

PROVA DICHIARATIVA RICHIESTA EX ART. 438 C.P.P. E NON AVVERAMENTO DELLA CONDIZIONE

di Francesco Zacchè

SOMMARIO: 1. Centralità del dibattimento nella scelta del rito abbreviato. – 2. Scelta dell'abbreviato condizionato. – 3. Impossibilità di assumere la prova dichiarativa per cause soggettive. – 4. *Segue*: per cause oggettive. – 5. *Segue*: mancata escussione del testimone ed esigenze di tutela dell'imputato. – 6. "Ritorno" al giudizio ordinario.

1. Centralità del dibattimento nella scelta del rito abbreviato.

Tra i fattori che possono spingere l'imputato a chiedere la definizione anticipata del processo con le forme del giudizio abbreviato, svolge un ruolo di primo piano la valutazione sulle *chances* di successo dell'accusa all'esito dell'istruzione dibattimentale. In tal senso, il dibattimento costituisce «l'imprescindibile parametro, la necessaria 'unità di misura' ... per decidere se avvalersi di uno dei meccanismi alternativi al modello processuale ordinario, dato che in caso di loro mancata instaurazione»¹, come recita l'art. 526 c.p.p., «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle [in esso] legittimamente acquisite».

Sulla base delle carte raccolte nelle indagini, in sostanza, l'imputato deve tentare di prevedere se dall'attività acquisitiva delle prove in contraddittorio uscirà confermata la ricostruzione fattuale ipotizzata dalla pubblica accusa. E, nel fare ciò, occorre altresì sapere quali e a quali condizioni le prove raccolte durante l'istruzione primaria possano essere recuperate nel corso dell'istruzione secondaria², per effetto delle deroghe al principio di separazione funzionale delle fasi³.

Qualora, in forza dell'assunzione delle prove nell'udienza dibattimentale, la probabilità di soccombere si riduca in misura significativa, è preferibile non abbandonare la sequenza processuale ordinaria. Altrimenti, meglio accedere al rito sommario, attribuendo il «valore di prova agli elementi acquisiti dal pubblico

¹ G. UBERTIS, *La disciplina del giudizio di primo grado* (1991), in ID., *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, p. 170.

² Parla d'istruzione primaria e secondaria F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, p. 72 ss.

³ Sulla portata del principio in questione, cfr., di recente, R. CASIRAGHI, *La prova dichiarativa: testimonianza ed esame delle parti eventuali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis – G.P. Voena, XVI, Milano, 2011, p. 25 ss.

ministero»⁴ durante le indagini preliminari, perché, in caso di condanna, scatta il trattamento sanzionatorio di favore.

La possibilità di rinunciare all'elaborazione delle prove secondo le cadenze ordinarie, del resto, trova un riconoscimento espresso nella stessa Costituzione. Dall'art. 111 comma 5 Cost. si desume appunto che l'interessato può rinunciare all'acquisizione delle prove nel contraddittorio, allorché «riconosca che l'esito di un esperimento gnoseologico eventualmente condotto unicamente dalla controparte corrisponde a quello che si sarebbe comunque ottenuto con la propria partecipazione all'attività di reperimento del dato conoscitivo»⁵. L'importante è che il consenso sia consapevole, ossia fondato sulla conoscenza dell'atto d'indagine cui si riconosce il valore di prova⁶, come si arguisce anche dall'art. 6 commi 1 e 3 lett. d Conv. eur dir. uomo⁷.

2. Scelta dell'abbreviato condizionato.

Prima della l. 16 dicembre n. 479 del 1999, il giudizio abbreviato appariva alla stregua d'un rito «inevitabilmente proiettato verso la condanna»⁸. In ragione del requisito ammissivo costituito dalla «decidibilità del processo allo stato degli atti», la richiesta di dare corso al rito alternativo suonava come un mero «appiattimento ... sui fatti allegati dall'accusa»⁹, tanto che – si asseriva – l'abbandono dell'iter processuale ordinario sarebbe risultato vantaggioso solo nell'ipotesi d'«inequivocabile colpevolezza» del prevenuto, quando il materiale probatorio raccolto durante le indagini preliminari non fosse risultato «'azzerabile' in dibattimento»¹⁰.

Al fine d'incentivare il più possibile la definizione anticipata del processo, la l. n. 479 del 1999 ha mantenuto la struttura del giudizio abbreviato quale procedimento allo stato degli atti, ampliandone però gli spazi difensivi, senza sacrificare eccessivamente le esigenze d'economia processuale sottese al rito. Con l'art. 438 comma 5 c.p.p., invero, si è riconosciuto all'accusato il diritto d'essere giudicato sui risultati delle indagini preliminari, alla «condizione essenziale»¹¹ che venga disposta un'integrazione probatoria, allo scopo di colmare le eventuali lacune investigative del pubblico ministero.

⁴ C. cost., sent. 8 luglio 1992 n. 318, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2644.

⁵ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2007, p. 171.

⁶ V., per tutti, G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del): II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Agg., Roma, 2001, p. 9.

⁷ Cfr., in proposito, C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 23 giugno 2011, Petrov c. Bulgaria, § 38-39; C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 28 settembre 2006, Andandonskiy c. Russia, § 53-55; C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, § 90-91; C. eur. dir. uomo, dec. 30 novembre 2000, Kwiatkowska c. Italia.

⁸ P. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *ID.*, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, p. 136.

⁹ E. SOMMA, *Il giudizio abbreviato*, in *I riti differenziati nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 131.

¹⁰ Per questa e per la citazione immediatamente precedente, v. G. PAOLOZZI, *Il giudizio abbreviato nel passaggio dal modello «tipo» al modello pretorile*, Padova, 1991, p. 249.

¹¹ F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, cit., XXXV.2, Milano, 2004, p. 69.

Con la domanda d'abbreviato condizionato, dunque, l'imputato è autorizzato a chiedere l'ammissione nell'udienza camerale di nuovi mezzi e/o fonti di prova sconosciuti alla pubblica accusa nel corso delle indagini preliminari: si pensi alla richiesta d'esaminare un testimone, di cui il pubblico ministero ignorava l'esistenza, in grado di fornire l'alibi all'accusato. Ma v'è di più: niente esclude che la difesa possa altresì chiedere l'escussione d'un teste già sentito durante le indagini preliminari su uno o più temi di prova rimasti inesplorati nell'assunzione dell'atto investigativo, con una precisazione: in tale eventualità, l'interessato non chiede una "sostituzione" del «materiale già acquisito e utilizzabile come base cognitiva»¹² per la decisione, bensì mira alla formazione di ulteriori elementi di prova con il metodo dialettico su oggetti di prova nuovi o lacunosi rispetto a quanto ricavabile dal fascicolo del procedimento.

Assunta la prova nel contraddittorio, a sua volta, il giudice potrà impiegare sia gli elementi di prova acquisiti in udienza sia i risultati delle indagini preliminari, al cui utilizzo l'imputato ha prestato il proprio consenso: opera, qui, l'art. 442 comma 1-bis c.p.p., il quale si esprime in un'ottica analoga, benché opposta, a quanto statuito nell'art. 526 c.p.p.¹³. Ma cosa succede se l'acquisizione della prova richiesta ex art. 438 comma 5 c.p.p. è impossibile per cause sopravvenute e imprevedibili? È possibile domandare la conversione del giudizio abbreviato nel rito ordinario?

3. Impossibilità di assumere la prova dichiarativa per cause soggettive.

Una corretta impostazione del problema suggerisce di mantenere distinta l'ipotesi in cui il mancato esame del dichiarante dipende da una causa accidentale esterna alla sua volontà da quella in cui la fonte di prova – imputato di reato connesso o prossimo congiunto – si astiene legittimamente dal deporre.

A quest'ultimo riguardo, secondo una parte della dottrina, «si dovrebbe tornare alla fase antistante la richiesta ex art. 438 c.p.p. e l'imputato dovrebbe essere restituito nella sua facoltà ... di proseguire la causa nelle forme ordinarie»¹⁴. Quando la persona da sentire rifiuta il dialogo – si sostiene – il «mezzo di prova non viene utilmente esperito, si cristallizza una lacuna processuale, la quale, verosimilmente, potrà essere risolta solo nella fase del contraddittorio ordinario»¹⁵. L'assunto, tuttavia, non è condivisibile. A ben vedere, l'«esercizio della *facultas tacendi*»¹⁶ nell'ambito del supplemento istruttorio a discarico «non esclude l'assunzione del mezzo di prova, né l'acquisizione di elementi di prova, per così dire, d'ordine negativo, tanto che dal

¹² Cass., sez. un., 27 ottobre 2004, Wajib, in *Cass. pen.*, 2005, p. 363. Per la giurisprudenza costituzionale, v. *infra*, § 4, nota 22.

¹³ Volendo, cfr. F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 158.

¹⁴ Così, tra i primi, E. DI DEDDA, *Il giudizio abbreviato condizionato: limiti della rinuncia al contraddittorio e jus poenitendi dell'imputato*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 240.

¹⁵ E. DI DEDDA, *Il giudizio abbreviato condizionato: limiti della rinuncia al contraddittorio e jus poenitendi dell'imputato*, cit., p. 241.

¹⁶ Per questa e per la successiva citazione del presente capoverso, v. F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 163.

silenzio il giudice potrebbe trarre utili indicazioni per valutare l'attendibilità delle informazioni raccolte durante le indagini preliminari».

Nemmeno varrebbe obiettare che, in tal modo, sarebbero utilizzabili nel giudizio abbreviato le dichiarazioni rilasciate nelle indagini dal correo o dal familiare¹⁷ rimasti, poi, in silenzio, nonostante la loro «audizione orale» fosse stata ritenuta «necessaria [dall'organo giurisdizionale proprio] ... per superare ... le lacune emerse nella prima deposizione»¹⁸. Questa, infatti, viene presentata come, «tra più soluzioni esegetiche, quella secundum constitutionem»¹⁹. Ma il giudice delle leggi ha già dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale degli art. 438 comma 5 e 442 comma 1-bis c.p.p., laddove permettono che la responsabilità dell'accusato possa ritenersi provata sulla base delle dichiarazioni rese da un imputato di reato connesso che si sia volontariamente sottratto all'esame nel corso del giudizio abbreviato²⁰. Per la Corte costituzionale, il comma 5 dell'art. 438 c.p.p. tiene «ferma l'utilizzabilità ... 'degli atti indicati nell'art. 442, comma 1-bis'», c.p.p. e «dunque, in primis, degli atti del fascicolo del pubblico ministero»²¹, il cui valore probatorio non può essere vanificato una volta prestato il consenso al loro uso. Né va dimenticato che, poiché l'art. 438 comma 5 c.p.p. «parla di 'integrazione probatoria'»²², per definizione l'attività istruttoria a favore dell'inquisito è finalizzata all'assunzione di elementi di prova su temi nuovi o incompletamente sviluppati durante le indagini preliminari. La difesa, del resto, se avesse voluto «neutralizzare' i dati reperiti nella fase procedimentale», avrebbe pur sempre potuto «optare per il giudizio ordinario: qui le dichiarazioni del congiunto non [sono] leggibili neppure in forza dell'art. 512 c.p.p., mentre quelle del correo [possono] essere usate unicamente in presenza d'un accordo delle parti, ai sensi dell'art. 513 comma 2 c.p.p.»²³.

¹⁷ In giurisprudenza, v., rispettivamente, Cass., sez. I, 24 ottobre 2002, Liga, in *Dir. giust.*, 2003, n. 5, p. 100, e Cass., sez. I, 8 gennaio 2002, Marchegiani, in *Cass. pen.*, 2003, p. 595, m. 189.

¹⁸ M.L. DI BITONTO, *Utilizzabilità nel giudizio abbreviato della chiamata in correità resa in assenza del difensore*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1810.

¹⁹ M.L. DI BITONTO, *Utilizzabilità nel giudizio abbreviato della chiamata in correità resa in assenza del difensore*, cit., p. 1810, la quale – nel presupposto che l'art. 111 comma 4 secondo periodo Cost. sia norma direttamente applicabile a «ogni processo penale e, dunque, anche nel giudizio abbreviato» – afferma (*ivi*, p. 1810-1811) che «la chiamata di correo resa durante le indagini non p[otrebbe] essere utilizzata per dimostrare la colpevolezza dell'imputato tutte le volte in cui il dichiarante, successivamente escusso, si [fosse] avvalso della facoltà di non rispondere» (in precedenza, v. EAD., *Sottrazione volontaria all'escussione orale e giudizio abbreviato*, *ivi*, 2003, p. 3478). Similmente, cfr., tra gli altri, F. VARONE, *Lettura di atti dichiarativi irripetibili e libera scelta del dichiarante di sottrarsi all'esame: un tentativo di «restaurazione» da parte della Suprema Corte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 666; A. VITALE, *Dichiarazioni rese dal coimputato "silente" nell'esame disposto durante l'abbreviato condizionato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1375-1376.

²⁰ C. cost., ord. 27 luglio 2001 n. 326, in *Giur. cost.*, 2001, p. 2606 ss.

²¹ C. cost., ord. 27 luglio 2001 n. 326, cit., p. 2608, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente nel testo.

²² ... «rimarcando così, anche sul piano terminologico, il carattere aggiuntivo ('integrazione') – e non già sostitutivo, rispetto agli atti del predetto fascicolo – della prova che l'imputato intende far assumere nell'udienza preliminare» (C. cost., ord. 27 luglio 2001 n. 326, cit., p. 2609).

²³ Per questa e per la citazione precedente, cfr. F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 164.

4. Segue: per cause oggettive.

Il discorso cambia prospettiva nel caso in cui l'esame della fonte di prova divenga impossibile per morte, irreperibilità o inabilità a deporre. A tutela delle sue prerogative defensionali, in siffatte eventualità, andrebbe sempre riconosciuto all'imputato la possibilità di riportare il processo nei binari ordinari²⁴.

Non è però del medesimo avviso la Cassazione, le cui sezioni unite, di recente, si sono pronunciate negativamente sul quesito se «l'ordinanza di ammissione al giudizio abbreviato ad integrazione probatoria sia revocabile nel caso in cui la condizione alla quale il rito è subordinato si riveli non realizzabile per circostanze imprevedibili e sopraggiunte»²⁵.

L'itinerario argomentativo della Corte può, idealmente, essere suddiviso in due parti. Per un verso, si rimarca il carattere irretrattabile del giudizio abbreviato. «L'ordinamento processuale» – si asserisce – «non contempla la possibilità di revocare il giudizio abbreviato, già ammesso, al di fuori delle ipotesi espressamente regolate dalla legge. L'unico caso disciplinato in proposito dal legislatore è quello di cui all'art. 441-bis c.p.p., comma 4, cod. proc. pen. che prevede un'ipotesi di revoca obbligatoria dell'ordinanza su richiesta dell'imputato in presenza di nuove contestazioni ai sensi dell'art. 423, comma 1, cod. proc. pen.». Pertanto, in virtù del «canone ermeneutico ubi [lex] voluit dixit», nonché del «carattere eccezionale dell'art. 441-bis cod. proc. pen.», la Corte esclude qualunque «revocabilità del giudizio [speciale] al di fuori della situazione esplicitamente regolata»²⁶ in quest'ultima disposizione.

Per l'altro, il giudice di legittimità cerca di dimostrare che, quando è impossibile escutere la fonte di prova, manca «quel 'bisogno' di regressione che dovrebbe legittimare la revoca della richiesta e/o quella dell'ordinanza introduttiva del giudizio»²⁷ abbreviato. Così – si sostiene – «il vincolo di subordinazione insito nella domanda avanzata dall'imputato [ai sensi dell'art. 438 comma 5 c.p.p.] e oggetto della deliberazione giudiziale attiene all'ammissione della integrazione probatoria e non alla effettiva assunzione delle ulteriori acquisizioni probatorie»²⁸. Tanto che – si aggiunge –

²⁴ Si segnala, tra l'altro, che – per Cass., sez. II, 2 aprile 2007, Polverino, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4209, m. 1313, con motivazione e con nota di F. ALBANO – il «giudice, dopo aver ammesso il giudizio abbreviato condizionato, non ha il potere di *revocare unilateralmente* l'ordinanza di ammissione, pur nel caso in cui l'integrazione probatoria non possa aver luogo per circostanze imprevedibili e sopraggiunte» (corsivo nostro). Cfr. altresì Cass., sez. I, 11 marzo 2004, Pawlak e altro, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, p. 416, con motivazione.

²⁵ [Cass., sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, § 1 \(motivazione in diritto\), consultabile in questa Rivista, con nota di G. LEO.](#)

²⁶ Cass., sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, § 3.2 (motivazione in diritto), da cui sono tratte anche le precedenti citazioni nel capoverso.

²⁷ Come efficacemente sottolineato da [G. LEO, Giudizio abbreviato condizionato e constatata impossibilità della prova integrativa ammessa: un intervento chiarificatore delle Sezioni unite, in questa Rivista.](#)

²⁸ Cass., sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, § 3.2 (motivazione in diritto).

La tesi è stata anticipata in dottrina da R. ORLANDI, sub art. 29 l. 16 dicembre 1999 n. 479, in *Leg. pen.*, 2000, p. 454, per il quale l'art. 438 comma 5 c.p.p. «fa dipendere l'efficacia della richiesta [condizionata] non già dall'effettiva assunzione delle prove indicate dall'imputato, ma dalla valutazione che il giudice fa circa la necessità e opportunità (economicità) dell'integrazione proposta. Se così non fosse, persino l'impossibilità

«la richiesta condizionata non fornisce all'imputato il mezzo per un controllo sullo sviluppo della base cognitiva della decisione che dovrà essere assunta in esito al giudizio abbreviato ... l'imputato, nel momento in cui formula la domanda, accetta consapevolmente l'eventualità che la prova non possa essere assunta per cause che possono determinarsi anche nel giudizio ordinario»: «sopravvenuta irreperibilità del teste», «esercizio della facoltà di non rispondere di cui si avvalga l'imputato di reato connesso»; nonché, sotto altro profilo, la stessa integrazione probatoria d'ufficio a norma dell'art. 441 c.p.p., «disposta dal giudice anche quando vi siano già state acquisizioni in accoglimento della domanda difensiva». Secondo la Corte di cassazione, insomma, quando «l'assunzione della prova risulta effettivamente impossibile», non si registra «alcuna lesione del diritto di difesa, poiché ... l'impossibilità connoterebbe anche il giudizio celebrato nelle forme ordinarie»²⁹ e «l'eventuale retrocessione del processo, oltre a non porre rimedio a tale situazione, provocherebbe un'ingiustificata e irrazionale dilatazione dei tempi di definizione del processo che non sarebbe giustificata da maggiori garanzie dell'imputato»³⁰.

5. Segue: mancata escussione del testimone ed esigenze di tutela dell'imputato.

Le argomentazioni della Corte non sembrano del tutto convincenti: fuorviante pare il richiamo all'art. 441-bis c.p.p., discutibile la tesi secondo cui l'impossibilità d'ottenere la prova non incide sulle garanzie difensive dell'imputato. Iniziamo da quest'ultimo aspetto.

Che l'ammissione della prova richiesta dal prevenuto realizzi, di per sé, la condizione a cui viene subordinato l'accesso al giudizio abbreviato è affermazione tanto perentoria quanto elusiva della ratio sottesa all'istituto. La richiesta ex art. 438 comma 5 c.p.p. è espressione del «diritto di difendersi provando»³¹, il quale non si esaurisce certamente nel provvedimento d'ammissione delle prove. Il diritto alla prova, invero, si esplica anche nell'assunzione del materiale probatorio nel contraddittorio tra le parti di fronte al giudice, oltretutto nella valutazione dello stesso, attraverso la critica delle motivazioni delle sentenze pronunciate dall'organo giurisdizionale³².

Né più persuasiva appare l'idea in base alla quale, con la domanda d'abbreviato condizionato, l'imputato assume su di sé il rischio che la prova richiesta non possa

materiale di assumere un determinato mezzo di prova sarebbe idonea a causare l'inefficacia della richiesta di giudizio abbreviato, con la conseguente regressione del procedimento all'udienza preliminare». Nella medesima direzione, v. R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Il giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, Milano, 2005, p. 290.

²⁹ Per questa e per le citazioni immediatamente precedenti, cfr. Cass., sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, § 3.3 (motivazione in diritto).

³⁰ Cass., sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte, § 3.2 (motivazione in diritto).

³¹ ... per impiegare la nota definizione di G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale* (1967), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 12.

³² V., per tutti, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 164.

essere esperita. In proposito, non sono omogenee le situazioni da cui la Cassazione desume l'assunto in parola.

Quanto al richiamo all'art. 441 comma 5 c.p.p., la fonte e/o il mezzo di prova acquisito dal giudice – anche su richiesta delle parti – non costituisce in alcuna misura la condizione essenziale a cui l'imputato ha subordinato lo svolgimento del rito. Il supplemento istruttorio d'ufficio è, più semplicemente, un meccanismo a tutela della legalità processuale³³, affinché l'organo giudicante sia nelle condizioni di raccogliere le prove necessarie alla ricostruzione dei fatti controversi.

Piuttosto, si può essere d'accordo sulla circostanza che, subordinato il rito all'esame del correo o d'un prossimo congiunto, l'imputato assume su di sé l'alea che la fonte di prova taccia. Tuttavia, come abbiamo detto più sopra³⁴, ciò non esclude che in tale ipotesi vi sia, per prima cosa, un'attività assuntiva concernente elementi di prova d'ordine negativo; in secondo luogo, che il silenzio della fonte di prova sia un evento prevedibile³⁵, in quanto frutto del legittimo esercizio d'un diritto.

Le stesse considerazioni, invece, non valgono quando si condiziona l'abbreviato all'escussione d'un testimone che non viene poi sentito per un'impossibilità di natura oggettiva: considerata l'imprevedibilità dell'evento, infatti, l'ordinamento non dovrebbe far ricadere sull'imputato la mancata elaborazione dialettica degli ulteriori elementi di prova, alla cui assunzione era stata vincolata la scelta del rito semplificato. Una conclusione differente sarebbe pregiudizievole del diritto di difesa dell'accusato in una duplice prospettiva.

Se la domanda d'abbreviato è condizionata all'esame d'un testimone mai sentito in precedenza, persa la prova a discarico, l'imputato può avere di nuovo interesse a confrontarsi con le fonti di prova a carico nel contraddittorio dibattimentale: basti pensare al caso in cui, morto il testimone che fornisce l'alibi, il prevenuto si trovi nelle condizioni di dover confutare i testi dell'accusa, per vedere affermata la propria innocenza.

Inoltre, qualora si chieda l'escussione d'una persona che ha già reso sommarie informazioni, il ritorno del processo nei suoi binari ordinari non implica più un uso "pieno" contra reum ex art. 512 c.p.p. degli atti nel frattempo divenuti irripetibili per cause indipendenti dalla volontà del dichiarante. Mutata la propria giurisprudenza³⁶, la Cassazione sostiene, ormai, che le dichiarazioni lette nel dibattimento possono essere usate in maniera determinante se valutate insieme «ad altri elementi di riscontro quando l'imputato non abbia avuto la possibilità interrogare il dichiarante, [poiché] l'assenza del controesame abbassa fortemente il grado di attendibilità della prova, rispetto al modello ideale della testimonianza raccolta con l'esame incrociato»³⁷. Non

³³ Cfr. ampiamente F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 100 ss.

³⁴ Cfr. *supra*, § 3.

³⁵ V., in tali termini, Cass., sez. I, 24 ottobre 2002, Liga, cit., p. 100.

³⁶ V., in precedenza, Cass., sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21-23, n. 3, con motivazione.

³⁷ Cass., sez. un., 25 novembre 2010, in *Proc. pen. giust.*, 2012, p. 39, con motivazione e con nota di C. VALENTINI; v. inoltre Cass., sez. V, 26 marzo 2010, T., in *Cass. pen.*, 2011, spec. p. 283; Cass., sez. II, 18 ottobre 2007, Poltronieri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 883.

solo, a essere rigorosi, per uniformarsi agli standard provenienti dalla Corte di Strasburgo in tema di contraddittorio, occorrerebbe garantire il mero uso indiretto dell'elemento conoscitivo raccolto in carenza di dialetticità: le dichiarazioni acquisite durante le indagini, cioè, dovrebbero servire unicamente per vagliare la credibilità di altri mezzi e/o fonti di prova³⁸. A ogni modo, senza soffermarsi sull'esigenza di conformarsi all'orientamento convenzionale ex art. 117 Cost. e art. 2 legge-delega c.p.p., un dato è sicuro: oggi, appare superata l'equazione secondo cui l'atto divenuto irripetibile nelle more del giudizio abbreviato è utilizzabile tanto in siffatta sede quanto nel processo ordinario alle medesime condizioni. Pure qui, dunque, non si vede ragione per impedire all'imputato la possibilità di tornare sui propri passi, quando è impossibile ottenere l'esame del dichiarante ex art. 438 comm 5 c.p.p.³⁹.

6. "Ritorno" al giudizio ordinario

Se si condivide questa premessa, bisogna interrogarsi su quale sia la strada che permette all'imputato di chiedere, laddove lo reputi opportuno, la conversione del giudizio abbreviato nel processo ordinario. A tal fine, sembra condivisibile il ragionamento della Corte di cassazione secondo cui l'art. 441-bis c.p.p. non va applicato analogicamente, in quanto norma eccezionale⁴⁰. Il punto, però, è un altro. Per la "revoca" dell'abbreviato non è necessario riferirsi alla disposizione in questione. Nella misura in cui consente di subordinare la celebrazione del rito a un'integrazione probatoria a discarico, infatti, è l'art. 438 comma 5 c.p.p. la norma da cui desumere che, se non si avvera la condizione, l'accusato è autorizzato a chiedere la conversione del rito speciale in quello ordinario. Diversamente opinando – come nella situazione in cui il giudice negasse l'assunzione dell'esperimento conoscitivo ammesso al momento dell'insaturazione del rito – il giudizio abbreviato «risulterebbe, sebbene a posteriori, incardinato contro la volontà dell'imputato stesso (che in tanto ne aveva fatto richiesta, in quanto gli venisse assicurata l'assunzione di una certa prova), e l'inosservanza delle suddette garanzie, tra le quali precipuamente quella del contraddittorio nella formazione della prova, non potrebbe più dirsi giustificata dal consenso di costui, in contrasto con l'art. 111 comma 5 Cost.»⁴¹.

³⁸ Da ultimo, in argomento, cfr. R. CASIRAGHI, *Testimoni assenti: la grande camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3117 ss., e la bibliografia ivi citata.

³⁹ Al riguardo, piuttosto, non sembra risolutiva la possibilità d'acquisire una nuova prova, ai sensi dell'art. 441 comma 5 c.p.p. su sollecitazione dell'imputato (secondo quanto sostiene F. ALBANO, *Irrevocabile il giudizio abbreviato "condizionato" ad integrazione probatoria impossibile?*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4215): giova infatti considerare che tale soluzione non potrebbe ovviare all'eventualità che il prevenuto non sia in grado di sollecitare ammissioni probatorie ulteriori rispetto a quella originaria o che la richiesta di darvi corso venga disattesa dal giudice.

⁴⁰ Tesi, in realtà, ripresa da R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Il giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, cit., p. 290; nonché da O. BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, p. 216. Sostiene, al contrario, l'interpretazione analogica dell'art. 441-bis c.p.p. F. CASASOLE, *Ammissione «condizionata» al rito abbreviato e sopravvenuta impossibilità di acquisizione della prova*, in *Giur. it.*, 2008, p. 461.

⁴¹ B. LAVARINI, *Il nuovo giudizio abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 762; v. altresì F. CASASOLE, *Ammissione «condizionata» al rito abbreviato e sopravvenuta impossibilità di acquisizione della prova*, cit., p. 460-461.