

L'UDIENZA PREDIBATTIMENTALE E I MARGINI DI MANOVRA DEL GIUDICE SU DI UN'ACCUSA MAL STRUTTURATA^(*)

di Bianca Maria Todaro

SOMMARIO: 1. Il nuovo istituto dell'udienza predibattimentale: piu' di un'udienza "filtro", meno di un'udienza preliminare. – 2. I controlli preventivi del giudice su di un'accusa mal strutturata. – 3. Il controllo sulla genericità dell'imputazione (*standard* descrittivo). – 4. Il controllo sulla rispondenza dell'imputazione al fatto (*standard* contenutistico). – 5. Profili di incompatibilità. – 6. Criticità in punto di garanzie difensive.

1. Il nuovo istituto dell'udienza predibattimentale: piu' di un'udienza "filtro", meno di un'udienza preliminare.

L'udienza predibattimentale, introdotta dal D.lgs. n. 150/2022 (cd. *Riforma Cartabia*) è senz'altro un istituto di nuovo conio nel panorama normativo vigente, ma di una siffatta tipologia di udienza si erano in realtà già interessati i lavori parlamentari della Legge Carotti del 1999, oltre che le Commissioni di studio per la riforma del codice di procedura penale del 2004 e del 2006¹.

Secondo le indicazioni della Relazione illustrativa la scelta di introdurre tale novità nella struttura del processo penale «è apparsa giustificata per un duplice ordine di ragioni, strettamente collegate tra loro e basate, da un lato, sulla constatazione dell'elevatissimo numero di esiti assolutori che si registra nei procedimenti in questione» nonché «sull'esigenza logicosistemica di affidare al controllo preventivo del giudice la corretta applicazione, da parte del pubblico ministero, del criterio di giudizio sotteso alla decisione di esercitare l'azione penale»².

Non si tratta, quindi, solo di un'udienza finalizzata ad affrontare l'accertamento sulla corretta costituzione delle parti e la soluzione delle questioni preliminari sollevate dalle parti, precedentemente relegate alle battute iniziali della prima udienza di comparizione dibattimentale, ma tende ad assicurare, altresì, un vaglio preliminare del giudice sulla fondatezza dell'accusa per i procedimenti a citazione diretta sulla base

^(*)Testo della relazione, con integrazioni e note, svolta al corso organizzato dalla Formazione Iniziale (TG25005) della Scuola Superiore della Magistratura per i magistrati ordinari in tirocinio D.M. 22/10/2024 (Scandicci, 27 gennaio 2025).

¹ L'idea di un'udienza anteriore all'apertura del dibattimento è stata in particolare valutata dalla Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale, istituita con D.L. 29 luglio 2004 e presieduta dal Prof. Andrea Antonio Dalia, e da quella istituita con D.L. 27 luglio 2006 e presieduta dal Prof. Giuseppe Riccio.

² Così la Relazione illustrativa, in Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XVIII Legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti – Disegno di legge C. n. 2435, p. 8.

dello stesso criterio decisorio della ragionevole previsione di condanna ora sancito anche per le richieste di archiviazione e per l'udienza preliminare.

Invero l'udienza predibattimentale, emancipandosi dalle strette maglie della precedente udienza "filtro", condivide con l'udienza preliminare sia la fase dei controlli preventivi operati dal giudice *ex officio* sull'imputazione sia il momento di verifica in ordine alla corretta declinazione della nuova regola di giudizio sottesa all'esercizio dell'azione penale.

Diversamente rispetto al giudice dell'udienza preliminare, però, il giudice predibattimentale non può esercitare alcun potere di integrazione del materiale conoscitivo, atteso che l'art. 554 ter c.p.p., nell'individuare le norme dell'udienza preliminare applicabili all'udienza predibattimentale, non richiama gli artt. 421 bis e 422 c.p.p. che disciplinano proprio l'attività di sollecitazione del Pm all'integrazione delle indagini o di autonoma assunzione probatoria ad opera del G.u.p.

Altro punto differenziale tra udienza predibattimentale ed udienza preliminare riguarda, inoltre, l'omessa previsione per la prima di un momento di discussione tra le parti sul suo possibile epilogo, diversamente da quanto accade per l'udienza preliminare secondo quanto disposto dall'art. 421 c.p.p. – intitolato "*Discussione*" – anch'esso non richiamato dall'art. 554 ter c.p.p.

Infine, ulteriore diversità tra le due udienze sembra riguardare i termini per il deposito della motivazione della sentenza di non luogo a procedere atteso il mancato richiamo all'art. 424 co. 4 c.p.p. che prevede per il G.u.p. la possibilità di depositare una motivazione differita fino ad un massimo di trenta giorni.

Ciò implicherebbe la necessità che la sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal giudice predibattimentale sia contestualmente motivata.

Un possibile recupero di un più ampio termine per il deposito delle motivazioni potrebbe far leva sul disposto dell'art. 549 c.p.p. (che apre il Titolo I del Libro VIII dedicato al giudizio innanzi al Tribunale in composizione monocratica) il quale, richiamando le "*norme contenute nei libri che precedono*", renderebbe applicabili anche all'udienza predibattimentale i termini per il deposito delle motivazioni della sentenza disciplinati dall'art. 544 c.p.p.

Ciò, tuttavia, determinerebbe una peculiare incongruenza in quanto in tal modo il giudice dell'udienza predibattimentale per la redazione dei motivi sottesi alla sentenza di non luogo a procedere potrebbe beneficiare di un termine sino al triplo più ampio di quello assegnato al giudice dell'udienza preliminare, solitamente chiamato a deliberare in ordine a fattispecie penali caratterizzate da maggiore peso criminogeno.

2. I controlli preventivi del giudice su di un'accusa mal strutturata.

Terminate le verifiche sulla corretta costituzione delle parti nonché sulle questioni di competenza e preliminari eventualmente formulate dalle parti, il giudice dell'udienza predibattimentale deve procedere ad un'attività di carattere assolutamente innovativo: trattasi del controllo sulla genericità del capo d'imputazione e sulla

rispondenza del fatto contestato agli atti di indagine compendiato ai commi 5 e 6 dell'art. 554 bis c.p.p.

Tale tipologia di intervento è stato evidentemente previsto dal legislatore in funzione della corretta applicazione della nuova regola di giudizio della ragionevole prognosi di condanna (che costituisce il momento valutativo finale dell'udienza predibattimentale) la quale presuppone necessariamente un buon confezionamento dell'editto accusatorio sotto il profilo non soltanto descrittivo, ma anche contenutistico. È invero facile immaginare che tanto più preciso sarà il vaglio predittivo che il giudice sarà chiamato a compiere sul possibile epilogo del futuro dibattimento quanto più centrato sarà il bersaglio imputativo sotto il profilo sia di una chiara enunciazione del fatto contestato sia di una sua aderenza agli atti di indagine.

Quest'azione di controllo preventivo sull'imputazione rispetto alla successiva fase dibattimentale mira, naturalmente, ad accelerare i tempi processuali, in modo da assicurare una maggiore scorrevolezza della successiva fase del giudizio ed evitare un'indebita regressione del processo, risolvendo anticipatamente i profili di invalidità dell'imputazione e le sue possibili modificazioni, anche nell'ottica di agevolare la piena esplicazione del diritto di difesa dell'imputato, potendo l'intervento sull'imputazione ben incidere, ad esempio, sulle scelte relative all'accesso a riti alternativi.

In altre parole, il legislatore della Riforma Cartabia tende a far sì che nell'udienza predibattimentale venga fissato e verificato il *thema decidendum* nel contraddittorio delle parti.

Non a caso, infatti, il controllo del giudice sull'imputazione costituisce l'unico momento processuale dell'udienza predibattimentale in cui è esplicitamente prevista l'audizione delle parti: "*sentite le parti*" dispongono il co. 5 ed il co. 6 dell'art. 554 bis c.p.p. con locuzione che tra l'altro rimanda al "*vengono sentite se compaiono*" di cui all'art. 127 c.p.p. in tema di procedimento in camera di consiglio, norma che – come indicato nel co. 1 dell'art. 554 bis c.p.p. – informa anche l'udienza predibattimentale, anch'essa svolta in camera di consiglio al fine di assicurare riservatezza all'imputato che non sa ancora se dovrà effettivamente affrontare il futuro processo.

Quindi, se per un verso il legislatore ha dimenticato o non ha inteso disciplinare un momento di vera e propria discussione delle parti sul possibile epilogo dell'udienza predibattimentale, si è sicuramente preoccupato di prevedere una sede interlocutoria per le valutazioni da effettuare sul capo di imputazione, sebbene poi – come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della presente trattazione – a tale momento dialogativo non sempre segue la previsione di un momento adeguatamente riflessivo per le conseguenti scelte difensive.

Si può porre la questione del momento in cui, nel corso dell'udienza predibattimentale, debba essere effettuato tale intervento "ortopedico" del giudice sull'imputazione.

Seguendo l'ordine codicistico esso dovrebbe avvenire immediatamente dopo i controlli sulla costituzione delle parti e la soluzione delle eventuali eccezioni preliminari.

A dire il vero, però, a parere di chi scrive l'argomentazione che fa leva sull'ordine codicistico non sembra particolarmente pregnante in quanto il legislatore più volte ha dimostrato che all'ordine codicistico non sempre corrisponde l'effettivo ordine

processuale: senza andare troppo lontano con lo sguardo, basta leggere l'art. 554 ter co. 2 c.p.p. che disciplina dapprima le determinazioni finali del giudice dell'udienza predibattimentale e, solo successivamente, prevede la regolamentazione per l'accesso ai riti alternativi che, naturalmente, è necessariamente prodromica rispetto al possibile epilogo dell'udienza predibattimentale.

Di certo l'interlocuzione sulla corretta strutturazione dell'editto accusatorio sembra logicamente dover avvenire prima della richiesta di ammissione a riti alternativi, cui pure l'intervento giudiziale può essere funzionale non soltanto in vista di una maggiore consapevolezza dell'imputato sulle proprie scelte difensive, ma altresì in considerazione della possibilità di un ampliamento del ventaglio delle opzioni premiali disponibili (si pensi al caso in cui l'intervento del giudice consenta di sussumere, ad esempio, il fatto nell'ambito di una fattispecie per limiti edittali non ostativa rispetto all'istituto della messa alla prova).

3. Controllo sulla genericità dell'imputazione (*standard descrittivo*).

La Riforma Cartabia ha consacrato anche per la fase predibattimentale il principio cooperativo delineato dalle Sezioni Unite "Battistella" per l'udienza preliminare (Cass. sez. un., 20 dicembre 2007, dep. 2008, n. 5037), laddove è stata tacciata di abnormità l'ordinanza con cui il giudice dell'udienza preliminare, senza sollecitare preventivamente l'eliminazione da parte del pubblico ministero dei profili di genericità del capo di imputazione, abbia disposto la restituzione degli atti all'organo di accusa. Le Sezioni Unite, dunque, partendo dal presupposto della fluidità dell'addebito ancora non cristallizzato nel decreto di rinvio a giudizio, legittimavano l'instaurazione di un percorso procedurale virtuoso per la stabilizzazione dell'accusa conformemente alle fonti di prova acquisite e nel contraddittorio delle parti.

Appare utile ricordare che il menzionato principio non si è mai ritenuto applicabile, invece, al dibattimento: la Corte di Cassazione era solita affermare che, in caso di genericità del capo di imputazione, il giudice del dibattimento è tenuto a dichiarare la nullità del decreto di citazione a giudizio e disporre la regressione del procedimento con restituzione degli atti al pubblico ministero (di recente, Cass. sez. V, 11 marzo 2022, dep. 7 giugno 2022, n. 22140, CED 283221).

Ebbene con l'introduzione della nuova disciplina di cui all'art. 554 bis co. 5 c.p.p. la sequela procedimentale individuata dalle Sezioni Unite "Battistella" è stata ormai normativizzata anche per il giudice predibattimentale³, sebbene non sfugga che quest'ultimo si trova dinanzi non un'imputazione *in fieri* come il giudice dell'udienza preliminare, bensì un'imputazione già cristallizzata nel decreto di citazione a giudizio.

³ "Si tratta, all'evidenza, di assicurare all'imputato le complete garanzie difensive, come imposto dall' art. 111 Cost. e dall'art. 6, comma 3, lett. a) CEDU, in forza del quale "ogni accusato ha diritto soprattutto ad essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico" (Cass. pen. Sez. IV del 2/07/2024 n. 32977).

Invero, va necessariamente osservato che, nel caso dell'udienza preliminare, la restituzione degli atti al pubblico ministero avviene senza che si sia manifestata alcuna nullità del decreto di rinvio a giudizio, ancora non formatosi: l'attività correttiva, avuto riguardo alla maggiore fluidità che connota l'accusa nell'ambito dell'udienza preliminare, è funzionale proprio ad evitare l'imminente genesi del vizio.

Nell'udienza predibattimentale, invece, la nullità ha già colpito l'atto introduttivo, come espressamente previsto dall'art. 552 co.1 lett. c) e co. 2 c.p.p.: dunque l'art. 554 bis co. 5 c.p.p. consente una vera e propria rimozione dell'invalidità già formatasi mediante rinnovazione dell'atto senza regressione del procedimento, in un'ottica di collaborazione tra soggetti processuali. Si tratta, tra l'altro, di una previsione di nullità meramente eventuale, *sub condicione*, che manifesta tutta la sua potenzialità invalidante solo all'esito dell'inottemperanza del Pm all'invito del giudice a riformulare l'imputazione.

Il tema che a questo punto si pone attiene all'individuazione del tipo di nullità in discussione.

La nullità del decreto di citazione a giudizio per genericità del capo di imputazione ai sensi dell'art. 552 comma 2 c.p.p. è sempre stata sussunta dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario nell'ambito delle nullità di ordine speciale e, quindi, relative⁴.

Soltanto un filone interpretativo minoritario⁵ riteneva si trattasse di una nullità intermedia di ordine generale ex art. 178 lett. c) c.p.p., in ragione del fatto che un editto accusatorio generico necessariamente ostacoli la corretta esplicazione delle potenzialità difensive dell'imputato, così lasciando emergere la violazione di una norma attinente alla sua assistenza tecnica in giudizio.

Ebbene, guardando alla disciplina del novello art. 554 bis co. 5 c.p.p. sembra in primo luogo potersi affermare che a favore della tesi della configurabilità di una nullità intermedia si pone, innanzitutto, un dato normativo concernente il regime di rilevabilità, considerato che trattasi di una nullità non soltanto eccepibile dalla parte, ma rilevabile anche *ex officio*. E' infatti noto che ai sensi dell'art. 181 c.p.p. le nullità relative possono essere dichiarate esclusivamente su eccezione di parte, mentre l'art. 180 c.p.p. riguardante

⁴ "La nullità del decreto di citazione a giudizio per insufficiente determinazione del fatto ex art. 552, comma 1, lett. c), e comma 2, c.p.p., non integra una nullità di ordine generale a norma dell'art. 178 c.p.p., ma rientra tra quelle relative di cui all'art. 181 dello stesso codice, con la conseguenza che essa non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita, a pena di decadenza, entro il termine previsto dall'art. 491 c.p.p. È pertanto affetto da abnormità il provvedimento con il quale il giudice del dibattimento rilevi d'ufficio l'invalidità, atteso che non è consentito al giudice sostituirsi alle parti nel rilevare cause di nullità relative, a pena del sovvertimento dei principi generali su cui si fonda nel nostro ordinamento il sistema della invalidità degli atti processuali" (Cassazione penale sez. II, 12/05/2016, n.26298).

⁵ cfr. Cassazione penale sez. I, 09/04/2014, n.19928 secondo cui "L'omessa enunciazione del fatto in relazione alla condotta tipica del reato integra un'ipotesi di nullità assoluta del decreto di citazione a giudizio, ai sensi dell'art. 179 comma 1 c.p.p., per inosservanza delle disposizioni che concernono l'iniziativa del p.m. nell'esercizio dell'azione penale. (Fattispecie in cui la Suprema Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna per la contravvenzione di cui all'art. 676 c.p., per nullità assoluta della stessa in conseguenza della propagazione della invalidità afferente il decreto di citazione a giudizio)

le nullità a regime intermedio prevede sia l'eccepibilità di parte che la rilevabilità d'ufficio.

A tale dato normativo corrisponde, ovviamente, una ragione di carattere sistematico: è chiaro che per il legislatore della riforma si tratta di un vizio che non viene più previsto nell'esclusivo interesse della parte, bensì dell'intero processo: il vaglio sullo *standard* descrittivo dell'imputazione e la previsione della sua emendabilità sono, in effetti, sanciti proprio al fine di agevolare la successiva scorrevolezza processuale in un'ottica di anticipazione delle possibili invalidità degli atti che caratterizza quel processo "a trazione anteriore" voluto dalla Riforma Cartabia.

Appare, inoltre, utile evidenziare che la disciplina delle nullità relative eccepibili in fase predibattimentale sembra, in realtà, già disciplinata dal co. 3 dell'art. 554 bis c.p.p. che tratta il tema delle questioni preliminari, la cui deducibilità è prescritta a pena di decadenza con successiva non riproponibilità nella successiva fase dibattimentale. Trattasi, dunque, di una fase processuale antecedente rispetto alla disciplina della correzione descrittiva dell'imputazione di cui al successivo co. 5 della medesima disposizione, che tra l'altro nessun richiamo alla stessa opera.

Non può, infine, trascurarsi l'argomentazione di ordine logico secondo cui, in caso si configurasse una nullità a regime intermedio, l'eccezione sarebbe riformulabile dinanzi al giudice del dibattimento su cui grava il compito di accertare la penale responsabilità dell'imputato: ebbene, in tal caso il giudice del dibattimento non si troverebbe, pertanto, vincolato alle valutazioni effettuate dal giudice dell'udienza predibattimentale sulla chiarezza e precisione del capo di imputazione, potendone nuovamente sindacare lo *standard* descrittivo proprio in vista della decisione conclusiva del giudizio che è chiamato ad adottare.

4. Controllo sulla rispondenza dell'imputazione al fatto (*standard* contenutistico).

Il co. 6 dell'art. 554 bis c.p.p. disciplina il potere di intervento del giudice sulla qualificazione giuridica, sul fatto e sulle aggravanti.

La possibilità per il giudice di incidere sulla qualificazione giuridica non risulta una novità – è noto il brocardo *iura novit curia* – anche se può apprezzarsi l'esplicita previsione di una sua anticipazione processuale (essendo abituati al consueto invito rivolto dal giudice alle parti in sede di discussione a concludere anche su diverse qualificazioni giuridiche, di cui si avrà poi esatta contezza solo con la lettura della sentenza)⁶.

⁶ In merito appare interessante riportare quanto sostenuto in recente arresto giurisprudenziale secondo cui "La disposizione di nuovo conio, pur senza prevedere espressamente ipotesi di nullità, introduce il riferimento alla adeguatezza della definizione giuridica, a tutela del diritto dell'imputato ad essere tempestivamente e dettagliatamente informato non solo dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche della qualificazione giuridica ad essi attribuita, diritto affermato, a livello sovranazionale, dalla Corte EDU (sentenza 11/12/2007, Drassich c. Italia, in cui, come noto, a seguito della riqualificazione del fatto contestato in corruzione in atti giudiziari, la CEDU ha dichiarato la violazione dell'art. 6 perché l'imputato non ne era stato informato)" (Cass. pen. Sez. IV del 2/07/2024 n. 32977).

Invero, l'intervento *ex officio* sulla definizione giuridica del fatto consente di instaurare un contraddittorio immediato sui profili in iure dell'imputazione⁷. Si offre, così, all'imputato la possibilità di difendersi in merito alla nuova qualificazione giuridica già nel giudizio di primo grado, evitando che l'individuazione del titolo di reato più corretto avvenga solo al momento della deliberazione della sentenza (art. 521 comma 1 c.p.p.)⁸. Tale *discovery* del pensiero del giudice sulla veste giuridica da attribuire alla condotta contestata consente tra l'altro all'imputato di effettuare scelte più consapevoli in ordine all'accesso a riti alternativi, che potrebbero inoltre rivelarsi esperibili proprio in virtù della novellata qualificazione del fatto contestato⁹.

Di certo innovativo è, invece, il vaglio giudiziario sulla corrispondenza del fatto agli atti di indagine.

Trattasi sostanzialmente di un'anticipazione in questa fase dei possibili fenomeni innovativi che concernono l'imputazione al fine di ridurre l'applicazione degli artt. 516 e ss. e 521 s. c.p.p. nel corso del successivo giudizio attese le ricadute in termini di speditezza processuale in ragione della regressione processuale ad essi connessa.

⁷ Si legge nella relazione 2/23 del 5.1.23 dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione che *"Da rilevare che il difetto della qualificazione giuridica non era, nel previgente sistema, ascrivibile all'ambito delle nullità della contestazione; il riferimento alla adeguatezza della definizione giuridica, ora introdotto, risente all'evidenza della riflessione giurisprudenziale di questi anni - per vero giunta ad approdi non sempre univoci - a proposito del diritto dell'imputato ad essere tempestivamente e dettagliatamente informato non solo dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche della qualificazione giuridica ad essi attribuita, diritto che, come noto, ha matrice sovranazionale, avendo trovato consacrazione in Corte EDU, sent. 11/12/2007, Drassich c. Italia"*.

⁸ Sul tema il medesimo arresto prima richiamato ha lucidamente osservato che *"La previsione di cui all'art. 554 bis, comma 6, cod. proc. pen. introduce nel sistema processuale poteri di impulso del giudice al pubblico ministero anche nel caso di errata qualificazione giuridica del fatto. La citata previsione mira ad evitare che si arrivi in una fase avanzata dell'istruttoria o addirittura in sede di decisione alla modifica della qualificazione giuridica, con possibile inutile allungamento dei tempi processuali, consentendo invece l'instaurazione di un contraddittorio immediato sui profili giuridici del fatto contestato. Si offre così all'imputato l'immediata possibilità di difendersi, evitando che l'individuazione del titolo di reato più corretto avvenga solo al momento della deliberazione della sentenza o nel corso del giudizio. In tal modo chi è sottoposto a procedimento penale può adeguare al meglio le strategie difensive, anche valutando la opportunità di accedere a riti alternativi. La ratio della citata disposizione è quindi quella di agevolare una riduzione dei tempi processuali e, più in generale, di consentire effetti deflattivi"* (Cass. pen. Sez. IV del 2/07/2024 n. 32977).

⁹ Appare utile ulteriormente ribadire che anche la Corte Edu ha chiarito che le esigenze dell'art. 6, par. 3, lett. a) della Convenzione rappresentano corollari decisivi del diritto ad un processo equo garantito: la richiamata disposizione convenzionale attribuisce all'atto di imputazione un ruolo decisivo nel procedimento penale. L'imputato deve essere informato "il più presto possibile" e "dettagliatamente" dell'accusa, cioè dei fatti materiali a suo carico e sui quali si basa l'accusa, nonché della natura dell'accusa, cioè della qualificazione giuridica data a questi fatti. È vero, osserva la Corte Edu, che la portata delle informazioni "dettagliate" di cui a tale disposizione varia a seconda delle circostanze particolari del caso di specie: e però l'imputato deve in ogni caso disporre di elementi sufficienti per comprendere appieno le accuse a suo carico, al fine di preparare adeguatamente la sua difesa. L'adeguatezza delle informazioni, riguardo all'accusa, quindi, deve essere valutata alla luce dell'articolo 6, paragrafo 3, lettera b), che riconosce ad ogni individuo il diritto di disporre del tempo e dei mezzi necessari per preparare la propria difesa, e alla luce del più generale diritto ad un equo processo garantito dall'articolo 6, paragrafo 1 (Mattoccia c. Italia, n. 23969/94, par. 60, CEDU 2000 - IX, che richiama Pélissier et Sassi c. France (GC), no 25444/94, par. 54, CEDH 1999 - 11).

Appare opportuno ricordare che secondo la giurisprudenza di legittimità, in effetti, la modifica dell'imputazione nel corso del giudizio dibattimentale non deve necessariamente dipendere dall'andamento dell'istruttoria, potendo essa formularsi anche *in limine litis* senza che tale intervento possa incidere sulla validità della successiva sentenza¹⁰.

L'invasivo potere attribuito al giudice dell'udienza predibattimentale di compulsare il pubblico ministero a configurare un'imputazione gradita, a pena di regressione del procedimento, ha sollecitato la riflessione sull'attualità dell'idea che la pubblica accusa sia titolare esclusivo dell'azione penale¹¹.

Sul punto, sembra senz'altro interessante quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 5 ottobre 2022: nel pronunciarsi su questione legata all'applicabilità dell'art. 521 co. 2 c.p.p. al caso di aggravante non contestata dal pubblico ministero ma ritenuta sussistente dal giudice, si è affermato in un *obiter dictum* che «*il pubblico ministero non è [...] dominus assoluto dell'azione penale, essendo previste varie possibilità di intervento del giudice per assicurare, anche contro l'avviso del pubblico ministero, l'uniforme e imparziale applicazione della legge penale ai suoi destinatari in omaggio alla ratio sottesa all'art. 112 Cost.*» (paragrafo 4.1. del Considerato in diritto).

¹⁰ Si legge in particolare che “*la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. anteriore all'istruzione dibattimentale, potrebbe considerarsi "anomala" (alla luce del testo dell'art. 516 c.p.p. che la colloca "... nel corso dell'istruzione dibattimentale..."), ma non configura una nullità della sentenza ex art. 522 c.p.p. e non deve necessariamente fondarsi sugli esiti dell'istruttoria dibattimentale (Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, dep. 1999, Barbagallo, Rv. 212757; Sez. 5, n. 51248 del 05/11/2014, Cutrera, Rv. 261742). Va riconosciuto al Pubblico ministero il potere di procedere nel dibattimento alla modifica dell'imputazione senza specifici limiti temporali o di fonte, in quanto l'imputato ha facoltà di chiedere al giudice un termine per contrastare l'accusa, esercitando ogni prerogativa difensiva come la richiesta di nuove prove o il diritto ad essere rimesso in termini per chiedere riti alternativi o l'oblazione (fra le altre: Sez. 6, n. 18749 del 11/04/2014, B., Rv. 262614; Sez. 5, n. 8631 del 21/09/2015, dep. /2016, Scalia, Rv. 266081)” (Cassazione penale sez. VI - 08/01/2020, n. 9002); nello stesso senso di recente Cassazione penale sez. V – 30.09.2024 n. 43083 secondo cui “*il legislatore, ammettendo contestazioni suppletive in limine litis, ha assegnato forza normativa al principio dettato dalle Sezioni Unite Barbagallo (n. 4 del 28/10/1998), secondo cui la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 cod. proc. pen. e la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante di cui all'art. 517 cod. proc. pen. possono essere effettuate anche sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari*”.*

¹¹ Si pensi, ad esempio, a quanto in merito veniva sancito da Cassazione penale sez. VI - 15/10/2010, n. 37577 “*effettuare una nuova contestazione è un potere esclusivo del pubblico ministero, inerente all'esercizio dell'azione penale, la cui obbligatorietà è prescritta dall'art. 112 Cost. Inoltre, nell'ipotesi - ricorrente nella fattispecie in esame - di fatto diverso (art. 516 c.p.p.) o di reato concorrente connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., comma 1, lett. a), (art. 517 c.p.p.), non è richiesto nè il consenso dell'imputato nè l'autorizzazione del giudice*”. Nello stesso senso “*dal momento che il pubblico ministero, nel vigente sistema processuale, detiene il ruolo di dominus esclusivo dell'azione penale, ne consegue che il giudice del dibattimento non può esercitare alcun sindacato preventivo sull'ammissibilità di contestazioni modificative (fatto diverso) o aggiuntive (fatto nuovo), effettuate ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p.. A conferma di tale principio è sufficiente osservare che l'art. 517 stabilisce esclusivamente che il pubblico ministero "contesta all'imputato" il reato connesso o la circostanza aggravante emersa dagli atti del dibattimento, senza prevedere alcun potere di intervento per l'organo giudicante, come fa invece l'art. 518 c.p.p. con riferimento alla contestazione di un fatto nuovo, stabilendo che il presidente del collegio "può autorizzarla".D'altronde, al riguardo, siffatte attività possono essere compiute entro la chiusura del dibattimento, eventualmente interrompendo anche la discussione finale (cfr. ad es. Sez. 5, n. 19008 del 13/03/2014, Calamita e altri, Rv. 260004)” (Cassazione penale sez. III - 15/12/2017, n. 29877).*

Va infine segnalato che, con riferimento ai poteri del giudice dell'udienza predibattimentale sul fatto contestato, la Corte di Cassazione ha già avuto modo di affermare l'abnormità del provvedimento con cui il giudice dell'udienza predibattimentale disponga la restituzione degli atti al pubblico ministero per mancata corrispondenza dell'imputazione alle risultanze degli atti, senza avergli previamente richiesto di apportarvi le necessarie modifiche (Cass. pen., sez. V, sent., 26 settembre 2024 n. 36056).

5. Profili di incompatibilità.

Appare utile ora affrontare il tema in ordine ai profili di incompatibilità prospettabili per il giudice dell'udienza predibattimentale.

È noto che la Corte Costituzionale¹² ha recentemente statuito in ordine all'illegittimità costituzionale dell'art. 34 co. 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede che

¹² Corte Costituzionale - 14/11/2024, n. 179. Invero è stato affermato che *“L'attività decisionale che il giudice è chiamato a svolgere nell'udienza predibattimentale, compendiata nelle valutazioni oggetto dei provvedimenti di cui agli artt. 554-bis e 554-ter cod. proc. pen., nei termini sopra esaminati ai punti 3 e 3.1., connota tale udienza quale sede pregiudicante della successiva fase decisoria, in quanto il giudice predibattimentale esercita un vaglio penetrante del merito dell'accusa. La base conoscitiva del giudice predibattimentale è costituita dal complesso degli atti delle indagini preliminari condotte dall'organo inquirente, oltre che dagli atti che confluiscono nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431 cod. proc. pen. Le sue decisioni possibili, come evidenziato sopra, vanno poi dalla verifica della corrispondenza dell'imputazione agli atti di indagine, anche in riferimento alle circostanze aggravanti, all'accertamento della sussistenza di cause di improcedibilità dell'azione penale, di non punibilità e di proscioglimento nel merito, e quindi anche delle condizioni per una pronuncia ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen. per particolare tenuità del fatto, estendendosi fino all'adozione di una decisione, sulla base degli atti, in ordine alla sussistenza, o no, della ragionevole previsione di condanna. La valutazione dell'ampio compendio accusatorio, secondo tale regola, implica un giudizio prognostico di tipo negativo sulla sostenibilità dell'accusa, ovvero un giudizio sull'utilità del giudizio nella prospettiva di una sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio; valutazione che, dunque, crea un evidente rischio di condizionamento nel successivo giudizio dibattimentale. Conseguenza da ciò che la previsione della mera diversità del giudice dibattimentale rispetto a quello predibattimentale non è sufficiente ad assicurare la garanzia del giusto processo, versandosi in una fattispecie in cui il pregiudizio all'imparzialità e terzietà del giudice del dibattimento è di gravità tale da dover essere necessariamente prevista in via generale e predeterminata, anche a prescindere dalla valutazione in concreto che il giudice è chiamato a compiere e, quindi, «indipendentemente dal contenuto che tali attività possono aver assunto» (sentenza n. 306 del 1997). La mancata previsione della incompatibilità del giudice dell'udienza predibattimentale alla trattazione del giudizio dibattimentale del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale si pone, pertanto, in contrasto con l'art. 111, secondo comma, Cost. e, di riflesso, anche con l'art. 24, secondo comma, Cost. Fondata è anche l'ulteriore questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. Come si è rilevato, il giudice dell'udienza preliminare e il giudice dell'udienza predibattimentale, ai sensi degli artt. 425, comma 3, e 554-ter cod. proc. pen., sono soggetti alla medesima regola di giudizio compendiata nel canone secondo cui «il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere» quando «gli elementi acquisiti non consentono» di formulare «una ragionevole previsione di condanna». A fronte di ciò, tuttavia, l'art. 34, comma 2, cod. proc. pen. detta una disciplina ingiustificatamente differenziata nella misura in cui prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio soltanto per «il giudice che ha emesso il provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare» e non anche per il giudice dell'udienza predibattimentale. La già evidenziata simmetria, in relazione alla penetrante attività valutativa che sono chiamati a compiere sia il giudice dell'udienza preliminare, sia il giudice dell'udienza predibattimentale, ora contemplata per i reati a citazione diretta, rende, dunque, irragionevole la mancata previsione, nei casi di incompatibilità cosiddetta “orizzontale”, di cui all'art. 34, comma 2, cod. proc. pen., anche della fattispecie del giudice dell'udienza*

non può partecipare al giudizio il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale nei casi previsti dall'art. 554-ter co. 3 ed art. 554-quater co. 3 c.p.p.

Ciò posto, deve essere evidenziato che la dottrina¹³, già dal momento dell'entrata in vigore della nuova normativa, si è interrogata anche sulla diversa questione dell'incompatibilità del giudice predibattimentale che, dopo aver dichiarato la nullità del decreto di citazione a giudizio per genericità dell'imputazione, sia nuovamente designato quale giudice della nuova udienza predibattimentale.

La tesi affermativa ha fatto leva sulle motivazioni sottese alla sentenza della Corte costituzionale n. 16 del 2022 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, comma 2 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che il giudice per le indagini preliminari, che ha rigettato la richiesta di decreto penale di condanna per mancata contestazione di una circostanza aggravante, sia incompatibile a pronunciare sulla nuova richiesta di decreto penale formulata dal pubblico ministero in conformità ai rilievi del giudice stesso.

In realtà, a parere di chi scrive, sembra che l'oggetto della delibazione giudiziale sia affatto diverso: ed infatti il G.i.p. che rigetta la richiesta di decreto penale di condanna per omessa contestazione di un'aggravante esprime una valutazione sul fatto, ritenendo implicitamente sussistente la fattispecie di base contestata, mentre il giudice dell'udienza predibattimentale che censura l'eccessiva genericità del capo di imputazione si limita a svolgere una verifica di tipo descrittivo senza entrare nel merito della sussistenza del reato contestato.

Naturalmente andrà verificato di volta in volta in che modo il giudice concretamente abbia espresso le proprie indicazioni correttive sulla caratura descrittiva dell'imputazione perché se nel correggere la veste formale dell'editto accusatorio egli dovesse esprimere anche valutazioni di merito ben si potrebbe ricadere in un'ipotesi di incompatibilità in senso cd. "orizzontale" ai sensi dell'articolo 34 comma 2 c.p.p.

Ulteriore quesito riguarda l'eventuale incompatibilità del giudice dell'udienza predibattimentale, che abbia restituito gli atti al pubblico ministero per omessa modifica dell'imputazione, a sindacare sempre in sede predibattimentale la medesima vicenda. In merito si evidenzia che nessuna modifica è stata operata dell'art. 34 c.p.p., sebbene senza dubbio possano in questa sede riproporsi le problematiche già evidenziate per il controllo sullo *standard* descrittivo, rese però in questo caso ingravescenti dall'intervento indubbiamente più pregnante effettuato dal giudice dell'udienza predibattimentale sull'effettivo contenuto dell'imputazione.

Nel senso della ragionevole prospettazione di un'ipotesi di incompatibilità sembrano militare le pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. maturate in relazione agli eventi innovativi verificatisi nel corso del dibattimento.

Invero, la Corte costituzionale ha, ad esempio, avuto modo di sancire l'illegittimità costituzionale dell'articolo 34 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità alla funzione di giudice dell'udienza preliminare (sentenza n. 400/2008)

predibattimentale che sia poi chiamato ad essere altresì giudice del dibattimento.

¹³ G. SPANGHER, Gli incerti orizzonti della giustizia penale tra la forza della politica e quella della volontà: spargere l'ottimismo non basta, in *Penale Diritto e Procedura*, febbraio 2022.

e giudice del dibattimento (sentenza n. 455/1994) del giudice che abbia, all'esito del precedente dibattimento, riguardante il medesimo fatto storico a carico del medesimo imputato, ordinato la trasmissione degli atti al pubblico ministero a norma dell'articolo 521 co. 2 c.p.p. (accertamento di un fatto diverso da come descritto nell'editto accusatorio).

Attesa l'assoluta specularità delle situazioni di incompatibilità in quelle sedi prospettate rispetto a ciò che ora avviene in udienza predibattimentale all'esito della mancata ottemperanza da parte del pubblico ministero all'invito operato dal giudice a modificare l'editto accusatorio, sembra potersi ragionevolmente prospettare in merito una possibile questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p.

6. Criticità in punto di garanzie difensive.

Ultime considerazioni vanno espresse, infine, con riferimento alle garanzie difensive.

Una prima riflessione è sollecitata dalla disciplina dell'art. 554 bis co. 5 c.p.p. in punto di controllo del giudice sullo *standard* descrittivo dell'imputazione in quanto la norma prevede che, qualora il giudice rilevi d'ufficio la genericità dell'editto accusatorio, il pubblico ministero può procedere in udienza alla sua riformulazione.

La criticità più evidente riguarda la mancata previsione in questo caso della notificazione del verbale all'imputato assente.

Invero l'omessa previsione di un'ostensione all'imputato della modifica intervenuta in udienza sulla formulazione dell'imputazione sembra una lacuna procedurale che pesantemente incide sul diritto dell'imputato ad un congruo tempo di meditazione in ordine alle proprie scelte difensive.

Sotto tale profilo la carente disciplina del co. 5 dell'art. 554 bis c.p.p. ben potrebbe, a parere di chi scrive, ritenersi di sospetta legittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa ex art. 24 Cost.

Ma non solo, perché in realtà la disposizione in esame sembra palesemente violare anche il principio di uguaglianza sancito all'art. 3 Cost.

Non sfugge, infatti, la disparità di trattamento dell'imputato assente rispetto a quanto accade nel corso dell'udienza preliminare in quanto la norma "gemella" di cui all'art. 421 c.p.p. – che disciplina il pari potere del G.u.p. di invitare il pubblico ministero a precisare il capo d'imputazione – prevede al comma 1 bis che l'imputazione modificata venga inserita nel verbale d'udienza e contestata all'imputato, se presente in aula, altrimenti notificata all'imputato assente entro un termine non inferiore a 10 giorni.

Naturalmente la questione di legittimità costituzionale si potrebbe porre solo se non si ritenga applicabile analogicamente all'udienza predibattimentale la disciplina dettata sul punto per l'udienza preliminare: senza alcuna pretesa di esaustività risolutiva ci si limita in questa sede ad osservare che non sembra potersi dare per scontata la mutuabilità del regime previsto per due predette fasi processuali, come implicitamente dimostrato dalla previsione di un'esplicita regolamentazione dell'udienza

predibattimentale con disposizioni che, quando intendono richiamare la disciplina prevista per l'udienza preliminare, lo fanno sempre espressamente.

Passando al controllo sullo *standard* contenutistico dell'imputazione, debbesi invece evidenziare che l'art. 554 bis co. 6 c.p.p., a differenza del precedente comma 5, prevede la notifica del verbale contenente la modifica dell'imputazione all'imputato assente.

Di contro, però, l'imputato presente sembra non poter beneficiare neanche di un termine a difesa. Invero, la lettura del successivo comma 7 sembra negare tale possibilità, attesa la previsione di un obbligo di eccezione, a pena di decadenza, dell'inosservanza delle disposizioni sulla composizione del giudice o sull'omessa udienza preliminare *"immediatamente dopo la nuova contestazione"*.

Anche tale criticità appare di sospetta legittimità costituzionale in quanto, a ben guardare, risulta assolutamente stridente rispetto alla disciplina dettata per la fase dibattimentale dall'art. 519 c.p.p. che, tra l'altro, è stato modificato proprio dal D.lgs. n. 150 del 2022 al fine di rendere la disciplina perfettamente aderente alle indicazioni pervenute dalle pronunce di illegittimità costituzionale emanate dalla Consulta in ordine alla necessità di una restituzione nel termine per consentire l'accesso a riti alternativi all'esito del verificarsi di una modifica dell'editto accusatorio.

Infine, debbesi rilevare che qualche perplessità genera il fatto che interventi così incisivi del giudice predibattimentale sulle modalità di esercizio dell'azione penale e sull'oggetto fattuale dell'imputazione debbano realizzarsi in un'udienza in cui le potenzialità espressive della difesa si rivelano particolarmente limitate, non avendo essa concreti strumenti per diversamente contribuire ad orientare il cono di luce sul fatto contestato.

Infatti, se la difesa non si è preventivamente attrezzata per far confluire nel fascicolo del pubblico ministero le proprie investigazioni difensive, la sua voce in capitolo è praticamente afona.

Pare dunque legittimo chiedersi se è possibile per la difesa effettuare almeno delle produzioni documentali.

Innanzitutto, mutuando la disciplina dell'articolo 127 c.p.p. in tema di procedimento in camera di consiglio – regolamentazione di carattere generale applicabile all'udienza predibattimentale per il richiamo di cui all'art. 554 bis co. 1 c.p.p., fatto salvo quanto diversamente disciplinato dagli artt. 554 bis e ter c.p.p. – sembrerebbe senz'altro consentita la possibilità per la difesa di depositare delle memorie.

Quanto ai documenti, a parere di chi scrive potrebbe in merito mutuarsì il ragionamento che solitamente sorregge il regime delle produzioni documentali in dibattimento: l'assenza di preclusioni esplicite a produzioni documentali di parte dovrebbe implicarne l'ammissibilità¹⁴.

¹⁴ cfr. *ex multis* ad es. Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 23004 del 2017 secondo cui *"secondo la giurisprudenza di questa Corte, l'art.468 cod.proc.pen. non si riferisce alla prova documentale ex art.234 cod.proc.pen. (eccezion fatta per i verbali di prove di altro procedimento specificamente indicati nel comma 4-bis). Deve infatti escludersi che l'art. 493 c.p.p., riguardante l'esposizione introduttiva e le richieste di prova avanzate dalle parti, preveda una preclusione alla esibizione di documenti e all'ammissione di essi da parte del giudice in un momento successivo a quello fissato dalla*

Ciò, tra l'altro, risponderebbe anche ad un criterio di ragionevolezza.

Si pensi al caso, ad esempio, di un processo per abuso edilizio per il quale il difensore, all'udienza predibattimentale, abbia la disponibilità della documentazione amministrativa comprovante l'intervenuta sanatoria o di un processo per violenza privata in cui il difensore sia munito di documentazione attestante il pieno adempimento di condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p.: sarebbe assurdo precludere alla difesa la produzione di quegli atti determinando il rinvio dell'imputato al dibattimento quando a poche settimane di distanza quella stessa produzione, esibita alla prima udienza dibattimentale, determinerebbe un epilogo processuale completamente diverso.

Tuttavia, si segnala che la Suprema Corte di Cassazione sembra già aver espresso un diverso avviso, sebbene il tono adottato appaia piuttosto cauto o, quantomeno, non perentorio.

Ed infatti nel decidere un ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza ammissiva dell'imputato alla messa alla prova pronunciata dal giudice dell'udienza predibattimentale previo rigetto della richiesta della parte civile di riqualificare il reato di lesioni aggravate nella fattispecie di cui all'art. 583 *quinquies* c.p. (che sarebbe stata ostativa al richiesto rito alternativo) sulla scorta di una consulenza tecnica di parte, la Suprema Corte nel dichiarare inammissibile il ricorso ha comunque incidentalmente sostenuto che *“si deve rilevare che né le norme sulla messa alla prova né quelle che disciplinano l'udienza predibattimentale sopra richiamate consentono espressamente l'integrazione probatoria invocata dalla difesa della parte civile che ambiva alla valutazione della consulenza di parte prodotta; quelle sulla messa alla prova prevedono unicamente la possibilità di acquisire informazioni ai fini del decidere sul merito della messa alla prova, mentre quelle che regolano l'udienza predibattimentale e i poteri del giudice fanno riferimento allo stato degli atti, in particolare quella di cui all'art. 554-ter fa riferimento “agli atti trasmessi ai sensi dell'art. 553” ossia agli atti trasmessi dal P.m. al giudice unitamente al decreto di citazione a giudizio immediatamente dopo la notificazione. Quindi a rigore non può ritenersi - tout court - ammissibile in tale fase predibattimentale la produzione di nuove prove, o elementi di prova, la cui acquisizione innescherebbe un sub procedimento, non previsto, per consentire alle altre parti di avanzare conseguenti richieste istruttorie. Sicché nel caso in cui il giudice, a fronte della*

norma suddetta, essendo tale preclusione esplicitamente limitata alle prove che devono essere indicate nelle liste di cui all'art. 468 c.p.p. In caso di documenti, cioè di atti «precostituiti», le limitazioni temporali indicate dal citato art. 493 c.p.p. non valgono, fermo restando che in caso di esibizione di documenti, successiva all'esposizione introduttiva, deve essere garantito alle altre parti il diritto di esaminarli, secondo quanto prescrive l'art. 495 c.p.p., comma 3. (Sez. 6, 27/1/2009 n.5908, Abou; Sez. 2, 22/11/1994, n. 2533, Seminara; cfr inoltre Sez. 5, n. 44436 del 27/06/2012, Laska, Rv. 25382301). Infine va ricordato che la formazione del fascicolo per il dibattimento ha lo scopo di consentire una selezione degli atti e dei documenti che saranno conoscibili preventivamente dal giudice del dibattimento, ma non ha alcuna efficacia preclusiva nell'ambito del procedimento di ammissione della prova. Di conseguenza le questioni concernenti il contenuto del fascicolo per il dibattimento, cui si riferisce la preclusione posta dall'art. 491 cod.proc.pen., sono soltanto quelle intese a ottenere l'esclusione di atti o documenti che si assumono erroneamente inseriti nel fascicolo; mentre le questioni concernenti l'eventuale inclusione nel fascicolo di altri atti o documenti non rimangono in alcun modo precluse, come non rimangono precluse le ulteriori eventuali valutazioni del giudice circa l'ammissibilità della prova desumibile sia dagli atti inseriti nel fascicolo sia da atti che erroneamente non vi siano stati inseriti. (Sez. 5, n. 5944 del 18/04/2000, P.C. in proc. Benvenuto ed altri, Rv. 21612101; Sez. 6, n. 23246 del 06/02/2003, Sindoni, Rv. 22566701)“.

richiesta di messa alla prova avanzata in sede predibattimentale, abbia un dubbio sulla qualificazione giuridica del fatto che imporrebbe a rigore ulteriori approfondimenti istruttori, l'unica strada percorribile per il medesimo dovrebbe essere non già quella della restituzione degli atti al P.m. - che presuppone che il giudice sia già convinto della diversa qualificazione giuridica del fatto - ma quella del rigetto dell'istanza di messa alla prova e del passaggio al dibattimento sede naturale per lo svolgimento dell'istruttoria; e se all'esito, il giudice, dovesse convincersi per la qualificazione del fatto che consente la messa alla prova, potrà ammettere l'imputato a tale procedura, avendo lo stesso formulato tempestiva richiesta in sede predibattimentale" (Corte di cassazione penale, sez. V, 14 novembre 2024 n. 41904).

Si vedrà cosa restituirà la futura esegesi giurisprudenziale, ben consapevoli del fatto che il dato normativo non sempre sembra aderire alla soluzione processualmente più ragionevole.