.

Un primo profilo di criticità riguarda la esatta individuazione delle ipotesi nelle quali si ritiene imprescindibile raccogliere il consenso dell'imputato⁶: la norma parla genericamente di fatto nuovo, ma, nell'art. 517 c.p.p., si disciplina diversamente l'ipotesi in cui quest'ultimo sia connesso a quello già contestato.

³ La norma in esame è stata oggetto di perplessità relativamente alla sua compatibilità con gli artt. 101, co. 2, 112 Cost. La Consulta, tuttavia, ha chiarito che la subordinazione della contestazione del fatto nuovo alla volontà dell'imputato non è in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale poiché l'eventuale mancata prestazione del consenso permette ugualmente al p.m. di contestare il fatto nuovo nelle forme ordinarie, agendo separatamente: in questo senso, v. Corte cost., n. 166 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 1400. Analogamente è stato ritenuto che non vi è contrasto col principio della soggezione del giudice alla legge poiché detta norma opera soltanto nei processi cumulativi (Corte cost., n. 515 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 4081).

⁴ V. SURACI, *Nuove contestazioni*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Spangher, Torino, 2009, p. 441 ss.; SCACCIANOCE, *Sub. art. 518*, in *Comm. C.p.p.*, a cura di A. Gaito, Torino, 2012, p. 3283 ss.

⁵ V., in argomento, anche BRICCHETTI, *Sub. Art. 423 c.p.p.*, in *Cp.p.*, a cura di Tranchina, Canzio, 2012, Milano, p. 3890 ss.; SILVESTRI, *Sub Art. 518*, *ivi*, p. 4801 ss.

⁶ In giurisprudenza si è affermato che non costituisce violazione dell'art. 423 c.p.p. la decisione del giudice di non contestare, in assenza di consenso dell'imputato, la ipotesi dolosa di un reato in luogo di quella colposa non prevista dalla legge (nel caso di specie, omissione di atti d'ufficio ai sensi dell'art. 328, co. 1, c.p.), poiché in tal caso la modifica richiesta comporta l'immutazione del fatto in ragione della sua diversità relativa all'elemento psicologico. In questo senso, v. Cass., Sez. VI, 12 gennaio 2006, imp. P.G. in proc. Scano, in *Mass. Uff.*, n. 234531.

Sebbene la norma appena citata consenta al p.m. di procedere senz'altro alla contestazione del fatto connesso, si deve osservare che, anche in questa ipotesi, il consenso è stato ritenuto necessario laddove l'ulteriore reato, connesso a norma dell'art. 12, co. 1, lett. b), c.p.p., sia già noto al p.m. nel momento di formulazione della richiesta di rinvio a giudizio ovvero, comunque, appaia desumibile dai risultati delle indagini⁷.

Tale orientamento, invero, non appare condivisibile poiché il citato art. 517 non contiene alcun riferimento alla necessità che la contestazione del reato commesso in concorso formale con altro già contestato, ovvero quello commesso "in continuazione" con altro già oggetto dell'atto di imputazione, sia subordinata alla presenza del consenso dell'imputato.

3. La contestazione *in absentia*.

Un'altra problematica è quella relativa alla possibilità che il consenso alla contestazione del fatto nuovo in dibattimento venga prestato anche da un imputato assente o contumace. L'art. 518 c.p.p. fa espresso riferimento all' "imputato presente". Di contro, l'art. 423, co. 2, c.p.p. tace sulla necessità che l'imputato debba essere presente o meno all'atto della contestazione⁸.

Invero, la norma appena citata, nel primo comma dedicato alla disciplina della modifica del fatto già oggetto di imputazione e alla contestazione di una circostanza aggravante, prevede anche la contestazione *in absentia* attraverso il meccanismo della comunicazione al difensore, «*che rappresenta l'imputato ai fini della contestazione*».

Si deve comunque rilevare che la modifica del fatto già contestato o della circostanza aggravante, come si è già rilevato, non deve essere subordinato al consenso dell'imputato, mentre, nell'ipotesi della contestazione del fatto nuovo, la manifestazione di volontà di quest'ultimo è una delle condizioni necessarie. Un indirizzo dottrinale, nonostante il silenzio del codice, si è espresso nel senso di ritenere possibile la contestazione del fatto nuovo anche all'imputato contumace o all'assente: il consenso, in queste ipotesi, potrebbe essere prestato, nel primo caso, da un procuratore speciale o, nel secondo, anche dal difensore che rappresenta *ex lege* l'imputato⁹ "già presente".

⁷ Cfr. Corte D'App. Roma, 17 febbraio 1993, Di Fresco, in *Giur. it.*, 1995, II, p. 314; V., sul punto, PARLATO, *Modifica dell'imputazione e contestazione di fatti già conosciuti in sede di indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1999, 251.

⁸ V., in argomento: GRILLI, *Nuove contestazioni all'imputato contumace nell'udienza preliminare e diritto alla conoscenza dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2007, 4515; LOZZI, *Modifiche cronologiche della contestazione suppletiva e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 655.

⁹ SCACCIAOCE, *cit.*, p. 3285; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 461.

Esiste però un orientamento del tutto opposto a quello appena riportato¹⁰, evidentemente fondato sul rilievo che la manifestazione del consenso alla contestazione di un fatto nuovo è un atto personalissimo, per il quale la legge processuale non prevede la possibilità di fare ricorso ad un procuratore speciale.

Quest'ultima tesi, invero, appare quella più condivisibile non foss'altro perché è senza dubbio più aderente alla lettera della legge. La manifestabilità del consenso per mezzo di un procuratore speciale presupporrebbe che il codice consentisse tale eventualità, così come si desume dalla lettura dell'art. 122, co. 1, c.p.p. Poiché, invero, il legislatore ha taciuto ne consegue che questa facoltà non è delegabile nemmeno per mezzo di procura speciale. Sicuramente più discutibile ed, in linea di massima, più accettabile dal punto di vista della conformità al dato normativo, potrebbe essere la diversa ipotesi della dichiarazione di consenso alla contestazione nuova espressa in forma scritta, debitamente siglata dall'imputato e presentata in udienza dal difensore espressamente "delegato al deposito".

In quest'ultimo caso, residuerebbe il duplice problema di verificare la genuinità del consenso prestato e, a monte, la autenticità della sottoscrizione apposta sulla dichiarazione scritta. Quest'ultimo aspetto non dovrebbe porre rilevanti difficoltà laddove la sottoscrizione sia autenticata da un pubblico ufficiale (non già dal difensore).

4. La verifica in ordine alla effettività del consenso prestato.

Con riferimento alla verificabilità della genuinità del consenso, il problema permane nella identica misura in cui sussiste in tutti gli altri casi nei quali, in luogo dell'imputato, agisca un procuratore speciale: per risolverlo definitivamente, in effetti, l'unica soluzione è rappresentata dalla conferma del consenso, preventivamente espresso per iscritto, dichiarata a viva voce dall'imputato.

La conseguenza della violazione delle restrittive norme che permettono la contestazione suppletiva soltanto ove vi sia il consenso dell'imputato presente è stata lucidamente individuata dalla giurisprudenza di legittimità: nullità della contestazione ai sensi del coordinato disposto degli artt. 518, co. 2 e 522 c.p.p., da eccepirsi entro la scadenza del termine a difesa concesso ex art. 519 c.p.p.; ciò poiché è del tutto arbitrario presumere che la richiesta del termine implichi la tacita accettazione della contestazione ulteriore in assenza di consenso, ovvero renda tardiva l'eccezione di nullità sollevata alla ripresa del dibattimento. Questa conclusione porta a ritenere che il consenso alla nuova

¹⁰ SPANGHER, *La pratica del processo penale*, II, Padova, 2012, p. 300.

contestazione non possa essere presunto¹¹.

¹¹ Così Cass., Sez. III, 6 dicembre 1994, Docimo, in *Mass. Uff.*, n. 201406. In dottrina, v. D'ANDRIA, *Sub Art. 518 c.p.p.*, in *C.p.p., rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi, Lupo, Milano, 2003, p. 315. In giurisprudenza si è affermato che detta nullità non rientra tra quelle assolute ed insanabili ma, attenendo all'esercizio del diritto di difesa, configurerebbe una nullità a regime intermedio, rilevabile entro la deliberazione della sentenza del grado successivo a quello in cui si è verificata. Da ciò discende che essa non potrà dedursi per la prima volta in sede di legittimità, se detto vizio non sia stato denunciato nei motivi di appello. In questo senso, v. Cass., Sez. VI, 26 aprile 1999, Testa, in *Cass. pen.*, 2000, 2373; Id., sez. VI, 14 maggio 1997, Egidi, in *Mass. Uff.*, n. 209753. In dottrina, v. RAFARACI, voce *Nullità (Dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg., Vol. II, Milano, 1998, p. 606.