

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ANNO XV - Direzione e redazione Strada 1 Palazzo F6 20090 Milanofiori Assago (MI)

1 2009

www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso

**Sicurezza atto secondo:
luci ed ombre**

**Indulto ai condannati all'estero
trasferiti in Italia**

**Silenzio dell'imputato,
difesa tecnica e riti alternativi**

DIREZIONE SCIENTIFICA
Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO
Paolo Ferrua
Francesco Palazzo
Sergio Seminara
Paolo Tonini



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Prove

“Libertà di prova” e “diritto alla prova” nel nuovo giudizio abbreviato

di **Leonardo Suraci**

Il connubio tra il giudizio abbreviato e le investigazioni difensive ha spostato radicalmente il baricentro del processo penale, ridisegnando la struttura delle connessioni esistenti tra il primo ed il giudizio dibattimentale. Infatti, la scelta in favore del rito differenziato non implica più, necessariamente, una rinuncia da parte dell'imputato a diritti fondamentali in tema di prova ma, semmai, una opzione in favore di peculiari modalità di esercizio dei diritti medesimi. L'immissione diretta di elementi di prova unilateralmente formati dal difensore costituisce indubbiamente una forma di esercizio del diritto alla prova, addirittura, sotto diversi profili, rafforzata rispetto ad ogni altra. L'imputato che opta per il rito abbreviato “sceglie”, non “subisce”. In questo quadro, allora, non costituisce un azzardo discutere della correttezza dogmatica e sistematica del mantenimento della connotazione premiale del giudizio abbreviato.

Introduzione

Il tema del rapporto tra le investigazioni difensive ed il giudizio abbreviato presenta profili di problematicità e propone spunti di riflessione di notevole spessore, legati per lo più al combinarsi di due settori del sistema processuale sorretti dal principio dispositivo.

L'indagine privata, come è stato messo in evidenza dalla dottrina che ha approfondito lo studio delle innovazioni introdotte dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, presenta infatti il carattere della “disponibilità” (1), nel senso che il difensore non è gravato da un dovere investigativo, ma compie atti d'indagine soltanto sulla base di un giudizio di necessaria funzionalità rispetto alla piena attuazione della propria strategia difensiva (2).

L'indagine difensiva può, inoltre, delinearsi in termini di “frammentarietà”, da intendersi, questa, nel senso di libertà del difensore di scegliere gli atti investigativi da compiere e le risultanze da portare a conoscenza dell'antagonista pubblico e, quindi, da sottoporre alla valutazione del giudice (3).

Il giudizio abbreviato, a sua volta, è divenuto, a seguito della riforma attuata con la l. 16 dicembre 1999, n. 479, una forma processuale attivabile su iniziativa dell'imputato, secondo uno schema introduttivo nell'ambito del quale al pubblico ministero è stato sottratto qualsiasi potere di interferenza ed al

giudice, qualora si tratti di richiesta semplice, un effettivo giudizio di ammissibilità.

La previsione di un meccanismo che rimette all'imputato la formazione diretta della prova da utilizzare nell'ambito di un processo al quale ha il “diritto” di accedere, ha posto al centro dell'attenzione i problemi connessi ad una soluzione normativa che, in termini assolutamente innovativi, finisce con l'identificare nell'attività d'indagine difensiva il nuovo baricentro del sistema processuale penale.

L'utilizzabilità delle indagini difensive nel giudizio abbreviato

Come è noto, la documentazione relativa all'attività investigativa difensiva è destinata a confluire, in

Note:

(1) A differenza dell'attività d'indagine del pubblico ministero, la quale, essendo finalizzata al conseguimento di risultati di carattere pubblicistico, non può che essere “necessaria”.

(2) R. Bricchetti, *L'attività investigativa del difensore*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001, 111 ss. E. Randazzo, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, in *Dir. e giust.*, 2003, 44, 10 ss., ha individuato proprio in questa caratteristica l'elemento idoneo ad escludere l'assunzione della qualità di pubblico ufficiale da parte del difensore investigante: al contrario, il difensore «ove fosse mai divenuto un pubblico ufficiale, avrebbe l'obbligo giuridico di investigare».

(3) Ancora una volta, fra i tanti, v. E. Randazzo, *Indagini difensive, ecco in cosa differiscono da quelle pubbliche*, cit., 12.

originale o in copia, nel c.d. "fascicolo del difensore", il quale, ai sensi dell'art. 391 *octies* c.p.p., è "formato e conservato presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari".

La relazione che si viene a creare tra il materiale custodito nel fascicolo suddetto e le fasi del procedimento nell'ambito delle quali può collocarsi la scelta dell'imputato a favore dell'introduzione del giudizio speciale è di per sé sufficiente a sottrarre a qualsiasi discussione la tesi dell'introduzione di forme d'impiego diretto dei risultati dell'indagine difensiva nella fase processuale semplificata.

L'art. 391 *octies*, comma 1, c.p.p., infatti, espressamente dispone che il difensore può presentare direttamente al giudice, quando deve assumere una decisione con l'intervento della parte privata, gli elementi favorevoli al proprio assistito acquisiti durante l'inchiesta parallela e ciò può avvenire, precisa la norma, nel corso delle indagini preliminari e "nell'udienza preliminare" (4).

L'opzione difensiva di offrire al giudice dell'udienza preliminare gli elementi acquisiti nel corso delle indagini private implica che il contenuto del fascicolo processuale si arricchisca di elementi di prova idonei ad essere utilizzati a prescindere dagli sbocchi che l'udienza potrebbe avere e, dunque, anche per l'ipotesi di una sua evoluzione da parentesi interlocutoria in fase a tutti gli effetti giudiziale (5). Nel nuovo contesto normativo, dunque, il dato formale emergente dalla delimitazione del materiale utilizzabile nell'ambito del giudizio abbreviato, contenuta nell'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p., perde rilievo in virtù di una ricostruzione ispirata alla sistematica ed alla logica complessive del nuovo modello processuale penale.

Infatti, materiali in astratto suscettibili di impiego nella fase dibattimentale (6) non possono coerentemente sottrarsi ad un regime di utilizzabilità piena nel corso di una fase processuale la cui struttura impone al principio del contraddittorio nella formazione della prova di indietreggiare per fare spazio ad un metodo di accertamento che privilegia l'unilateralità (7).

Sul piano propriamente normativo, poi, sembra evidente che il sistema relazionale introdotto dall'art. 391 *octies* c.p.p. si integri con il canale ostensivo creato dall'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p. in relazione alle acquisizioni investigative del pubblico ministero (8), al punto che proprio dalla disciplina da quest'ultimo delineata scaturisce la conferma definitiva della preferenza da accordare alla tesi maggiormente aperta alla valorizzazione del contributo probatorio difensivo rispetto ad ogni frangente della procedura penale (9).

La norma, infatti, dispone che il giudice utilizzi ai fini della deliberazione, oltre agli atti trasmessi con la richiesta di rinvio a giudizio ed alle prove assunte in udienza, la documentazione di cui all'art. 419, comma 3, c.p.p., ossia "la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio" dal pubblico ministero e dai difensori delle parti private (10) e sembra evidente che la facoltà d'impiego del materiale reperito nel supplemento investigativo non può non dare per scontato un principio (11) di generale utilizza-

Note:

(4) Il comma 2 della disposizione in questione completa la disciplina prevedendo che: "Nel corso delle indagini preliminari il difensore che abbia conoscenza di un procedimento penale può presentare gli elementi difensivi di cui al comma 1 direttamente al giudice, perché ne tenga conto anche nel caso in cui debba adottare una decisione per la quale non è previsto l'intervento della parte assistita".

(5) In questo senso, tra i tanti, N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2003, 493 ss.

(6) L'art. 391 *decies*, comma 1, c.p.p. esplicitamente consente l'impiego delle risultanze a contenuto dichiarativo acquisite nel corso dell'indagine privata nell'ambito dello scenario dibattimentale, sia pure entro i margini delineati dagli artt. 500, 512 e 513 c.p.p. Deve ricordarsi, altresì, come le barriere elevate a tutela del principio di separazione delle fasi siano destinate a cadere in presenza di un accordo tra le parti processuali, a norma degli artt. 431 e 493 c.p.p.

(7) V., in senso adesivo, N. Ghizzardi, *Il giudizio abbreviato tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Bari, 2006, 55, per il quale «attesa la *ratio* della legge 7.12.2000, n. 397 in materia di indagini difensive, sarebbe ingiustamente penalizzante escludere l'utilizzabilità delle investigazioni del difensore nel rito abbreviato».

(8) La norma in questione, come è noto, è stata introdotta dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479, dunque in una fase storica nella quale il sistema ignorava una disciplina organica dei poteri investigativi della difesa. Ritiene che l'elencazione contenuta nell'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p. sia tassativa, invece, M. Mannucci, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 2951, il quale, anche alla luce della disciplina che presiede alla formazione e conservazione del c.d. "fascicolo del difensore", ritiene che «in sede di giudizio abbreviato, il difensore potrà utilizzare gli atti contenuti nel proprio fascicolo esclusivamente per sollecitare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice ai sensi dell'art. 441 comma 5 c.p.p.».

(9) In conformità, d'altra parte, con la *ratio* complessiva dell'intervento normativo adottato con la legge sulle investigazioni difensive. Non a caso, infatti, l'art. 391 *octies*, comma 2, c.p.p. apre la strada all'impiego delle risultanze dell'indagine difensiva in vista di "qualsiasi decisione" che il giudice per le indagini preliminari è chiamato ad adottare ed a prescindere dall'intervento della parte privata interessata.

(10) Con la l. 7 dicembre 2000, n. 397 sono state soppresse le parole "comunicato al pubblico ministero" che figuravano nell'art. 419, comma 3, c.p.p., con ciò estendendo agli avvisi destinati a tutte le parti la necessità di compendiare l'invito a depositare le risultanze dell'attività d'indagine integrativa eventualmente compiuta.

(11) Sancito autorevolmente, sia pure in forma di *obiter dictum*, dalla Corte costituzionale nell'ordinanza 13-28 gennaio 2005, n. 57. La medesima statuizione è stata ribadita nella sentenza costituzionale 10-20 luglio 2007, n. 320.

bilità delle risultanze dell'investigazione difensiva (12).

Senza considerare, poi, che l'art. 391 *octies*, comma 4, c.p.p. conserva all'interessato una facoltà di canalizzazione dei risultati dell'investigazione difensiva a favore del pubblico ministero che, ovviamente, non potrebbe avere altro esito se non l'inserimento degli stessi nel fascicolo delle indagini preliminari, ossia quel fascicolo cui fa riferimento proprio l'art. 441, comma 1 *bis*, c.p.p. (13).

Orbene, appare illogica un'ipotesi interpretativa che, valorizzando il dato formale, finisca per ancorare l'utilizzabilità degli elementi acquisiti dal difensore al veicolo comunicativo utilizzato, ossia negarla relativamente agli atti inseriti nel fascicolo del difensore ed ammetterla, invece, in caso di presentazione diretta al pubblico ministero.

Sul piano delle conseguenze, tra l'altro, la tesi implicherebbe il recupero di una sorta di dovere di "canalizzazione" solo apparentemente dissimile da quello configurato dalla Corte di cassazione durante la vigenza dell'art. 38 disp. att. c.p.p. (14).

Ma, a ben vedere, soffermandosi ancora sul dato letterale, non sarebbe azzardato ricondurre la produzione probatoria difensiva nell'ambito dell'udienza preliminare alla categoria delle "prove assunte nell'udienza", utilizzabili ai sensi dell'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p.

A prima vista potrebbe obiettarsi che il legislatore abbia inteso fare riferimento ai risultati dell'attività acquisitiva delle prove c.d. "costituende" intrapresa ai sensi degli artt. 422, 438, comma 5 e 441, comma 5, c.p.p., le uniche alle quali può, correttamente, riferirsi la formula normativa "assumere la prova".

«La perifrasi "acquisire la prova" - si è, infatti, osservato in dottrina - «nel lessico tecnico giuridico equivale [...] ad "immettere nel processo una cosa", cioè una "prova che preesiste nella realtà extraprocessuale"; allorché, invece, la prova tragga origine da un'attività svolta secondo il rito previsto dalle norme, debba, cioè, essere costituita, si deve parlare di "assunzione" del relativo "mezzo di prova"» (15).

Tuttavia, la stessa dottrina riconosce che il legislatore della nuova codificazione abbia fatto un uso «promiscuo» dei due vocaboli (16), di talché l'impiego dell'uno anziché dell'altro in determinati contesti, tra i quali, appunto, quello delineato dall'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p., è circostanza dalla valenza significativa assolutamente neutra.

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 parte della 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, comma 5, c.p.p. in relazione a questo tipo di richiesta (17).

La tesi, prospettata in chiave "ortopedica" al fine di «salvare il rito sommario dall'ennesima pronuncia d'incostituzionalità» (18), 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 ren-

Note:

(12) La dottrina maggioritaria aderisce alla tesi dell'utilizzabilità dei risultati dell'indagine difensiva nell'ambito del giudizio abbreviato. Oltre a N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, cit., 493 ss., v., fra i tanti, F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 87 s.; *Contra*, come già visto, M. Mannucci, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, cit., 2951 ss., il quale fonda la propria opinione, tra l'altro, su una esegesi letterale dell'art. 391 *octies*, comma 3, c.p.p. La norma, come è noto, prevede che dopo la chiusura delle indagini preliminari il fascicolo del difensore confluisca nel fascicolo di cui all'art. 433 c.p.p., ossia nel fascicolo destinato al pubblico ministero e comprensivo degli atti diversi da quelli confluiti nel fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 431 c.p.p. Dunque, la formazione del fascicolo del pubblico ministero presuppone che l'udienza preliminare defluisca secondo le forme ordinarie, di talché, al di là di questa ipotesi, il materiale investigativo difensivo rimarrebbe escluso dalle linee di comunicazione con l'udienza preliminare. La tesi finisce con l'attribuire alla formula normativa una portata dirimente che, all'evidenza, non ha, perché contrastata dai risultati dell'indagine sistematica e teleologica.

(13) "Il difensore" - recita la disposizione codicistica - "può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito".

(14) Ci permettiamo di rinviare, sul tema, a L. Suraci, *Prova dichiarativa e investigazioni difensive*, Reggio Calabria, 2004, 35 ss.

(15) T. Trevisson Lupacchini, *Il procedimento probatorio nel linguaggio del vigente codice di procedura penale*, in *Giust. pen.*, 1992, c. 554.

(16) T. Trevisson Lupacchini, *Il procedimento probatorio nel linguaggio del vigente codice di procedura penale*, cit., c. 554.

(17) La proposta è stata formulata da F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 90 ss. L'alternativa, secondo l'Autore, sarebbe quella di imporre alla difesa il deposito della documentazione delle investigazioni svolte in concomitanza delle indagini preliminari appena conclusa tale fase. La soluzione non può, però, essere accolta in quanto incompatibile con la disciplina del profilo temporale dell'investigazione difensiva, la quale non contempla termini perentori assimilabili a quelli delle indagini preliminari.

(18) F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 90.

dere 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 assolutamente inaccettabile.

D'altra parte, il pubblico ministero conserva inalterata, anche in questa evenienza, la facoltà di sollecitare l'esercizio del potere, attribuito al giudice dall'art. 441, comma 5, c.p.p., di assumere, eventualmente anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione, non potendosi trascurare di considerare che «nel nuovo giudizio abbreviato il potere di integrazione probatoria è configurato quale strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il rispetto di quei valori» (19).

I dubbi di legittimità costituzionale del binomio indagini difensive-giudizio abbreviato

La possibilità, offerta alla difesa, di influenzare con atti formati unilateralmente la decisione conclusiva del giudizio abbreviato, accompagnata dalla mancanza di un significativo riconoscimento del "diritto alla prova" a favore del pubblico ministero, il quale, estromesso dalla fase introduttiva del giudizio speciale, non ha spazi per interloquire sulle scelte difensive implicanti la trasformazione funzionale del materiale investigativo, ha indotto autorevoli voci dottrinarie ad individuare nel binomio indagini difensive-giudizio abbreviato una combinazione contrastante con il principio della parità delle parti, questa volta incrinato nel suo equilibrio a vantaggio della difesa (20).

Ne è scaturita l'insorgenza di dubbi circa la legittimità costituzionale di una disciplina che non contempla reciprocamente la necessità del consenso di tutte le parti processuali ai fini dell'inserimento degli atti d'indagine da chiunque compiuti nel patrimonio conoscitivo del giudice (21).

È stato sottolineato, infatti, che «[a]ccogliere un'esegesi volta a tutelare esclusivamente la posizione del soggetto richiamato dalla lettera normativa significherebbe sia ledere il principio di parità delle parti tra le parti sancito dall'art. 111 comma 2 Cost. che negare lo stesso valore epistemologico del contraddittorio, che verrebbe appunto smentito qualora non fosse sempre richiesto il consenso della parte controinteressata per rendere utilizzabile a fini decisori l'atto acquisito dal suo avversario al di fuori del pur instaurabile confronto dialettico» (22).

Un rilievo di carattere strettamente formale consentirebbe, tuttavia, di diradare le nubi che si addensa-

no sul giudizio speciale e che hanno indotto la dottrina a proporre, come abbiamo visto, «una lettura "ortopedica" dell'ordito codicistico, proprio per verificare se all'interno della compagine processuale esistano rimedi idonei a garantire le prerogative dell'organo inquirente e, quindi, a "salvare" il rito sommario dall'ennesima pronuncia d'incostituzionalità» (23).

L'art. 111, comma 5, Cost., infatti, dispone che la legge può prevedere deroghe al principio del contraddittorio nella formazione della prova, vincolando il legislatore al concorso di precisi e inderogabili presupposti tra i quali non ricorre il necessario consenso del pubblico ministero.

Il senso della scelta costituzionale è subito percepibile, implicando che, secondo la Carta Fondamen-

Note:

(19) Corte cost., ord., 20 giugno 2005, n. 245. Sempre in relazione all'ipotesi considerata, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 438 e 442, comma 1 bis, c.p.p. con l'ordinanza 2 marzo 2007, n. 62.

(20) V., per tutti, P. Gaeta, *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del pubblico ministero*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 129.

(21) Cfr., fra gli altri, G. Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1136, secondo il quale non è costituzionalmente ammissibile il conferimento del valore di prova all'atto d'indagine difensiva in virtù del semplice consenso dell'imputato. Secondo l'Autore, l'art. 111, comma 5, c.p.p. fa riferimento al consenso dell'imputato solo perché il legislatore pensava all'utilizzo probatorio degli atti d'indagine del pubblico ministero, non essendo ancora in vigore la legge di riforma delle investigazioni difensive. Ne deriva che, senza il consenso del pubblico ministero, l'atto investigativo difensivo non potrebbe essere utilizzato come prova nell'ambito del giudizio abbreviato. *Contra*, però, G. Lozzi, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1091, il quale esclude che il testo dell'art. 111, comma 5, Cost. sia stato influenzato dalla mancanza di una organica disciplina delle investigazioni difensive, esistendo già allora l'art. 38 disp. att. c.p.p.

(22) G. Ubertis, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, Torino, 2007, 171. Così, anche, G. Giostra, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, cit., 1136; *Id.*, *Prova e contraddittorio. Note a margine di una garbata polemica*, in *Cass. pen.*, 2002, 3291, ove ribadisce che «[n]on si può ritenere, rimanendo filologicamente abbarbicati al testo del comma 5 dell'art. 111 Cost., che questo autorizzi un sistema in cui sia sufficiente il consenso dell'imputato ad operare la trasmutazione genetica di un suo atto di indagine in prova: appare evidente come tale autopromozione probatoria della investigazione di parte sarebbe priva di qualsiasi significato epistemologico». V., altresì, M. Manucci, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, cit., 2951 s., per il quale «[i]l diritto potestativo dell'imputato, ormai svincolato dal limite della necessità del consenso dell'altra parte, non può addirittura estendersi, senza violare il principio del contraddittorio e della parità delle parti di cui all'art. 111 comma 2 Cost., alla privazione della facoltà del p.m. di controinterrogare i testimoni già sentiti dal difensore nel proprio studio professionale».

(23) F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 90 ss.

tales, «il contraddittorio non è una “risorsa” dispensata alle parti allo stesso modo e con la stessa intensità» (24). Esso costituisce «essenzialmente una garanzia per l'imputato, alla quale lui, e lui solo, può rinunciare: come per l'appunto avviene in caso di giudizio abbreviato» (25).

Ciò non significa, ovviamente, che la legge ordinaria non possa prevedere che, in determinati casi, lo sviluppo funzionale degli atti investigativi difensivi non possa essere subordinato “anche” ad una corrispondente scelta adesiva della parte pubblica (26) - l'ordinamento, del resto, già compendia nell'ambito del giudizio ordinario casi di “accordo” finalizzati a determinare un'evoluzione funzionale di atti investigativi (artt. 431 e 493 c.p.p.) - l'opzione costituzionale imponendo soltanto che, non ricorrendo alcuna delle altre ipotesi derogatorie, ciò non accada in assenza del consenso dell'imputato.

La scelta legislativa di privare il pubblico ministero di un potere di interlocuzione, dunque, sebbene non imposta, non può dirsi nemmeno vietata, sfuggendo quindi a possibili censure da parte del Giudice delle leggi (27).

Né può ritenersi, come è stato fatto, che la soluzione normativa leda il principio di parità delle parti stabilito dall'art. 111, comma 2, Cost., dal momento che, se è vero che difesa e contraddittorio non sono termini equipollenti «perché il secondo concerne anche il polo dell'accusa» (28) è egualmente indiscusso che il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato, potendo una ragionevole disparità di trattamento trarre giustificazione da diversi fattori, quali la peculiare funzione istituzionale affidata al pubblico ministero oppure le specifiche caratteristiche dei giudizi speciali, configurate in vista di una corretta ed efficace amministrazione della giustizia (29).

«L'eguaglianza tra le parti» - è stato efficacemente osservato - «non distrugge la diversa posizione iniziale (l'accusa attacca e la difesa resiste)» (30).

Il pubblico ministero assolve ad una funzione istituzionale che lo pone al centro del percorso di attuazione della pretesa punitiva dello Stato e nell'ambito di questo ruolo di primo piano è chiamato a gestire secondo criteri di efficienza e completezza ed in un contesto di rigida segretezza la fase delle indagini preliminari, una fase in cui gli sforzi acquisitivi di elementi conoscitivi pertinenti e rilevanti vedono impegnati ingenti risorse finanziarie e giganteschi apparati investigativi.

Se, dopo una fase così congegnata, si offre all'imputato un percorso destinato a produrre risultati su-

scettibili di impiego diretto nell'ambito di un procedimento speciale in cui anche gli atti delle indagini preliminari divengono prova ed all'esito del quale è legata la conservazione di diritti fondamentali della persona, non sembra potersi individuare alcuna violazione di principi costituzionali.

Deve, al contrario, 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 differenziato 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 temperamento dell'esigenza di celerità con la garanzia di effettività del contraddittorio, di un congruo differimento dell'udienza finalizzato a consentire l'esame del materiale investigativo introdotto “a sorpresa” dal difensore (31).

Note:

(24) T. Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 4032.

(25) T. Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione: appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, cit., 4032.

(26) Così, tra gli altri, G. Giostra, *Prova e contraddittorio. Note a margine di una garbata polemica*, cit., 3290, per il quale non può ritenersi che l'art. 111, comma 5, Cost. «implichi l'incostituzionalità di una norma che conferisse al pubblico ministero il potere di dare l'assenso all'utilizzo probatorio di un atto difensivo: balzerebbe agli occhi l'irragionevolezza della disparità di trattamento».

(27) Lo stesso F. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, cit., 89 s., riconosce che «l'assenso richiesto dall'art. 111 comma 5 Cost. è del solo imputato», salvo poi ritenere «doveroso contemplare reciprocamente la necessità del consenso del pubblico ministero, nonché delle altre parti, all'inserimento di materiale probatorio ottenuto dall'attività investigativa della controparte nel patrimonio conoscitivo del giudice. Diversamente opinando, si lederebbe la parità tra le parti espressamente riconosciuta dall'art. 111 comma 2 e si smentirebbe lo stesso valore epistemologico del contraddittorio».

(28) P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, 469.

(29) Così, di recente ma con la consapevolezza di ribadire un principio quanto mai consolidato, Corte cost., sent., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26. Da ultimo, con un richiamo a quest'ultima pronuncia, v. Corte cost., sent., 10-20 luglio 2007, n. 320.

(30) P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., 467.

(31) Così Corte cost., ord., 24 giugno 2005, n. 245.

Dalla prova contratta alla prova contrapposta. La "ristrutturazione" del processo penale

La rinnovata configurazione del giudizio abbreviato impone una complessiva rivisitazione della sua tradizionale collocazione sistematica, uscendo ristrutturata dalla sequenza di interventi novellistici degli ultimi anni la componente epistemologica del rito e, conseguentemente, la qualità della relazione che con esso instaura l'imputato.

Entrambi gli aspetti sono stati correttamente evidenziati dalle recenti prese di posizione della Corte costituzionale sul tema dell'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento.

Come è noto, la Corte delle leggi, con la sentenza 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 20 febbraio 2006, n. 46 - per violazione dell'art. 111, comma 2, Cost. - nella parte in cui ha escluso il potere di appello del pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento (32).

Pur ribadendo, in linea con la consolidata giurisprudenza costituzionale, che «il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato» (33), la Corte ha precisato che alterazioni della simmetria di poteri e facoltà delle parti sono compatibili con i principi costituzionali esclusivamente se contenute «entro i limiti della ragionevolezza» (34), alla luce di una verifica da effettuare, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità, «sulla base del rapporto comparativo tra la *ratio* che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello "scalino" rispetto a quest'ultima» (35).

Il limite della ragionevolezza, ha ritenuto la Corte, è stato superato dalla norma censurata, la quale «[a] di sotto dell'assimilazione formale delle parti [...] racchiude una dissimetria radicale» (36) che la previsione derogatoria di cui all'art. 593, comma 2, c.p.p. (37) non attenua «se non in modo del tutto marginale» (38) e che l'ampliamento dei motivi di ricorso per cassazione operato dalla medesima legge (39) non riesce a compensare.

La presa di posizione della Corte costituzionale, ancorché formalmente riferita al regime di appellabilità delle sentenze così come delineato dall'art. 593 c.p.p., imponeva fin da subito di relazionarne i contenuti al carattere radicalmente preclusivo della disciplina introdotta mediante la modifica dell'art. 443, comma 1, c.p.p., al fine di verificare se residuassero spazi per la sopravvivenza di un modello in

linea di principio corrispondente a quello censurato. Impostando la riflessione alla luce dei valori di fondo del modello alternativo, sembrava potersi scorgere un elemento idoneo a dotare di ragionevolezza la nuova disciplina, sottraendola pertanto ad un giudizio di incostituzionalità altrimenti inevitabile.

Ed infatti, così aveva lasciato intendere la Corte stessa nel passaggio motivazionale in cui, esaminando la questione relativa all'art. 593 c.p.p., aveva censurato il carattere "generalizzato" ed "unilaterale" della rimozione del potere di appello del pubblico ministero; carattere, il secondo, ravvisato sulla base della considerazione che la rimozione del potere d'impugnativa della parte pubblica «non trova[va] alcuna specifica "contropartita" in particolari modalità di svolgimento del processo - come invece nell'ipotesi già scrutinata dalla Corte in relazione al rito abbreviato, caratterizzata da una contrapposta rinuncia dell'imputato all'esercizio delle proprie facoltà, atta a comprimere i tempi processuali - essendo sancita in rapporto al giudizio ordinario, nel quale l'accertamento è compiuto nel contraddittorio delle parti, secondo le generali cadenze prefigurate dal codice di rito» (40).

Questo passaggio appariva indicativo di un programma costituzionale chiaramente orientato a preservare da possibili censure l'art. 443, comma 1, c.p.p. e, in questo senso, era stato inteso dalla Corte di cassazione, la quale, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione, aveva puntualizzato che la mancata estensione ad essa delle statuizioni della sentenza n. 26 del 2007 «si spiega alla luce della stessa sentenza della Corte costituzionale che ha ne-

Note:

(32) La norma, in particolare, ha modificato l'art. 593, comma 1, c.p.p.

(33) Corte cost., sent., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26.

(34) Corte cost., sent., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26.

(35) Corte cost., sent., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26.

(36) Corte cost., sent., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26.

(37) La disposizione, derogando al divieto di appello avverso le sentenze di proscioglimento previsto dal comma 1, subordina l'appellabilità alla ricorrenza dell'ipotesi di cui all'art. 603, comma 2, c.p.p., qualora la nuova prova sia decisiva.

(38) Corte cost., sent., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26.

(39) Come è noto, l'art. 8 della l. 20 febbraio 2006, n. 46 ha modificato l'art. 606 c.p.p., rimuovendo il "limite testuale" di rilevanza dei vizi di motivazione.

(40) Corte cost., sent., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26. Essa era generalizzata in quanto non riferita a talune categorie di reati, ma estesa indistintamente a tutti i processi, anche a quelli in cui si discute dei delitti più severamente puniti e di maggiore allarme, che coinvolgono valori di rilievo costituzionale.

gato in via di principio la necessità, alla stregua della Costituzione, di una generalizzata attribuzione di poteri identici al P.M. e all'imputato, anche con riguardo ai mezzi di impugnazione e trova la sua ragion d'essere nella specialità del rito abbreviato, in quanto mirato ad assicurare, attraverso una serie di semplificazioni, la ragionevole durata del processo nel suo complesso e quindi costituente il portato della ricerca di un equilibrio tra valori di rilievo costituzionale» (41).

La Corte costituzionale, con la sentenza 10-20 luglio 2007, n. 320 ha invece esteso all'art. 443, comma 1, c.p.p. gli effetti della sentenza 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 20 febbraio 2006, n. 46 - per violazione dell'art. 111, comma 2, Cost. - nella parte in cui, modificando la disposizione codicistica, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse a seguito di giudizio abbreviato.

I passaggi che connotano l'assetto motivazionale della sentenza sono quasi sovrapponibili a quelli della pronuncia precedente, ma qualche puntualizzazione assume autonomo significato.

Infatti, la Corte rivede l'impostazione tradizionale, peraltro ribadita nella sentenza 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26, tesa a valorizzare, in chiave compensativa, la rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova connessa alla scelta in favore del rito semplificato.

Il sacrificio insito in detta rinuncia, osserva la Corte, ha subito una «significativa attenuazione» (42) rispetto all'assetto d'origine, a fronte della fisionomia che ha attualmente assunto il giudizio abbreviato per effetto della soppressione del requisito del consenso del pubblico ministero ai fini dell'accesso al rito (43), ma soprattutto in conseguenza dell'introduzione di una compiuta disciplina delle investigazioni difensive, i cui risultati, pienamente utilizzabili nel giudizio abbreviato, fanno sì che «la decisione del giudice può ormai approdare a ricostruzioni del fatto anche totalmente alternative rispetto a quelle desumibili dagli atti di indagine raccolti dallo stesso pubblico ministero» (44).

Ne deriva, conclude il Giudice delle leggi, «un quadro d'insieme antitetico rispetto alla possibilità di giustificare l'integrale ablazione del potere di appello del pubblico ministero, avverso le sentenze di proscioglimento, in una prospettiva di riequilibrio complessivo dei poteri accordati alle parti nell'ambito del rito *de quo*» (45).

I passaggi argomentativi sopra riportati segnano un momento di rottura con la tradizionale impostazio-

ne seguita dalla giurisprudenza costituzionale poiché mettono definitivamente da parte l'effetto specializzante sedimentato nella capacità deflativa del rito (ossia, per usare il linguaggio della Corte, la specifica "contropartita" costituita dalle "particolari modalità di svolgimento del processo") e connesso al sacrificio di importanti facoltà difensive ("significativamente attenuato").

La creazione di un sistema investigativo binario ha costituito, potrebbe dirsi, un fattore di destrutturazione del giudizio differenziato, divenuto un modello processuale sorretto da un nuovo ed in parte inedito bilanciamento di valori e, correlativamente, di poteri.

L'opzione alternativa implica, quale connotazione strutturale, la rinuncia al contraddittorio nella formazione della prova, ma questa non si identifica, come in passato, con il necessario travolgimento del "diritto alla prova" dell'imputato: questo, anzi, ne esce rafforzato in virtù di una riqualificazione che consente di configurarlo nei termini più avanzati di diritto alla presentazione diretta al giudice di elementi di prova unilateralmente formati (art. 391 *octies* c.p.p.) ed alla valutazione giudiziale di essi.

Un diritto dai contorni inediti che scandisce il significato di un nuovo metodo di confronto dialettico sull'elemento di prova, dal momento che nel rito abbreviato il contrasto delle risultanze avversarie avviene mediante la produzione immediata e diretta di elementi ricercati e formati dalle parti tramite un'autonoma attività investigativa.

Il difensore, nell'ambito del giudizio abbreviato, rinunciando alla fase dibattimentale vede preclusa la possibilità di modificare la struttura dell'elemento di prova formato dalle altre parti, ma può egualmente comprometterne l'efficacia persuasiva mediante la costruzione di ipotesi concorrenti («ricostruzioni del fatto» - così le chiama la Corte costituzionale (46) - «anche totalmente alternative rispetto a quelle desumibili dagli atti di indagine raccolti dallo stesso pubblico ministero»), a loro volta sorrette da un

Note:

(41) Cass., Sez. III, 13 marzo-17 aprile 2007, Pg appello Venezia e altro in proc. Cedolini

(42) Corte cost., sent., 10-20 luglio 2007, n. 320.

(43) Ne è derivata, prosegue la Corte, la conseguenza che il pubblico ministero si trova a "subire" la scelta unilaterale dell'imputato, con conseguente ridimensionamento del suo ruolo, circoscritto al semplice contributo dialettico in sede di discussione.

(44) Corte cost., sent., 10-20 luglio 2007, n. 320.

(45) Corte cost., sent., 10-20 luglio 2007, n. 320.

(46) Corte cost., sent., 10-20 luglio 2007, n. 320.

proprio ed originale apparato probatorio, anche questo strutturalmente inattuabile e suscettibile di diretta valutazione da parte del giudice.

Il concetto di contraddittorio, neutralizzato nei suoi tradizionali significati a causa della "blindatura" dell'elemento di prova formato dalle altre parti del processo, si evolve verso sfere esplicative che ne segnano l'evoluzione sul piano ideale e funzionale, nel senso che esso non ha più per oggetto la prova, ma le "ipotesi" più o meno complesse che ciascuna parte costruisce e sulle quali modella autonomamente la prova, argomentando, poi, dinanzi al giudice sui risultati finali della propria ricerca e sull'interagire di essi con il complesso delle altre risultanze processuali.

La svolta disegna la nuova dimensione epistemologica del rito speciale, come correttamente ricostruita dalla Corte costituzionale, e su questa occorre riflettere per cogliere un dato di fondo dotato di insopprimibile valore etico e sistematico: l'imputato investigante, mediante la scelta in favore del rito speciale, non ridimensiona le proprie facoltà difensive ma, molto più impegnativamente, le riqualifica, disponendo di dati fruibili secondo modalità sconosciute addirittura al giudizio dibattimentale.

Le implicazioni, allora, fuoriescono dai rigidi schemi del rito speciale e si estendono al modello processuale nel suo complesso, divenendo per questa via implicazioni "di sistema".

L'imputato, una volta entrato in possesso delle informazioni concernenti i risultati dell'attività investigativa pubblica, ha la facoltà di scegliere non genericamente un rito, ma la strategia complessiva da attivare al fine di contrastare l'iniziativa imputativa del pubblico ministero, valutando se sia meglio sovrapporre agli elementi acquisiti dall'antagonista gli elementi di segno opposto risultanti da un'autonoma azione investigativa oppure attaccare e, eventualmente, deformare quei medesimi elementi mediante il pieno esplicarsi del contraddittorio nella formazione di essi.

Può scegliere, quindi, se attivare un giudizio fondato sull'ermetismo strutturale dei reciproci elementi probatori - si potrebbe parlare, in relazione a questo modello, di processo "duale", ossia fondato sul pieno e completo dualismo probatorio - oppure misurare la capacità dell'elemento altrui di reggere agli effetti potenzialmente deflagranti del contraddittorio e l'alternativa è rimessa per intero nelle sue mani.

Il sistema processuale ne esce ristrutturato nel suo complesso, poiché non può più dirsi, relazionando il "processo" abbreviato a quello dibattimentale, che l'un modello sia speciale rispetto all'altro, trattando-

si di due modelli reciprocamente alternativi fondati su dinamiche epistemologiche differenti ma congeniali allo sviluppo di strategie probatorie autonomamente selezionabili dall'imputato.

Riguardata dal punto di vista degli interessi di quest'ultimo, quindi, la combinazione selettiva giudizio dibattimentale-giudizio abbreviato esalta quella che potremmo definire la "libertà di prova" di questa parte processuale, da intendersi nel senso di libertà di scegliere il procedimento probatorio del proprio processo, ossia la forma esplicativa più congeniale di un "diritto alla prova" della cui multiformità dovrebbe darsi conto nell'ambito dell'art. 190 c.p.p.

Occorre, a questo punto fare i conti con le ripercussioni, sistematiche e strutturali, dell'innovato quadro relazionale riguardante i due fondamentali modelli processuali, ripercussioni che sono - o, quantomeno, così appaiono - immediatamente percepibili. Dal primo punto di vista, sarebbe indice di linearità sistematica collocare la disciplina del giudizio abbreviato in un autonomo settore codicistico, sottolineandosi così il carattere alternativo ma tutt'altro che speciale di esso rispetto al giudizio dibattimentale.

Sul piano strutturale, l'eliminazione di qualsiasi beneficio premiale connesso alla scelta di una forma processuale che non implica più il sacrificio dei diritti dell'imputato, ma, al contrario, costituisce l'espressione di una esaltazione di quella "libertà di prova" che sorregge le alternative modalità espressive del "diritto alla prova", sarebbe coerente con l'effettiva ordinarità del giudizio.

È, quest'ultimo, un tema delicato perché mette in discussione il profilo "retributivo" del rito differenziato.

La retribuzione, però, ha senso se correlata ad un sacrificio: venendo meno il secondo, diviene privo di causa la prima.

Salvo scegliere di coordinare, ovviamente, la retribuzione al vantaggio arrecato al sistema nel suo complesso sotto forma di risparmio delle energie richieste dall'attivazione di un giudizio dibattimentale: ossia, ancora una volta, a quella specifica "contropartita" che la Corte costituzionale ha gravemente devitalizzato.

Si è voluta aprire, con questo contributo, una prospettiva, gli spazi per coltivare la quale possono essere variamente modellati.