

QUESTIONI APERTE

Sentenza

La decisione

Sentenza - Correlazione tra imputazione contestata e sentenza - Diversità del fatto ritenuto in sentenza rispetto al fatto contestato - Prospettazione difensiva alternativa - Eccezione di nullità della sentenza - Esclusione - Intervento suppletivo del giudice - Funzione riequilibratrice delle carenze difensive - Sussistenza (c.p.p., artt. 521, 522).

In tema di correlazione tra imputazione contestata e sentenza, il comportamento processuale dell'imputato che comunque si difenda dall'accusa se può valere a superare l'eccezione di nullità della sentenza per violazione dell'art. 521 c.p.p., non esime coerentemente il Giudice di merito, che quell'eccezione respinga proprio sul rilievo del disimpegno difensivo sul fatto diverso, dall'utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione (anche istruttori) che si rendano necessari a riequilibrare le carenze che derivino all'imputato dall'aver dovuto prendere posizione su un fatto rivelatosi decisamente diverso da quello contestato.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE TERZA, 12 maggio 2015 (ud. 1° ottobre 2014) - SQUASSONI, *Presidente* - ACETO, *Relatore* - IZZO, *P.G.* (diff.) - Fortunato, *ricorrente*.

Una singolare (e discutibile) presa di posizione della Cassazione in tema di correlazione tra accusa e sentenza: l'intervento *ad adjuvandum* del giudice in funzione riequilibratrice delle carenze accusatorie

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. - 2. Il caso di specie. - 3. La correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza nell'attuale ordinamento processualpenalistico. - 4. La singolare lettura interpretativa patrocinata dalla Terza Sezione penale. - 5. Dal difetto "originario" insito nel criterio teleologico alla ipotizzata inedita supplezza probatoria da parte del giudice a fronte delle carenze nella contestazione dell'accusa.

1. La Cassazione torna ad occuparsi del principio della correlazione tra imputazione contestata e sentenza, offrendo una singolare e, per certi versi, ingegnosa (ma non per questo condivisibile) lettura "creativa" del ruolo del giudice innanzi alla accertata diversità del fatto rispetto a quello contestato.

Benché l'art. 521, co. 2, c.p.p. sia sufficientemente chiaro nell'affermare che il giudice è tenuto a disporre, con ordinanza, la trasmissione degli atti al p.m. tutte le volte in cui accerti che il fatto è diverso da quello descritto nel decreto che dispone il giudizio ovvero nelle contestazioni dibattimentali modificative

e suppletive effettuate a norma degli artt. 516, 517 e 518, co. 2, c.p.p., particolarmente travagliata ne è stata l'interpretazione sistematica.

Nel rinviare a quanto si dirà di qui a breve, basti considerare che, alla ricerca di una regola direttiva unitaria che consentisse di stabilire quando la diversità degli elementi storici dell'imputazione fosse tale da imporre la pronuncia dell'ordinanza declinatoria ovvero quando fosse irrilevante ai fini descrittivi, consentendo al giudice di decidere nel merito senza violare il principio di correlazione, magari semplicemente emendando la qualificazione giuridica del fatto¹, la giurisprudenza di legittimità ha, inizialmente, elaborato il c.d. criterio teleologico, elevandolo a principale canone discrezionale. Si è, dunque, andato consolidando il principio – *ex se criticabile*² – secondo cui non possa considerarsi integrata alcuna violazione del principio di correlazione qualora l'imputato abbia concretamente avuto modo di esplicitare le proprie difese anche su ulteriori profili del fatto contestatogli. Più in dettaglio, si è escluso che possa ravvisarsi qualsivoglia nullità della sentenza per difetto di correlazione *ex art. 522 c.p.p.* ogniqualvolta la pronuncia di condanna in ordine ad un fatto diverso da quello contestato sia stata, in qualche misura, prospettata dall'imputato medesimo come elemento a sua discolta ovvero per farne derivare, in via gradata, una sua penale responsabilità per un fatto di reato di minore gravità³.

¹ Assume, al proposito, fondamentale importanza la questione – ancillare a quella oggetto di trattazione – concernente il *discrimen* tra consentita modificazione giuridica del fatto *ex art. 521, co. 1, c.p.p.* («nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale anziché monocratica») e non consentita immutazione storica dello stesso sancita dai successivi co. 2 e 3 dell'art. 521 c.p.p. («il giudice dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al p.m. se accerta che il fatto è diverso da come descritto nel decreto che dispone il giudizio ovvero nella contestazione effettuata a norma degli artt. 516, 517 e 518, co. 2, [c.p.p.]» e, ancora, «nello stesso modo il giudice procede se il p.m. ha effettuato una nuova contestazione fuori dei casi previsti dagli artt. 516, 517 e 518, co. 2, [c.p.p.]»). Come si è incisivamente rilevato, vero nodo problematico della materia è, invero, quello di stabilire «l'esatto confine tra manifestazioni fisiologiche e patologiche del potere di attribuire al fatto una diversa qualificazione», onde scongiurare il rischio di «surrettizie manipolazioni dei *merita causae* che, sotto la rassicurante etichetta della “diversa qualificazione giuridica del fatto”, [finiscano] per celare – più o meno consapevolmente – vere e proprie ipotesi di modificazione dell'accusa» (in questi termini, DEAN, *Considerazioni minime note su un caso di nullità della sentenza per difetto di contestazione*, in *Cass. pen.*, 1995, 366. Analogamente cfr., inoltre, MARINI, *Sub art. 521 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, V, Torino, 1991, 476-477 e, più di recente, GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, DEAN, GARUTI, MAZZA, *Procedura penale*, III ed., Torino, 2014, 689).

² Cfr., al riguardo, *amplius, infra*, il § 5.

³ In tal senso, *ex multis*, Cass., Sez. V, 26 aprile 2010, N.C., in *Cass. pen.*, 2012, 1464; Id., Sez. VI, 26 febbraio 2010, Faccani, in *Mass. Uff.*, n. 247330; Id., Sez. VI, 6 febbraio 2004, Lombardo, in *Riv. pen.*, 2005, 1414; Id., Sez. VI, 11 giugno 2003, Esposito, *ivi*, 2004, 916; Id., Sez. II, 10 novembre 2000, Gianfreda, in *Mass. Uff.*, n. 218596; Id., Sez. II, 12 ottobre 2000, Fichera, in *Cass. pen.*, 2001, 2777;

Il principio è evocato anche nella pronuncia in commento, ove non proprio velatamente ci si riferisce all'idoneità del «disimpegno difensivo sul fatto diverso» (cioè a dire del «comportamento processuale dell'imputato che comunque si difende dall'accusa») «a superare l'eccezione di nullità della sentenza per violazione dell'art. 521 c.p.p.».

Il *novum* – se così può definirsi – della decisione annotata deve, tuttavia, ravvisarsi nella “singolare” proposta ermeneutica avanzata dai giudici della Terza Sezione penale. Affermano, infatti, questi ultimi che «il comportamento processuale dell'imputato che comunque si difenda dall'accusa se può valere a superare l'eccezione di nullità della sentenza per violazione dell'art. 521 c.p.p., non esime coerentemente il Giudice di merito, che quell'eccezione respinga proprio sul rilievo del disimpegno difensivo sul fatto diverso, dall'utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione (anche istruttori) che si rendano necessari a riequilibrare le carenze che derivino all'imputato dall'aver dovuto prendere posizione su un fatto rivelatosi [...] decisamente diverso da come contestato»¹.

Evidente è la prefigurazione di un inedito potere giurisdizionale istruttorio officioso, oltretutto “mascherato” nelle finalità perseguite: dichiaratamente (e apparentemente) volto a riequilibrare le carenze difensive derivanti all'imputato «*dall'aver dovuto prendere posizione*» [corsivo dell'Autore] su un fatto diverso da quello contestato, l'intervento giurisdizionale *ex officio* sul piano probatorio rischia di tradursi, in realtà, in un improponibile paracadute esegetico rispetto alle carenze accusatorie nella contestazione dell'addebito.

2. Chiamato a rispondere del reato di importazione, a fini di commercializzazione, di un notevole quantitativo di prodotti recante falsa indicazione di provenienza (reato previsto dall'art. 4, co. 49, l. 24 dicembre 2003, n. 350, in relazione all'art. 517 c.p.)⁵, l'imputato è stato condannato per un fatto completamente diverso avente ad oggetto la lavorazione, la fraudolenta etichettatura e la successiva esportazione del prodotto.

Id., Sez. II, 15 marzo 2000, Imbimbo, in *Dir. & giust.*, 2000, 62; Id., Sez. III, 15 luglio 1997, Serafini, in *Cass. pen.*, 1999, 1093; Id., Sez. VI, 12 giugno 1997, Albini, in *Giust. pen.*, 1998, II, c. 625; Id., Sez. VI, 21 febbraio 1995, Sica, in *Mass. Uff.*, n. 201673. *Contra*, cfr., tuttavia, Cass., Sez. VI, 30 settembre 1997, Poggi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 765, secondo cui «quando il fatto ritenuto in sentenza sia diverso da quello contestato sotto il profilo della materialità della condotta e della finalità dell'azione, sussiste violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza *indipendentemente dal fatto che la sentenza abbia recepito la prospettazione dei fatti della difesa e che questa abbia perciò avuto modo di difendersi pienamente sul punto*» (corsivo nostro).

¹ Così come si legge nel § 4.12 della sentenza annotata.

⁵ Nella specie, trattavasi di barattoli di concentrato di pomodoro recanti la falsa stampigliatura di provenienza “*Italian Tomato Paste*” e “*Product of Italy*”.

Nell'eccepire la diversità del fatto contestato rispetto a quello oggetto del processo, l'imputato aveva prospettato, attraverso la testimonianza del responsabile di produzione, la tesi dell'erronea etichettatura⁶, «desumibile dal[la] [circostanza] che, trattandosi di beni lavorati in regime di importazione temporanea e, dunque, soggetti a sicuri controlli doganali in fase di riesportazione [...], sarebbe stato illogico tenere volontariamente la condotta fraudolenta ascrittagli»⁷.

Ciononostante, tanto il giudice di primo grado quanto il giudice di seconde cure avevano respinto le eccezioni difensive: l'uno aveva escluso, a monte, che potesse ravvisarsi la diversità del fatto accertato rispetto a quello contestato; l'altro, pur ritenendo sussistente la dedotta diversità, aveva negato che potesse riscontrarsi una qualche violazione del principio di correlazione, posto che l'imputato si era, comunque, difeso nel merito dell'accusa, prospettando una propria ricostruzione alternativa dei fatti contestatigli.

Di contrario avviso si dichiara la Suprema Corte con la sentenza che qui si annota. «Non v'è dubbio» – secondo gli Ermellini – «che la condotta ascritta all'imputato (l'importazione di prodotti provenienti dalla Cina) [sia] radicalmente e strutturalmente diversa da quella oggetto di condanna (l'esportazione verso gli Stati Uniti di prodotti lavorati ma non prodotti in Italia)»⁸. Alle necessitate conseguenze invalidanti, la Cassazione sostituisce, tuttavia, l'artificioso ragionamento di cui si è già detto, annullando la sentenza impugnata e rinviandone l'esame ad altra Sezione della Corte di appello territorialmente competente.

Sulle conclusioni esegetiche fatte proprie dalla Suprema Corte nella pronuncia in esame si tornerà più diffusamente nel prosieguo, non prima di aver, però, ricostruito, sia pure in termini essenziali, fondamento e disciplina positiva del principio della correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza.

3. Volto a tutelare il diritto di difesa e, con esso, le garanzie connesse al contraddittorio sul contenuto dell'accusa⁹, il principio della correlazione tra

⁶ Nel § 3.2 della sentenza in commento si legge che l'erronea etichettatura di provenienza (recante “*Italian Tomato Paste*” e “*Product of Italy*” anziché “*Packeted in Italy*”) era ascrivibile ad un mero «errore di segnalazione al magazziniere» da parte del responsabile di produzione.

⁷ Così come si legge nel § 3.2 della pronuncia in esame.

⁸ Al riguardo, cfr. il § 4 della sentenza commentata.

⁹ Il principio informatore della correlazione della sentenza con l'accusa è stato sin da sempre rinvenuto nella precipua finalità di salvaguardare il diritto di difesa dell'imputato. Vigente il codice del 1930, cfr., tra gli altri, BETTIOL, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano, 1936, 41; CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 938; GIARDA, *Sul principio di correlazione dell'«accusa» con la «sentenza» fra presente e futuro del processo*

accusa e sentenza preclude che l'imputato possa essere giudicato e condannato per fatti relativamente ai quali non sia stato posto in condizioni di difendersi¹⁰.

Epigono dell'art. 477, co. 2, c.p.p. 1930¹¹, l'articolato normativo di cui all'art. 521, co. 2 e 3, c.p.p. impone al giudice di disporre, con ordinanza, la trasmissione degli atti al p.m. ogniqualvolta accerti la diversità del fatto rispetto a quello descritto nel decreto che dispone il giudizio ovvero nella contestazione effettuata a norma degli artt. 516, 517 e 518, co. 2, c.p.p. ovvero qualora accerti che l'organo d'accusa abbia effettuato una nuova contestazione fuori dei casi previsti dalle norme anzidette¹².

penale, ivi, 1976, 569.

In chiave storica, già FLORIAN, *Della correlazione tra la formula dell'azione e la sentenza nel processo penale*, Venezia, 1899, 3-4 aveva ritenuto che «in ogni bene ordinato processo penale l'individuo portato al pubblico giudizio [dovesse] conoscere l'imputazione precisa, che gli si muove[va], in tempo utile per preparare la propria difesa». Il più noto studioso dell'argomento lo aveva emblematicamente definito come un «problema [...] in funzione di una garanzia di libertà che ogni costituzione democratica ancor prima della legge processuale dovrebbe ammettere e ribadire» (BETTIOL, *Sulla correlazione tra accusa e sentenza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, 733).

¹⁰ A parte si pone la legittima facoltà dell'organo giudicante di emendare, in sede di definizione della regudicanda, la qualificazione giuridica assegnata al fatto di reato con l'atto tipico di esercizio dell'azione penale sancita dall'art. 521, co. 1, c.p.p. («nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione», sempre che, per effetto della riconosciuta diversa qualificazione giuridica, il reato non ecceda la sua competenza né risulti attribuito alla cognizione del Tribunale in composizione collegiale anziché monocratica). In argomento, cfr., specialmente, CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, *passim*; PIZZORUSSO, voce *Iura novit curia. I) Ordinamento italiano*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1; QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, *passim*. Per la problematica concernente la delimitazione dell'esatto confine tra consentita modificazione giuridica del fatto e non consentita immutazione storica dello stesso, cfr., *supra*, la nota n. 1.

¹¹ Inserito tra le disposizioni disciplinanti la redazione della sentenza, l'art. 477, co. 1, c.p.p. 1930 riconosceva al giudice il potere di assegnare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata negli atti contenenti la contestazione dell'accusa, infliggere le pene corrispondenti, quantunque più gravi, e applicare le misure di sicurezza, a patto che, per effetto della diversa qualificazione giuridica, la cognizione del reato non dovesse essere devoluta alla competenza di un giudice superiore o speciale. Specularmente – secondo quanto disposto nel capoverso dell'art. 477 c.p.p. 1930 – tutte le volte in cui dal dibattimento fosse risultata la diversità del fatto rispetto a quello enunciato negli atti contestativi dell'accusa il giudice – eccettuati i casi di cui all'art. 445 c.p.p. 1930 – era tenuto a disporre, con ordinanza, la trasmissione degli atti al pubblico ministero. Tra gli studi monografici più significativi sull'argomento nella vigenza del codice del 1930 si segnalano quelli di ALLEGRA, *Azione e sentenza nel processo penale*, Torino, 1930, *passim*; BETTIOL, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, cit., *passim* e SANSÒ, *La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano, 1971, *passim*.

¹² In attuazione dell'apposito criterio direttivo enumerato dall'art. 2, n. 78 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 (disciplinante il «potere del pubblico ministero nel dibattimento di procedere alla modifica dell'imputazione e di formulare nuove contestazioni inerenti ai fatti oggetto del giudizio», con contestuale «previsione di adeguate garanzie per la difesa»), la contestazione modificativa e suppletiva (per tale definizione di sintesi, cfr. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano,

In tal senso, ben può dirsi che l'obbligo della correlazione tra imputazione e decisione per quanto concerne il fatto si pone quale unico limite alla cognizione del giudice penale, non potendo, questi, pronunciarsi su un fatto che non sia stato preventivamente portato a conoscenza dell'imputato nei modi stabiliti dalla legge¹³.

Altrettanto chiare le conseguenze invalidanti: con norma di «portata generale», comprensiva tanto della «ritualità del procedimento di nuova contestazione», quanto del «rispetto della regola di correlazione tra accusa e sentenza»¹⁴, l'art. 522 c.p.p. sanziona con la nullità l'inosservanza delle disposizioni previste nel capo IV, titolo II, libro VII del codice rubricato «Nuove contestazioni»¹⁵.

1996, 33), disciplinata, rispettivamente, dagli artt. 516, co. 1, e 517, co. 1, e 518, co. 2, c.p.p., onera il p.m. dei relativi incombeni sulla base delle sopravvenute risultanze istruttorie dibattimentali. Più in dettaglio, l'art. 516 c.p.p., nell'occuparsi della semplice modifica dell'imputazione originaria, stabilisce, al suo primo comma, che qualora, nel corso del dibattimento, il fatto inizialmente contestato risulti «diverso» da quello descritto nel decreto di rinvio a giudizio – e sempre che non appartenga alla competenza di un giudice superiore – «il pubblico ministero modifica l'imputazione e procede alla relativa contestazione». Il successivo art. 517 c.p.p. disciplina l'ipotesi della contestazione suppletiva del reato connesso a norma dell'art. 12, co. 1, lett. b) c.p.p. (concorso formale di reati e reato continuato) e della circostanza aggravante, prevedendo, analogamente a quanto si è già detto a proposito del fatto diverso, che il pubblico ministero proceda alla relativa contestazione (sempre che la cognizione non appartenga alla competenza di un giudice superiore). Qualora emerga, infine, un «fatto nuovo», l'art. 518 c.p.p. onera il pubblico ministero di procedere nelle forme ordinarie (co. 1), salvo che la contestazione del medesimo nella stessa udienza sia autorizzata dall'organo giudicante, su richiesta del pubblico ministero e con il consenso dell'imputato ed accertato che non ne derivi pregiudizio per la speditezza dei procedimenti (co. 2). In argomento, cfr., specialmente, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 5 ss., più recentemente, SURACI, *Nuove contestazioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV «*Procedimenti speciali. Giudizio*», II «*Procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica. Giudizio*», a cura di Filippi e Spangher, Torino, 2009, 441 ss. e, da ultimo, ANGELETTI, *Nuove contestazioni nel processo penale*, Torino, 2014, *passim*.

¹³ Analogamente, già LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 852, secondo cui «la decisione del giudice deve mantenersi entro i limiti della indicazione del fatto enunciato nella imputazione».

¹⁴ In questi termini, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 377.

¹⁵ A tale conclusione si è indotti dall'ampia formulazione normativa dell'art. 522 c.p.p., idonea a canalizzare la ritualità del procedimento di nuova contestazione, così come il rispetto della regola della correlazione tra imputazione e sentenza (RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 377). Più in particolare, in una ideale partizione delle patologie riconducibili all'omnicomprensiva previsione di cui all'art. 522 c.p.p. si sono distinti il «vizio di correlazione», quale vizio originario della sentenza connesso ai limiti del potere decisorio del giudice, e i «vizi contestativi» attinenti alla non correttezza del procedimento di nuova contestazione, a loro volta ulteriormente scindibili in vizi, potremmo dire, «formali», derivanti, cioè, dalla violazione delle regole del procedimento di nuova contestazione, e «vizi di ultrapetizione», attinenti, invece, ai casi di pronuncia emessa *ex officio* in ordine a circostanza aggravante, a reato connesso o a fatto nuovo non contestati ai sensi degli artt. 517 o 518, co. 2, c.p.p. Deve darsi conto, infine, della sostanziale divisione interpretativa tra quanti ravvisano nelle patologiche situazioni ricomprese nel dettato dell'art. 522 c.p.p. una nullità di tipo assoluto ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 178, co. 1, lett. b) e 179 c.p.p. poiché poste a presidio dell'esercizio

Ai fini del rispetto del principio di correlazione, occorre, dunque, che il fatto di reato sul quale si pronunzia la sentenza sia identico a quello enunciato nell'imputazione originaria o risultante dalle successive contestazioni dibattimentali. Oltre all'ovvio presupposto che il soggetto contro cui si procede sia sempre il medesimo, occorre che il fatto concreto ipotizzato come illecito penale non sia sostituito da altro diverso¹⁶.

Oggetto di ampi studi tra loro divergenti e risalenti sino ad epoca antecedente l'entrata in vigore del codice previgente¹⁷, la questione concernente l'identità del fatto contestato e l'eventuale "mutamento del fatto" rilevato nel momento decisorio¹⁸ è stata foriera di variegate ed antitetiche opinioni interpretative tanto in dottrina quanto in giurisprudenza¹⁹.

La prima è parsa oscillare tra un approccio rigidamente formalistico, teorizzando la lesione del principio di correlazione a fronte di qualsivoglia possibile discordanza tra fatto oggetto dell'imputazione e fatto ritenuto in sentenza e, dunque, a prescindere da qualsivoglia verifica volta ad accertare una effettiva lesione del diritto di difesa ed uno, di stampo più marcatamente sostanzialista, che, criticando l'eccessivo formalismo dell'altra, ha valorizzato quale parametro discretivo la concreta lesione del diritto di difesa²⁰.

dell'azione penale (RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 417-418) e quanti, invece, ritengono di inquadrarle nel novero delle nullità a regime intermedio ex art. 178, co. 1, lett. c), c.p.p. con soggezione ai limiti di deducibilità di cui all'art. 180 c.p.p. (in tal senso si è costantemente espressa la giurisprudenza: cfr., tra le tante, Cass., Sez. VI, 12 luglio 2012, D.S., in *Mass. Uff.*, n. 253217; Id., Sez. V, 8 gennaio 2009, P.S., *ivi*, n. 243161; Id., Sez. II, 29 gennaio 2008, D.S.G., *ivi*, n. 239545; Id., Sez. II, 17 maggio 2006, A.S., *ivi*, n. 234199; Id., Sez. IV, 29 novembre 2005, P.A., *ivi*, n. 233952; Id., Sez. V, 28 settembre 2005, Di Benedetto e altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 132; Id., Sez. VI, 22 febbraio 2005, Ricco ed altro, *ivi*, 2006, 588; Id., Sez. V, 6 ottobre 2003, in *Mass. Uff.*, n. 226837).

¹⁶ In tal senso, PAGLIARO, voce *Fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 962.

¹⁷ Per una rassegna delle varie posizioni interpretative dottrinali, cfr. BETTIOL, *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*, cit., 46 ss.; LA ROCCA M., *Studi sul problema del "fatto" nel processo penale*, Napoli, 1966, 40 ss. Si deve, invece, a BRICHETTI, *La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale*, Napoli, 1956, 52-67 una disamina ragionata dei vari criteri seguiti prevalentemente in giurisprudenza, tra i quali si ricordano quelli che ponevano l'accento sulla distinzione tra elementi essenziali ed elementi accidentali, della «continenza del reato affermato in quello contestato», del «reato meno grave».

¹⁸ A proposito della distinzione tra "diversità del fatto rilevante ex art. 516 c.p.p." per quanto riguarda la possibilità per il pubblico ministero di procedere alla modifica dell'imputazione e "diversità del fatto rilevante in sede decisoria" ai fini di cui all'art. 521, co. 2, c.p.p., cfr. MARINI, Sub *art. 521 c.p.p.*, cit., 478, nonché già SABATINI GUGL., *Istituzioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1933, 293 («il fatto di cui [...] fa menzione l'art. 477 [c.p.p. 1930] è ben altra cosa dal fatto diverso indicato nello art. 444 [c.p.p. 1930]», posto che quest'ultimo «prevede il caso che risulti nel dibattimento un altro fatto, materialmente distinto e diverso da quello imputato», mentre il primo «prevede il caso che il fatto risultante dal dibattimento non sia quello che era stato imputato, ma un fatto diverso, sicché al giudice viene a mancare l'oggetto stesso della sua decisione»).

¹⁹ Come si è già accennato, *supra*, nel § 1.

²⁰ Per una panoramica delle diverse posizioni, SURACI, *Nuove contestazioni*, cit., 498-499.

Sennonché, anche un approccio di tal fatta non è andato esente da critiche, posto che finiva, con una «indebita inversione metodologica», per anteporre la *ratio* politica dell'istituto (evitare lesioni del diritto di difesa) alla sua disciplina legislativa²¹. In maniera assai convincente si è detto che il fatto «non è diverso in quanto violi il contraddittorio o la difesa, ma viola il contraddittorio e la difesa perché è diverso»²².

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, in maniera pressoché granitica, ha valorizzato il criterio teleologico, considerando l'eventuale lesione del diritto di difesa quale principale (se non esclusivo) parametro di verifica del rispetto del principio di correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza²³.

A questo filone interpretativo hanno aderito, peraltro, anche le Sezioni unite, statuendo che, per potersi parlare di un mutamento del fatto, «occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, si da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa», con la precisazione che la valutazione in parola non può esaurirsi «nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza» e ciò «perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione»²⁴.

²¹ Testualmente, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 29, sulla scia di Illustri Autori, quali CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, cit., 941-942 («l'identità del fatto esige piuttosto di essere valutata alla stregua di un criterio obiettivo e su un piano neutrale, al di là degli interessi contingenti di cui sono portatrici le parti nella vicenda agonistica del processo») e FOSCHINI, *Giurisprudenza degli interessi e relazione della sentenza con l'accusa*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 220 («è logicamente viziata la opinione che assume la lesione dell'interesse della difesa quale criterio per delimitare la relazione tra l'accusa e la sentenza, [...] poiché il pregiudizio del diritto di difesa è la ragione, lo scopo del principio di correlazione tra accusa e sentenza [...] pertanto è la stessa violazione della correlazione che comporta la lesione del diritto di difesa, e quindi non si può all'inverso, affermando che non vi è stata lesione del diritto di difesa, arguirne che non vi è stata immutazione dell'accusa»).

²² Per tale rilievo, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 30.

²³ Cfr. Cass., Sez. I, 19 settembre 1995, Guarneri, in *Cass. pen.*, 1996, 3072; Id., Sez. VI, 17 ottobre 1994, Armanini, *ibidem*, 1255; Id., Sez. I, 15 aprile 1993, Ceraso, *ivi*, 1994, 2194; Id., Sez. V, 5 febbraio 1993, Langella, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 431; Id., Sez. V, 21 maggio 1992, Chirico, in *Cass. pen.*, 1994, 703; Id., Sez. III, 7 febbraio 1992, Nesti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 1992.

²⁴ Ci si riferisce a Cass., Sez. un., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Cass. pen.*, 1997, 360. In senso conforme, di recente, Cass., Sez. IV, 24 settembre 2013, in *Guida dir.*, 2013, n. 47, 90; Id., Sez. II, 7 dicembre 2012, in *Dir. & giust. online*, 14 marzo 2013; Id., Sez. IV, 22 settembre 2011, in *Guida dir.*, 2012, n. 18, 52; Id., Sez. un., 15 luglio 2010, C., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2011, 192, nonché, in precedenza, Cass., Sez. III, 26 gennaio 2005, P., in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1374; Id., Sez. II, 2 dicembre 2004, Crea, in *Guida dir.*, 2005, n. 6, 94; Id., Sez. VI, 14 giugno 2004, Di Bartolo, in *Mass. Uff.*, n.

Seguendo questi dettami si è consolidato l'orientamento interpretativo secondo cui non possa ritenersi sussistente alcuna violazione della regola della correlazione qualora l'imputato abbia svolto le proprie difese anche su ulteriori aspetti del fatto addebitatogli; ciò avviene nel caso in cui l'affermazione della penale responsabilità relativamente ad un fatto diverso rispetto a quello *ab origine* contestato sia stata profilata dall'imputato medesimo come argomento a sua discolta ovvero per farne derivare, eventualmente, una condanna per una fattispecie delittuosa di minore gravità²⁵.

Il principio – come si vedrà di qui a poco, *ex se* censurabile – è recepito anche dalla sentenza che qui si commenta, seppure arricchito da una non trascurabile novità.

4. Nonostante la palese diversità ontologica e strutturale della condotta ascritta all'imputato (l'importazione di prodotti provenienti dalla Cina) rispetto a quella oggetto di condanna (l'esportazione verso gli Stati Uniti di prodotti lavorati ma non prodotti in Italia), la Corte di appello territoriale, pur avendone – al contrario del Giudice di primo grado – riscontrato la sussistenza, aveva escluso, in linea con l'insegnamento della Suprema Corte, che la rilevata diversità avesse comportato alcuna conseguenza proprio

229756; Id., Sez. IV, 4 febbraio 2004, Caffaz e altri, *ivi*, n. 228042; Id., Sez. II, 7 marzo 2003, Bruno, *ivi*, n. 225094; Id., Sez. I, 19 novembre 1999, Cameli, in *Cass. pen.*, 2001, 595; Id., Sez. I, 22 marzo 1999, Merlino, *ivi*, 2000, 3112; Id., Sez. V, 16 ottobre 1998, Russo, *ibidem*, 1759; Id., Sez. VI, 20 maggio 1998, De Michelis, in *Giust. pen.*, 1999, II, c. 385; Id., Sez. VI, 24 ottobre 1997, Todini, in *Cass. pen.*, 1999, 1901; Id., Sez. I, 11 marzo 1997, Sgranfetto, *ivi*, 1998, 3380; Id., Sez. VII, 2 ottobre 1996, Benedetto, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 124.

²⁵ Cfr., al proposito, la giurisprudenza citata *sub* nota n. 2. In senso adesivo, in dottrina, cfr. MARINI, *Sub art. 521 c.p.p.*, cit., 476, secondo cui «le garanzie dovute ex art. 24 co. 2 Cost. sono sostanzialmente rispettate allorché la difesa ha potuto interloquire sull'intero fatto contestato ed ha così avuto la possibilità di affrontare – volendo – anche gli aspetti nascenti di una qualificazione giuridica diversa da quella ipotizzata dall'accusa». *Contra*, FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 470, ad avviso del quale deve ritenersi «scorretto postulare un onere dell'imputato di difendersi, avendo riguardo a tutte le ipotetiche qualifiche del fatto contestato, indipendentemente dalla loro enunciazione (originaria o successiva) nell'atto d'accusa», nonché GRABBI, *Violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza quando il fatto diverso sia stato prospettato dalla difesa a sua discolta*, in *Giur. it.*, 2001, 1470, che, in maniera efficace e volutamente polemica, afferma che, se fosse valido il criterio funzionale così sostenuto dalla giurisprudenza, «saremmo facoltizzati a dedurre che l'ordinamento processuale penale potrebbe tranquillamente rimanere indifferente al fatto che, contestato un determinato reato da parte del pubblico ministero [...], l'imputato venga condannato per altro reato, strutturalmente incompatibile con il primo [...], posto a tutela di un bene giuridico anche diverso e con condotta del tutto differente [...], purché sia stato l'imputato, nelle sue anche deliranti conclusioni difensive raccolte dall'organo giudicante, a prospettare la sussistenza di questo fatto».

«perché l'imputato [aveva] potuto articolare le proprie difese [...] su[l] [...] punto»²⁶.

Con la pronuncia in commento la Cassazione ribadisce la diversità del fatto ritenuto in sentenza rispetto a quello contestato, ma nega che a questa consegua la nullità della sentenza per difetto di correlazione, opponendo, a tal fine, «il comportamento processuale dell'imputato che comunque si difend[a] dall'accusa». Fin qui, potrebbe dirsi, nulla di nuovo. Il reale ed innovativo spunto esegetico rinvenibile nella pronuncia in esame deve ravvisarsi, piuttosto, nell'inedito spostamento del baricentro interpretativo dalle implicazioni concernenti il rispetto del principio di correlazione alle considerazioni relative all'omesso approfondimento probatorio della prospettazione difensiva alternativa.

Per usare le stesse parole del Supremo Collegio, «a fronte dell'iniziale contestazione [...], l'accusa "reale" mostra un'evidente lacuna probatoria della quale non può farsi carico l'imputato, pur se ha addotto le proprie difese»²⁷ [corsivo nostro]. Ed invero, l'indiscutibile rilievo assegnato alla diversa condotta relativa alla fase dell'etichettatura avrebbe richiesto – a parere della Suprema Corte – quantomeno «un più rigoroso esame della tesi difensiva, inequivocabilmente supportata dalla franca assunzione di responsabilità da parte dell'addetto alla produzione»²⁸. Viceversa, «non un cenno [...] viene dedicato al tema difensivo relativo ai controlli doganali in esportazione»²⁹. Di

²⁶ Così, testualmente, il § 4.3 della pronuncia annotata.

²⁷ Come si legge nel § 4.10 della decisione in esame.

²⁸ La versione difensiva era stata, invece, ritenuta non plausibile solo perché proveniente da un soggetto dipendente dell'imputato, nonché in considerazione dell'elevato numero dei barattoli etichettati e, quindi, della grossolanità dell'errore facilmente verificabile. Entrambe le eccezioni sono puntualmente smentite. Nel richiamare un proprio costante orientamento, la Cassazione confuta, anzitutto, il primo argomento, fondato su «un giudizio di aprioristica inattendibilità (se non proprio di falsità) del testimone che non può essere ammesso», posto che, in assenza di specifici e riconoscibili elementi atti a rendere fondato il sospetto della falsità della testimonianza resa, il giudice deve assumere come presupposto che «il teste, fino a prova contraria, riferisca correttamente quanto a sua effettiva conoscenza e deve perciò limitarsi a verificare se sussista o meno incompatibilità fra quello che il teste riporta come certamente vero, per sua diretta conoscenza, e quello che emerge da altre eventuali fonti probatorie di pari valenza» (sul punto, si vedano i §§ 4.8 e 4.9 della pronuncia in commento). Quanto al giudizio di non credibilità dell'errore, i giudici di legittimità sottolineano, in modo assai incisivo, come «lo stesso dato numerico [possa] assumere una diversa valenza a seconda che lo si analizzi in termini assoluti (grossolanità dell'errore), oppure lo si valuti alla luce della specifica dinamica del fatto oggetto di giudizio (aumento del rischio di controlli doganali)» (cfr., al proposito il § 4.7 della sentenza annotata).

²⁹ Nel compendiare il contenuto del corredo probatorio a fondamento dell'affermazione di responsabilità, la Cassazione riferisce come, nell'ambito del giudizio di primo grado, sia stato assunto come testimone dell'accusa il solo funzionario doganale che null'altro aveva potuto riferire se non di avere accertato, in sede di controllo, la presenza dei barattoli indicati nella rubrica. Sebbene l'imputato avesse opposto, attraverso la testimonianza del responsabile di produzione, la tesi dell'erronea segnalazione di etichettatura al magazziniere, «non è mai stato sentito [...] il magazziniere (pur indicato dal responsabile della produzione come destinatario del suo ordine sbagliato), né [...] acquisita (o

qui l'enunciazione del singolare principio di diritto di cui si è detto in premessa. All'analisi dell'approdo esegetico cui giunge la Cassazione nella pronuncia in commento sono dedicate le considerazioni che seguono.

5. La prima *regula iuris* rinvenibile nella massima sopra riportata («il comportamento processuale dell'imputato che comunque si difende dall'accusa [...] può valere a superare l'eccezione di nullità della sentenza per violazione dell'art. 521 c.p.p.») costituisce palese espressione dell'ormai inveterato criterio teleologico.

Non possono non segnalarsi, tuttavia, le perplessità interpretative dalla medesima generati ed opportunamente rilevati dai più attenti studiosi della materia. Si consideri, anzitutto, che un criterio discretivo così congegnato, consegnando, di fatto, il rispetto del principio di correlazione al libero arbitrio interpretativo del giudice, finisca, praticamente, per eludere una tassativa disposizione di legge – quale quella posta dall'art. 521, co. 2, c.p.p. – e le conseguenze sanzionatorie esplicitamente sancite a presidio della medesima dal successivo art. 522 c.p.p.³⁰. A ciò si aggiunga l'inevitabile confusione insinuata nei piani di valutazione da un'applicazione non ragionata del sillogismo fondato sul criterio teleologico, tale da relegare all'oblio il vero elemento discretivo del rispetto del principio di correlazione costituito dal raffronto tra fatto contestato e fatto ritenuto in sentenza³¹. Da ultimo, non è

comunque vagliata) la documentazione relativa all'esportazione dei barattoli» (§ 4.11 della sentenza qui commentata).

³⁰ Si condivide quanto ebbe a sostenere, vigente il codice del 1930, DE LUCA, *Considerazioni intorno all'art. 477 c.p.p.*, in *La Scuola Positiva*, 1964, 240, secondo cui «dire che l'esigenza della contestazione è soddisfatta e quindi il giudice è esonerato dall'osservanza dell'art. 477 [c.p.p. 1930], quando il fatto diverso è emerso nel corso del processo [...] equivale ad attribuire all'interprete un compito che esorbita dai limiti rigidamente segnati dalla legge alla sua funzione, e a fare del giudice il creatore della norma, secondo le insensate pretese della scuola del diritto libero». Particolarmente critico nei confronti di quello che fu definito «criterio realistico di interpretazione dell'art. 477 c.p.p. [1930]» si mostrò BATTAGLINI, *Osservazioni sulla correlazione fra sentenza e accusa contestata*, in *Giust. pen.*, 1956, III, c. 496-497, il quale affermò espressamente che «nella interpretazione della legge processuale il “criterio realistico” [doveva essere] considerato con molta diffidenza quando attraverso di esso si vuol pervenire alla eliminazione di forme o di requisiti formali posti dalla legge con sanzione di nullità per la esplicazione di determinate attività».

³¹ Cfr., al proposito, REYNAUD, *I mutamenti dell'imputazione*, in *Giudizio ordinario*, coordinato da Nosengo, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario - Marzaduri, Torino, 2002, 401-402. L'A., dopo aver riassunto i termini nei quali si configurava il sillogismo derivante dall'applicazione del criterio teleologico («non coincidenza tra imputazione e sentenza—mancata violazione del diritto di difesa—ergo rispetto del principio di correlazione di cui all'art. 521 c.p.p.»), osserva, in senso critico, che, qualora si fosse voluta inserire nel sillogismo giudiziale la verifica circa la violazione del diritto di difesa dell'imputato «senza eliminare il vero elemento di valutazione (costituito dal raffronto tra fatto contestato e fatto ritenuto)», si sarebbe dovuto, piuttosto, assumere la seguente equazione «non coincidenza tra imputazione e sentenza—sostanziale eguaglianza del fatto contestato —ergo rispetto del principio di correlazione e del diritto di difesa».

dato capire «come il giudice [...] [sia] in grado di giudicare sulle possibilità di difesa dell'imputato e di sapere ciò in cui una linea difensiva [possa] essere impedita o menomata»³².

Alla luce di tali molteplici e condivisibili rilievi critici, ci si è, pertanto, progressivamente affrancati dal criterio di natura teleologica, elevando a parametro discretivo idoneo a valutare il rispetto del principio di correlazione altro criterio (quello di natura strutturale), in forza del quale il vizio di correlazione è valutato non più sulla base di una pretesa lesione del diritto di difesa, ma, in modo senz'altro più ortodosso, sulla base della conformità tra il fatto emerso alla chiusura dell'istruzione dibattimentale e quello descritto nell'ultima imputazione contestata.

In altri termini, esclusa la rilevanza di difformità di minimo conto nella ricostruzione storica e giuridica degli elementi costitutivi del fatto, si è giunti ad affermare il principio per cui l'immutazione del fatto si verifica soltanto allorché tra i due episodi ricorra un rapporto di eterogeneità o di incompatibilità radicale per essersi realizzata una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti sostanziali dell'addebito³³.

La sostanziale integrità della difesa non costituisce più, dunque, — né, per quanto si è detto poc'anzi, potrebbe costituire — l'unico criterio per valutare il rispetto o meno del principio di correlazione, ma, eventualmente, soltanto uno degli indici rivelatori della mancata corrispondenza tra il fatto contestato e il fatto ravvisato dal giudice in sede di deliberazione, così spostando, più correttamente, il nodo del giudizio «dall'interpretazione della norma in funzione dell'interesse protetto all'indagine concettuale dell'identità del fatto»³⁴.

La conclusione esegetica patrocinata dalla Cassazione nella pronuncia in esame pare ancor più criticabile laddove assomma ad un difetto — che

³² In tal senso, SPANGHER, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 306.

³³ «Per aversi “mutamento del fatto”, occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta, che non consenta di rinvenire, tra il fatto contestato e quello accertato, un nucleo comune identificativo della condotta, riscontrandosi invece un rapporto di incompatibilità ed eterogeneità che si risolve in un vero e proprio stravolgimento dei termini dell'accusa a fronte del quale si verifica un reale pregiudizio dei diritti della difesa» (in questi termini, Cass., Sez. II, 16 ottobre 2007, p.g. in proc. c. C.F., in *Mass. Uff.*, n. 239320); in senso conforme, cfr. anche Cass., Sez. V, 5 luglio 2005, Carbonari, in *Guida dir.*, 2005, n. 37, 90; Id., Sez. I, 10 dicembre 2004, Addis, in *Mass. Uff.*, n. 230771; Id., Sez. VI, 13 giugno 2003, Conversano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 678; Id., Sez. VI, 20 febbraio 2003, Ciobanu, *ibidem*, 678; Id., Sez. III, 9 febbraio 2000, Pelosi, in *Cass. pen.*, 2001, 2164; Id., Sez. I, 14 aprile, 1999, Iacovone, *ivi*, 2000, 2372.

³⁴ Così GRILLI C., *Difetto di correlazione tra imputazione contestata e sentenza: criteri di verifica a confronto*, in *Cass. pen.*, 2008, 1983.

potremmo definire “originario” in quanto oramai radicato nell’interpretazione giurisprudenziale – uno ulteriore. All’inaccettabile inversione a carico dell’imputato (che si difenda, comunque, su ulteriori profili dell’addebito contestato, proponendo una propria ricostruzione alternativa dei fatti) dell’onere di correlazione si assomma l’implicita prefigurazione di un ancora più inaccettabile onere probatorio a carico del giudice che si determini a respingere quell’eccezione proprio in virtù della prospettazione difensiva alternativa sul fatto diverso («il comportamento processuale dell’imputato che comunque si difende dall’accusa [...] non esime coerentemente il Giudice di merito, che quell’eccezione respinga proprio sul rilievo del disimpegno difensivo sul fatto diverso, dall’utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione (anche istruttori) che si rendano necessari a riequilibrare le carenze che derivino all’imputato dall’aver dovuto prendere posizione su un fatto rivelatosi però decisamente diverso da come contestato»).

Noti sono i punti di frizione sottolineati in dottrina a proposito dei poteri probatori officiosi e del difficile bilanciamento dei medesimi tanto rispetto al generale principio dispositivo sancito dall’art. 190, co. 1, c.p.p. («le prove sono ammesse a richiesta di parte») quanto rispetto al principio costituzionale di terzietà dell’organo giudicante di cui all’art. 111, co. 2, Cost.³⁵.

Come si è detto efficacemente, «soltanto radicalmente ridimensionando l’interferenza della giurisdizione nell’iniziativa probatoria è possibile ottenere nel processo penale una reale equidistanza tra giudice e parti», posto che «il momento di massima qualificazione del principio di terzietà del giudice» si rinviene nell’«estranietà di quest’ultimo al fenomeno probatorio»³⁶.

Se anche in relazione alla norma-simbolo dell’iniziativa giurisdizionale in materia probatoria (l’art. 507 c.p.p.)³⁷ si sono avanzati fondati dubbi di

³⁵ Sul fondamento ideologico dell’iniziativa probatoria giurisdizionale, cfr., per tutti, DEAN, *Il difficile equilibrio tra parti e giudice nell’assunzione della prova dibattimentale mediante l’esame*, in *questa Rivista*, 2012, 275.

³⁶ Così DEAN, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 174. Esprime dubbi a proposito della «coerenza» dei poteri probatori officiosi «con la costruzione lineare di un processo concepito in chiave accusatoria» TRANCHINA, *Nostalgie inquisitorie nel “sistema accusatorio” del nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1989, 390.

³⁷ Per una ampia «digressione storico-ricostruttiva» in ordine al potere istruttorio del giudice dibattimentale consacrato dall’art. 507 c.p.p. cfr. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 157 ss.; DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, 213 ss.; TONINI, *Iniziativa d’ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 2010 ss.

A proposito della portata applicativa dell’art. 507 c.p.p. nell’elaborazione giurisprudenziale, cfr. le note Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 822, secondo la quale a) il potere del giudice di assumere, anche d’ufficio, mezzi di prova ben può essere esercitato anche se si

«ortodossia costituzionale» in relazione al disposto di cui all'art. 111, co. 2, Cost., in quanto disposizione latamente espressiva delle «perduranti inclinazioni inquisitorie del processo penale», con conseguente snaturamento del ruolo dei suo protagonisti³⁸, non si vede come possa trovare una propria

tratti di prove dalle quali le parti siano decadute – per mancata o irrituale indicazione nella lista di cui all'art. 468 c.p.p. – dovendosi intendere per prove “nuove” ai sensi dell'art. 507 c.p.p. tutte quelle precedentemente non disposte, siano esse preesistenti o sopravvenute, conosciute ovvero sconosciute; b) tale potere suppletivo non trova ostacolo nella circostanza che non vi sia stata alcuna acquisizione probatoria ad iniziativa delle parti, dato che la locuzione «terminata l'acquisizione delle prove» indica non il presupposto per l'esercizio del potere del giudice, ma solo il momento dell'istruzione dibattimentale a partire dal quale – nell'ipotesi normale in cui tali acquisizioni vi siano state – può avvenire l'assunzione delle nuove prove. A commento della pronuncia, cfr., *ex multis*, MARAFIOTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, *ibidem*, 829.

Intervenuto in materia, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 507 c.p.p. sollevate, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 25, 76, 77, 101, 111 e 112 Cost., ritenendo erroneo il presupposto interpretativo, secondo cui le condizioni alle quali detta norma subordina il potere del giudice di assunzione d'ufficio di mezzi di prova siano da intendere nel senso che tale potere non possa essere esercitato né nel caso in cui da tali prove le parti siano decadute per la mancata o tardiva indicazione dei testimoni nella lista prevista dell'art. 468 c.p.p., né nel caso in cui non vi sia stata ad iniziativa di esse una qualunque attività probatoria (Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. cost.*, 1993, 901, con note di SPANGHER, *L'art. 507 c.p.p. davanti alla Corte costituzionale: ulteriore momento nella definizione del “sistema accusatorio” compatibile con la Costituzione*, *ibidem*, 919, VALENTINI REUTER, *La Corte costituzionale alle prese con l'art. 507 c.p.p., ovvero: ritorno al futuro*, *ibidem*, 922, nonché di FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1065).

Successivamente, si veda l'ulteriore intervento a Sezioni unite, con il quale la Suprema Corte, nel confermare l'orientamento già espresso dalla sentenza Martin del 1992 (e condiviso anche dalla Corte costituzionale nell'anno successivo), ribadiva, per un verso, che l'iniziativa officiosa dovesse essere «assolutamente necessaria» e la prova dovesse conseguentemente avere carattere di decisività (diversamente da quanto avviene nell'esercizio ordinario del potere dispositivo delle parti in cui si richiede soltanto che le prove siano ammissibili e rilevanti) e sottolineava, per altro verso, che il potere *de quo* dovesse esercitarsi nell'ambito delle prospettazioni delle parti e non per supportare probatoriamente una diversa ricostruzione che il giudice potesse ipotizzare, pena la violazione del basilare principio di terzietà della giurisdizione (Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, 952, con osservazioni di VESSICHELLI, *ibidem*, 963 e con commenti di APRILE, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 507 c.p.p.: una nuova sentenza che non elimina ogni dubbio interpretativo*, *ibidem*, 3341 e di BELLUTA, *Irripetibilità congenita degli atti d'indagine e poteri istruttori del giudice dibattimentale: dalle Sezioni unite un intervento (non proprio) chiarificatore*, *ivi*, 2008, 1079).

Da ultimo, la Consulta si è nuovamente espressa in materia, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 507 c.p.p., nella parte in cui – secondo l'interpretazione accolta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione – consente al giudice di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova anche quando si tratti di prove dalle quali le parti sono decadute per mancato o irrituale deposito della lista prevista dall'art. 468 c.p.p. e, a seguito di tale decadenza, non vi sia stata alcuna acquisizione probatoria (Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 73, in *Giur. cost.*, 2010, 833, annotata da PAULESU, *Iniziativa probatorie del giudice dibattimentale e «giusto processo»*, *ibidem*, 842).

³⁸ In questi termini, DEAN, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, cit., 174, il quale auspica un'opportuna verifica della Corte costituzionale, pur ritenendo l'evenienza «tutt'altro che probabile», stante l'intuibile ritrosia dell'ordine giudiziario a «mettere in discussione l'indiscriminato potere di suppletiva probatoria che l'art. 507 c.p.p. attualmente gli concede» (*ibidem*, 175). Sulla necessaria

autonoma dignità processuale, anche alla luce del clausola derogatoria generale codificata dall'art. 190, co. 2, c.p.p. («la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse d'ufficio»), una sorta di potere probatorio officioso *extra ordinem*, quale quello prefigurato dalla pronuncia in commento, oltretutto attivabile in casi nei quali, a rigor di codice, dovrebbe prevalere una eccezione di nullità.

Se è vero che la correlazione tra l'imputazione contestata e la sentenza postula il diritto dell'imputato ad essere giudicato solo per il fatto formalmente addebitatogli, cosicché il giudice non potrà legittimamente pronunciarsi su un fatto che non sia stato preventivamente portato a sua conoscenza nei modi stabiliti dalla legge, diversamente violandosi le fondamentali garanzie connesse all'esercizio del diritto di difesa, allora non possono ammettersi soluzioni interpretative – come quella patrocinata dalla Terza sezione penale – che, quantunque suggestive, si appalesano poco comprensibili tanto dal punto di vista normativo che di sistema.

Sostiene la Cassazione che «a fronte dell'iniziale contestazione [...] l'accusa "reale" mostra un'evidente lacuna probatoria della quale non può farsi carico l'imputato, pur se ha addotto le proprie difese». Già il riferimento ad un non meglio definito concetto di "accusa reale" lascia perplessi alla luce della non equivoca nozione di imputazione – da formularsi, come noto, da parte dell'organo dell'accusa, mediante uno degli atti tipici costituenti esercizio dell'azione penale – e alla luce dei meccanismi contestativi di adeguamento della contestazione iniziale alle eventuali sopravvenienze dibattimentali – anch'essi puntualmente previsti. Ma quel che più stupisce è la disinvoltura con la quale, dapprima, si teorizza che «la difesa [debba] essere completa ed effettiva poiché altrimenti rischia di trasformarsi in un formale orpello contraddittoriamente utilizzato solo per disattendere una fondata eccezione di nullità il cui accoglimento avrebbe consentito all'imputato di articolare le proprie difese in modo più coerente con il tenore reale dell'accusa»³⁹ e, poi, anziché concludere per la nullità della sentenza non correlata all'accusa, si devia l'analisi sulle lacune probatorie connesse alla verifica di attendibilità della prospettazione difensiva alternativa, onerando il Giudicante di ricorrere a «tutti gli strumenti a sua disposizione (anche istruttori) che si rendano necessari a riequilibrare le carenze che derivino all'imputato dall'aver dovuto prendere posizione su un fatto rivelatosi però decisamente diverso da come contestato».

«verifica di congruità» dell'iniziativa probatoria officiosa alla luce dei principi del giusto processo, cfr. MAGLIOCCA, *Assunzione della prova ex officio e giusto processo*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti e Fiorio, Padova, 2004, 259.

³⁹ Così come affermato nel § 4.13 della sentenza annotata.

Detto diversamente, nonostante il fine sforzo interpretativo della Cassazione, il rimedio pare peggiore del male, posto che non sembra financo teorizzabile una qualche forma di supplenza probatoria da parte del giudice a fronte di insuperabili lacune nella formulazione e, successivamente, nella modulazione dibattimentale dell'accusa, imputabili, ovviamente, al solo organo requirente.

ERICA FARINELLI