



# **[ PRESUPPOSTI E LIMITI DEL POTERE ISTRUTTORIO DEL GIUDICE NEL RITO ABBREVIATO**

**RIFLESSIONI SULL'ART. 441/5 C.P.P. ]**

*No ©copyright - 2008 Avv. Nicola Canestrini - Studio legale Canestrini.*

*Riproduzione libera se senza scopo di lucro, citando l'autore e la fonte [www.canestrinilex.it](http://www.canestrinilex.it), senza modificare i testi stessi (cd. "fair use"). Non costituisce attività di consulenza legale.*

A seguito della modifica introdotta dalla legge Carotti (L. 16 dicembre 1999, n. 479) al codice di procedura penale è stato profondamente modificato l'impianto del giudizio abbreviato previsto dagli artt. 438 e ss. c.p.p.

Tra le innovazioni più rilevanti rispetto alla precedente normativa si annovera l'introduzione di poteri istruttori in capo al Giudice di cui all'art. 441, comma 5, c.p.p.. La presente memoria intende analizzare i presupposti ed i limiti dell'esercizio di tale intervento ex officio.

Infatti, considerati gli sviluppi della materia de qua (rafforzamento del modello cd. "accusatorio", l'approvazione della l. 397/2000 sulle indagini difensive, ...) il sottoscritto difensore, evidenzia che a detto potere d'ufficio – ben interpretabile come *extrema ratio* del sistema – sia opportuno ricorrere solo qualora il Giudice non abbia elementi sufficienti per decidere allo stato degli atti qualora, per incompletezza delle indagini preliminari ovvero per effetto della declaratoria di nullità o di inutilizzabilità, non sia in grado di addivenire ad una decisione nel merito.

Nell'ambito del rito abbreviato, l'art. 441, comma 5, c.p.p. prevede il potere-dovere del Giudice, qualora ritenesse di non poter decidere allo stato degli atti, di assumere, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione.

La norma contempla un amplissimo potere istruttorio del Giudice concentrando nell'organo giurisdizionale l'iniziativa e la successiva fase dell'assunzione della prova. Tale potere-dovere di supplemento istruttorio, tuttavia, non è illimitato ma subordinato alla mancanza di definibilità allo stato degli atti del giudizio e al parametro della necessità delle prove da assumere ai fini della pronuncia sul merito.

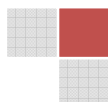
Relativamente al requisito della necessità dell'acquisizione della prova ulteriore, analogo a quello previsto dall'art. 438, comma 5, c.p.p., la previsione ha un chiaro intento, alla luce del principio dell'economia processuale, di evitare l'assunzione di elementi inutili.

L'elemento da acquisire deve rivestire, tuttavia, il carattere di un qualche cosa di più della mera pertinenza o rilevanza. A tal proposito, con riferimento all'analogo potere previsto dall'art. 507 c.p.p., la giurisprudenza di legittimità ha sancito che il mezzo di prova deve essere dotato di una "sicura concludenza" e che il requisito risulta integrato quando il mezzo di prova risulti dagli atti del giudizio e la sua assunzione appaia decisiva (Cassazione penale, sez. un., 6 novembre 1992).

La diagnosi della necessità, quindi, dovrà essere fatta nel caso del giudizio abbreviato sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero -ed eventualmente delle prove assunte all'udienza nel caso di rito abbreviato condizionato- su cui a norma dell'art. 442, comma 1bis, c.p.p. il Giudice deve fondare la propria decisione.

A tal proposito, è lo stesso legislatore del 1999 che, a differenza di quanto previsto dall'art. 507 c.p.p., ha introdotto l'ulteriore requisito della mancanza di definibilità allo stato degli atti probabilmente proprio sulle orme chiarificatrici di quella giurisprudenza che ha cercato di definire il presupposto della "assoluta necessità" per l'esercizio del potere di cui all'art. 507 c.p.p. (Cassazione penale, sez. I, 17 marzo 1993).

Come noto, il vincolo dello stato degli atti prima della novella del 1999 era richiesto, assieme a quello del consenso del Pubblico Ministero, al fine dell'ammissibilità dello stesso giudizio abbreviato. Tuttavia, in numerose pronunce la Corte Costituzionale, "constatata la distonia dell'istituto con i principi costituzionali" (Corte Costituzionale, 23 dicembre 1994, n. 442), aveva



rilevato la necessità di un intervento del legislatore che introducesse un meccanismo di integrazione probatoria.

Il problema dell'istituto veniva individuato, antecedentemente alla riforma, dapprima, nella possibilità di un rifiuto ingiustificato del PM all'ammissione del giudizio abbreviato (Corte Costituzionale, 8 febbraio 1990, n. 66) e, successivamente, soprattutto con riferimento alla possibilità del PM, nell'ambito di una propria strategia processuale, di decidere il grado di approfondimento delle indagini preliminari che, non integrando gli estremi della definibilità allo stato degli atti, avrebbe precluso la possibilità di procedere con rito abbreviato per effetto, quindi, di una sua scelta arbitraria dello stesso in contrasto con all'art. 3 Cost. (Corte Costituzionale, 9 marzo 1992, n. 92; Corte Costituzionale, 16 febbraio 1993, n. 56).

Pertanto, si riteneva necessario, al fine di ricondurre l'istituto a piena sintonia con i principi costituzionali, che il vincolo derivante dalle scelte del PM di non approfondire le indagini preliminari al fine di non integrare il requisito della definibilità allo stato degli atti necessario per l'ammissione del rito abbreviato venisse superato con l'introduzione di un meccanismo di integrazione probatoria.

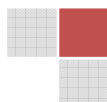
Non solo, ma si è rilevato che la mancata previsione nel vecchio rito abbreviato di poteri istruttori integrativi da parte del Giudice avrebbe potuto comportare un uso per certi aspetti strumentale del rito abbreviato da parte dell'imputato il quale, una volta ammesso il giudizio abbreviato, a seguito della declaratoria di d'inutilizzabilità o di nullità assoluta avrebbe potuto estromettere definitivamente dallo "stato degli atti" alcune prove, ritenute magari decisive dal Giudice ai sensi del vecchio testo dell'art. 440 c.p.p. proprio ai fini dell'ammissibilità del rito, comportando così necessariamente una pronuncia del Giudice a norma dell'art. 530, comma 2, c.p.p.

La giurisprudenza maggioritaria, per evitare che ciò accadesse, aveva accolto l'interpretazione dottrinale secondo cui sarebbe stato onere dell'imputato eccepire tali vizi preliminarmente alla richiesta di giudizio abbreviato, assumendosi il rischio che il processo potesse essere considerato non definibile allo stato degli atti e la richiesta di giudizio abbreviato respinta dal Giudice (Cfr. Cassazione penale, sez. II, 27 maggio 1999, n. 8803; Cassazione penale, sez. I, 14 aprile 1999, n. 6302; Cassazione penale, sez. II, 10 marzo 1998, n. 4269; Cassazione penale, sez. I, 8 gennaio 1997, n. 697).

Come noto, di recente le Sezioni Unite hanno risolto la diatriba giurisprudenziale accogliendo, a seguito delle profonde innovazioni apportate all'istituto che hanno reso il problema in termini assai meno rigidi attraverso l'espressa previsione del potere di assumere anche d'ufficio gli elementi necessari ai fini della decisione, la tesi più rispettosa della legalità della prova secondo cui il Giudice comunque non avrebbe potuto fondare la propria decisione su atti colpiti da nullità assoluta o inutilizzabilità patologica (Cassazione penale, sez. un., 21 giugno 2000, n. 16).

La ragione di tale interpretazione viene individuata nel fatto che il Giudice, pur dovendo decidere nel merito senza tener conto di quel materiale probatorio affetto da nullità o inutilizzabilità, ha comunque il potere di assumere d'ufficio gli elementi necessari ai fini della decisione ma solo ed esclusivamente nel caso di mancanza di definibilità del giudizio allo stato degli atti.

Questa è la ratio alla base dell'istituto in questione così come è desumibile dalla summenzionata giurisprudenza e che quindi ha guidato il legislatore nell'apportare le profonde innovazioni al sistema del rito abbreviato: la necessità di integrazione istruttoria si pone solo qualora il Giudice non abbia elementi sufficienti per decidere allo stato degli atti qualora, per



incompletezza delle indagini preliminari ovvero per effetto della declaratoria di nullità o di inutilizzabilità, non sia in grado di addivenire ad una decisione nel merito.

Il che non significa che il Giudice possa esercitare il potere istruttorio se sfornito di elementi per addivenire ad una pronuncia di colpevolezza che, se così fosse, lo legittimerebbe ad assumere quella prova eventualmente decisiva non presente agli atti.

Il difetto di dell'imprescindibile requisito della non definibilità allo stato degli atti per l'esercizio dei poteri istruttori ex officio, secondo una doverosa interpretazione restrittiva – visti anche i precetti costituzionali in materia - delle norme processuali, significa impossibilità di pervenire ad una qualsiasi pronuncia sul merito, sia essa di assoluzione o di condanna, con conseguente e necessario pronunciamento da parte del Giudice ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.

Solo ed esclusivamente in tale caso il Giudice potrà esercitare i poteri ex officio di cui all'art. 441, comma 5, c.p.p.. Pertanto, il Giudice attraverso un'analisi prognostica ex ante, dinanzi ad un quadro probatorio insufficiente o contraddittorio per addivenire ad una decisione nel merito -di assoluzione o di condanna- emergente effettivamente dagli atti, potrà assumere ex officio gli elementi necessari ai fini della decisione. Pronuncerà, invece, sentenza ex art. 530, comma 2, c.p.p. solo quando la piattaforma probatoria disponibile, ancorché insufficiente, non appaia suscettibile di ulteriori approfondimenti: è stato efficacemente scritto che il giudizio sulla necessità dell'integrazione probatoria – che è tipica delibazione discrezionale – si riferisce **non alla prova incerta**, per la quale opereranno le regole decisorie di cui all'art. 530/2 c.p.p., ma alla **prova suscettibile di completamento** (Mangiaracina, *I limiti al potere di integrazione probatoria in sede di giudizio abbreviato*, in Cassazione penale, 2005, 703 – 712).

Va pertanto sottolineato che l'applicazione dell'art. 441, comma 5, c.p.p. è da intendere come extrema ratio. L'intervento del Giudice, tra l'altro, non può svolgere una supplenza alla carenza di attività da parte di qualsiasi parte.

Con riferimento alle indagini preliminari svolte dal PM si ricorda che la Corte Costituzionale ha sancito il principio di completezza (almeno tendenziale) delle indagini preliminari (Corte costituzionale, 15 febbraio 1991, n. 88). Sicché, alla base della decisione del PM di esercitare l'azione penale vi sarebbe una sostanziale completezza degli elementi per addivenire ad una decisione nel merito allo stato degli atti. Viceversa, nel caso in cui il PM ritenesse fragile l'ipotesi accusatoria perché non corroborata da elementi sufficienti a sostenerla, egli dovrebbe chiedere l'archiviazione.

La disciplina del rito abbreviato, tra l'altro, non prevede poteri di iniziativa probatoria del PM salvo la possibilità di chiedere prova contraria nel caso di rito abbreviato condizionato. Pertanto, era nelle intenzioni del legislatore del 1999 di far sì che si giungesse alla richiesta da parte dell'imputato di giudizio abbreviato con una base probatoria tendenzialmente completa anche "per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi" (Corte costituzionale, 15 febbraio 1991, n. 88).

Il Giudice, quindi, non può svolgere una funzione suppletiva alle carenze dell'attività delle parti. Se così fosse, il potere del Giudice non potrebbe essere considerato integrativo bensì sostitutivo secondo un modello tipicamente inquisitorio in contrasto con l'art. 111 Cost. Inoltre, errebbe snaturato lo stesso rito abbreviato in quanto diverrebbe concreto il rischio che lo strumento nelle mani del Giudice disincentivi la scelta del rito alternativo da parte dell'imputato, poiché affronterebbe un processo, una volta fatta la scelta del c.d. "patteggiamento sul rito", senza conoscere su quali fatti e in base a quali atti sarebbe giudicato.



La stessa Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 111 Cost. per violazione del principio della parità tra le parti in quanto la normativa non prevede un potere in capo al PM di integrazione probatoria rispetto a quello dell'imputato di cui all'art. 438, comma 5, c.p.p., ha recentemente sancito che "d un lato, il pubblico ministero ha già esercitato il potere e assolto al dovere di svolgere tutte le attività necessarie in vista delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale; dall'altro, l'esigenza di completezza delle indagini preliminari [...] risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne faccia richiesta, con il rito abbreviato. Il pubblico ministero dovrà infatti tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito, e non potrà quindi esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale" (Corte Costituzionale, 09 maggio 2001, n. 115; ev. aggiunta).

Il PM, pertanto, essendo a conoscenza della possibilità dell'imputato di chiedere riti alternativi non può sottrarsi dalla ricerca di una completa base probatoria al fine dell'esercizio dell'azione penale facendo affidamento sui poteri istruttori del Giudice.

La medesima considerazione, alla luce delle importanti innovazioni introdotte dalla L. 7 dicembre 2000, n. 397 sulle indagini difensive e dalla L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 sul giusto processo, deve essere rivolta anche alle altre parti processuali.

In particolare, anche il difensore di parte civile ha il potere - dovere di svolgere attività investigativa per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito.

Anch'egli, dunque, a conoscenza della facoltà dell'imputato di scegliere riti alternativi non può sottrarsi, durante la fase antecedente alla richiesta dell'imputato, dal raccogliere elementi a favore del proprio assistito, avendo pertanto un onere di far entrare, nelle forme previste dall'art. 391 octies c.p.p., nel fascicolo del PM eventuali elementi contro l'imputato.

In presenza della possibilità di una decisione nel merito allo stato degli atti, quindi, il Giudice non potrà esercitare il potere istruttorio in sostituzione delle parti processuali per supplire alle incompletezze delle indagini preliminari e/o difensive delle parti processuali, pena lo stravolgimento dello spirito dell'istituto in esame anche alla luce dei principi accusatorio e del giusto processo su cui si fonda il sistema processuale penale.

Avv. Nicola Canestrini

