

ORIENTAMENTI

NICOLETTA MANI

I percorsi della prova nel giudizio abbreviato. Limiti di sistema e adattamenti necessari.

SOMMARIO: 1. La formazione della prova nei riti c.d. speciali: un diritto alternativo delle prove? - 2. Tipologie probatorie nel giudizio abbreviato e limiti di esclusione. - 3. Condizione impossibile o giuridicamente inesistente e “recupero” dei benefici del rito speciale. - 4. Prova contraria, prova nuova, prova decisiva: specificazioni necessarie in un contesto di specialità. - 5. La prova nel rito abbreviato d’appello.

1. La formazione della prova nei riti c.d. speciali: un diritto alternativo delle prove?

Una ricerca finalizzata all’individuazione degli aspetti peculiari – se ve ne sono – dell’*iter* formativo della prova nei riti alternativi (o speciali) ha come necessario presupposto l’analisi dei significati del termine *formazione della prova* e dei principi a cui tale attività, cuore pulsante del processo penale, si trova ad essere saldamente ancorata¹.

L’uso del plurale, peraltro, non è casuale, poiché il termine prova è capace di assumere differenti colorazioni a seconda del sistema sociopolitico in cui è inserita ed al valore riconosciuto al risultato raggiunto. L’ideologia del potere, infatti, ha un effetto condizionante sul tipo di ordinamento giuridico accolto e per conseguenza, sul modello processuale di riferimento². In altri termini, il

¹ In tema di prova e formazione di dati probatori la letteratura è amplissima. Ogni tentativo di citazione completa sarebbe, dunque, fallace. In ogni caso, v. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Foro ambr.*, 2001, 549; APRILE, *La prova penale (artt. 187-271 cod. proc. pen.)*, Milano, 2002; BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli, 1990; CORDEIRO, *Procedura penale*, Milano, 2006; DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003; DOMINIONI, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura penale*, Torino, 2010, 231; GAITO, *La prova penale*, Milano, 2008; ID., *Il procedimento probatorio nell’evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Processo penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 45; ID., *Onere della prova e processo penale. Prospettive di indagine*, in *Giur. pen.*, 1975, III, 517; GREVI, *Prove, Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2010, 293; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell’istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, Torino, 2010, 73; MELCHIONDA, *Prova in generale (diritto processuale penale)*, Milano, 1997, 838; MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992; TONINI, CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012.

² NOBILI, *La teoria delle prove penali e il principio della “difesa sociale”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a cura di Tarello, IV, Bologna 1974, 423 ss., il quale efficacemente rileva che «l’idea di stato, i principi generali del processo, la maniera di intendere la funzione e i poteri del giudice, la teoria del conoscere giudiziale sono infatti gli anelli della stessa catena che trasmettono l’uno all’altro i mutamenti subiti dal primo».

procedimento di formazione della prova avrà una certa configurazione in un contesto processuale di tipo inquisitorio (*rectius*, autoritario), ove la prova è strumento dimostrativo dell'infalibilità del sistema politico. In tale modello, ogni prova è ammissibile allo scopo di permettere al giudice inquisitore di accertare la verità, anche la conoscenza privata e la prova illecita, poiché lo scopo precipuo *deve* essere il risultato da raggiungere (la verità), indipendentemente dal metodo e dalle forme processuali; al giudice sono riconosciuti ampi poteri di ricerca, ammissione, assunzione e valutazione della prova, di talché superflua è la regolamentazione precisa della materia probatoria³.

Una diversa fisionomia del percorso di formazione della prova è invece riscontrabile nei modelli processuali di stampo c.d. accusatorio, di matrice democratica; questi ultimi sono qualificati dall'essere saldamente ancorati alle Carte internazionali dei diritti e alle disposizioni costituzionali che disegnano gli ambiti di quel giusto processo penale all'interno del quale il nostro rito è collocato, in armonia con il contesto europeo nel quale, a sua volta, è inserito⁴. Il contraddittorio è regola generale del sistema e direttamente influente sulla formazione del giudizio. L'obiettivo del processo è raggiunto in seguito ad un'interazione tra soggetti, in rapporto all'esercizio dei poteri e facoltà inerenti alle rispettive situazioni soggettive processuali e orientate al conseguimento della decisione giusta, perché razionalmente giustificata⁵. Individuata la cornice di riferimento, può agevolmente affermarsi che se la prova è il risultato al quale il giudice giunge alla fine della contesa dialettica tra le parti, l'attività di formazione della prova è il percorso attraverso il quale il risultato è raggiungibile. Tale percorso è scandito in tappe ben definite, la cui prima è l'attività di ricerca e di individuazione della fonte di prova, finalizzata all'esercizio dell'azione penale o, in alternativa, alla richiesta di archiviazione

³ L'art. 299 del c.p.p. 1930 imponeva al giudice istruttore l'obbligo di "compiere tutti e soltanto gli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento dell'istruzione appaiono necessari per l'accertamento della verità". V. in proposito AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967. Sui lineamenti del processo inquisitorio v. l'esautiva analisi di GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, 137 ss.; cfr. BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in *La prova penale*, diretto da Gaito, cit., 19 ss.

⁴ Sul confronto fra i diversi sistemi processuali di riferimento v. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 337; ILLUMINATI, *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1991, 1 ss.; PIERRO, voce "Sistema accusatorio e sistema inquisitorio", in *Dig. Pen.*, XIII, Torino, 1997, 320 ss.; sul giusto processo in prospettiva europea v. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, cit., 26 ss.

⁵ BARGI, *Cultura del processo e concezione della prova*, in cit., 46, a cui si rimanda altresì per la completa disamina e correlata bibliografia in tema di influenza dei mutamenti istituzionali, a partire dal diritto comune al codice del 1930, sul modello del processo penale e del sistema delle prove.

del procedimento⁶; a tale attività segue l'ammissione del mezzo di prova, ancorata alle regole fissate negli artt. 189, 190 e 190-*bis* c.p.p.; progressivamente, si giunge alla delicata fase dell'*assunzione* o acquisizione del mezzo in base a precise modalità di svolgimento a seconda della tipologia probatoria, ancorate al principio del contraddittorio la cui violazione «determina l'illiceità della prova e quindi, la sua inefficacia in conseguenza delle sua non conformità al modello, vale a dire per difetto di tipicità processuale»⁷; la valutazione della prova segna la conclusione del percorso, fortemente condizionata dai precedenti atti ammissivi e acquisitivi. Al potere di argomentare sui risultati di prova acquisiti mediante la discussione dibattimentale corrisponde il dovere del giudice di dare contezza, nella motivazione, delle ragioni poste a fondamento della decisione mediante "l'indicazione delle prove poste a base della decisione" e delle "ragioni per le quali il giudice non ritiene attendibili le prove contrarie" (artt. 456, lett. e) e 192 c.p.p.). In un percorso così scandito, è conseguentemente necessario distinguere la fase iniziale, caratterizzata dalla attività di ricerca e individuazione della fonte di prova da parte del pubblico ministero e del difensore⁸, dalla fase strettamente formativa della stessa. Orbene, la fase centrale della assunzione del mezzo di prova si distingue da quella appena citata poiché poggia sul pilastro indefettibile rappresentato dal contraddittorio nella sua formazione, unico modo per la costituzione dei dati cognitivi utili alla decisione giusta. Le coordinate del contraddittorio, infatti, sono caratterizzate dall'essere non un «dialogo a due, ma piuttosto un confronto a tre: parti e giudice»⁹. Il contraddittorio, quindi, è il metodo di conoscenza,

⁶ Tale fase è altresì definita di *acquisizione* in senso lato della prova, come precisato nella *Relazione al progetto definitivo del c.p.p. 1988*: «al termine si riferisce non soltanto alle prove assunte nel corso del dibattimento, ma anche a quelle raccolte nelle fasi precedenti», cfr. TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 46.

⁷ COSÌ BARGI, *Le prove e le decisioni*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2013, 242, che specifica: «diverso è il caso di illegittimità dell'acquisizione, cui fa riferimento l'art. 191 che attiene, invece, alla violazione dei divieti di ammissibilità di cui si è già parlato innanzi, e cioè a quelli inerenti al tema di prova (come ad esempio gli artt. 220, co. 2, 234, co. 3 c.p.p.) o relativi al mezzo di prova o di ricerca della prova (ad esempio gli artt. 195, co. 3, 197, 266 c.p.p.)».

⁸ L'ordinamento italiano è giunto con netto ritardo ad una regolamentazione organica delle investigazioni difensive (l. 7 dicembre 2000, n. 397), da intendere come diritto al controllo sulla legalità delle indagini svolte da organi ufficiali interni (art. 13 Cedu), in applicazione degli artt. 6 Cedu e 111 Cost. Sul tema v. ANTINUCCI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 321 e ss.; APRILE, SILVESTRI, *La formazione della prova penale: dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "Giusto Processo"*, Milano, 2002, 53; BRICCHETTI, RANDAZZO, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 44; SAPONARO, *La ricerca della prova nelle indagini difensive*, cit., 175 e ss.; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 45; VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 133;

⁹ DE CARO, *La valutazione della prova*, in *Il procedimento probatorio nel processo penale*, a cura di Maffeo, Napoli, 2006, 69 ss.

unico e insostituibile nella attività di formazione della prova: ogni deviazione da tale metodo costituisce una soluzione in deroga tollerata nell'ordinamento per garantire la tenuta del sistema in situazioni processuali peculiari, in cui le parti scelgono metodi di conoscenza parzialmente alternativi.

Il riferimento è ai c.d. riti alternativi al dibattimento (o procedimenti speciali), disciplinati nel Libro VI del codice di rito e intesi come deviazioni procedurali la cui forma è ritenuta più idonea per il raggiungimento dello scopo processuale, attraverso un "contemperamento di esigenze di certezza e di giustizia"¹⁰. I riti alternativi perseguono dunque lo scopo del processo penale attraverso un *iter* diversificato rispetto al giudizio ordinario, essendo originati dalla diversità delle situazioni processuali - natura dei reati, esemplarità della risposta punitiva, semplicità dell'accertamento, esigenze di economia processuale, complessità dei fenomeni criminali - e si pongono in rapporto con il giudizio ordinario principalmente sulla base del principio di elasticità della forma ordinaria da un lato e, per converso, del principio di impermeabilità della forma speciale, intesa nel senso che le forme derogatorie originano direttamente dalle diverse situazioni di fatto previste dalla legge, secondo la costruzione generale caratterizzante il modello processuale ordinario¹¹.

Nell'ambito di un processo penale di stampo accusatorio, il potere dispositivo delle parti riveste un ruolo preponderante e ha fortemente influenzato la struttura e la concezione dei procedimenti speciali. Nello specifico, con maggiore evidenza rispetto agli altri, il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti rappresentano il simbolo di quella "giustizia penale negoziata" che ha costituito un elemento distintivo del nuovo codice Vassalli. In altre parole, la possibilità che l'imputato scelga la propria strategia difensiva - che può peraltro consistere in un ragionamento utilitaristico fatto di pesi e contrappesi - può comportare la consapevole rinuncia a garanzie difensive e probatorie proprie del giudizio ordinario. Tale sacrificio, naturalmente, ha come effetto utile l'accesso ad un certo numero di benefici processuali tra i quali la riduzione di pena fino a un terzo nel rito abbreviato, l'inappellabilità della sentenza nell'applicazione della pena su richiesta delle parti, la trattazione in camera di consiglio; un sacrificio - in termini processuali - che trova una sicura copertura costituzionale nella lettera dell'art. 111, co. 5, Cost., il quale prevede

¹⁰ L'espressione è di SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale*, Torino, 1956, 27.

¹¹ Sul punto v. BARGI, *Caratteristiche dei procedimenti speciali nel processo penale*, in *La giustizia penale differenziata*, diretto da Gaito, Spangher, Torino, 2010, 40 ss.

che il principio del contraddittorio nella formazione della prova può trovare una deroga nel consenso dello stesso imputato.¹²

Ciò detto, ci si chiede: il metodo differenziale rispetto al modello di formazione della prova nei procedimenti speciali – ognuno nella sua specificità – può essere considerato un corpo alternativo del diritto delle prove? È corretto analizzare i procedimenti formativi della prova nei diversi riti alternativi utilizzando gli stessi strumenti-principi che reggono il corpo del diritto delle prove nel giudizio ordinario? Certo è che, una volta fissata la regola nell'insieme, il sistema è in grado di riconoscere l'eccezione nella parte in cui disciplina delle possibilità di conoscenza in deroga alla attività di formazione classica attraverso i seguenti percorsi: per consenso; per provata condotta illecita; per accertata impossibilità di natura oggettiva (art. 111, co. 5, Cost.). È bene precisare, tuttavia, che la deroga interessa l'attività di formazione oggetto del contraddittorio, giammai il principio: diversamente interpretando la natura peculiare della formazione della prova nei riti alternativi, si giungerebbe ad affermare che il principio del contraddittorio è disponibile e dunque rinunciabile, fino ad arrivare ad un intollerabile e consapevole abbandono del cittadino da parte dello Stato, il quale si troverebbe a svendere una delle garanzie primarie di uno Stato democratico per trenta denari¹³.

Vero è che nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta delle parti una contrattazione è pur individuabile, i cui termini sono l'economia processuale e la premialità; tuttavia, se nel giudizio abbreviato – come ampiamente vedremo nel prosieguo della trattazione – di vera e propria negoziazione non è possibile parlare, nel secondo rito alternativo citato ci si trova di fronte ad un reale accordo sulla pena da applicare. È il consenso, però, che legittima la formazione diversificata della prova (art. 111, co. 2 e co. 5, Cost.), non essendovi spazio per integrazioni, di parte o d'ufficio, poiché l'accordo è mirato all'ottenimento di una sentenza, non di un diverso giudizio¹⁴. Con tali coordinate, è difficile discutere di formazione della prova nel c.d. patteggiamento, anche perché il giudice mai potrà rigettare la proposta di condanna, non essendo tenuto a formarsi un convincimento in positivo ma in negativo, attraverso la verifica dell'assenza delle condizioni legittimanti una pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* Tale limite si riflette sia sulla garanzia della fun-

¹² Cfr. MONTAGNA, *Profili soggettivi, oggettivi e temporali dei procedimenti speciali*, in *La giustizia penale differenziata*, cit., 84 ss. In giurisprudenza v. Corte cost., n. 184 del 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2060 ss., con nota di UBERTIS.

¹³ Cfr. RUGGIERO, *La prova nei riti alternativi*, cit., 738; v. anche CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 450.

¹⁴ RUGGIERO, *La prova nei riti alternativi*, cit., 756 ss.

zione (art. 101, co. 2 e 111, co. 1, 2 e 6 Cost.) sia, soprattutto, sulla formazione della prova, potendo il giudice pronunciare una sentenza di condanna fondata su una non prova, visto che attività di formazione in senso stretto non ve ne è stata¹⁵. Tanto basta a distinguere l'applicazione della pena su richiesta dal rito abbreviato rispetto all'ottenimento del quale, peraltro, esiste un vero e proprio diritto da parte dell'imputato¹⁶: non così il patteggiamento, in cui necessaria è altresì la volontà del non proponente - il pubblico ministero - nonché, inutile ribadirlo, la valutazione di conformità dell'accordo da parte del giudicante. A differenza del giudizio abbreviato, dunque, in cui l'opzione scatta dopo l'esercizio dell'azione, con il patteggiamento l'imputato può proporre la fine immediata del procedimento attraverso l'accettazione della pena: un *iter* formativo di una valida prova è, così, totalmente privo di importanza.

Con riferimento ai profili differenziali della prova nei riti acceleratori del dibattimento, è utile capire - brevemente - se l'attività investigativa "evidente" possa influenzare o meno la formazione della prova futura. Nel giudizio immediato e nel giudizio direttissimo, infatti, è percepibile l'assenza di contraddittorio nella valutazione della completezza e della idoneità degli atti ai fini dell'esercizio dell'azione, trattandosi di giudizi fondati su un'evidenza apparente, in quanto soggettiva e non confutabile: la compensazione delle garanzie attraverso il dibattimento, in verità, lascia dubbi in ordine alla legittimità dell'esclusione dal percorso probatorio della fase del controllo sull'azione, momento indispensabile per la c.d. stabilizzazione dell'accusa¹⁷.

Analizzando - in conclusione - il procedimento per decreto, quest'ultimo appare espressione - ancora una volta - del negoziato tra premialità ed esigenze di economia processuale. In tale rito ibrido, però, a differenza dell'applicazione della pena, all'accordo principale se ne affianca uno ulterio-

¹⁵ In giurisprudenza sia sufficiente il riferimento a Cass., Sez. un., 25 marzo 1998, Giangrasso, in *Mass. Uff.*, 210872; di recente, nel senso del riconoscimento in capo al giudice del patteggiamento di un'attività accertativa del fatto lesivo, con riflessi in sede civile, v. Cass., Sez. Lav., 19 novembre 2007, *ivz*, n. 600265; Id., Sez. III, 11 maggio 2007, C.F. c. I.N.P.S., *ivz*, n. 596445.

¹⁶ In ordine al rito non condizionato, v. *ex multis* Cass., Sez. I, 7 ottobre 2004, Riccardi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 200; Id., Sez. I, 15 giugno 2004, D'Amato, in *Cass. pen.*, 2005, 3021; con riferimento al rito condizionato ad integrazione probatoria v. Id., Sez. un., 27 ottobre 2004, Wajjib, in *Guida dir.*, 2004, 49, 78; Id., Sez. IV, 5 giugno 2007, Carella e altri, in *Mass. Uff.*, 237694; Id., Sez. IV, 8 marzo 2007, Toma, in *Cass. Pen.*, 2008, 2970.

¹⁷ Su cui Corte cost., n. 88 del 1994, Botteselle e altri, in *Giust. pen.*, 1994, I, 161 nota di BERTONI; Id., 14 marzo 1995, n. 131, Buggè e altri, in *Mass. Uff.*, n. 21330; Per approfondimenti in tema di prova nei riti acceleratori, immediati e direttissimo, non opportuni in questa sede, v. GAITO, *Il giudizio direttissimo e il giudizio immediato*, in *I giudizi semplificati*, Padova, 1989, 196; MARZO, *Giudizio immediato*, in *La giustizia penale differenziata, I procedimenti speciali*, coordinato da Giunchedi, Torino, 2010, 805; MERCURI, *L'evidenza della prova nel giudizio immediato*, in *Giur. it.*, 1994, 751; SIRACUSANO, *Giudizio immediato*, in *Dig. Pen.*, a cura di Gaito, Torino, 2010, 399.

re, avente ad oggetto la formazione della prova per consenso alla utilizzabilità di atti che, *ab origine*, sono destinati solo per l'azione: il p.m. fa richiesta al giudice per le indagini preliminari di emissione del decreto penale (art. 459, co.1, c.p.p.) e l'interessato non si oppone *ex art.* 461, co. 5 alla soluzione monitoria. Anche in questo caso, dunque, il giudice si limita a verificare la non sussistenza della prova positiva dell'innocenza o della prova negativa della colpevolezza (art. 129 c.p.p.), in una situazione di evidenza parziale¹⁸. *De iure condendo*, forse, si potrebbero sciogliere i dubbi di legittimità costituzionale sollevati già da tempo in ordine a tale rito¹⁹, o concedendo al giudice per le indagini preliminari il potere di valutare la completezza e l'evidenza, in coerenza – peraltro – con l'introduzione del giudizio immediato tipico oppure, nell'ipotesi di consenso negato, aprendo le porte all'udienza preliminare per permettere un giudizio garantito sull'azione. Anche se lo sbilanciamento, in verità, si affievolisce per effetto del consenso dato con la scelta di un rito premiale in sede di opposizione, nella specie il giudizio abbreviato o l'applicazione della pena (art. 461, co. 3, c.p.p.).

2. Tipologie probatorie nel giudizio abbreviato e limiti di esclusione.

Così analizzate, per sommi capi, le diversità riscontrabili nel procedimento formativo della prova in seno ai riti alternativi, è necessario focalizzare l'attenzione sul rito che in questa sede si è scelto di approfondire, il giudizio abbreviato. Quest'ultimo, unitamente all'applicazione della pena su accordo delle parti, era stato introdotto nel codice del 1988 al fine di assicurare il funzionamento del sistema di garanzie offerto dal processo accusatorio. La valorizzazione della fase dibattimentale, quale sede esclusiva per la formazione della prova, rendeva necessaria la previsione di percorsi "alternativi" di definizione del procedimento, in cui l'imputato raggiungeva un accordo preventivo con l'organo di accusa, sulla pena da applicare o sulla rinuncia alla formazione della prova in contraddittorio. Dopo svariati interventi della Corte costituzionale, il legislatore del 1999 (l. 16 dicembre 1999, n. 479), modificava integralmente l'istituto, introducendo una "nuova" forma di giudizio abbreviato che consentiva al giudice, da un lato, di integrare la prova d'ufficio, superando così lo sbarramento della "decidibilità allo stato degli atti", una volta eliminata

¹⁸ In tema, *ex multis* BOCCHINI, *Condanna per decreto*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, I, Torino, 2010, 561; BONSIGNORI, *Procedimento per decreto*, in *Dig. Pen.*, X, Torino, 1995, 111; BRICCHETTI, *La Consulta ribadisce la compatibilità con i nuovi principi costituzionali*, in *Guida dir.*, 2003, 9, 74; CAPITTA, *Patteggiamento e decreto penale di condanna*, in *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio, Galantini, Milano, 2000, 143;

¹⁹ Corte cost., n. 323 del 2007.

la necessità del consenso del p.m.; dall'altro, all'imputato di condizionare la scelta del rito alternativo all'ammissione di una integrazione probatoria necessaria alla decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del rito²⁰.

Ad un'attenta analisi, il procedimento speciale in esame spicca – fra gli altri – come il più sovrapponibile a quello ordinario: è riscontrabile una certa identità nel percorso per l'azione e per la decisione, posto che la fase delle indagini e l'attività processuale che ruota intorno alla decisione (integrazione probatoria, sentenza e controllo nei gradi successivi) sono tendenzialmente speculari a quelle del rito ordinario, tanto da poter parlare di una modalità “semplificata” di svolgimento del dibattimento²¹. Tuttavia, occorre riconoscere che il diritto alla prova è stato calibrato dal legislatore in maniera parzialmente differente rispetto al giudizio ordinario e che tale aspetto di diversità è stato delineato, progressivamente, anche dalla giurisprudenza. Da un lato, è stato puntualizzato l'aspetto relativo alle limitazioni poste alla richiesta dell'imputato di assumere nuove prove nell'abbreviato condizionato: le ulteriori prove si devono configurare come integrative e non sostitutive del materiale già acquisito e utilizzabile come base cognitiva²²; dall'altro, si è riconosciuta l'utilizzabilità della documentazione delle indagini difensive ammessa prima del giudizio abbreviato: in tale ambito, si è rilevato come gli atti di investigazione difensiva acquistino valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare, alla pari con quelli dell'indagine del pubblico ministero e quindi con rinuncia generalizzata al contraddittorio per la formazione della prova. Di conseguenza, l'utilizzabilità anche degli atti di investigazione difensiva deriva dal consenso-rinuncia del solo imputato, implicito nella richiesta di giudizio abbreviato, e non può ritenersi lesiva del

²⁰ Cfr. GUALAZZI, *Il giudizio abbreviato*, in cit., 724. La legge Carotti, per un verso, ha riconosciuto una forma attenuata di diritto alla prova prevedendo che l'imputato potesse condizionare il rito abbreviato ad una integrazione probatoria; per un altro verso, ha eliminato l'angusto requisito della “decidibilità allo stato degli atti” ed ha introdotto un potere di iniziativa probatoria riservato al giudice (art. 445, co. 1). Poiché il giudizio nel rito abbreviato non era più “contratto” – e cioè sostanzialmente limitato al panorama probatorio disponibile all'esito delle indagini – è stata eliminata la necessità del consenso del pubblico ministero: in tal modo il vincolo pattizio è venuto meno.

²¹ Sul punto v. TONINI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 6, 649. L'identità fra i due riti è stata altresì evidenziata dalla Corte costituzionale la quale ha prospettato la “vicinanza” tra i due riti quando, nell'ambito di una verifica alla luce del principio di economia processuale, ha precisato che “il nuovo giudizio abbreviato va posto a raffronto con l'ordinario giudizio dibattimentale”, Corte cost., n. 115 del 2001.

²² «La doverosità dell'ammissione della richiesta integrazione probatoria ne riflette il connotato di indispensabilità ai fini della decisione e trova il suo limite nella circostanza che un qualsiasi aspetto di rilievo della regiudicanda non rimanga privo di solido e decisivo supporto logico-valutativo», così Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Wajib, cit., 78.

principio di parità delle parti, il quale, oltre tutto, per consolidata giurisprudenza del giudice delle leggi, non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato²³.

Il percorso della prova nel rito *de quo*, in ogni caso, necessita di una chiave di lettura differente, considerate le due modalità di integrazione del contenuto probatorio stesso: *ab initio*, su istanza di parte (attraverso la richiesta condizionata, ex art. 438, co. 5) o a giudizio già attivato, su iniziativa del giudice (art. 441, co. 5), tralasciando l'analisi del rito c.d. "secco", in cui l'imputato chiede di essere giudicato "allo stato degli atti", senza l'espletamento di attività istruttoria ulteriore rispetto a quella contenuta nel fascicolo delle indagini. Con riferimento alla integrazione su richiesta di parte, è evidente una prima differenza in punto di giudizio di ammissibilità rispetto alla regola medesima in sede dibattimentale ordinaria: la prova integrativa sarà ammessa se considerata "necessaria ai fini della decisione"²⁴ e compatibile con le "finalità di economia processuale" proprie del rito abbreviato, tenuto conto "degli atti già acquisiti ed utilizzabili". Nel giudizio ordinario, invece, il giudice procede all'ammissione delle prove seguendo i criteri indicati negli artt. 190 e 190-*bis*, e cioè semplicemente escludendo le prove vietate dalla legge e quelle manifestamente irrilevanti o superflue. In buona sostanza, ex art. 190, co. 1, c.p.p., l'accettazione della prova è collegata, quale principio generale, alla sua attinenza e pertinenza rispetto all'accusa, non già all'effetto che essa potrà avere in relazione alla sentenza che si emerterà²⁵. Come si vede, i criteri che governano la discrezionalità del giudice in ordine ai poteri di ammissione sono ben differenti: nel giudizio abbreviato la valutazione in ordine alla compatibilità con le finalità di economia processuale è discrezionale, in quanto non ancora-

²³ Corte cost., n. 184 del 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 99; cfr. anche Id., n. 117 del 2001, in *Cass. pen.*, 2011, 2958. Tali decisioni, peraltro, hanno suscitato un vivace dibattito in dottrina, v. in proposito UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 2072 ss.; LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2009, 2039; SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, *ivi*, 2039; GREVI, *Basta il solo consenso dell'imputato per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671. Per una disamina approfondita sul tema v. GUALTIERI, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 6, 50.

²⁴ Al fine di consentire al giudice di valutare la sussistenza del requisito di "necessità" della integrazione richiesta, «l'imputato deve indicare con esattezza i fatti che intende provare, l'oggetto della prova e il mezzo con il quale intende provarli, provvedendo a fornire al giudice tutti gli elementi necessari ad individuare il soggetto, in caso di prova dichiarativa, o il luogo, in caso di ispezione di luoghi, ovvero l'ente presso cui deve avvenire l'acquisizione di documentazione», così GUALAZZI, *Giudizio abbreviato*, in *Dig. Pen.*, V Agg., Torino, 2010, 351.

²⁵ Al contrario, la scelta di finalizzare l'ammissione dell'integrazione probatoria alla decisione del giudizio abbreviato appare una condizione del tutto illegittima, perché importa a carico del giudice una preventiva ed incidentale penetrazione del merito delle risultanze processuali.

ta a oggettivi riferimenti o indicazioni normative²⁶ e il criterio della necessità ai fini della decisione riduce sensibilmente la soglia di ingresso, essendo ulteriore rispetto alla semplice valutazione in punto di legalità della prova e non manifesta superfluità e irrilevanza. La conseguenza potrà essere uno sbilanciamento a seconda della interpretazione del limite da parte del singolo giudicante o a seconda del peso che egli attribuisca alla “merce di scambio”²⁷. Per completezza, si segnala che in caso di richiesta dell'imputato, la giurisprudenza ritiene – avallata dalla dottrina – che quest'ultima non sia vincolata a mezzi di prova tipici, potendo consistere anche in un'istanza di prove atipiche, nel rispetto dei presupposti di cui all'art. 189 c.p.p.²⁸, nonché di mezzi di ricerca della prova²⁹, in ciò assimilandosi all'ordinario giudizio dibattimentale.

Per contro, allorché la prova abbia ingresso su iniziativa del giudice, osserviamo che accade il fenomeno opposto: la soglia di ingresso è ampliata, posto che ai sensi dell'art. 441, co. 5, c.p.p. il giudice assume anche d'ufficio gli elementi “necessari” per la decisione, qualora ritenga di non poter decidere allo stato degli atti, senza peraltro dover valutare una qualche compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del rito speciale³⁰. Nel giudizio ordinario, invece, il criterio cui è ancorata la possibilità di ingresso di poteri officiosi del giudice in punto di prova è quello della “assoluta” necessità (art. 507 c.p.p.), in cui l'aggettivo che accompagna “necessità” rappresenta – o dovrebbe rappresentare – un restringimento delle ipotesi di ingresso della prova. Viene, dunque, richiesta al giudice – nel rito abbreviato – una “corretta” gestione di tale potere il quale, costituendo un'eccezione al principio dispositivo della prova in capo alle parti, deve essere esercitato come *extrema ratio* e mai in funzione di mera supplenza rispetto all'iniziativa delle parti; è necessario,

²⁶ L'unico dato utile, in proposito, proviene da una pronuncia della Corte costituzionale che ha precisato come la compatibilità dell'integrazione probatoria richiesta dall'imputato debba essere valutata con riferimento al dispiego di tempo che richiederebbe il giudizio dibattimentale, e non invece a quello di un giudizio “allo stato degli atti”. Detta valutazione, dunque, dovrà calibrarsi a seconda della complessità del fatto-reato su cui verte il giudizio e sulla base dell'estensione dell'oggetto della prova. V. Corte cost., n. 115 del 2001, cit., 2603.

²⁷ Sul punto v. Cass., Sez. un., 18 novembre 2004, Wajib, in *Guida dir.*, 2004, 49, 81.

²⁸ POTETTI, *Mutazioni del giudizio abbreviato, In particolare il giudizio abbreviato condizionato*, in *Cass. pen.*, 2001, 335.

²⁹ Come, ad esempio, le ispezioni di luoghi. In questi termini NEGRI, *Il “nuovo” giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 478.

³⁰ La Corte costituzionale ha osservato in proposito come, anche quando il giudice debba disporre una integrazione probatoria lunga e complessa, ex art. 441, co. 5, che risulti necessaria al raggiungimento di una decisione nel merito, il giudizio abbreviato si traduce sempre e comunque in una considerevole economia processuale rispetto all'assunzione della prova in dibattimento: Corte cost., n. 115 del 2001, cit., 917.

inoltre, un atteggiamento di neutralità rispetto alle stesse, dovendo accogliere, secondo le proprie valutazioni, le sollecitazioni provenienti da ognuna di esse, evitando di perseguire proprie ipotesi accusatorie autonome³¹.

Un limite importante in ordine ai contenuti dell'integrazione attiene la capacità probatoria, in termini astratti, del mezzo. Con riferimento a tale ultimo aspetto, la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata in diverse occasioni in tema di intercettazioni telefoniche, nel caso di richiesta di rito abbreviato condizionato all'espletamento di perizia per la trascrizione di conversazioni oggetto di captazione *ex artt.* 266 e ss. c.p.p. La Corte di legittimità ha disegnato i limiti di esclusione della prova nel rito abbreviato asserendo, in argomento, che l'attività di trascrizione di intercettazioni telefoniche in atti si sostanzia in una mera operazione materiale tesa alla trasformazione in maniera intelligibile di tracce foniche che rappresentano esclusiva fonte di prova; così, non può parlarsi di vera e propria attività di "integrazione probatoria" ben potendo la parte far eseguire la trasposizione su nastro magnetico secondo il disposto dell'art. 268, co. 8, c.p.p.³². Gli argomenti in base ai quali la giurisprudenza ritiene che l'attività di trascrizione di conversazioni intercettate non abbia valore probatorio, peraltro, si limitano alla reiterata definizione di tale attività quale "meramente materiale", senza ulteriori approfondimenti, di talché ci basti sapere - tautologicamente - che non è possibile subordinare la richiesta di rito speciale all'esecuzione della trascrizione, dato che quest'ultima non costituisce attività probatoria e dunque non può essere né necessaria né compatibile con la finalità di economia processuale proprie del rito³³. Peraltro, molte delle pronunce citate recepiscono i contenuti della pronuncia a Sezioni unite *Wajib*³⁴ la quale, tuttavia, ha precisato anche che il requisito della necessità deve apparire «indispensabile ai fini di un solido e decisivo supporto logico e valutativo della deliberazione in merito ad un qualsiasi aspetto della regiudicanda» il che, ad attenta lettura, pone seri dubbi in ordine alla legittimità della esclusione del rito speciale da parte della giurisprudenza nei casi più sopra citati, considerata la natura potenzialmente liberatoria della traccia fonica rispetto al contenuto dei brogliacci.

Vero è che il rito abbreviato presuppone la necessità di un'integrazione pro-

³¹ MANGIARACINA, *I limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2005, 706; v. anche ZACCHE, *Il giudizio abbreviato*, Milano 2004, 101.

³² *Ex multis* e da ultimo Cass., Sez. II, 13 febbraio 2014, Bruno e altri, inedita; negli stessi termini Id., Sez. I, 6 maggio 2008, Sapone, in *Mass. Uff.*, n. 241232; Id., Sez. VI, 20 ottobre 2003, Franzese, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 248.

³³ Cfr. Cass., Sez. II, 13 maggio 2014, Bruno, cit., 62 e ss. della motivazione.

³⁴ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, *Wajib*, in *Guida dir.*, cit., 78.

batoria, non potendosi tollerare richieste pretestuose di accesso al rito finalizzate unicamente all'ottenimento dei benefici in termini di pena. Vero è altresì che la «valutazione della “necessità” della integrazione probatoria nel rito abbreviato, ora, non è condizionata alla sua “complessità” o alla “lunghezza” dei tempi di accertamento probatorio, e non si identifica con la assoluta impossibilità di decidere o con l'incertezza della prova, ma presuppone, da un lato, l'incompletezza di un'informazione probatoria in atti, dall'altro lato, una prognosi di positivo completamento del materiale a disposizione per il tramite dell'attività integrativa»³⁵. Vero è, infine, che seppur il giudice non sia tenuto – come è fuor di dubbio – a consentire, sempre e in ogni caso, l'accesso al rito speciale, è sicuramente obbligato ad indicare esaurientemente le ragioni del diniego, non potendo limitarsi alla obiezione circa la complessità dell'approfondimento probatorio richiesto o circa la natura materiale – *sic et simpliciter* – dell'attività trascrittiva. Peraltro, è necessario tenere a mente che la valutazione giudiziale circa l'ammissibilità del rito in punto di compatibilità con le esigenze di economia processuale deve avere ad oggetto un raffronto con l'ordinario giudizio dibattimentale e non con il rito abbreviato allo stato degli atti previsto dalla disciplina previgente, né tanto meno con il rito “secco” accompagnato da un'integrazione *ex officio* connotata dalla mera eventualità³⁶. Ciò significa che il giudice sarà chiamato, nel momento in cui deve valutare se l'espletamento dell'integrazione probatoria richiesta sia rispettosa o meno del canone della economia processuale di cui al co. 5 dell'art. 438 c.p.p., a compiere una stima della durata che avrebbe un eventuale processo ordinario, considerando se lo svolgimento del processo con rito abbreviato, seppur con l'espletamento della attività di integrazione istruttoria richiesta, possa in qualche modo garantire al procedimento quella economia richiesta per l'accesso al rito speciale.

Così analizzati i criteri che presiedono all'ingresso – o ammissione – della prova nel rito speciale, occorrerà verificare infine a quali norme di fase soggiace l'assunzione della prova nel giudizio abbreviato e quali disposizioni, al contrario, debbono ritenersi non applicabili. La disciplina procedurale applicabile al rito *de quo* richiama, in termini generali, le disposizioni dettate per l'udienza preliminare, escludendo espressamente l'applicabilità degli artt. 422 e 423, stante la previsione di una disciplina specifica per il rito speciale dalle disposizioni di cui al co. 5, art. 441 e ai co. 1 e 5, art. 441-*bis*. Devono ritenersi dunque applicabili le disposizioni concernenti le modalità di assunzione

³⁵ Così Cass., Sez. I, 11 febbraio 2010, Visentin, in *Mass. Uff.*, n. 246330.

³⁶ Tale esigenza è stata rappresentata anche dalla Corte cost., n. 115 del 2001, cit.

delle prove previste per l'udienza preliminare, atteso il rinvio ai co. 2, 3 e 4 dell'art. 422, operato dal co. 6, art. 441. L'imputato, inoltre, può chiedere, anche al momento di presentazione della domanda di giudizio semplificato, e comunque prima dell'inizio della discussione, di essere sottoposto ad interrogatorio, senza condizionare la propria richiesta a tale strumento di autodifesa e senza che il giudice possa compiere sulla stessa un vaglio di ammissibilità in termini di pertinenza e rilevanza ai fini della prova³⁷.

3. Condizione impossibile o giuridicamente inesistente e "recupero" dei benefici del rito speciale.

Argomento di discussione ulteriore, nell'ambito di uno studio sulle estensioni e i limiti della prova *lato sensu* intesa nel rito abbreviato, è costituito da tutti quei casi in cui la condizione posta a fondamento della richiesta sia *ab origine* "inutile" o "errata" - diversamente dalla condizione impossibile - limitatamente alle ipotesi, tuttavia, in cui l'impossibilità sia sopravvenuta all'atto della richiesta. Nell'ipotesi di giudizio abbreviato condizionato ad una integrazione istruttoria, infatti, la giurisprudenza di legittimità ha già risolto in senso negativo la questione relativa alla possibilità di revoca dell'ordinanza di ammissione al rito nel caso in cui la condizione non sia successivamente realizzabile per circostanze imprevedibili e sopraggiunte, e l'imputato non reiteri la richiesta di rito abbreviato né chieda il rito ordinario³⁸.

Qualora ci si trovi dinanzi ad una condizione *ad origine* impossibile, invece, *quid iuris?* È necessario specificare che deve intendersi tale la condizione giuridicamente "inesistente", ovvero sia quella condizione che non è escluso possa ritenersi come non apposta, dunque *tamquam non esset*.

Il problema, nello specifico, investe l'aspetto relativo al mantenimento - o recupero - successivo dei benefici del rito abbreviato il quale, valutata la condizione come giuridicamente inesistente da parte del giudice, potrebbe essere qualificato o meno come rito semplice, conservando gli effetti premiali connessi alla richiesta dell'imputato. La giurisprudenza, peraltro, solo di recente ha affrontato specificamente la questione predetta, lasciando una scia di per-

³⁷ Cass., Sez. V, 10 marzo 2004, L.P., in *Riv. pen.*, 2004, 840; Id., Sez. VI, 7 novembre 2001, Agosta, in *Cass. pen.*, 2003, 1594. In ordine alle modalità con cui procedere all'interrogatorio dell'imputato nell'ambito del giudizio abbreviato, la dottrina appare unanime nell'affermare l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 498 e 499 - come richiamate dal co. 4, art. 422 - in quanto ritenute funzionali all'evenienza di cui all'art. 514 e, quindi, applicabili solo in una prospettiva dibattimentale. V. LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 1996, 765; NEGRI, *Il nuovo giudizio abbreviato*, cit., 604; MONTAGNA, *Giudizio abbreviato*, in *Dig. Pen.*, II, Agg., Torino, 2004, 333; COSTANTINI, *Il giudizio abbreviato*, in *Giur. sist. Chiavario-Marzaduri*, Torino, 2006, 174.

³⁸ Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, in *Mass. Uff.*, n. 253212.

plexità in ordine ai potenziali riflessi sulla tenuta complessiva del sistema. Ancora una volta, il quesito si è posto in tema di richiesta di rito abbreviato condizionato alla trascrizione delle intercettazioni telefoniche nelle forme della perizia (considerata, come più sopra spiegato, attività meramente materiale e dunque non utile dal punto di vista probatorio): in proposito, la S.C. ha affermato che la condizione non può essere considerata come non apposta, non rientrando fra i poteri del giudice quelli di “trasformare” la richiesta di rito condizionato in richiesta di rito allo stato degli atti³⁹. Secondo tale impostazione, dunque, il giudice deve rigettare l’istanza di accesso al rito in quanto «mai un giudice può autoritativamente imporre di procedere al giudizio abbreviato secco o semplice»⁴⁰ spettando al solo imputato la scelta di rinunciare all’acquisizione delle prove nel contraddittorio delle parti e conseguentemente, al processo equo, dovendo emergere inoltre tale scelta come non equivoca e «accompagnata da un minimo di garanzie corrispondenti alla sua importanza»⁴¹. Inoltre, il caso della condizione inutile o errata è posta a confronto con l’ipotesi in cui la condizione divenga impossibile per circostanze imprevedibili e sopraggiunte: la differenza, in quest’ultima eventualità, consisterebbe – secondo i giudici di legittimità – nel vincolo di subordinazione utilmente assolto con l’instaurazione del rito e con l’ammissione della prova sollecitata dall’imputato, diversamente dal caso della condizione *ab origine* impossibile, in cui il rito non è instaurato fin dal principio.

Tale ultima costruzione, in verità, potrebbe essere in astratto condivisa anche se, ad uno sguardo attento, non reggerebbe il confronto con il principio cardine che governa dalle fondamenta la normativa in tema di giudizio abbreviato: la volontà dell’imputato di essere giudicato con il rito semplificato. Orbene, il fatto che la condizione sia considerata dal giudice come impossibile dal principio, in quanto priva di contenuto probatorio, vale ad escludere la condizione, ma giammai la volontà manifestata dall’imputato in ordine al rito speciale, che emerge *ex se* come inequivoca e capace di includere lo svolgimento del rito allo stato degli atti, quanto meno per identità del risultato. Partendo da questo punto, si può notare come nell’ambito di una richiesta condizionata (in cui la condizione sia valida ed efficace), la richiesta e la condizione possono dirsi legate da un vincolo inscindibile per cui nel caso in cui l’integrazione probatoria venga rigettata, la richiesta di rito abbreviato sarà

³⁹ Cass., Sez. II, 13 febbraio 2014, Bruno e altri, cit.

⁴⁰ Cfr. motivazioni Cass. Bruno, 72.

⁴¹ La Corte, nella sentenza in esame, cita diverse pronunce della Corte di Strasburgo, di talché si rimanda alla lettura della motivazione per ogni approfondimento. *Ex multis*, v. Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 1993, Poitrimol c. Francia, in www.echr.coe.int.

considerata *tamquam non esset*. E ciò sulla base del fatto che di fronte ad una richiesta fondata su una condizione giuridicamente esistente e possibile (una prova dichiarativa, una prova documentale), sarebbe abnorme il provvedimento del giudice che ammettesse il rito speciale senza assumere la prova richiesta dall'imputato, ponendo alla base della sua decisione unicamente il fascicolo del pubblico ministero e le relative prove *ivi* contenute, senza il consenso dell'imputato.

Non così nel caso di condizione impossibile a monte: in tale ultima ipotesi, non esistendo giuridicamente la condizione, si può ritenere che nulla muterebbe nella piattaforma probatoria cui il giudice ha accesso anche in caso di non accoglimento della condizione, che di fatto non c'è mai stata, legittimando dunque una decisione in abbreviato allo stato degli atti richiesta dall'imputato⁴². In altri termini, qualora la richiesta dell'imputato non sia – contenutisticamente – una richiesta di “integrazione” probatoria strettamente intesa, la condizione può considerarsi come non apposta, avendo già in atti il giudice tutto il materiale cui la richiesta stessa si riferiva, della quale inutilmente rappresentava una duplicazione.

La suesposta interpretazione appare necessitata in un contesto in cui sia le Corti Europee, sia le Sezioni unite della Cassazione e la Corte costituzionale ribadiscono con decisione l'esistenza di un vero e proprio diritto al rito abbreviato, che non può essere disatteso arbitrariamente dal giudice⁴³.

Costituisce, infatti, coerente sviluppo della giurisprudenza costituzionale l'attuale previsione normativa secondo cui l'imputato ha la facoltà di chiedere che il processo sia definito all'udienza preliminare allo stato degli atti, senza che la sua richiesta resti subordinata al consenso del Pubblico Ministero o al vaglio discrezionale di ammissibilità da parte del giudice, in quanto

⁴² In questo senso alcune decisioni di merito, antecedenti alla pronuncia di legittimità in esame. V. Trib. Latina, 13 luglio 2004, Barbieri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 498: «poiché la condizione cui può essere subordinato il giudizio abbreviato è solo quella prevista dall'art. 438, co. 5, c.p.p. ovvero sia la “richiesta ad un'integrazione probatoria” e poiché la trascrizione con le forme della perizia, non è altro che un'attività meramente ricognitiva per rendere intelligibile il contenuto della bobina, la cui inosservanza non dà luogo né ad una ipotesi di inutilizzabilità né è espressamente prevista come causa di nullità o riconducibile alle ipotesi di nullità d'ordine generale di cui all'art. 178 c.p.p., deve concludersi per la qualificazione come non condizionato del giudizio abbreviato, in ragione della insussistenza di una richiesta di integrazione probatoria, unica condizione prevista dal codice e da ritenersi non apposta».

⁴³ Cfr. per tutte Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *www.echr.coe.int*; Corte cost., n. 210 del 2013, in *Giur. it.*, 2014, 2, 392 nota di VIGANÒ, LAMARQUE; Id., n. 277 del 1990 in *Mass. Uff.*, n. 15651; Id., n. 169 del 2003, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 829; In ordine al rito non condizionato, v. *ex multis* Cass., Sez. I, 7 ottobre 2004, Riccardi, cit.; Id., Sez. I, 15 giugno 2004, D'Amato, cit.; con riferimento al rito condizionato ad integrazione probatoria v. Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Waijib, cit.; Id., Sez. IV, 5 giugno 2007, Carella e altri, cit.; Id., Sez. IV, 8 marzo 2007, Toma, cit.

«l'imputato è così diventato arbitro esclusivo dell'instaurazione del giudizio "semplice" o "puro", perché né il pubblico ministero può opporsi, né il giudice può valutare se il processo sia effettivamente valutabile all'udienza preliminare allo stato degli atti e, in caso negativo, rigettare la richiesta». A scanso di equivoci, infine, è stato sottolineato che «qualora presenti la richiesta "semplice", l'imputato ha il diritto di essere giudicato mediante il rito abbreviato, così da usufruire, in caso di condanna, della riduzione prevista dall'art. 442, co. 2, c.p.p.»⁴⁴.

4. Prova contraria, prova nuova, prova decisiva: specificazioni necessarie in un contesto di specialità.

Nel giudizio abbreviato si prevede espressamente il diritto per il pubblico ministero di richiedere "l'ammissione di prova contraria", giusta la previsione degli artt. 438, co. 5 e 441-*bis*, co. 5, c.p.p. Le norme citate riconoscono tale diritto all'accusa nell'ipotesi specifica della richiesta di abbreviato condizionato ovvero nel caso in cui a seguito della modifica dell'imputazione, l'imputato abbia richiesto l'ammissione di nuove prove, sempre che il processo prosegua con le forme del rito speciale predetto. Per prova contraria, o controprova, deve intendersi quella prova la cui finalità sia di dimostrare in senso negativo quanto asserito con i fatti da provare in via principale dalla parte avversa con la prova diretta, e ciò rappresentando un fatto diverso o un fatto avvenuto con diverse modalità tali da negare la fondatezza di quanto si vuole sostenere con la "prova diretta"⁴⁵. Tale tipologia probatoria, è stato sottolineato, è uno degli istituti che meglio consentono di caratterizzare l'attuale sistema processuale come tendenzialmente *adversary*, poiché sintomatica di un metodo probatorio che valorizza il contraddittorio e garantisce un attivo controllo sulle affermazioni di verità della controparte⁴⁶. Inoltre, la prova contraria realizza appieno il contraddittorio nell'ambito di quel giusto processo europeo sancito nell'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nell'art. 111 Cost.⁴⁷. Orbene, in seno al rito abbreviato, il legislatore non ha previsto alcun limite

⁴⁴ Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Wajib, cit.

⁴⁵ CANZIO, "Diritto" alla prova, prova contraria e parte civile, in *Foro it.*, 1997, I, 405.

⁴⁶ MONACO, *Natura e caratteristiche della prova penale*, cit., 212; cfr. RAFARACI, *La prova contraria*, Torino, 2004, 4 ss., il quale qualifica tale tipologia probatoria «quale baluardo di libertà contro il monopolio autoritario di quel sapere che è premessa e fonte di legittimazione dell'esercizio in concreto della *potestas puniendi*».

⁴⁷ Sul punto, con consueta lungimiranza, v. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 1 e ss.; v. anche UBERTIS, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 21; ID., *Principi di procedura penale europea*, Milano, 2000, 1 e ss.

qualitativo in ordine a tale modello di prova: i connotati della prova *ex adverso*, tuttavia, impongono che gli elementi dimostrativi di cui si chiede l'ammissione a seguito dell'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato condizionato siano ontologicamente riferibili alla prova introdotta dall'imputato e non costituiscano occasione per introdurre temi autonomi, con lo scopo di colmare le lacune delle indagini preliminari⁴⁸. Trattandosi di una richiesta non introduttiva, peraltro, non sono previsti, per la controprova del P.M., i limiti della "necessità" e della "compatibilità"; pertanto, il giudice negherà l'ammissione della prova contraria richiesta dall'organo di accusa solo ove questa non superi il vaglio di rilevanza, intesa come idoneità e non ridondanza del mezzo di prova, applicando i criteri di ammissibilità di cui all'art. 190 c.p.p.⁴⁹. Ciò premesso, parte della dottrina ha affermato che i casi di esercizio del diritto di controprova si ridurrebbero a situazioni di eccezionalità poiché, il più delle volte, si sarebbe in presenza non tanto di prove contrarie in senso stretto - cioè di prove finalizzate al contrasto degli argomenti dedotti dalla difesa - quanto piuttosto di elementi volti a ribadire quanto già emerso nel corso delle indagini preliminari e contenuto nel fascicolo del p.m.⁵⁰.

Tale prospettiva però, ad un'attenta analisi, pare mutare in caso di deposito di investigazioni difensive nell'ambito del rito semplificato *de quo*, problematica cui vale la pena accennare brevemente. La questione è stata oggetto di confronto giurisprudenziale con riguardo a due profili precisi. Da una parte, si dubita della legittimità costituzionale dell'art. 438, co. 5, c.p.p., «nella parte in cui non prevede il diritto del pubblico ministero di chiedere l'ammissione di prova contraria nell'ipotesi in cui l'imputato abbia depositato il fascicolo delle investigazioni difensive e contestualmente formulato richiesta di giudizio abbreviato»⁵¹; dall'altra, si pone in discussione la compatibilità costituzionale degli artt. 438 e 442 c.p.p. sotto il profilo specifico dell'osservanza del principio

⁴⁸ Sul punto, la Corte costituzionale ha ritenuto legittima la scelta del legislatore di non attribuire alla pubblica accusa uno specifico potere di iniziativa probatoria, neppure a fronte di una richiesta di rito abbreviato subordinata all'assunzione di prove come richieste dall'imputato (Corte cost., n. 115 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 917).

⁴⁹ La giurisprudenza non ha esitato, tuttavia, ad invocare, anche per la prova contraria richiesta dall'accusa, la necessità di una valutazione sulla complessità qualitativa e quantitativa: Cass., Sez. I, 26 novembre 2008, M.A., in *Mass. Uff.*, n. 243344; Id., Sez. III, 12 gennaio 2005, Izzo c. Bertelli, in *Guida dir.*, 2005, 6, 92. In dottrina v. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2000, 56.

⁵⁰ Così MONACO, *Natura e caratteristiche della prova penale*, cit., 217 e nello stesso senso RAFARACI, *La prova contraria*, cit., 241, che definisce le prove contrarie del pubblico ministero come "prove in replica" o "confermative".

⁵¹ Così testualmente si esprimeva il Tribunale di Modena, che aveva sollevato la questione di costituzionalità dichiarata manifestamente inammissibile da Corte cost., n. 245 del 2005, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, 262, con nota di CREMONESI, *Giudizio abbreviato e diritto alla prova contraria*.

del contraddittorio nella formazione della prova stabilito dall'art. 111, co. 4, Cost. in quanto, qualora gli atti di indagine presentati al giudice dell'udienza preliminare provenissero dall'imputato (in quanto investigazioni difensive) in simile situazione, infatti, la "posizione di vantaggio", riconosciuta all'imputato, risulterebbe ampliata oltre il limite della ragionevolezza, giacché all'imputato medesimo verrebbe accordata la facoltà di "consentire alla deroga al contraddittorio sulle prove da lui stesso prodotte sostituendosi nella manifestazione di volontà addirittura al pubblico ministero"⁵². Tanto chiarito, la giurisprudenza costituzionale, quella di legittimità e parte della dottrina non hanno invece ritenuto che la normativa oggi vigente sia viziata da profili di incostituzionalità in virtù, soprattutto, del principio di completezza delle indagini le quali «dovrebbero includere anche la puntuale e rigorosa verifica e "tenuta" degli elementi "a carico" nel riscontro con quelli eventualmente "a discarico"»⁵³. Se una pluralità di fattori, dunque, induce a ritenere che il sistema legittimi la piena utilizzabilità degli atti dell'indagine difensiva nell'ambito del rito speciale, l'estromissione del pubblico ministero dalla dinamica probatoria interna al giudizio abbreviato ha indotto la dottrina ad assimilare la richiesta di giudizio speciale semplice accompagnata dal contestuale deposito di risultanze investigative difensive ad una richiesta condizionata, in modo da consentire al pubblico ministero di recuperare il diritto alla prova contraria previsto dall'art. 438, co. 5, c.p.p. in relazione a questo tipo di richiesta⁵⁴. In realtà, deve sottolinearsi come l'apertura rispetto ad un effettivo impiego del materiale di provenienza difensiva nell'ambito della fase giudiziale semplificata «costituisce un fattore riequilibrante della situazione di disparità che connota, da un punto di vista strutturale, le indagini preliminari, contribuendo a delineare un rito dif-

⁵² V. Corte cost., n. 62 del 2006, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 839, con nota di LOZZI, *Il contraddittorio nel giudizio abbreviato: problemi di legittimità costituzionale*. La Corte fa riferimento testuale alle parole del giudice rimettente, il Tribunale di Sassari nel caso di specie.

⁵³ V. Corte cost., n. 184 del 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 3691, con nota di GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?; AMODIO, Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 17. In senso analogo, GUALTIERI, *Indagini difensive e rapporti con la difesa*, Relazione all'incontro n.1139 del CSM, *Le indagini difensive*, Roma, 2004. In senso contrario GAETA, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Milano, 2001, 129.

⁵⁴ ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 90 ss. Tale soluzione, in realtà, non persuade poiché realizza una trasformazione della domanda di giudizio speciale non prevista dalla legge: la fattispecie introduttiva del giudizio abbreviato, infatti, è incentrata sulla valorizzazione dell'espressa volontà dell'imputato, sicché, in un frangente estremamente delicato per gli equilibri interni alla procedura e per i diritti dell'imputato, il pericolo di rendere fumosi i meccanismi di gestione dei flussi processuali ed incerti gli esiti di scelte essenziali e ricche di implicazioni sul piano sostanziale costituisce un risvolto pericoloso e francamente inaccettabile.

ferenziato sorretto da rinnovati equilibri e nel cui ambito il pubblico ministero, qualora ritenga di dovere ulteriormente approfondire profili conoscitivi inediti o precedentemente trascurati, potrà fare ricorso, come abbiamo visto, alla sollecitazione dei poteri istruttori del giudice dell'udienza preliminare usufruendo, a seconda dell'atteggiarsi delle singole fattispecie concrete ed in vista di un efficace contemperamento dell'esigenza di celerità con la garanzia di effettività del contraddittorio, di un congruo differimento dell'udienza finalizzata a consentire l'esame del materiale investigativo introdotto "a sorpresa" dal difensore»⁵⁵.

Puntualizzato tale aspetto, è ora necessario fare chiarezza in ordine all'utilizzo del concetto di prova contraria - di cui si è già ampiamente trattato - prova nuova e prova decisiva, limitatamente alle ipotesi di giudizio abbreviato. In realtà, nelle ipotesi in analisi, la prova contraria è concettualmente definibile come la prova cui fa riferimento l'imputato allorché presenta richiesta di essere giudicato in rito abbreviato, con lo scopo di contraddire l'ipotesi formulata dall'accusa. In tal senso intesa, la prova necessaria ai fini della decisione (*rec-tius*, decisiva), non è altro che una prova contraria idonea a confutare irrimediabilmente uno degli elementi su cui si fonda l'imputazione. In base a tale assunto, dunque, si può concretamente ipotizzare che il giudice - una volta riconosciuta la decisività della prova e valutata la compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del rito, non potrà rifiutarsi di procedere con il giudizio speciale richiesto, a poco valendo la eventuale controprova del pubblico ministero, che consisterà semplicemente in una o più prove a carico emerse nelle indagini⁵⁶.

Con riferimento, invece, al caso delineato nell'art. 441-*bis*, co. 5, le "prove nuove" di cui l'imputato può chiedere l'ammissione, in seguito a modifica dell'imputazione da parte del p.m., consisteranno sempre in prove "contrarie", riferite agli elementi costitutivi della nuova contestazione e che sono finalizzate a far vacillare la fondatezza della nuova ipotesi accusatoria introdotta dalla parte pubblica. In tale caso, peraltro, il giudice valuterà le richieste di prova ai sensi dell'art. 190 c.p.p. e cioè alla luce del comune principio di pertinenza-rilevanza, non dovendo, la prova apparire "necessaria" ai fini della decisione né risultare "compatibile" con le finalità di economia processuale pro-

⁵⁵ Così SURACI, "Libertà di prova" e "Diritto alla prova" nel nuovo giudizio abbreviato, in *Dir. pen. proc.* 2009, 1, 108 e ss. Non potendo approfondire in tale sede l'argomento, per ragioni di spazio nell'esposizione, si rinvia all'esautiva analisi di PASTA, *Giudizio abbreviato, investigazioni difensive e «senso della realtà»*, in *Questa rivista*, 2013, online.

⁵⁶ Cfr. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., 241.

prie del procedimento⁵⁷. Dato il principio della parità tra le parti processuali, inoltre, è riconosciuto al P.M. il diritto alla prova contraria; i suoi poteri probatori risultano, però, subordinati alle richieste istruttorie dell'imputato e circoscritti ai temi e alle circostanze su cui la parte privata deduca mezzi di prova - e, quindi, non sempre sufficienti a garantirgli la possibilità di sostenere fondatamente l'accusa. Poteri probatori, infine, spettano anche al giudice che, per far fronte ad eventuali inerzie delle parti, dopo la discussione, qualora ritenga di non potere decidere allo stato, può assumere d'ufficio gli elementi che reputi necessari ai fini della decisione⁵⁸.

5. La prova nel rito abbreviato d'appello.

Ultimo aspetto da analizzare, nell'ambito di una riflessione finalizzata all'individuazione di sfumature e connotazioni differenziali della prova nel rito speciale in esame, è il rapporto tra la possibilità di rinnovazione della prova e la natura del giudizio abbreviato, nel processo di secondo grado. Tale terreno, peraltro, si presenta tanto scivoloso quanto incerta è - allo stato - la fisionomia del giudizio d'appello, come ridisegnata dalle recenti pronunce della Corte Europea, finalizzate ad assicurare lo standard minimo del diritto di difendersi provando in ogni giudizio (*ivi* compreso quello di secondo grado)⁵⁹. Fino a non molto tempo fa, infatti, il giudizio penale di seconda istanza era considerato, con una descrizione particolarmente efficace, una fase di «verifica e di tenuta della decisione impugnata alla luce di una diversa e difforme

⁵⁷ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Padova, 2006, 563; MAFFEO, *Premesse logiche o itinerari argomentativi per la individuazione della "forma di controllo" sul giudizio di inammissibilità del rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2002, 624.

⁵⁸ La disciplina descritta opera nel caso in cui la contestazione suppletiva riguardi un fatto diverso, un reato connesso o una circostanza aggravante, come si ricava dal testuale richiamo dell'art. 423, co. 1. Nel caso in cui emerga un fatto nuovo, dal momento che la ritualità della contestazione nella medesima udienza è subordinata all'accettazione dell'imputato, se questa sopravviene equivale ad implicita manifestazione di volontà che si proceda, anche in relazione al fatto nuovo, con il rito abbreviato. Naturalmente, dato l'integrale richiamo dell'art. 423, contenuto nell'ultimo capoverso dell'art. 441-*bis*, relativo alle conseguenze processuali della scelta di prosecuzione del giudizio abbreviato, anche in tale caso è riconosciuto all'imputato il pieno esercizio del diritto alla prova sui fatti che accrescono l'accusa. Cfr. BRICCHETTI, *Contestazioni suppletive: "slalom" all'abbreviato*, in *Guida dir.*, 2000, 22, 48; NEGRI, *Garanzie dell'imputato e modifica dell'accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 690.

⁵⁹ Tra le altre, v. Corte eur. dir. uomo, Destrethem c. Francia, in *Cass. pen.*, 2004, 3829, secondo cui viola l'art. 6, § 3, Cedu il giudice che, respinta l'istanza dell'accusato di sentire in appello i testi a difesa, riformi la sentenza di proscioglimento emessa in primo grado e condanni l'imputato; già prima Corte eur. dir. uomo, Bricmont c. Belgio; da ultimo, con accenti più netti, Id., Dan c. Moldavia, cit.; Id., Kostecki c. Polonia; Id., Hanu c. Romania. In dottrina, sul tema della evoluzione del giudizio d'appello, v. CHINNICI, *Appello (evoluzione)*, in *Dig. Pen.*, Agg. VIII a cura di Gaito, Romano, Ronco, Spangher, 2014, 13, in corso di stampa.

lettura delle prove già ammesse ed acquisite»⁶⁰, sulla base della utopistica convinzione della completezza dell'istruttoria dibattimentale di primo grado, che renderebbe – o dovrebbe rendere, nella maggior parte dei casi – l'istituto della rinnovazione delle prove in secondo grado un'ipotesi del tutto eccezionale⁶¹. E la giurisprudenza di legittimità, del resto, è sempre stata costante nell'interpretazione letterale dell'art. 603 c.p.p., il quale prevede una regola di giudizio particolarmente rigorosa, ancorando la valutazione del giudice in ordine alla rinnovazione istruttoria alla impossibilità di decidere allo stato degli atti⁶². Ben compreso, dunque, che in un contesto così delineato l'assunzione di nuove prove è (*rectius*, era) da ritenersi del tutto eccezionale, è pur vero che il codice di rito prevede la possibilità nel giudizio d'appello, seppur in via residuale, di acquisire nuovi elementi probatori, ove ciò si renda necessario per completare l'attività svolta o per rinnovare gli atti già assunti⁶³. Con riferimento alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ad iniziativa di parte, l'art. 603, co. 1, c.p.p. prevede infatti che la richiesta possa avere per oggetto o la riassunzione di prove già acquisite in precedenza – al fine di consentire una nuova e migliore valutazione – oppure l'assunzione di “prove nuove”. In proposito, la giurisprudenza delle Sezioni unite ha ormai disegnato la riferibilità del concetto di “prova nuova” non solo alla prova sopravvenuta, ma anche a tutte le prove «non acquisite nel precedente giudizio, ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice»⁶⁴.

⁶⁰ Così è efficacemente definito da MONACO, *L'appello*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Torino, 2013, 995.

⁶¹ Sul carattere di eccezionalità dell'istituto della rinnovazione v. *ex multis*, Cass., Sez. IV, 28 aprile 2011, F., in *Guida dir.*, 2011, 28, 79; Id., Sez. IV, 2 dicembre 2009, S.A., in *www.leggiditalia.it*, Id., Sez. IV, 12 febbraio 2004, Montanari ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 228353. Più addietro, Id., Sez. un., 24 gennaio 1996, Panigoni, in *Cass. pen.*, 1996, 2892, con nota di CESQUI; In dottrina v. MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, 112 e ss.; v. anche BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale* a cura di Conso, Grevi, IV, Padova, 2008, 852 ss.; PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995, 182 ss.

⁶² Anche di recente, si deve dar conto di un persistente orientamento giurisprudenziale che continua, ostinatamente, a ignorare le spinte interpretative europee: a titolo di esempio, si veda Cass., Sez. II, 23 gennaio 2014, Catastini, in *questa Rivista*, online, con nota di MANI, *In tema di richiesta di rinnovazione dell'istruttoria in appello e obbligo di motivazione dell'ordinanza di rigetto*.

⁶³ In tema di rinnovazione istruttoria nel giudizio d'appello, v. PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995; TRANCHINA, DI CHIARA, voce «Appello (Dir. proc. pen.)», in *Enc. Dir.*, Milano, 1999, Agg., III, 214; ZAPPALÀ, *Art. 603*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, VI, a cura di Chiavario, Torino, 1991; MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello*, Padova, 1995.

⁶⁴ Così Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Mass. Uff.*, n. 220443. L'evoluzione giurisprudenziale, dopo un primo orientamento propenso a qualificare come nuovi i soli mezzi di prova non assunti in primo grado e rispetto ai quali non fossero intervenute preclusioni, era approdata ad una diversa

Fatte salve tali considerazioni “di sistema”, peraltro essenziali, ci corre l’obbligo di chiederci se e eventualmente, come, la “rinuncia” totale o parziale dell’imputato – che domandi di essere giudicato con il rito abbreviato – all’ingresso di materiale probatorio utile per la decisione, possa esser considerata concettualmente compatibile con l’istituto della rinnovazione istruttoria nel giudizio d’appello⁶⁵. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema è stato intenso, sviluppandosi subito dopo l’introduzione nel codice di rito del procedimento speciale in esame. Due gli indirizzi giurisprudenziali a contendersi il campo: il primo affermava l’assoluta impossibilità di ipotizzare una rinnovazione istruttoria in appello a seguito di giudizio abbreviato, fondandosi sull’assenza – in capo al giudice di appello – del potere di compiere una rivalutazione dei presupposti di ammissibilità del rito abbreviato; inoltre, del tutto evidente l’incompatibilità funzionale del rito, connotato da una vera e propria “rinuncia alla prova”, la cui logica conseguenza era rappresentata dall’impossibilità, né in primo grado né in appello, di assunzione di nuove prove, nemmeno nel caso di assoluta necessità per il giudicante ai fini della decisione⁶⁶. In senso contrario, l’orientamento secondo cui l’imputato, accedendo al rito abbreviato, non rinuncia affatto alla prova bensì al dibattimento: il dato letterale non esclude l’operatività della rinnovazione stante il richiamo operato dall’art. 443 c.p.p. all’art. 599 c.p.p. e non all’art. 127 c.p.p. Secondo la suddetta chiave di lettura, infatti, il fine ultimo del processo che si svolge nelle forme del giudizio abbreviato deve, sempre e comunque, essere quello della ricerca di una possibile verità, prescindendo dalle strettoie procedurali

linea interpretativa, volta a comprendere nel concetto di prova nuova anche quegli apporti conoscitivi non introdotti per difetto di iniziativa ovvero per il verificarsi delle preclusioni di cui agli artt. 468 e 493 c.p.p. Con riferimento al primo orientamento citato v. Cass., Sez. V, 25 giugno 1992, Nazzaro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 116; in relazione al secondo v. Id., Sez. V, 19 ottobre 1999, P.m. in c. Pirastu, in *Mass. Uff.*, n. 216102; Id., Sez. I, 21 febbraio 1994, Rosati, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 361; nello stesso senso v. Id., Sez. V, 17 dicembre 1999, *ivi*, 2000, 553. In dottrina v. FIORIO, *La prova nuova nel giudizio d’appello*, in Id., *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008, 159 ss.

⁶⁵ Sul tema, v. MANI, *Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello*, in *questa Rivista*, 2013, 2, 575; Id., *Rinnovazione istruttoria e giudizio di rinvio. Problematiche e prospettive in caso di rito abbreviato*, *ivi*, 2013, 3, 1003. Più addietro v. GARUTI, *Questioni in tema di compatibilità tra giudizio abbreviato in sede d’appello e rinnovazione dell’istruzione dibattimentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1209.

⁶⁶ I riferimenti sono a Cass., Sez. I, 15 aprile 1996, Abategiovanni, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 793; Id., Sez. I, 29 dicembre 1995, La Camera, *ivi*, 1996, 454; Id., Sez. IV, 23 maggio 1995, Vizzani, in *Cass. pen.*, 1996, 1217; Id., Sez. I, 13 giugno 1994, Filosa, *ivi*, 1995, 2946. In dottrina si veda LUPO, *Il giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1989, 1864; RAMAJOLI, *Il giudizio abbreviato e la preclusione a disporre, in grado di appello, la rinnovazione del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1992, 3067.

della natura contratta del rito⁶⁷.

In tale panorama, non può non darsi conto – quanto meno per completezza dell’esposizione – delle granitiche quanto datate Sezioni unite “Clarke”, intervenute a risolvere l’accennato contrasto fra le Sezioni semplici⁶⁸. Secondo l’impostazione di tale autorevole pronuncia, la rinuncia al diritto alla prova insita nella richiesta di giudizio abbreviato *ex art. 438 c.p.p.*, non produce preclusioni, ostacoli o impedimenti di sorta all’esercizio del potere di disporre d’ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l’accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione secondo la previsione dell’art. 603, co. 3, c.p.p., considerato, non a caso, come precipua manifestazione dei poteri del giudice in materia probatoria; dall’altro lato, tuttavia, deve ritenersi operante una rigida preclusione all’attivazione dei poteri di iniziativa delle parti in ordine all’assunzione di prove in grado di appello, non soltanto perché costituirebbe una contraddizione palese procedere al rinnovo di una fase, quella della istruttoria dibattimentale, che nel rito abbreviato è, per definizione, insussistente, ma anche e soprattutto per la precisa ragione che le parti hanno definitivamente consumato il loro diritto alla prova allorché hanno acconsentito l’adozione del giudizio abbreviato, soprattutto quando esso è allo stato degli atti; con la conseguenza che ad esse non resta che sollecitare i poteri suppletivi di iniziativa probatoria che spettano al giudice di secondo grado, il cui esercizio è regolato, per espresso dettato normativo, dal rigido criterio della “assoluta necessità”. Sulla base di tali premesse, il diritto alla prova è tendenzialmente salvo per l’imputato che abbia subordinato la richiesta di accedere al rito abbreviato ad una specifica integrazione probatoria, in quanto sostanzialmente pacifico è il riconoscimento del buon diritto da parte dello stesso a chiedere la rinnovazione del dibattimento in appello; in caso di rito abbreviato allo stato degli atti, invece, l’imputato deve accontentarsi di un mero potere di sollecitazione del giudice d’appello circa l’esercizio del potere d’ufficio di cui all’art. 603, co. 3, c.p.p.⁶⁹.

Volgendo ora lo sguardo all’attuale assetto della giurisprudenza, si assiste ad un concitato susseguirsi di pronunce in tema di possibile lesione del diritto alla prova nel caso di rigetto di istanze di rinnovazione in secondo grado, in procedimenti incardinati con il rito abbreviato. In particolare, una parte della

⁶⁷ Cass., Sez. I, 25 marzo 1991, De Tommasi, in *Cass. pen.*, 1991, II, 727; Id., Sez. VI, 26 gennaio 1994, Gesù, in *Giust. pen.*, 1994, III; Id., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.*, 1993, 280; Corte cost., n. 254 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1932 ss; Id., n. 255 del 1992, *ivi*, 1992, 1961.

⁶⁸ Cass., Sez. un., 13 dicembre 1995, Clarke, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 734, con nota di SPANGHER.

⁶⁹ In dottrina, si segnalano le osservazioni critiche di SPANGHER, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado d’appello*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 734.

giurisprudenza è tuttora radicata nelle argomentazioni della più volte citata pronuncia Clarke, e decisamente restia all'intravedere soluzioni diverse⁷⁰. I giudici di legittimità perseverano nel sottolineare la natura compromissoria del giudizio abbreviato allo stato degli atti, la cui scelta in sede processuale comporta la rinuncia all'acquisizione di ulteriori prove, tranne quelle alla cui acquisizione, eventualmente, il giudizio abbreviato era stato subordinato: la celebrazione del processo nelle forme del rito abbreviato, così inteso, se non impedisce al giudice d'appello di esercitare i poteri di integrazione probatoria, comporta tuttavia «l'esclusione di un diritto dell'imputato a richiedere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ed un corrispondente obbligo per il giudice di motivare il diniego di tale richiesta»⁷¹.

Tale soluzione, tuttavia, mal si concilia con quella parte di giurisprudenza attualmente protesa verso il riconoscimento progressivo di spazi sempre maggiori alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel caso di rito abbreviato allo stato degli atti⁷². È preoccupante, del resto, leggere ancora motivazioni di questo tenore, riferite a processi d'appello celebrati nelle forme del rito contratto *ivi* in esame: «è del tutto evidente – quanto meno in rapporto alla fisionomia del giudizio di primo grado – che ci si trova in un territorio che è ben lontano dal perimetro applicativo del “diritto alla prova” di cui all’art. 190 c.p.c. anche nella sua particolare declinazione di diritto alla prova a discarico avente carattere di decisività di cui agli artt. 495, co. 2 e 606 co. 1 lett. d), c.p.p.»⁷³. La pronuncia appena citata insiste nel sostenere l'inammissibilità della rinnovazione istruttoria – in grado di appello da abbreviato – avente ad oggetto perizia psichiatrica, per due ordini di motivi: in primo luogo, in ragione del carattere “neutro” della perizia, che allontana tale mezzo di prova dal carattere della decisività; in seconda battuta, poiché non può parlarsi di un vero e proprio diritto della parte all'ottenimento dell'incremento probatorio, trattandosi di un mero diritto “alla sollecitazione”, diretta all'eventuale esercizio di un potere officioso il cui parametro descrittivo va ben oltre il paradigma della semplice pertinenza e rilevanza. Considerazioni, queste ultime, che si pongono in netto contrasto con quanto evidenziato dai giudici di legittimità appena due anni prima: sempre in riferimento alla richiesta di nuova perizia psichiatrica in grado d'appello, la Suprema Corte ebbe ad affermare che

⁷⁰ V. Cass., Sez. II, 3 febbraio 2012, P.g. in proc. Aracri e altri, in *Mass. Uff.*, n. 252108; Id., Sez. III, 13 gennaio 2011, *ivi*, n. 249114.

⁷¹ Così testualmente Cass., Sez. V, 19 aprile 2013, cit.; sulla stessa linea v. di recente anche Id., Sez. II, 18 gennaio 2011, Sermone e altri, cit.

⁷² Cass., Sez. I, 14 ottobre 2010, Arshad ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 248979.

⁷³ Così testualmente e da ultimo Cass., Sez. I, 16 aprile 2014, Sainaghi, inedita.

«l'imputato che chiede il giudizio abbreviato rinuncia (ove non abbia subordinato la richiesta ad una integrazione probatoria) all'acquisizione di ulteriori elementi di prova concernenti la sussistenza del fatto e la responsabilità che ne deriva. Non rinuncia, però, né potrebbe rinunciare, all'accertamento dell'imputabilità, che è inderogabilmente affidato al giudice»⁷⁴; anche nel giudizio abbreviato in fase di appello, pertanto, l'accertamento dell'imputabilità costituisce una verifica doverosa per il giudice, riguardando un presupposto necessario in mancanza del quale nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato e non è, quindi, riconducibile al concetto di acquisizione di nuove prove, per cui esiste la preclusione rappresentata dalla particolarità del rito prescelto⁷⁵.

Con riferimento alla richiesta di assunzione in appello della c.d. prova nuova, infine, si assiste attualmente ad un'altalena di principi che conducono anche il giurista più esperto ad un disorientamento totale. Ci si riferisce, in particolare, a due recenti pronunce, una di merito e una di legittimità, che possono considerarsi esemplificative: nella prima, a fronte di una richiesta difensiva di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale avente ad oggetto una testimonianza non introdotta nel bagaglio probatorio originario, in seguito alla scelta di rito abbreviato, la corte territoriale respinge la richiesta di rinnovazione istruttoria poiché la prova richiesta era già nota all'imputato al momento della primigenia richiesta di rito abbreviato non rivestendo, dunque, il carattere di prova proceduralmente nuova⁷⁶. Secondo i giudici, infatti, laddove la difesa avesse ritenuto necessaria ed indispensabile quella testimonianza, avrebbe dovuto e potuto farla entrare nel bagaglio probatorio, selezionando il rito ordinario all'epoca dei fatti, poiché in appello non può considerarsi "prova nuova" un dato già a conoscenza dell'imputato all'epoca della decisione di rinunciare al dibattimento, assunta su libera disposizione della parte medesima. Del resto, «l'esercizio del potere istruttorio resta affidato al prudente apprezzamento del giudice di appello ed il relativo giudizio è incensurabile ove adeguatamente motivato»⁷⁷ anche in ragione di un consolidato orientamento di legittimità per il quale la mancata rinnovazione dell'istruzione nel giudizio d'appello può costituire violazione dell'art. 606 c.p.p., co. 1, lett. *d*) solo nel caso di prove sopravvenute o scoperte dopo la sentenza di primo grado; l'*error in procedendo*, invece, risulta rilevante soltanto quando la prova richiesta e non am-

⁷⁴ Cass., Sez. III, 28 settembre 2011, M.G., inedita.

⁷⁵ Tale principio era già stato affermato da Cass., Sez. IV, 18 aprile 1995, Vizzani, in *Cass. pen.*, 1996, 809.

⁷⁶ Così Corte d'Assise d'App. Catanzaro, 20 febbraio 2014, Bonaventura, inedita.

⁷⁷ Corte d'Assise App., cit., 15.

messa, confrontata con le motivazioni addotte a sostegno della sentenza impugnata, risulti decisiva, cioè tale che, se esperita, avrebbe potuto determinare una decisione diversa. E la mancata assunzione di una prova decisiva – conclude la Corte tautologicamente – diventa rilevante solo qualora risulti «determinante per un esito diverso del processo e non si limiti ad incidere su aspetti secondari della motivazione»⁷⁸.

Tali considerazioni, che fanno peraltro richiamo ai principi generali in tema di rinnovazione istruttoria nel giudizio d'appello, debbono essere necessariamente posti a confronto con i contenuti – dal sapore decisamente innovativo – della seconda pronuncia che si intende esaminare, la quale ridisegna profondamente il concetto di prova “decisiva”. Il riferimento è alla recente pronuncia Adamo⁷⁹, nella quale la corte di legittimità giunge a sostenere che «l'omessa considerazione da parte dei giudici di appello di una risultanza che potrebbe essere rilevante, se non anche decisiva, ... impone l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio per un nuovo giudizio». Nel caso di specie, infatti, la Cassazione preliminarmente rimprovera il giudice di merito di non aver replicato alcunché al motivo di appello inerente la prospettazione di incremento probatorio e di averlo così implicitamente rigettato senza spiegarne le ragioni – e fin qui, la decisione non presenta profili di novità –; diversamente, stupisce quanto la Suprema Corte afferma circa i provvedimenti che il giudice di secondo grado avrebbe dovuto assumere laddove avesse ritenuto convincenti le argomentazioni della difesa: in tale ipotesi, infatti, la Corte d'Appello avrebbe dovuto disporre un accertamento relativamente alle videoriprese cui aveva accennato uno dei difensori, trattandosi di dato probatorio la cui risultanza avrebbe potuto essere “rilevante, se non anche decisiva”. In sostanza, nonostante non fosse stata avanzata una esplicita richiesta in tal senso, la censura mossa nell'impugnazione alla sentenza di primo grado doveva essere interpretata come una sorta di istanza di assunzione di una nuova prova in appello *ex art. 603 c.p.p.* e l'ammissibilità della stessa doveva essere valutata alla luce non tanto della decisività, quanto almeno alla luce della rilevanza della prova della cui acquisizione si discuteva. La pronuncia in esame appare di portata dirompente per il principio *ivi* contenuto: la sollecitazione di – o la necessità di procedere *ex officio* ad – una nuova istruttoria in secon-

⁷⁸ La Corte territoriale cita i precedenti di legittimità Cass., Sez. II, 20 marzo 2013, Cabras, in *Mass. Uff.*, n. 255817; Id., Sez. IV, 8 maggio 2008, P.G. in proc. Z.V., *ivi*, n. 240995; Id., Sez. IV, 14 marzo 2008, D.D.G., *ivi*, n. 240839.

⁷⁹ Cass., Sez. I, 31 gennaio 2014, Adamo e altri, in *Questa rivista*, online, con nota di SANTORIELLO, *Nuove frontiere per la rinnovazione istruttoria in appello, a proposito della prova rilevante, pur se forse non decisiva*.

do grado può provenire anche dalla semplice prospettazione ad opera di uno dei protagonisti del processo di una specifica censura nei confronti della sentenza gravata. Alla luce di tale impostazione, pertanto, la rinnovazione della prova non sarebbe più semplicemente rimessa alla valutazione discrezionale del giudice ma può discendere anche dalle modalità - e dal contenuto - con cui è strutturato l'atto di appello, nel senso che a fronte di determinate censure il giudice può vedersi obbligato replicare con l'assunzione di nuove prove. In secondo luogo, la sentenza traccia nuovi confini all'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria in secondo grado, nel senso che alle ipotesi di impossibilità di decidere allo stato degli atti e di assoluta necessità dell'acquisizione di nuove prove - di cui fanno menzione i co. 1 e 3 dell'art. 603 c.p.p. - si affianca la circostanza che l'elemento cognitivo acquisendo sia comunque rilevante⁸⁰.

Rispetto all'impostazione della pronuncia di merito citata, immediatamente precedente, la differenza è abissale: la sentenza in esame segna un deciso passo avanti nella tutela delle posizioni difensive ed in particolare in relazione alla garanzia del diritto di difesa che si risolve non tanto nella mera possibilità di replicare alle accuse ed ai dati dimostrativi forniti dall'organo inquirente, quanto piuttosto nel potere dell'imputato di avanzare o suggerire propri elementi di prova. Del resto, la profonda mutazione genetica del giudizio d'appello è, ormai, sotto gli occhi di tutti e si auspica sia destinata a investire ogni giudizio, compreso il giudizio di appello proveniente da rito abbreviato. Quest'ultimo infatti, come ogni altro rito, soggiace al generale principio di immediatezza nell'assunzione delle prove, cui la Corte di legittimità fa sempre più spesso richiamo⁸¹. Certo è che l'assenza di una disciplina specifica in tema di rinnovazione istruttoria da rito abbreviato e la confusione fra principi che, duole dirlo, regna sovrana nella giurisprudenza nazionale, comporta il concreto rischio del mantenimento forzoso di un giudizio d'appello legato unicamente a «statiche attività di rivalutazione di saperi pregressi, appresi con la trasmissione del fascicolo del giudizio di primo grado, così riducendo la cognizione giudiziale a esperienza "di seconda mano", basata su resoconti di atti

⁸⁰ Cfr. SANTORIELLO, *Nuove frontiere per la rinnovazione istruttoria in appello, a proposito della prova rilevante, pur se forse non decisiva*, in *Questa rivista*, online, cit.

⁸¹ In tema di valutazione della prova testimoniale da parte del giudice d'appello, la Corte ha da ultimo affermato che l'obbligo di rinnovare l'istruzione ed escutere nuovamente i dichiaranti, qualora detto giudice valuti diversamente la loro attendibilità, rispetto a quanto ritenuto nel giudizio di primo grado (obbligo sancito dall'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia), costituisce l'espressione di un generale principio di immediatezza, e vincola perciò il giudice dell'impugnazione non solo ove questi intenda riformare *in peius* una sentenza di assoluzione, ma anche nell'ipotesi in cui vi sia stata condanna in primo grado. Cfr. Cass., Sez. II, 23 luglio 2014, inedita.

aliunde formati, innanzi a giudici diversi dall'organo chiamato a (ri)decidere»⁸².

⁸² L'efficace espressione, con cui si chiude il presente saggio, è di CHINNICI, *Appello (evoluzione)*, in *Dig. Pen, Agg.* 2014, cit., 5 ss.